

Université de Montréal

Le médiateur familial au Québec : une médiation entre contradictions et compromis

par
Samia Amor

Département de sociologie
Faculté des Arts et des Sciences

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Maître ès sciences (M.Sc) en sociologie

Août 2005

© Samia Amor, 2005



HM

15

U54

2006

V.003

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant conservent la propriété du droit d'auteur et des droits moraux qui protègent ce document. Ni la thèse ou le mémoire, ni des extraits substantiels de ce document, ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans l'autorisation de l'auteur.

Afin de se conformer à la Loi canadienne sur la protection des renseignements personnels, quelques formulaires secondaires, coordonnées ou signatures intégrées au texte ont pu être enlevés de ce document. Bien que cela ait pu affecter la pagination, il n'y a aucun contenu manquant.

NOTICE

The author of this thesis or dissertation has granted a nonexclusive license allowing Université de Montréal to reproduce and publish the document, in part or in whole, and in any format, solely for noncommercial educational and research purposes.

The author and co-authors if applicable retain copyright ownership and moral rights in this document. Neither the whole thesis or dissertation, nor substantial extracts from it, may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

In compliance with the Canadian Privacy Act some supporting forms, contact information or signatures may have been removed from the document. While this may affect the document page count, it does not represent any loss of content from the document.

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé

Le médiateur familial au Québec : une médiation entre contradictions et compromis

Présenté par :

Samia Amor

A été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

M. Gilles HOULE
Président-rapporteur

M. Guy ROCHER
Directeur de recherche

M. Pierre Noreau
Codirecteur

Mme Mylène JACCOUD
Membre du jury

SOMMAIRE

Ce mémoire consiste à faire une analyse, sous l'angle de la sociologie du droit, du discours des médiateurs familiaux sur leur perception du « tiers impartial ». Il a pour objectif principal de comprendre la position de ce « tiers impartial » face à l'autonomie des époux divorcés ou séparés d'autant plus que le discours dominant sur la médiation familiale établit une corrélation entre ces deux normes.

L'analyse s'appuie sur des entretiens effectués auprès des médiateurs familiaux du Grand Montréal provenant de trois professions différentes : celles des avocats, des psychologues et des travailleurs sociaux. Elle s'inscrit dans la perspective de pluralisme juridique à travers le concept d'internormativité, et pose comme hypothèse générale une opposition entre la norme pratique d'impartialité et la norme juridique étatique de l'autonomie.

Les conclusions rapportent que la pratique de la médiation familiale, dans ce contexte particulier, s'exerce autour de la construction des mythes de l'impartialité du « tiers » et de l'autonomie des « participants ».

Mots-clés : avocat, autonomie, impartialité, internormativité, médiateur, pluralisme juridique, psychologue, tiers, travailleur social.

ABSTRACT

This paper was written with the intention of analyzing, from a sociology in Law perspective, the experiences of family mediators and their perception of impartial third parties. The principal objective was to understand their position on impartial third parties in light of the autonomy displayed by divorced or separated individuals, in attempt to determine if there exists a correlation.

The focus of the study was on family mediation interventions in the Greater Montreal Area with a sub-focus on three specific professions: lawyers, psychologists and social workers. The author subscribed to the perspective of pluralism using the internormativity concept and proposed the hypothesis that there exists a resistance between impartiality and autonomy

The paper concludes that the practice of family mediation, in a particular context, built around the creation of myths of the impartiality of third parties and the autonomy of the participants.

Key-words:, autonomy, impartiality, internormativity, lawyer, mediator, pluralism, psychologist, third parties, social worker

REMERCIEMENTS

Bien que la tâche de rédiger le mémoire soit le fruit d'un travail solitaire, celui-ci n'aurait pu voir le jour sans le soutien de certaines personnes. Qu'elles trouvent ici une partie de ma reconnaissance.

Je tiens à remercier mes directeurs, Guy Rocher et Pierre Noreau, pour l'aide précieuse qu'ils m'ont fournie, celle d'accomplir ce travail en toute liberté. Je leur en suis reconnaissante.

Ma gratitude à Pierre Noreau qui a manifesté soutien et réconfort au moment opportun.

Mes remerciements s'adressent à mes compagnes d'« intestin ». À Myriam Spielvogel qui a suscité mon intérêt pour la sociologie et m'a offert toute son écoute. À Cécile Bergada qui a partagé mes périodes d'inquiétudes, d'espérances et qui n'a cessé de m'envoyer ses « bulles d'énergie, de courage et d'amitié ». Et à Caroline Gendreau qui m'a prodigué des conseils.

Un grand merci à Karine Gentelet pour sa générosité dans le partage de son expérience et à Muriel Paradelle pour ses encouragements chaleureux.

Toute ma gratitude à Aladin pour sa communication, sa compréhension et ses réflexions enrichissantes, ainsi qu'à mes enfants, Yasmine et Mehdi, qui m'ont offert une tranquillité d'esprit sans laquelle ce travail n'aurait pu s'accomplir.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	i
ABSTRACT	ii
REMERCIEMENTS.....	iii
TABLE DES MATIÈRES	iv
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	vii
LISTE DES ACRONYMES	vii
INTRODUCTION.....	
PREMIÈRE PARTIE : ÉLÉMENTS DE THÉORIE ET ÉLABORATION D'UNE PROBLÉMATIQUE DU « TIERS ».....	
CHAPITRE 1 : CLARIFICATION DU DÉBAT SUR LES CONCEPTS DE NEUTRALITÉ ET D'IMPARTIALITÉ DU « TIERS » EN RELATION AVEC L'AUTONOMIE DES « PARTICIPANTS »	12
<i>Paragraphe 1 : Les concepts en lien avec le « tiers »</i>	12
1) Une définition générale et particulière de la médiation familiale	12
2) Les concepts de conflit et de « tiers »	15
i) Le conflit	15
ii) Le « tiers ».....	19
<i>Paragraphe 2 : Les contradictions sources de débat autour de la relation impartialité du « tiers » et autonomie des « participants »</i>	23
1) La contradiction reliée à la relation impartialité/neutralité	23
2) La contradiction reliée à la relation neutralité/impartialité-obligation d'aide..	28
3) La contradiction reliée à la relation neutralité/impartialité-autonomie des « participants ».....	33
4) Propositions de résolution des contradictions	36
<i>Conclusion</i>	40
CHAPITRE 2 : CADRE THÉORIQUE ET DÉMARCHE MÉTHODOLOGIQUE POUR L'ÉTUDE DU « TIERS ».....	44
<i>Paragraphe 1 : Le cadre théorique</i>	46
1) Le pluralisme juridique	46
i) Le pluralisme juridique dans ses versions modérées	46
ii) Le pluralisme juridique radical.....	52
1) Le concept d'« internormativité ».....	57
i)Réflexions théoriques sur le concept d'« internormativité ».....	57
ii) Commentaires sur le concept d'« internormativité » et pertinence de son choix	62
<i>Paragraphe 2 : Le cadre d'analyse et méthodologie</i>	64
1) Définitions de concepts	65
i) La norme	65
ii) Le système normatif.....	68
iii) Les « faits d'internormativité »	69
iii) Le « tiers ».....	70

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	i
ABSTRACT	ii
REMERCIEMENTS.....	iii
TABLE DES MATIÈRES	iv
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	vii
LISTE DES ACRONYMES	vii
INTRODUCTION	
PREMIÈRE PARTIE : ÉLÉMENTS DE THÉORIE ET ÉLABORATION D'UNE PROBLÉMATIQUE DU « TIERS ».....	
CHAPITRE 1 : CLARIFICATION DU DÉBAT SUR LES CONCEPTS DE NEUTRALITÉ ET D'IMPARTIALITÉ DU « TIERS » EN RELATION AVEC L'AUTONOMIE DES « PARTICIPANTS »	12
<i>Paragraphe 1 : Les concepts en lien avec le « tiers »</i>	12
1) Une définition générale et particulière de la médiation familiale	12
2) Les concepts de conflit et de « tiers »	15
i) Le conflit	15
ii) Le « tiers ».....	19
<i>Paragraphe 2 : Les contradictions sources de débat autour de la relation impartialité du « tiers » et autonomie des « participants »</i>	23
1) La contradiction reliée à la relation impartialité/neutralité	23
2) La contradiction reliée à la relation neutralité/impartialité-obligation d'aide..	28
3) La contradiction reliée à la relation neutralité/impartialité-autonomie des « participants ».....	33
4) Propositions de résolution des contradictions	36
<i>Conclusion</i>	40
CHAPITRE 2 : CADRE THÉORIQUE ET DÉMARCHE MÉTHODOLOGIQUE POUR L'ÉTUDE DU « TIERS »	44
<i>Paragraphe 1 : Le cadre théorique</i>	46
1) Le pluralisme juridique	46
i) Le pluralisme juridique dans ses versions modérées	46
ii) Le pluralisme juridique radical.....	52
1) Le concept d'« internormativité ».....	57
i)Réflexions théoriques sur le concept d'« internormativité ».....	57
ii) Commentaires sur le concept d'« internormativité » et pertinence de son choix	62
<i>Paragraphe 2 : Le cadre d'analyse et méthodologie</i>	64
1) Définitions de concepts	65
i) La norme	65
ii) Le système normatif.....	68
iii) Les « faits d'internormativité »	69
iii) Le « tiers ».....	70

2) La démarche de recherche.....	72
i) Le choix de l'entrevue semi directive.....	74
ii) L'échantillon.....	75
iii) Traitement des entrevues.....	77
<i>Conclusion</i>	80
CONCLUSION.....	80
DEUXIÈME PARTIE : Le « tiers » entre « faits d'internormativité » et autonomie des « participants »	
Préambule.....	82
CHAPITRE 1 : LE « TIERS », LA PRÉSENTATION DE RÈGLES PROCÉDURALES EN MÉDIATION FAMILIALE ET L'AUTONOMIE DES « PARTICIPANTS »	85
<i>Paragraphe 1 : Les règles de fonctionnement en médiation familiale entre les dispositions du Guide et la perception des praticiens</i>	85
1) Le « tiers » diffuseur d'une normativité mixte.....	87
2) La présentation des acteurs : illustration de « faits d'internormativité ».....	90
<i>Paragraphe 2 : Les règles de fonctionnement en médiation familiale entre un idéal de pratique et une réalité de la pratique</i>	95
1) La perception de la norme pratique d'impartialité par les « tiers »	95
i) Médiateur avocat et devoir d'impartialité.....	97
ii) Médiateur travailleur social et dilemme de l'impartialité.....	99
iii) Médiateur psychologue et neutralité dynamique.....	101
iv) Interprétation de la perception diversifiée de la norme pratique de l'impartialité.....	103
2) La perception de la norme professionnelle de l'autonomie par les « tiers »..	107
i) Médiateur avocat et reconnaissance de l'autonomie	110
ii) Médiateur travailleur social et accompagnement de l'autonomie	114
iii) Médiateur psychologue et direction de l'autonomie	118
iv) Interprétation de la perception différenciée de la norme juridique de l'autonomie.....	120
<i>Conclusion</i>	121
CHAPITRE 2 : LE « TIERS », LA PRÉSENTATION DE RÈGLES SUBSTANTIELLES EN MÉDIATION FAMILIALE ET L'AUTONOMIE DES « PARTICIPANTS »	125
<i>Paragraphe 1 : Les règles substantielles en médiation familiale entre les dispositions du Guide et la perception des praticiens</i>	125
1) Le « tiers » informateur d'une normativité obligatoire.....	128
2) L'information sur les lois applicables : illustration de « faits d'internormativité ».....	132
<i>Paragraphe 2 : Les règles substantielles en médiation familiale entre un idéal de pratique et une réalité de la pratique</i>	134
1) La perception de la norme pratique d'information des règles substantielles	134
i) Médiateur avocat : instructeur de la loi applicable.....	135
ii) Médiateur travailleur social : respectueux de la loi applicable	139
iii) Médiateur psychologue : communicateur de la loi applicable.....	141
iv) Interprétation de la perception de la loi applicable.....	143

2) La perception de la norme juridique de l'autonomie en rapport avec la loi applicable.....	144
i) Médiateur avocat et autonomie encouragée	145
ii) Médiateur travailleur social et autonomie responsabilisée	148
iii) Médiateur psychologue et autonomie limitée	151
iv) Interprétation de la perception de l'autonomie.....	154
<i>Conclusion</i>	156
CONCLUSION	158
CONCLUSION	162
ANNEXE I.....	viii
ANNEXE II.....	x
ANNEXE III	xiii
ANNEXE IV	xv
ANNEXE V	xvii
ANNEXE VI	xviii
ANNEXE VII.....	xix
ANNEXE VIII.....	xx
BIBLIOGRAPHIE.....	168

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

En matière législative

L.C	Lois du Canada
L.R.	Lois révisées du Canada
L.R.Q.	Lois refondues du Québec (depuis 1977)
L.Q.	Loi du Québec
R.R.Q.	Règlements refondus du Québec
R.Q.	Règlement du Québec

En matière jurisprudentielle

C.C.C.	Canadian criminal cases
R.C.S.	Recueils de la Cour suprême du Canada

LISTE DES ACRONYMES

En matière de législation

C.c.Q	Code civil du Québec
C.p.c.	Code de procédure du Québec
GNPMF	Guide des normes de pratique en médiation familiale

Autres

C.O.A.M.F.	Comité des organismes accréditeurs en médiation familiale
G.N.P.M.F.	Guide des normes de pratique en médiation familiale
A.	Avocat
P	Psychologue
T.S.	Travailleur social

INTRODUCTION

L'autonomie au sens juridique de « droit ou fait de se gouverner par ses propres lois : caractère de la volonté pure qui ne se détermine qu'en vertu de son propre être, c'est-à-dire des conditions et lois rendant possibles son existence »¹ revêt, dans le discours des théoriciens et des praticiens de la médiation familiale, la forme d'une entente librement consentie par les conjoints séparés ou divorcés². Ce document qui finalise l'accord du couple désuni, mais déterminé à poursuivre leurs relations parentales, devrait alors constituer une illustration singulière de la manifestation de l'autonomie des individus. Or l'examen de l'entente de résolution du conflit familial dévoile un contenu inspiré par des normes juridiques étatiques précises et impératives puisées à même le Code civil, et par des normes de pratique inscrites dans le *Guide des normes de pratique en médiation familiale*, qui questionne alors sur la marge concédée à cette autonomie des « participants ». Entre un discours propagateur d'une autonomie quasi absolue de ces derniers et une réalité équivoque sur les frontières de celle-ci, nous nous demandons si le consentement conserve sa caractéristique de liberté et où se manifesterait-il ?

Néanmoins, la perspective d'une réunion dans cet espace commun de normes distinctes soulève des questions consubstantielles. Ainsi, et en amont, se pose celle de la relation entre ces différentes normes, et en aval celle de la position du médiateur familial vis-à-vis de chacune d'elles. Quelle serait donc la conduite du médiateur familial, considéré comme « tiers » tantôt « neutre » tantôt « impartial » et parfois l'un et l'autre dans la confusion, face à l'autonomie des « participants » ? Autrement dit, quelle serait sa contribution, si tant est qu'il y en ait, dans le procès de prise de décision d'une entente

¹ André-Jean, ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2ème éd., 1993, p. 29.

² Les individus qui optent pour le recours à la médiation familiale comme moyen de résolution de leur conflit familial seront également désignés sous le vocable de « participants ». Un tel choix répond à un double souci : celui de se distancer d'une terminologie juridique considérée à notre avis, inappropriée dans un contexte décrit comme distinct du processus judiciaire de règlement des conflits, mais aussi de souligner la dimension active de leur démarche afin de trouver une solution à leurs problèmes familiaux.

de résolution du conflit familial ? Est-ce que l'idée du « tiers impartial (ou neutre) » est une réalité appliquée dans la pratique par les médiateurs familiaux du Québec ou une illusion nourrie par eux ?

Notre intérêt pour la question du comportement du « tiers » face à la prise de décision des conjoints en rupture trouve explication dans la qualification même de celui-ci et dans l'accent mis sur l'autonomie de ceux-là.

En effet, la notion de « tiers » est au centre d'un mode de résolution régénéré comme une alternative au dysfonctionnement du système judiciaire et qui confère au médiateur familial la légitimité de l'accès au conflit familial. Toutefois cette qualité de « tiers », contrairement à celle du juge de droit civil n'est nullement attributive d'une reconnaissance sociale pour trancher les litiges, mais seulement de celle d'une aide à leur résolution. Et à l'instar de ce juge, il bénéficie des qualités de « neutralité ou d'impartialité »³. Dès lors, quel est le sens de l'emprunt d'une terminologie juridique lorsque le médiateur familial se situe dans une logique de dissociation par rapport au juge de droit civil et au mode judiciaire de résolution des conflits qu'il représente ?

Quant à l'autonomie de la volonté des ex-conjoints énoncée, par le discours théorique et pratique dominant, comme le corollaire des qualités de neutralité ou d'impartialité de ce « tiers », réfère à une volonté librement exprimée sans contrainte extérieure ni support dans l'expression. Or, ainsi qu'il a été mentionné plus haut, la fonction de « tiers » comporte une obligation d'aide aux « participants » afin de parvenir à une solution du conflit qui les oppose. Elle comprend, entre autres, la charge de les soutenir en cas de faiblesse (« empowerment ») et de renforcer leur capacité à prendre une décision. Conséquemment, le rapport entre l'aide du « tiers » et l'autonomie des « participants » s'éloigne de l'homogénéité déclarée par ces discours pour livrer une contradiction qui retient l'attention.

Toutes ces questions, et bien d'autres, orientent ce mémoire vers l'analyse du médiateur familial à travers le prisme de la contradiction perçue dans l'articulation des

³ Pour Maley, la proximité entre le juge et le médiateur se situe à un niveau institutionnel puisque les deux occupent la fonction sociale de maintien de l'ordre. Yon, MALEY, « From Adjudication to Mediation : Third Party Discourse in Conflict Resolution », in : *Journal of Pragmatics*, n° 23, 1995, p. 93-110.

notions de neutralité ou d'impartialité du « tiers » et de l'autonomie des « participants ». Cet angle d'observation fut déjà exploré par certains auteurs sous la forme de paradoxe⁴, mais la particularité du présent travail est de mettre en évidence ces antinomies dans le contexte du médiateur familial au Québec lors de procès de prise de décision de l'entente de résolution du conflit familial.

En effet, la conception de celle-ci répond à une double exigence, celle d'être extrinsèque au médiateur familial grâce à la présence d'un « tiers impartial » et celle d'être intrinsèque aux « participants » parce que décidée par eux sans contraintes. Or, cette entente par son contenu pluraliste, c'est-à-dire la présence de normes juridiques étatiques, normes de pratique et de norme de l'autonomie, présume d'un compromis, délibéré ou involontaire entre le « tiers » et les « participants » que d'un acte libre de ces derniers. Dès lors, le procès décisionnel des ex-époux, préalable à l'entente de règlement du conflit matrimonial, constituerait un espace marqué par des tensions plutôt que par une harmonie entre les actions de chacun des acteurs impliqués dans le processus de médiation familiale. Ce qui jette un nouvel éclairage sur le rôle du médiateur familial face à leur autonomie.

Ce nouvel angle d'observation se traduit d'ailleurs dans l'intitulé même de ce mémoire, « le médiateur familial au Québec : une médiation entre contradictions et compromis ». Le terme contradiction, dont l'usage pluriel trouve une explication dans ce qui été exposé précédemment, est toutefois entendu dans le sens de « proposition à la fois vraie et fausse »⁵ puisque le « tiers » est considéré comme « impartial » envers les deux conjoints en rupture, mais aidant envers celui qui présente une vulnérabilité. Pour ce qui est du terme compromis, nous le définissons comme un choix ouvert sur une palette de possibles mise à la disposition des concepteurs de la réglementation sur la médiation familiale au Québec. Cette palette fait suite au débat anglo-saxon, exposé ultérieurement, sur le « tiers » défini tantôt comme « neutre », « impartial », « neutre au

4 Le paradoxe de la médiation a été initialement soulevé par Janet, RIFKIN, Jonathan, MILLEN & Sara, COBB, « Toward a New Discourse for Mediation : A Critique of Neutrality », in : *Mediation Quarterly*, vol. 9, n° 2, Winter 1991, p. 151-164.

5 Paul, ROBERT, *Le nouveau PETIT ROBERT*, Paris, Dictionnaire Le Robert, éd.1993, p. 1582. « 3) compromis se dit d'une proposition qui est à la fois vraie et fausse. Synonyme d'antinomie, contradiction, sophisme ».

sens d'impartial », tantôt comme « impartial au sens de neutre » ou encore comme « tiers ni neutre ni impartial ». Et le choix fait, de façon volontaire ou fortuite, par les rédacteurs du *Guide des normes professionnelles de pratique de la médiation familiale*, pour un « tiers impartial » revêt l'apparence d'un compromis qui sera démontré tout au long de cette étude.

Ce travail sur le médiateur familial au Québec comporte, inéluctablement, des limites. La première est reliée à l'appréhension même du sujet à travers l'attribut de « tiers impartial » et des antinomies qu'il soulève en rapport avec l'autonomie des ex-conjoints. La seconde touche à sa circonscription à l'étude du rôle de ce « tiers » dans le processus décisionnel des ex-conjoints, c'est-à-dire au cours de l'expression de leur autonomie en vue de l'entente de résolution du conflit familial. Ce travail présente sûrement d'autres limites, reliées à une problématique élaborée sur la base des lectures sur le thème et des entrevues disponibles effectuées pour un projet autre que celui-ci⁶. Cependant, son défi réside dans cette tentative de participer à la clarification du comportement du médiateur familial dans l'élaboration de l'entente de règlement du conflit familial et de le voir dans une approche de sociologie empirique. D'autant plus qu'à notre avis, le discours sur l'impartialité du médiateur familial indique une interprétation de la réalité vécue dans la pratique qui couvre une divergence entre les deux.

En effet, étranger au conflit, le médiateur familial devrait l'être à l'égard de l'entente puisqu'il se présente comme un « tiers neutre ou impartial ». Or des recherches empiriques anglo-saxonnes témoignent d'une tendance, du « tiers » praticien, à l'ingérence dans l'élaboration de la décision de résolution du conflit familial. Nous envisageons donc de voir si une telle tendance connaîtrait une expansion dans le cas du médiateur familial au Québec.

⁶ Le projet initial porte sur la définition de la médiation familiale par les praticiens exerçant en pratique privée dans le Grand Montréal aux lendemains de la promulgation de la *Loi instituant au Code de procédure civile la médiation préalable en matière familiale et modifiant d'autres dispositions de ce code* (L.Q., 1997, c.42). Il est entrepris entre 1999 et 2000 sous l'initiative du professeur Pierre Noreau, chercheur principal et directeur du Centre de recherche en droit public qui nous a généreusement offert l'ensemble des données recueillies.

Notre démonstration se fera en deux parties. La première partie intitulée « Éléments de théorie et problématique du « tiers » se subdivise en deux chapitres. Le premier poursuit l'objectif de démêler les concepts véhiculés par la définition de la médiation familiale, c'est-à-dire ceux de « tiers », de « conflit familial », de « neutralité », d'« impartialité » et d'« autonomie », en faisant état des débats provoqués autant par la tension de leur mise en rapport que par les solutions proposées aux fins de leur neutralisation. Le second chapitre exposera, par contre, le cadre théorique et le cadre d'analyse utilisés pour l'étude de ce « tiers ». Parallèlement, la deuxième partie dénommée « le « tiers » entre « faits d'internormativité » et autonomie des « participants » comporte deux chapitres. Le premier consiste à analyser la fonction de présentation des règles de procédure en médiation familiale comme expression de « faits d'internormativité », c'est-à-dire dans une interaction normative, et dans laquelle apparaît le rôle du « tiers impartial » face à l'autonomie des « participants ». Alors que le second chapitre étudie dans une démarche similaire la fonction d'information sur les règles de contenu, tout aussi expressives de « faits d'internormativité », du rôle du « tiers impartial » et de la place de l'autonomie des « participants ».

La conclusion conduit à des pistes de réflexion sur le pouvoir du « tiers impartial » et sur les enjeux derrière les discours contradictoires entourant l'autonomie des individus impliqués dans la médiation familiale.

PREMIERE PARTIE : ELEMENTS DE THEORIE ET ELABORATION D'UNE PROBLEMATIQUE DU « TIERS »

Cette première partie se propose de mettre en avant les éléments de théorie considérés comme pertinents pour l'étude du médiateur familial au Québec en regard de la problématique édictée autour de la théorie du pluralisme juridique et du concept d'« internormativité ». Elle exposera dans une première étape, les concepts de la neutralité, de l'impartialité et de l'autonomie et la controverse qu'ils soulèvent dans une perspective comparative entre le milieu anglo-saxon de la médiation familiale et celui qui prévaut au Québec (chap.1) et dans une seconde étape, la théorie utilisée pour la construction de notre problématique, le cadre d'analyse et la démarche méthodologique (chap.2).

Chapitre 1 : Clarification du débat sur les concepts de neutralité et d'impartialité du « tiers » en relation avec l'autonomie des « participants »

Ce chapitre fera une présentation préalable des concepts retenus pour l'étude du « tiers » (§1) avant d'aborder le débat soulevé par la relation entre l'impartialité du « tiers » et l'autonomie du couple désuni ainsi que les propositions qui l'ont suivies (§2).

Paragraphe 1 : Les concepts en lien avec le « tiers »

Ce paragraphe envisage de poser les repères qui serviront à encadrer le chemin qui mène à la rencontre du médiateur familial au Québec. Le premier est celui de définir l'espace d'action de « tiers », c'est-à-dire la médiation familiale sans lequel particulier n'aurait aucun intérêt pour nous (1), le second repère s'attardera à faire la connaissance de ce « tiers » et enfin sur l'objet de son action qu'est le conflit (2).

1) Une définition générale et particulière de la médiation familiale

La médiation est diversement définie, tantôt sous la forme d'un « processus »⁷, d'un « processus de coopération »⁸, d'un « processus thérapeutique »⁹, tantôt dans celle

⁷ « Mediation is a process in which a third party, the mediator, encourages the disputants to find a mutually agreeable settlement by helping them to identify the issues, reduce misunderstandings, vent emotions, clarify priorities, find points of agreement, and explore new areas of compromise

de « service ou technique »¹⁰, de « méthode »¹¹, d'« action »¹², d'« intervention »¹³, de « mode alternatif de règlement des conflits », ou encore de « mode informel »¹⁴. Ces diverses formulations insistent les principes fondateurs de la médiation familiale, c'est-à-dire redonner le pouvoir aux individus sur la gestion de leurs problèmes familiaux, maintenir la relation entre les époux séparés pour conserver le lien affectif nécessaire à l'épanouissement des enfants, offrir un espace d'expression au conflit, augmenter la

and possible solutions » : Jay, FOLBERG, Alison, TAYLOR, *Mediation. A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, San Francisco, Jossey-Bass, 1984, p. 7.

- 8 « La médiation est un processus de coopération en vue de la résolution d'un conflit, dans lequel un tiers impartial est sollicité par les protagonistes pour les aider à trouver un règlement amiable satisfaisant » : Lois, VANDERKOOI, Jessica, Pearson, « Mediating Divorce Disputes : Mediator Behaviors, Styles and Roles », in : *Family Relations*, 1983, p. 557-566. Définition citée par Benoît, BASTARD et Laura, CARDIA-VONÈCHE, « L'irrésistible diffusion de la médiation familiale », dans : *Annales de Vaucresson*, n°29, 2/1988, p. 171.
- « Mediation is a cooperative dispute resolution process in which a neutral intervenor helps disputing parties negotiate a mutually satisfactory settlement of their conflict ». Dale, BAGSHAW, « The Three M's-Mediation, Postmodernism, and the New Millennium », in : *Mediation Quarterly*, vol. 18, n 3, Spring 2001, p. 206.
- 9 « Divorce mediation is a therapeutic process through which the counselor provides an atmosphere in which the marital pair is free to bring out and examine openly their pain and their disappointments with regard to their own and their spouse's failure to fulfill expectations » : John, IRVING, *Divorce Mediation. The Rational Alternative*, Rexdale, Ontario, Willey and Sons, 1980, p. 23.
- 10 « La médiation se définit comme un processus le plus souvent formel par lequel un tiers neutre tente à travers la conduite d'une réunion de permettre aux parties de conforter leurs points de vue et de rechercher avec son aide une solution au litige qui les oppose », Jean-Pierre, BONAFÉ-SCHMITT, « Plaidoyer pour une sociologie de la médiation », dans : *Annales de Vaucresson*, vol. 2, n° 29, 1988, p. 23.
- 11 *Règlement sur la médiation familiale* (L.R.Q., c.C-25, a. 827.3 et 827.4) : « La médiation familiale est une méthode », elle est également « un mode de résolution des conflits par lequel un tiers impartial, dûment accrédité en vertu duquel intervient dans le conflit, avec le consentement des parties, et les aide à négocier une entente équitable faisant l'objet d'un consentement libre et éclairé ».
- COAMF, *Guide de normes de pratique de la médiation familiale*, 1 juillet 1998 : Préambule et art. 1.01.
- 12 Jean-François, SIX, *Le temps des médiateurs*, Paris, Le Seuil, 1990, p. 165.
- 13 « Mediation is the intervention into a dispute or negotiaton by an acceptable, impartial, and neutral third party who has no authoritative decision-maing power to assist disputing parties in voluntarily reaching their own mutually acceptable settlement of issues in dispute ». Christopher, MOORE, *The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict*, third ed., San Francisco/London, Jossey-Bass, 2003, p. 14.
- 14 « La médiation est tout mode informel de résolution par le tiers de conflits qui auraient dû a priori être résolus, dans les formes, par un juge de l'espèce traditionnelle ». Jean, CARBONNIER, « Réflexion sur la médiation », dans : Publications de l'institut Suisse de droit comparé, *La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ?*, *Colloque scientifique de Lausanne*, 14-15 novembre 1991, Zurich, Schulthess Polygraphisher Verlag Zürich, 1992, p. 11.

capacité de négociation de chacun des partenaires au conflit et enfin reconnaître que l'individu n'est pas seulement pourvu de droits mais également de besoins. Aussi, indépendamment de la diversité des définitions, une convergence émerge autour de quelques éléments stables comme ceux de « tiers », neutre ou impartial selon la position des chercheurs qui se sont penchés sur la médiation familiale, et ceux de l'autonomie des protagonistes au conflit familial et de l'accord de règlement de celui-ci. Ce qui nous conduit à envisager une définition personnelle qui servira d'assises à la réflexion sur le médiateur familial en tant que « tiers ».

Nous proposons comme définition que la médiation est un processus plus formel qu'informel, dans lequel le « tiers impartial » discute, dans le sens d'échanger des informations, avec le couple désuni sur le réalisme des solutions que ce dernier propose pour la résolution de son conflit familial.

Le choix de cette formulation s'explique par le fait, qu'à notre avis, la médiation constitue effectivement un processus, au sens de marche, de progression, de développement vers un but puisqu'elle se finalise dans une continuité séquentielle caractérisée par une ritualisation bien présente quoi que distincte de la solennité des tribunaux judiciaires. En effet si le discours ambiant insiste sur le rapprochement entre les individus et leur reconnaissance mutuelle, il met en éclipse les règles de fonctionnement et de contenu qui régissent le processus. Or ce formalisme témoigne justement de l'encadrement de la pratique et de la négociation supposée libre par un « tiers » entouré de qualités comme celles de l'impartialité qui sera développée tout au long de cette étude. Donc autant le reconnaître puisqu'il constitue, en ce qui nous concerne, une mesure d'évaluation de cette impartialité du « tiers » comme nous tenterons de le démontrer.

Préalablement à cela, un bref aperçu sur les notions de conflits et de « tiers » contribuera à nous aider à poursuivre sans appréhension, le chemin qui conduit vers le médiateur familial au Québec.

2) Les concepts de conflit et de « tiers »

Éléments indissociables, ils seront successivement exposés en (i) et (ii)

i) Le conflit

Tout comme la définition de la médiation familiale, celle de « conflit » se distingue par une polysémie. Ainsi, les théories contractualistes¹⁵ le conçoivent comme une « rupture de la relation sociale » alors que les théories du conflit¹⁶ le considèrent comme l'expression d'un « changement social »¹⁷ et que les sociologues du début du XX^e siècle l'associent à une « activité sociale »¹⁸. D'ailleurs, pour ces derniers, le conflit est appréhendé sous l'angle de l'acteur social et des principes régulateurs générés

15 Thomas, HOBBS, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, trad. Gérard Mairet, Paris, Gallimard, 2000, p. 1027. Pour Hobbes, le conflit serait l'expression de contradictions structurelles au sein d'un système social donné. Il aurait pour source unique la lutte perçue comme un état naturel chez l'homme qui disparaît par la délégation de sa force à un souverain, le Léviathan, contre un droit de protection..

Cet « état naturel » engendre des perceptions différentes. Pour Locke, l'individu dispose d'un « instinct naturel » qui le pousse à vivre en société. À l'opposé, Rousseau voit dans l'état naturel de l'individu un état de grâce corrompu par la nécessité de socialiser pour lutter contre les intempéries de la nature. Cette sociabilité serait alors génératrice de conflits potentiels qui pourraient être évités par la conclusion d'un contrat social. Rousseau, Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social. Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité*, Paris, Booking International, 1996, p. 28 ; Le point de convergence de ces théoriciens contractualistes se situe dans l'idée de la suppression du conflit avec l'accès au consentement. Or celui-ci loin de conduire à la tranquillité pourrait parfois mener vers le despotisme souligné par Richard, SENNETT, *Les tyrannies de l'intimité*, Paris, Le Seuil, 1979, 282 pages.

16 Par exemple pour Marx et Engels, la transversalité historique du conflit fait de celui-ci la source d'opposition entre les hommes originellement égaux mais divisés en classes. Karl, MARX et Friedrich ENGELS, *Manifeste du Parti communiste*, trad. Michèle Tailleux, Paris, Édition sociale, 1983, 158 pages. Alors que pour Dahrendorf, c'est plutôt la répartition inégale de l'autorité qui est à la source du conflit dans les sociétés industrielles contemporaines. Ralf Gustav, DAHRENDORF, *Classes et conflits de classes dans la société industrielle*, Paris, Mouton, Coll. L'œuvre sociologique, 1972, 341 pages.

17 Weber définit l'activité sociale comme étant « l'activité qui d'après son sens visé [gemeintem Sinn] par l'agent ou les agents, se rapporte au comportement d'autrui, par rapport auquel s'oriente son déroulement ». Max, WEBER, *Économie et société /1. Les catégories de la sociologie*, Paris, Plon, 1971, p. 28.

18 Particulièrement Weber, Simmel, Durkheim et Pareto. Parmi ces sociologues, la réflexion de Simmel présente une nouvelle perspective du conflit. Il n'est plus perçu comme un élément pernicieux qui minerait la société mais comme un élément positif inhérent aux relations sociales.

par « l'action réciproque »¹⁹ dans laquelle il s'implique. Il constitue alors, selon Simmel, une « forme de socialisation »²⁰ participative de la recomposition de la cohésion sociale menacée par une individualité²¹ croissante dans la société industrielle. Pour cet auteur, le conflit résulte d'un déséquilibre entre les deux tendances, positive et négative, contradictoires, présentes dans une structure sociale. Il serait à la fois inhérent à celle-ci et à l'interaction²² qui s'instaure entre les deux acteurs sociaux.

Nonobstant ces théories, celles qui se sont développées en médiation familiale²³ envisagent, de manière globale, le conflit comme une « lutte pour le pouvoir ou des ressources rares »²⁴, un « processus de rencontre et d'équilibre de pouvoirs »²⁵ ou encore « un ensemble divergent de moyens, de méthodes et de comportements »²⁶. Cette hétérogénéité dans la définition a entraîné une classification dichotomique des formes du conflit. Il est décrit sous forme de « conflit réaliste » et « conflit irréaliste »²⁷, ou en

-
- 19 Simmel entend par action réciproque « une dynamique de l'agir et du subir par lesquels les individus se modifient réciproquement ». Georg, SIMMEL, *Sociologie et épistémologie*, Paris, P.U.F., 1981, p. 91.
- 20 Le conflit serait « la forme la plus active de socialisation, c'est-à-dire une action réciproque entre les hommes », Georg, SIMMEL, *Étude sur les formes de la socialisation*, trad. L., Deroche-Gurcel et S., Muller, Paris, P.U.F., 1999, p. 265.
- 21 « L'identité individualisée » puiserait, selon Taylor cité par de Singly, un modèle de vie dans l'individu lui-même et non dans des sources extérieures comme la morale ou la religion. Autrement l'individu serait sa propre référence. François, de SINGLY, *Le soi, le couple et la famille*, Paris, Nathan, 1996, p. 12-13.
- 22 Carplow qui s'est inspiré des travaux de Simmel définit l'interaction comme « un processus social de base grâce auquel les individus et les groupes exercent une influence les uns sur les autres, et c'est un processus triangulaire - ou triadique - parce qu'il subit toujours l'influence d'un public, présent ou proche ». Dans cette définition, le public est le tiers « qui interprète la signification de l'interaction, la confronte aux normes en vigueur, remarque ce qui est nouveau ou inhabituel et incorpore l'épisode à sa propre histoire », Théodore, CARPLOW, *Deux contre un. La coalition dans les triades*, trad, P. Cep, Paris, Armand Colin, 1971, préface.
- 23 Jay, FOLBERG, Alison, TAYLOR, *op.cit.*, note 7, p. 18-26. Folberg et Taylor font, au chapitre 2 de leur ouvrage, le tour des définitions du conflit applicables en médiation familiale pour proposer qu'il est « a set of divergent aims, methods, or behavior ». Ils poursuivent que ce degré de divergence conditionne l'ampleur et la durée du conflit.
- 24 Christopher, MOORE, « Strategies for Dealing With Special Situation », in : C. Moore, *The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict*, third ed., San-Francisco, Jossey-Bass, 2003, p. 368-426.
- 25 « Conflict is the process of powers meeting and balancing ». R.J., Rummel, *Understanding Conflict and War*, New York, Wiley, 1976, p. 238. Il est cité par Folberg et Taylor, *op.cit.*, note 7.
- 26 Jay, FOLBERG & Alisson, TAYLOR, *op.cit.*, note 7, p. 24.
- 27 Alors que le « conflit réaliste » est considéré comme un moyen parmi d'autres, mais demeure le seul recours dans un contexte donné, à l'exemple d'une revendication syndicale, le « conflit

« conflit latent », « conflit manifeste » et « conflit émergeant »²⁸ ou encore s'insère dans une typologie plus diversifiée comme celle conçue par Moore²⁹. Sans s'étaler sur les formes du conflit, dépourvu d'intérêt pour l'objet de notre étude, nous soulignerons, toutefois, que leur classification offre un avantage, celui d'avoir décelé un « cycle de vie »³⁰ dans le conflit familial. Celui-ci servirait de grille de référence, manifeste ou implicite, à la pratique de la médiation familiale qui prendra en considération la dynamique du couple en conflit, mais surtout comme le démontrent les études de Moore³¹ à établir une corrélation entre le conflit relationnel et le concours du « tiers ».

Ainsi, l'auteur affirme qu'au « conflit latent » répond une fonction éducative du médiateur familial dirigée vers l'identification du problème et les intérêts impliqués, qui cède la place à celle de transmetteur de la communication dans le « conflit émergeant ». Par contre, dans le « conflit manifeste », le « tiers » se chargerait de résoudre l'impasse dans laquelle se trouve la négociation entreprise par les protagonistes. De surcroît, cette

irréaliste » a pour finalité de libérer des sentiments agressifs, à l'exemple du conflit matrimonial. En ce qui concerne cet exemple, Simmel avait affirmé que la proximité des liens affectifs constitue une source à leur exacerbation Lewis A., COSER, *Les fonctions du conflit social*, Paris, P.U.F., 1982, p. 33-38.

- 28 Le « conflit latent » se caractérise par une présence de tensions mais dénuées de polarisation, alors que le « conflit manifeste » se polarise et s'oriente vers un règlement. Rummel subdivise cette dernière forme de conflit en trois catégories : le « conflit structurel » dans lequel les intérêts sont opposés; le « conflit de situation » dans lequel les intérêts, les attitudes et les pouvoirs divergents et enfin le « conflit manifeste » qui implique un comportement spécifique comme l'usage de la violence physique. En ce qui concerne la troisième forme de conflit identifiée par l'auteur, il y aurait le « conflit émergeant » se singularise par une reconnaissance du conflit lui-même par les protagonistes mais également par leur ignorance des procédures pour le régler. R.J., Rummel, *Understanding Conflict and War*, New York, Wiley, 1976, p. 238. Il est cité par Jay, FOLBERG & Alisson, TAYLOR *op.cit.*, note 7, p. 18
- 29 Dans une typologie du conflit plus récente, Moore identifie cinq types de conflits : « relationship conflicts », « data conflicts », « interest conflicts », « structural conflicts » et « value conflicts ». Pour chacun correspond un type d'intervention. Ainsi pour le conflit relationnel, l'intervention tend, entre autres, à promouvoir les émotions, à clarifier les perceptions, à améliorer la communication et à encourager des attitudes positives de règlement du conflit. Christopher, MOORE, *op.cit.* note 13, p. 60-62.
- 30 Kenneth E., BOULDING, *Conflict and Defense : A General Theory*, New York, Harper & Row, 1962, p. 307. L'auteur est cité par Jay, FOLBERG & Alisson, TAYLOR, *op.cit.*, note 7, p. 19-20. Ainsi, le conflit débiterait dans une forme latente par une contestation du statut quo et des tentatives d'équilibrer le pouvoir. Il se manifesterait ensuite à travers une lutte déclarée, entre personne d'égal pouvoir pour la conquête de celui-ci. À cela succède une phase d'égalité des pouvoirs suivie par une autre qui marque la rupture de l'équilibre. Et c'est l'apparition du conflit latent. En fait, il y aurait une alternance entre le conflit latent et le conflit manifeste.
- 31 Christopher, W., MOORE, *op.cit.*, note 13, p. 348.

corrélation serait en lien avec la formation académique de ce « tiers ». Ainsi le médiateur familial provenant du champ juridique aurait tendance à s'attarder sur le « conflit manifeste » et à donner des informations légales³². Alors que celui qui émanerait du champ psychosocial, c'est-à-dire le médiateur psychologue et le médiateur travailleur social, se soucierait plutôt du « conflit latent »³³. Cette double corrélation mettant en lien le type de conflit - le comportement du « tiers » et le comportement du « tiers » et sa formation académique serait à l'origine du choix pour un processus de médiation familiale flexible ou directif³⁴.

Toutefois les affinités notées entre le comportement du « tiers » en médiation familiale et sa formation académique est différemment observée par le courant féministe et particulièrement par Gilligan. Pour cette auteure, la variable du genre est notable dans le style du médiateur. En effet, si logique relationnelle portée par la vision féminine met plutôt l'accent sur la communication, le « tiers » féminin favoriserait une approche de restauration de la communication entre les conjoints en rupture. À l'inverse si la logique linéaire masculine axée sur la dichotomie entre le problème et la situation personnelle, opte plutôt pour le cadre légal considéré comme objectif, le « tiers » masculin aurait tendance à envisager la résolution du conflit sans tenir compte de l'aspect relationnel³⁵.

Cet aperçu sur le « conflit » nous conduit à adopter une conception du conflit familial³⁶ dans la perspective simmélienne qui l'envisage comme un « conflit de communautés extérieurement étroites »³⁷. Effectivement ce type de conflit survient

32 Jay, FOLBERG, Alison, TAYLOR, *op.cit.*, note 7, p. 132-133.

33 John, HAYNES, *Divorce Mediation : A Practical Guide for Therapists and Counselors*, New York, Springer, 1981, 193 pages.

34 Jay, FOLBERG, Alison, TAYLOR, *op.cit.*, note 7, p. 132-133.

35 Carol, GILLIGAN, « In a Different Voice : Women's Conceptions of Self and Morality », in : *Harvard Education Review*, vol. 47, 1997, p. 481.

36 Pour le courant féministe dont fait partie Dugan, le conflit familial puise ses racines, au-delà des problèmes domestiques, dans la division sociale du genre. Il résulterait alors du dysfonctionnement de la structure sociale. Maire A, DUGAN, « A Nested Theory of Conflict », in : *A Leadership Journal : Women in Leadership-Sharing the Vision*, vol.1, n° 1, 1996, p. 9-20. D'ailleurs l'auteur dresse une typologie du conflit qualifiée de « nested paradigm of conflict foci » dans laquelle la question principale du conflit se rattache à une question relationnelle laquelle s'insère dans une structure supérieure laquelle est englobée par une structure systémique.

37 Georg, SIMMEL, *op.cit.*, note 20, p. 268.

comme une rupture de l'équilibre établi par le couple matrimonial entre leurs énergies contradictoires qui entraîne une coupure à la fois spatiale puisque le foyer commun est disloqué en résidences séparées, et temporelle, puisque le couple devra vivre dans un temps distinct. Une coupure exacerbée par les émotions de chacun et à partir de laquelle la résolution du « conflit » matrimonial nécessite le recours à un « tiers » qui sera présenté subséquentment.

Un « tiers » qui sera présenté subséquentment.

ii) Le « tiers »

La réflexion sur la relation triadique³⁸ a permis à Simmel de relever que la présence du « tiers », à elle seule³⁹, emporte une influence sur le conflit qui oppose deux individus. Cela le conduit à dresser une typologie dans laquelle le « tiers » est tantôt un « tiers impartial »⁴⁰, tantôt un « tertius gaudens »⁴¹ ou encore un « divide et imperia »⁴².

38 Dans le dictionnaire des mots, la triade, de laquelle est tirée le terme triadique, est définie comme étant : « didact. Un groupe de trois personnes ou choses », Paul ROBERT, *op.cit.*, note 5, p. 2308. Par contre pour Carplow, il s'agit « d'un système social comprenant trois éléments liés entre eux par une relation durable [...] chaque triade permet trois combinaisons AB, BC, CA. La triade se trouve donc être le seul groupe social dans lequel le nombre de combinaison est possible et égal au nombre des éléments », Théodore CARPLOW, *op.cit.*, note 22, p. 9-10. Pour Asch, la caractéristique de la triade se trouve dans « une dépendance structurale entre chaque membre et le groupe entier, la relation entre deux membres quelconques étant une fonction de la relation entre les autres membres ». Salomon.E, ASCH, *Social Psychology*, Oxford, Oxford University Press, 1987, p. 261

39 Simmel relève que la présence gestuelle, sans être verbale, d'un tiers contribue à changer la relation dyadique. Lilyane, DEROCHE-GURCEL, Patrick, WALTER, *La sociologie de Georg Simmel 1908 : éléments actuels de modélisation sociale*, 1^{er} éd., Paris, P.U.F., 2002, 281 pages. Dingwall reprend cette idée pour affirmer cette présence fait perdre au conflit son caractère privée, c'est-à-dire d'être une affaire entre deux protagonistes. Robert, DINGWALL, « Empowerment or Enforcement? Some Questions about Power and Control in Divorce Mediation », in : R., Dingwall & J., Eekelaar (Eds), *Divorce Mediation and Legal Process*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 150-167.

40 Ce tiers, étranger au conflit est sollicité, en tant que médiateur ou arbitre pour le régler. Le médiateur serait alors dans la conception de Simmel, selon Freund, celui qui a « pour mission occasionnelle de réunir les parties en désaccord pour essayer de trouver un terrain d'entente entre elles. Il s'agit donc pour lui de dépassionner le débat et de suggérer les éléments de solution, mais celle-ci n'intervient pas en vertu de son autorité, mais par la bonne volonté des antagonistes » Julien FREUND, « Le rôle du tiers dans le conflit », dans : *Études polémologiques*, n°17, juillet 1975, p. 15. Alors que l'arbitre serait « un intermédiaire prévu et institué par une convention : il fait partie intégrante du jeu ou de la compétition tout en demeurant impartial. Il intervient pour faire appliquer la loi ou les règlements dont la validité est reconnue de part et d'autre, et en cas d'affrontement ou de contestation violente il applique le règlement » : Julien, FREUND, *Sociologie du conflit*, Paris, P.U.F., 1983, p. 289.

Réorganisée par Freund, cette typologie se transforme en une classification fondée sur la dichotomie externe/interne au conflit. Ainsi le « tiers externe » au conflit serait alors, soit « *dissuasif* » pour éviter l'éclatement du conflit, soit « *médiateur* » avec le profil du « tiers impartial » mentionné par Simmel, soit simplement le « *protagoniste* » qui renforce la belligérance initiale, ou encore le « *neutre* » au sens politico-social⁴³, c'est-à-dire ni indifférent ni impartial. Quant au « tiers interne », il participerait alors à la bipolarité du couple en formant alliances⁴⁴ avec l'un de ses éléments. L'objectif poursuivi par une telle action viserait soit le renforcement de la position d'un protagoniste soit l'obtention d'un avantage à partir de ce conflit.

Cependant, cette présence du « tiers » en médiation familiale et son impact dans la relation du couple en rupture a été qualifiée par Six de « catalyseur »⁴⁵ car elle se dirige soit vers une direction préventive soit vers une direction curative. Dans la première, cette présence se situe dans une relation bipolaire à tendance conflictuelle et participe donc à mettre un terme à une surenchère exponentielle. Alors que dans la seconde direction, elle intervient dans une relation déjà conflictuelle dont elle modifie simplement l'expression du rapport de force⁴⁶.

41 Ce tiers sans avoir d'implication directe dans le conflit, tente d'en tirer avantage. Avantage qui proviendrait soit d'une initiative du tiers soit de l'un des protagonistes qui recherche un appui pour conforter sa position. Ce tiers suscite la rivalité des protagonistes.

42 Contrairement aux deux autres tiers décrits par Simmel, celui-ci se démarque par une intervention directe dans le conflit soit pour l'attiser et en tirer un intérêt particulier soit pour asseoir sa domination.

43 Le tiers neutre est « celui qui décide de se tenir à l'écart d'hostilités en cours ou de celles qui pourraient survenir, ce qui veut dire que la neutralité n'a de signification que par rapport au conflit et non par elle-même ». Julien, FREUND *op.cit.* note 40, p. 298.

44 L'alliance « est une union de groupes, d'organisations ou d'États en vue de prévenir un conflit ou de le mener en commun ». Julien FREUND, *op.cit.*, note 40, p. 291; Carplow utilise le terme de coalition.

45 Jean-François, SIX, *op.cit.*, note 12, p. 181. Cette expression également reprise par Benoît, BASTARD, Laura, CARDIA-VONÈCHE, *Le divorce autrement : la médiation familiale*, Paris, Syros Alternatives, 1990, p. 43. Le médiateur familial serait l'accoucheur de volonté. Cependant cet attribut du médiateur familial est contesté. Il nie l'inégalité des positions des conjoints et qui inhérente à la différence de sexe, d'autorité, de capital social, culturel et économique. Mais en cherchant à être simple catalyseur, le médiateur familial deviendrait avaliseur de ces différences : Robert, DINGWALL, *op.cit.*, note 39, p. 150-167.

46 Julien FREUND, *op.cit.*, note 40, p. 13.

Dans le cadre de l'étude du « tiers » en médiation familiale au Québec, nous retiendrons la figure du « tiers impartial » assimilé par Simmel à un étranger. Un étranger qui le serait à un double niveau, par rapport au conflit et par rapport aux protagonistes de celui-ci. Effectivement, le conflit matrimonial est extrinsèque au « tiers » puisqu'il prend naissance, en dehors de sa personne et de sa connaissance. Par contre il est intrinsèque à la dyade formée par le couple en rupture qui le convie à s'introduire dans un espace privé, mais avec lequel il n'entretient ni attaches familiales ni attaches amicales afin d'écarter toute apparence de parti pris.

Nous retiendrons, mais avec une réserve, la définition de « tiers impartial » élaborée par Freund selon lequel il serait « celui qui a pour mission occasionnelle de réunir les parties en désaccord pour essayer de trouver un terrain d'entente entre elles. Il s'agit donc pour lui de dépassionner le débat et de suggérer les éléments de solution, mais celle-ci n'intervient pas en vertu de son autorité, mais par la bonne volonté des antagonistes. »⁴⁷

Une telle définition rejoint notre compréhension du « tiers », c'est-à-dire un étranger, au conflit et au couple désuni, qui le convie à en prendre connaissance afin discuter ensemble du réalisme des solutions envisagées par eux pour le régler, mais suscite une réserve. Celle-ci s'appuie sur la contradiction entre une explication en opposition avec l'objet qu'elle est supposée clarifier. En effet, la définition de Freund retient pour préciser le concept de « tiers impartial » une dimension active de son rôle, c'est-à-dire l'octroi de suggestions. Or dans une acception juridique, la suggestion est le « fait d'influencer quelqu'un, de lui dicter sa conduite pour en tirer profit »⁴⁸, ce qui présume alors d'un pouvoir, qui serait celui du « tiers » sur les personnes qui l'ont requis. Dès lors, cette définition du « tiers impartial » reconnaît indirectement une dose, dont la mesure reste à évaluer, de partialité dans l'impartialité et qui la réfute.

Cette implicite conduit d'ailleurs notre étude sur l'impartialité du médiateur familial d'autant plus que la contradiction relevée dans la définition de Freund se

47 Julien FREUND, *op.cit.*, note 40, p. 15.

48 Paul, ROBERT, *op.cit.*, note 5, p. 1881

rapproche de celles qui sont retracées par la littérature anglo-saxonne sur le « tiers » et que nous envisageons de présenter dans le paragraphe suivant.

Paragraphe 2 : Les contradictions sources de débat autour de la relation impartialité du « tiers » et autonomie des « participants »

Les contradictions seront étudiées à travers trois relations : celle qu'entretient l'impartialité avec la neutralité (1), celle qui se noue entre l'impartialité et l'obligation subséquente d'aider les ex-époux (2) et celle qui se forme entre l'impartialité et l'autonomie de ces derniers (3). Nous préciserons qu'au cours de cette étude sur le « tiers impartial » a permis de révéler la présence de la notion de neutralité et de leur rapprochement, comme nous le verrons ultérieurement, plus dans la confusion que dans la distinction. Aussi, pour illustrer cette confusion, nous retiendrons la formulation de neutralité/impartialité plutôt que celle de neutralité au sens d'impartialité ou celle d'impartialité au sens de neutralité comme elle est souvent évoquée dans les ouvrages anglo-saxons. Finalement, un énoncé des propositions formera le point (4).

1) La contradiction reliée à la relation impartialité/neutralité

Les groupes professionnels américains⁴⁹ chargés de l'élaboration de guides de la pratique de la médiation familiale retiennent la notion de neutralité plutôt qu'impartialité, mais dans la confusion des deux.

Tout d'abord, ils s'entendent pour définir le principe de neutralité qui guide la pratique du médiateur familial comme « a scrupulous attention to doing exactly equal to and for each disputant »⁵⁰. Dans l'optique de ce consensus, cette neutralité renferme autant un impératif d'impartialité dans le processus dirigé par le tiers qu'une absence de conflits d'intérêts, de préjugés (biais) et de favoritisme dans l'acte et dans la parole⁵¹.

49 Alison, TAYLOR, « Concepts of Neutrality in Family Mediation : Contexts, Ethics, Influence and Transformative Process », in : *Mediation Quarterly*, vol. 14, n° 3, Spring 1997, p. 218. Les trois groupes professionnels : The Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR), the American Arbitration Association (AAA) et the State and National Bar Associations, seraient à l'origine de cette définition de la neutralité.

50 Alison, TAYLOR, *id.*, p. 218.

51 « Impartiality means freedom from bias or favoritism either in word or action. Impartiality implies a commitment to aid all parties as opposed to a single party in reaching a mutually satisfactory agreement. Impartiality means that a mediator will not play an adversarial role in the process of dispute resolution », Jay, FOLBERG & Alison, TAYLOR, « A Mediation », in : Stephen B., Golberg, Eric D., Green, & Franck E.A., Sander (eds), *Dispute Resolution*, Boston, Little Brown, 1985, p. 118-119.

Or dès le début des années 80, Moore⁵² établit une distinction entre l'impartialité et la neutralité en ayant recours à deux autres notions, l'« Attitude » et le « Behavior ». L'« Attitude », signifie l'impartialité du médiateur familial et prescrit une distanciation du « tiers » avec ses valeurs, ses opinions et ses partis pris et avec ceux des parties en présence en médiation familiale. Par contre le « Behavior » se rattache à la neutralité dans la conduite de ce même « tiers » envers les parties.

Sans approuver cette dichotomie, les recherches menées au début des années 90 sur les praticiens médiateurs soulignent une telle dissociation entre la neutralité et l'impartialité et enferment la notion de neutralité dans une croyance répandue chez les praticiens à l'image d'un « folk concept »⁵³ dans lequel elle apparaît comme une qualité naturelle des médiateurs⁵⁴. Et la foi en un élément naturel chez le médiateur familial expliquerait alors l'incapacité des personnes interrogées à définir cette neutralité. Toutefois, ces recherches parviennent, en prenant appui sur l'analyse du support pédagogique de formation des médiateurs familiaux, à identifier l'origine du consensus des praticiens autour de la notion de neutralité, Un consensus qui s'est construit à partir d'une définition, donnée par les groupes professionnels américains, sur la neutralité et qui établit une synonymie avec l'impartialité, c'est-à-dire affecter au « tiers neutre » les aptitudes à l'impartialité et à l'équidistance.

En effet, les groupes professionnels américains, comme la Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR), The American Arbitration Association (AAA) et The

dispute resolution », Jay, FOLBERG & Alison, TAYLOR, « A Mediation », in : Stephen B., Golberg, Eric D., Green, & Franck E.A, Sander (eds), *Dispute Resolution*, Boston, Little Brown, 1985, p. 118-119.

52 « Impartiality refers to the attitude of the intervenor an his an unbiased opinion or lack of preference in favour of one or more negotiators. Neutrality, on the other hand, refers to the behaviour or relationship between the intervenor and the disputants » définit Christopher, MOORE, *op.cit.* note13, p. 157.

53 Sara, COBB, Janet, RIFKIN, « Practice and Paradox : Deconstructing Neutrality in Mediation », in : *American Bar Foundation*, vol. 16, n° 1, 1991, p. 37 : Cobb et Rifkin utilisent cette expression pour deux raisons : 1) En dehors de la recherche de Greatbatch aucune étude empirique n'est faite sur la neutralité; 2) Toute analyse sur la neutralité provient d'une déduction subjective établie sur la base de documents mis en place par les ordres professionnels pour définir la pratique de la médiation.

« Neutrality functions like a folk concept, talked, practiced, and researched on the basis of tacit and local understandings, contained in (and by) a rhetoric about power and conflict ».

54 Janet RIFKIN, Susan, COBB, supra, *op.cit.*, note 4, p.151.

State and National Bar Associations⁵⁵, définissent l'aptitude d'impartialité⁵⁶ comme une absence de conflits d'intérêts, de préjugés et de favoritisme autant dans l'acte que dans la parole. Ce qui établit une distance du « tiers » envers ses opinions et ses valeurs⁵⁷. Autrement dit, l'impartialité exige du médiateur familial une intervention minimale⁵⁸ qui se réduit à une simple présence et une écoute ou encore à « une sorte d'objectivité passive » dans laquelle il serait aussi désengagé que transparent et sans pouvoir. À l'opposé, l'aptitude à l'équidistance commande du « tiers » une proximité sans préjugés par rapport aux parties, mais dans une assistance équivalente afin qu'elles puissent exprimer leurs intérêts⁵⁹ respectifs. En fait la différence entre les deux notions réside dans la compréhension du terme « préjugé » qui lorsqu'il accompagne la notion d'aptitude à l'impartialité revêt une connotation négative, c'est-à-dire s'abstenir de soutenir une partie au détriment d'une autre, alors que dans son inclusion à la notion d'aptitude à l'équidistance, il endosse une connotation positive puisqu'il garantit la représentation de tous les intérêts des conjoints⁶⁰. Dès lors, la définition de la neutralité donnée par les groupes professionnels américains contraint le médiateur familial à faire preuve, simultanément d'une distance et d'une proximité Ce qui témoigne alors, non

55 Cette énumération est tirée de l'article de Alison, TAYLOR, *op.cit.*, note 49, p. 218

57 Selon les praticiens interrogés par l'équipe de Rifkin, l'impartialité est entendue au sens donné par Davis, c'est-à-dire comme « the ability to interact in the absence of feelings, values, or agendas in themselves »,

En Grande-Bretagne, la notion de « non-partisan fairness » est utilisée pour exprimer l'impartialité. Elle se définit comme « attending equally to the needs and interests of all parties with equal respect, without discrimination and without taking sides ». La définition est donnée par le Mediation UK Practice Standards cité par Morris. Catherine, MORRIS, « The Trusted Mediator : Ethics and Interaction in Mediation », in : J., Macfarlane, *Rethinking Disputes : The Mediation Alternative*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 1997, p. 320.

58 Autrement dit une écoute sans plus. Mais, Roberts précise que l'intervention minimale consiste pour le médiateur familial à respecter quatre obligations : rétablir et maintenir le contact entre les conjoints; fournir un forum de discussion; être une présence neutre en son sein pour susciter une négociation; et enfin encourager la divulgation réciproque de l'information utile à la résolution du conflit. S., ROBERTS, « Toward a Minimal Form of Alternative Intervention », in : *Mediation Quarterly*, vol. 11, 1986, p. 25-37.

59 L'équidistance correspond à la définition retenue par Odom, « the ability of the mediator to assist the disputants in expressing their « side » of the case », E., ODOM, « The Mediation Hearing : A Primer », in : J.E., Palensky and H.M., Launer (eds), *Mediation*, Springfield, Thomas, 1986, p. 52-53. Autrement dit, le médiateur se doit de se rapprocher des parties et de les soutenir de manière symétrique.

60 Sara, COBB, Janet, RIFKIN. *Supra*, *op.cit.*, note 53, p. 44-45.

seulement de la confusion qu'une telle définition engendre mais également de l'émergence d'un dilemme⁶¹ chez les praticiens qualifiés par l'équipe de Rifkin de « paradoxe de la neutralité » ou « dilemme du médiateur »⁶².

En effet, ces chercheurs sont parvenus à le déceler au moyen du concept de « double-bind » emprunté à la théorie de la communication lequel fut appliqué au processus de la médiation familiale circonscrit à quatre séquences⁶³, et a permis de constater une contradiction entre la première et la dernière de celui-ci. Alors qu'à la première séance, le tiers se présente comme une personne neutre au sens d'impartial, il offre à la seconde et à la troisième séance une opportunité de prise de parole par les conjoints en rupture ainsi qu'un encouragement à la divulgation de l'information détenue. Toutefois, à la quatrième étape du processus, ce « tiers » atteste d'un alignement sur la proposition d'un des conjoints. Autrement dit, le détachement affiché en début du processus se transforme progressivement en une implication aux côtés d'un protagoniste.

En définitive, la contradiction soulevée par ces chercheurs relativement à la notion de neutralité telle qu'elle a été définie par les groupes professionnels américains a suscité des controverses dans la littérature sur la médiation familiale autour de deux facettes du « tiers ». L'une qui est diffusée par les rédacteurs de Guides professionnels à l'attention des praticiens, le désigne tantôt comme « une personne neutre »⁶⁴, ou « neutre et impartiale »⁶⁵ ou encore comme un « intervenant neutre »⁶⁶. L'autre facette qui prend appui sur des recherches empiriques menées sur les médiateurs en pratique, dévoile un

61 *Id.*p.45

62 Janet, RIFKIN, Jonathan, MILLEN, Sara, COBB., *op.cit.*, note 4, p. 153. : « The paradox of neutrality as are all paradoxes of this nature, is based on an interactive sequence consisting of contradictions ».

63 *Supra*, *op.cit.*, note 4, p. 154-155.

64 John, FOLBERG, and Alisson, TAYLOR, *op.cit.*, note 7, p. 7-8.

65 Christopher., MOORE, *op.cit.* p. 368-426.

66 Laurence, BOULE & Miryana, NESSIC, *Mediation : Principles, Process, Practice*, Sydney, Butterworths, 1996, p. 18. Cette neutralité étant considérée comme passive puisque le médiateur ne serait qu'un observateur. Cette attitude constitue pour les opposants à cette forme de neutralité, une caution du médiateur familial à toutes les inégalités qu'il constate et ne conteste pas.

« tiers » exerçant une « influence sur les parties »⁶⁷, ou ayant une « capacité de persuasion » et qui démontre que la « neutralité est impossible »⁶⁸.

Indubitablement, la discussion anglo-saxonne sur la neutralité du médiateur familial, en raison de la dimension d'impartialité qu'elle renferme questionne sur le bien-fondé de cet idéal professionnel qui pèse sur les « tiers » praticiens. Mais trouve-t-elle écho au Québec ?

A priori, la rédaction des textes législatifs, réglementaires ou professionnels sur la médiation familiale au Québec attestent de l'inanité de l'importation de la controverse anglo-saxonne sur la neutralité puisque cette notion ne figure nulle part en dehors d'un usage conjoncturel, par les représentants du Barreau du Québec, au cours des débats parlementaires sur la Loi 65⁶⁹. De surcroît et contrairement à cette Loi sans qualification sur le « tiers », il aurait une obligation à l'« impartialité » selon le *Guide des normes de pratique en médiation familiale*⁷⁰.

Une obligation à l'impartialité qui exige du « tiers » à être « libre de tout favoritisme⁷¹, préjugé⁷² ou conflit d'intérêts⁷³ à l'égard de l'une ou l'autre des parties,

67 L., GOLD, « Influencing Unconscious Influences : The Healing Dimension of Mediation », in : *Mediation Quarterly*, vol. 11, n° 1, 1993, p. 55-66.

68 Janet, RIFKIN, Jonathan, MILLEN & Sara COLB. Supra, *op.cit.*, note 4, p. p. 151. Haynes affirme même que le médiateur « n'est pas neutre », John, HAYNES, « La gestion des conflits : le rôle du médiateur », dans : *Le groupe familial*, n° 25, 1989, p. 87. (86-92).

69 Ce projet de loi a été adopté sous la dénomination de *Loi instituant au Code de procédure civile la médiation préalable en matière familiale et modifiant d'autres dispositions du Code* (L.Q., 1997, c.42).

70 Le Guide a été élaboré et adopté par le Comité des organismes accréditeurs en médiation familiale (C.O.A.M.F.) le 1er juillet 1998. Pour éviter une lecture ardue du présent texte, nous opterons parfois pour l'acronyme de *GNPMF* ou encore *Guide* à la dénomination *Guide des normes de pratique de la médiation familiale*.

71 Apparemment le *Guide des normes de pratiques* ne fournit aucune illustration ou définition de la notion de favoritisme.

72 La notion de préjugés se limite aux questions liées à l'objet de la médiation.

73 Qu'il soit réel ou apparent, le conflit d'intérêt dans la conception des rédacteurs du *Guide des normes de pratiques* réfère : « aux circonstances pouvant le créer » ou aux relations sociales ou professionnelles nouées avec les parties ou autres tiers liés au conflit. Le conflit d'intérêt dans la conception de la médiation familiale présente une différence avec le conflit d'intérêt en matière civile. En effet, alors que dans celle-ci, le conflit d'intérêt est une cause de récusation du juge si la requête le dénonçant est « jugée valable » (art. 241 Cpc). La conséquence est le retrait du juge du procès. En médiation familiale, la cessation du processus n'est pas obligatoire même si « les parties croient [que le médiateur] est partial » (art. 2.01 *Guide des normes de pratiques*). Les seules

tant dans ses propos, ses attitudes que dans ses actes. »⁷⁴. Or cette définition se rapproche la définition de la neutralité et de l'impartialité retenue par le *Code of Professional Conduct for Mediators*⁷⁵, mais l'analogie comporte des nuances car si la neutralité n'apparaît pas dans le *Guide* promulgué au Québec son contenu n'en est pas moins présent. En effet, l'obligation à l'impartialité combine l'impartialité et la neutralité puisqu'elle reprend la notion de conflits d'intérêts incluse dans la neutralité, et l'absence de favoritisme et de préjugés intégrée à l'impartialité, telles que les conçoit le code américain. Dès lors, une telle combinaison n'exclut ni la confusion à l'origine du débat anglo-saxon sur la neutralité ni la dissipe. Et l'éviction de la neutralité dans la formulation des dispositions du *Guide* n'écarte pas l'existence d'une contradiction dans la définition de l'obligation à l'impartialité du « tiers » ni son éventuelle discussion théorique.

Mais, dans l'attente de l'étude de ce « tiers » poursuivons l'exploration des contradictions relevées par la relation neutralité/impartialité-obligation d'aide.

2) La contradiction liée à la relation neutralité/impartialité-obligation d'aide

Dans le contexte anglo-saxon, l'obligation qui pèse sur le « tiers » de venir en aide aux ex-conjoints en conflit, au cours du processus de médiation familiale, correspond à

obligations à la charge du médiateur partial sont celles de s'abstenir de fournir personnellement ou par personne interposée « de son milieu de pratique » le service professionnel et de rappeler aux parties leur droit de mettre fin à la médiation. Toutefois ces obligations sont soumises à trois conditions : la divulgation préalable de l'intérêt dans le conflit, le consentement écrit des parties et l'absence de toute interdiction en ce sens dans le code professionnel.

74 Art.2.01 a) du Guide des normes de pratique en médiation familiale.

75 Définition adoptée par le Center for Dispute Resolution in Denver, Colorado : « Neutrality : A mediator should determine and reveal all monetary, psychological, emotional, associational, or authoritative affiliations that he or she has with any of the parties to a dispute that might cause a conflict of interest or affect the perceived or actual neutrality of the professional in the performance of duties. If the mediator or any one of the major parties feels that the mediator's background will have or has had a potential to bias his or her performance, the mediator should disqualify himself or herself from performing a mediation service »

Jay, FOLBERG and Alyson, TAYLOR, « Mediation », *op.cit.*, note 51, p.118-119 : « Impartiality : The mediator is obligated during the performance of professional services to maintain a posture of impartiality toward all involved parties. Impartiality means freedom from bias or favoritism either in word or action. Impartiality implies a commitment to aid all parties as opposed to a single party in reaching a mutually satisfactory agreement. Impartiality means that a mediator will not play an adversarial role in the process of dispute resolution »

une opportunité de croissance⁷⁶. Effectivement, cette aide comporte deux dimensions consubstantielles : l'« empowerment »⁷⁷ et la reconnaissance de l'altérité.

L'« empowerment », dont aucune équivalence en français ne rend compte de son contenu qui renferme les notions d'autonomie, d'autorité et de pouvoir⁷⁸ est appréhendé sous l'angle de l'obligation du « tiers » à un niveau microsocial celui de l'individu et à un niveau macro social, celui de la société. Pour ce qui est du premier, c'est-à-dire envers l'individu, l'« empowerment » recherche la réhabilitation et le développement de l'estime de Soi, et ce à travers une démarche maïeutique du médiateur familial. Celui-ci incarnerait alors le rôle d'un « accoucheur d'opportunités »⁷⁹ ou d'un « pushy mediator »⁸⁰ ou encore d'un « facilitateur »⁸¹. Autrement dit une personne qui offrirait à

-
- 76 Cette perspective de croissance se retrouve dans la « Transformative Approach » développée par Folger et Bush pour qui la médiation familiale participe à la transformation de l'individu par rapport à lui-même et dans son rapport avec autrui. Cette transformation se réalise par la mutation des points faibles de l'individu en points forts lui permettant ainsi de transcender son « moi » et de reconnaître l'autre. C'est une perspective qui s'oppose au « Problem Solving Approach » ou « Settlement Oriented » essentiellement axé sur un « tiers » directif, représenté selon Folger et Bush par le médiateur avocat, qui est soucieux de conclure une entente, car le conflit, serait dans une logique individualiste un problème auquel il faut trouver solution.. La « Transformative Approach » se distingue également du « Passive Style » ou « intervention minimale » dans lequel le rôle du médiateur familial se réduit à une présence. Cette approche de Folger et Bush a rencontré un large accueil en Australie et Nouvelle-Zélande : Michelle, BRENNER, Steven, SEGAL, and Natasha, SERVENTY, « What is « Transformative Mediation » », in : *Australian Dispute Resolution Journal*, vol. 11, n° 3, 2000, p. 155-162.
- 77 L'idée d'« empowerment » est particulièrement défendue par Folger et Bush qui la définissent comme « the restoration to individuals of a sense of their own value and strength and their own capacity to handle life's problem ». Joseph, FOLGER, & Robert Barush, BUSH, *The Promise of Mediation*, San Francisco, Jossey-Bass, 2005, p. 2.
- 78 William, BYHAM, "L'empowerment, défense et illustration" in : *L'Expansion Management Review*, n°80, Mars 1996, p. 70-78
- 79 Le médiateur familial serait le « midwife of opportunities » c'est-à-dire la personne qui de part son expérience professionnelle et sa croyance dans le potentiel humain, doit se tenir prête à capter les signes de résolution ou de renforcement du conflit provenant de l'interaction des protagonistes. Michelle, BRENNER, Steven, SEGAL, & Natasha, SERVENTY, *op.cit.*, note 76, p. 155-162.
- 80 Le « pushy mediator » est la personne qui encourage, motive et pousse les participants à coopérer et à parvenir à des choix éclairés pour résoudre leur conflit, et ce à partir des informations qu'il donne et des informations qu'il déplace d'un protagoniste à un autre. Robert Barush, BUSH, « Efficiency and Protection or Empowerment and Recognition ? The Mediator's Role and Ethical Standards in Mediation », in : *Florida Law Review*, vol. 41, n°2, 1989, p. 277.
- 81 Le « facilitateur » serait celui qui tout en offrant l'opportunité demeure neutre, non interventionniste et donc n'équilibre pas le pouvoir. Samuel, IMPERATI, « Mediator Practice Models : The Intersection of Ethics and Stylistic Practices in Mediation », in : *Willamette Law Review*, vol. 33, Summer 1997, p. 710.

chaque partie l'occasion de reconstruire son estime de soi et de prendre ses décisions en toute liberté.

Or, ce rôle particulier du médiateur familial dans l'initiation à l'« empowerment » soulève des critiques. Pour certaines⁸², cette notion tend à reconstituer le sens de la valeur de soi, de sa force et de la capacité à résoudre ses problèmes dans lesquels le « tiers » serait un accompagnateur, c'est-à-dire une personne qui se tient à l'écart de tout contrôle ou influence sur l'entente de résolution du conflit. Il ne disposerait d'aucun objectif d'équilibrer le pouvoir entre les deux protagonistes ni envisagerait une redistribution de celui-ci en faveur de la partie démunie. Pour d'autres⁸³, l'« empowerment » serait intégratif d'une recherche d'un équilibre de pouvoir entre les parties, et donc d'une interprétation par le « tiers » de la dynamique du couple. Or une telle action correspond à une implication de sa part, ce qui pourrait frôler l'usurpation du pouvoir de décision des parties.

Mais l'une et l'autre critiques renvoient à un problème plus vaste, celui de l'éthique du « tiers ». En effet, en se chargeant de rendre le pouvoir à la partie démunie, le médiateur familial ne ferait-il pas preuve de partialité ? Mais en s'abstenant de le faire ne ferait-il pas démonstration d'une injustice⁸⁴ ? De surcroît, le rôle de « facilitateur » lui confère la possibilité, en dernier ressort particulièrement en situation d'impasse dans la négociation entre les protagonistes, d'offrir une autre option⁸⁵ aux parties. Est-ce que ce « tiers » serait, dans certaines situations sans issues, comme celles d'une carence en solutions ou d'une résistance de la part des ex-conjoints, le promoteur de la résolution, supposée initiée par ces derniers, du conflit familial ?

Dès lors, la dimension d'« empowerment » de l'individu incluse dans l'obligation d'aide aux conjoints en rupture place le « tiers » face à un dilemme qui accentue la

82 Robert Barush, BUSH, *op.cit.*, note 80, p. 277.

83 Sara, COBB, « Empowerment and Mediation : A Narrative Approach » in : *Negotiation Journal*, vol. 9, n° 3, July 1993, p. 245-255; A.E., BARSKY, « Mediation and Empowerment in Child Protection Cases », in : *Mediation Quarterly*, vol. 14, n° 2, 1996, p. 111-134.

84 A.E., BARSKY, *id.*, p. 112.

85 « A facilitative mediator is theoretically the least interventionist and, at most, would offer an option for settlement only after it becomes clear that the parties cannot generate one on their own », Samuel J., IMPERATI, *op.cit.* note 81, p. 710.

contradiction soulevée par la neutralité au sens d'impartialité. Qu'en est-il du second niveau de l'« empowerment », c'est-à-dire de sa portée sociale ?

À ce niveau, l'« empowerment community » serait plutôt le corrélat de l'« empowerment » qui vise la reconstruction de l'estime de soi. En somme, la consolidation de celui-ci faciliterait à une échelle sociale la mise en place de relations sociales équilibrées, qui seraient d'autant plus indispensables dans une société contemporaine caractérisée par une pluralité⁸⁶. Et cet aspect social rejoint d'ailleurs la seconde dimension reconnue à l'obligation d'aide du « tiers », en l'occurrence la reconnaissance⁸⁷ réciproque des ex-conjoints. Cette dernière témoigne alors d'une capacité d'empathie envers autrui, qui serait en médiation familiale l'ex-conjoint, mais aussi les enfants puisque l'un des objectifs de la médiation est la reconnaissance de l'autre dans ses besoins. Le rôle du « tiers » serait alors, de participer à la transformation de l'individu par un changement de sa perception de l'autre et du conflit⁸⁸. Par cette occasion, il marque une distance avec cette qualité professionnelle d'impartialité pour rectifier, modifier, façonner les représentations de l'Autre, du conflit et de son mode de résolution, en distillant d'autres représentations. Autrement dit, autant l'« empowerment » au niveau social que l'altérité qu'elle véhicule contribuent à une transformation de l'individu que défend d'ailleurs la « Transformative Approach » soutenue par Folger et Bush.

Mais quelle forme prend cette obligation d'aide du « tiers » dans le contexte du Québec ? Pour le *Guide des normes de pratique en médiation familiale* l'obligation assignée au « tiers » de venir en aide aux ex-conjoints, dénommés « parties », est dirigée vers la présentation de la médiation familiale⁸⁹ et la recherche d'une entente « viable et équitable »⁹⁰.

86 Sara, COBB, *op.cit.*, note 83, p. 24-246.

87 Joseph, FOLGER & Robert B. BUSH, *op.cit.*, note 77, p. 2 : La reconnaissance ou « recognition means the evocation in individuals of acknowledgment and empathy for the situation and problems of others ».

88 Michelle, BRENNER Steven, SEGAL, and SERVENTY, Natasha, *op.cit.*, note 76, p. 160.

89 Art. 3.01.05 du *Guide des normes de pratique en médiation familiale* : « Le rôle du médiateur comprend, mais il n'y est pas limité exclusivement, 1) l'aide aux parties en clarifiant la définition des enjeux et objets de la médiation; 2) la réduction des obstacles à la communication; 3) l'exploration de diverses avenues de solutions afin d'aider les parties à trouver une entente; 4)

Cette obligation du « tiers » prend la forme d'une présentation de la médiation familiale à travers ses « enjeux et objets » sans autre précision. La nébulosité, volontaire ou involontaire de la part des rédacteurs du *Guide*, de cette expression laisse au « tiers » une marge de liberté qui comporte le risque de remettre en cause son obligation à l'impartial puisque toute définition qu'il pourrait donner serait alors interprétée sous l'angle des enjeux sous-jacents et donc des intérêts qu'il défendrait. Ce qui dès lors le place dans un rôle partial vis-à-vis de la résolution du conflit familial. Par contre, pour l'exécution de l'obligation d'aide du « tiers » dans la forme d'une recherche d'une « entente viable et équitable », le *Guide des normes de pratique en médiation familiale*, insiste sur l'expression d'un « consentement libre et éclairé » dans sa conclusion. Ainsi, l'obligation réunirait deux éléments, le but fixé au processus de médiation familiale entrepris par les « parties », c'est-à-dire parvenir à une résolution du conflit familial, mais également le devoir assigné au « tiers » de les y amener.

Toutefois, l'intégration de l'objectif fondamental de la médiation familiale à résoudre le conflit matrimonial, dans cette obligation d'aide du « tiers », consigne le *Guide* dans l'optique de l'approche du « Problem-Solving » qui conçoit le conflit comme un problème plutôt que dans celle de Simmel dans laquelle il est une forme de socialisation. Quant à l'insertion dans ce devoir d'aide du « tiers » d'une mission pour celui-ci d'atteindre la conclusion de l'entente de règlement entre les parties interroge sur la valeur de l'expression « la prise de décision demeure toujours sous l'autorité des parties elles-mêmes »⁹¹ et sur celle de la prohibition faite au médiateur familial de « forcer les parties à adhérer à une entente ou [à] prendre une décision pour l'une ou

l'aide aux parties dans l'évaluation des conséquences probables des différentes options envisagées».

90 Art. 1.02 al.3 du *Guide des normes de pratique en médiation familiale* : « Le médiateur aide les parties à atteindre, volontairement et en toute connaissance de cause, une entente viable respectant chacun des membres de la famille ».

Art. 1.05 in fine du *Guide des normes de pratique en médiation familiale* : « Le devoir du médiateur étant d'aider les parties à atteindre une entente équitable découlant d'un consentement libre et éclairé il peut aider les parties à développer des options pour discussion en évaluation. Toutes les décisions doivent être prises volontairement par les parties elles-mêmes ».

Art. 3.01.05 du *Guide des normes de pratique en médiation familiale* : « Le rôle du médiateur comprend, mais il n'y est pas limité exclusivement, 4) l'aide aux parties dans l'évaluation des conséquences probables des différentes options envisagées».

91 Art. 1.04 du *Guide des normes de pratique en médiation familiale*.

l'autre d'entre elles »⁹². D'autant plus que cette sorte de mission se rapproche de l'« optimisation du contenu de l'entente »⁹³ qui admet une participation du « tiers » et de fait de la notion même d'« empowerment » en tant que moyen d'implication de celui-ci dans la prise de décision de règlement. En conséquence, l'obligation d'aide préconisée par le *Guide des normes de pratique en médiation familiale* se rapproche dans sa substance de celle qui pèse sur le médiateur familial en contexte anglo-saxon, c'est-à-dire qu'elle comporte également un sens d'« empowerment » et de « reconnaissance ».

Ce rapprochement dans la signification de l'obligation d'aide donnée par les ordres professionnels américains et par le *Guide des normes de pratique en médiation familiale* indique une fois de plus l'ambiguïté dans la conception de ce médiateur familial au Québec. Alors qu'il est impartial dans le qualificatif, il l'est moins dans le contenu. Alors qu'il a pour souci de laisser les « participants » à la médiation familiale finaliser leur entente, il agit comme un « facilitateur », c'est-à-dire une personne qui dispose du droit d'intervenir en cas d'impasses dans la négociation. Ce qui éloigne de l'image d'un « tiers » désintéressé, voire « impartial ».

Comme nous le constatons la qualité d'impartialité du « tiers » mise en relation avec la neutralité et avec l'obligation d'aide qui lui est assignée par les guides professionnels de pratique révèle des contradictions, est-ce que la dernière relation soumise à examen, celle qui s'établit entre l'impartialité du « tiers » et l'autonomie des « participants » s'inscrit dans la filiation ou s'en démarquera-t-elle ?

3) La contradiction reliée à la relation neutralité/impartialité-autonomie des « participants »

L'autonomie des « participants » est présentée dans les modes de résolution informelle des conflits, à l'exemple de la médiation familiale comme un corollaire au principe d'impartialité du « tiers ». Elle l'est de manière similaire dans les guides de

92 Art. 1.02 du *Guide des normes de pratique en médiation familiale*.

93 L'expression est consacrée dans la « Maximizing Mediation Approach » défendue par Melamed. James, MELAMED, « Maximizing Mediation », in : <http://www.to-agree.com>. Dans cette optique le « tiers » apporte assistance aux parties pour pourvoir s'exprimer mais aussi pour trouver une solution au conflit qui représente leurs intérêts. Toutefois cette assistance n'exclut pas son éventuelle participation sous forme de propositions de règlement du différend qui les oppose.

pratique de la médiation familiale, élaborés aux Etats-Unis et au Québec pour ne citer que ceux-là. Et cette notion réfère à celle de consentement libre et éclairé qui prévaut dans un modèle volontariste proposée par l'idéologie libérale.

Or dans l'idéal libéral, l'individu qualifié de sujet de droit, est censé être autonome, c'est-à-dire qu'il disposerait de la capacité de s'affirmer et de posséder la liberté de choix en dehors de l'emprise collective dans laquelle le maintiennent ses liens féodaux et tribaux. Elle lui confère également la capacité de s'autogouverner, c'est-à-dire qu'il déterminerait non seulement la convention qu'il crée et qui dispose sur ses droits et obligations, mais également de la loi qui interviendrait pour régler les différends en cas de silence de celle-ci. Autrement dit, l'autonomie de la volonté permet de régler les litiges potentiels selon la volonté des contractants, mais dans les limites reconnues par la loi, l'ordre public et les bonnes mœurs.

Cette force de l'autonomie de la volonté a poussé certains auteurs⁹⁴ à la définir comme la source des droits subjectifs. Mais une telle idée a déjà été réfutée⁹⁵ car l'individu est également un être social et son acte juridique constitue un fait social puisqu'il renferme une rencontre entre un intérêt individuel, c'est-à-dire le compromis entre la reconnaissance d'une sanction éventuelle de ses obligations par l'État et la protection en échange de ses droits, et un intérêt social qui consiste à sanctionner ces mêmes obligations en vertu de l'intérêt général. Et l'autonomie de cet individu isolé, mais néanmoins social bénéficie pour sa protection d'instruments procéduraux mis à sa disposition par le système juridique étatique d'affiliation.

Or, contrairement au principe universel de l'égalité, l'accès à ces instruments est inégal puisque le coût des frais de justice prive les sujets démunis de la protection de leurs droits. Cette faiblesse du modèle libéral servira, au demeurant, à alimenter, aux côtés d'autres arguments comme l'inadéquation de la procédure contradictoire dans certains conflits tels ceux de la famille, des critiques. Elles émanent principalement des partisans d'un modèle distinct de résolution des conflits interpersonnels, comme la

94 Véronique, RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution du concept*, préf. J.-Ph. Lévy, Paris, P.U.F., 1980, p. 76.

95 Gabriel, de TARDE, *Les transformations du droit : étude sociologique*, 8ème éd., Paris, F. Alcan, 1922, p. 124.

médiation familiale. Le mouvement qui les véhicule conteste le modèle libéral de justice et préconise une redéfinition du sujet de droit. Celui-ci serait non seulement porteur de droits, mais également de besoins dans un cadre relationnel. Par conséquent, ce sujet sort de son isolement pour évoluer dans des réseaux relationnels qui soulèvent la question du devenir de l'autonomie de l'individu telle que conçue par l'idéal libéral.

En médiation familiale, le concept d'autonomie est repris dans son acception libérale puisqu'il s'inscrit dans le modèle volontariste et son principe de « consentement libre et éclairé ». Toutefois, son expression, loin d'être spontanée, est stimulée par l'obligation d'aide du « tiers » inscrite dans une logique d'« empowerment ». Or, celle-ci n'exclut pas une forme d'implication de ce « tiers » dans la prise de décision de la résolution du conflit matrimonial par les « participants », à travers la propagation du discours dominant qui entérine le divorce sans faute et le maintien de la parentalité.

En effet, l'aide du « tiers » à l'« empowerment » des « participants » met en exergue les valeurs positives de la rupture conjugale puisque celle-ci est présentée comme une transition vers une étape valorisante pour soi plutôt qu'un échec, qu'elle ferait partie du cycle de la vie de l'individu qui, tout en recherchant des expériences⁹⁶ d'épanouissement, demeure parent. Par conséquent, le discours d'« empowerment » tenu par le « tiers » inclut l'idée que la dissolubilité de la relation conjugale n'atteint pas l'indissolubilité de la relation parentale. Que celle-ci pourrait se détacher du modèle fusionnel de la famille nucléaire pour s'insérer dans un modèle de fonctionnement plus associatif de famille recomposée⁹⁷ qui préconiserait alors une réorganisation de la famille avec une division de l'espace, du temps et des activités entre ses membres, mais qui privilégie les liens avec les parents biologiques tout en les relativisant pour mieux intégrer les nouveaux partenaires des parents. Ainsi les liens de sang au fondement de l'institution de la famille marquent un recul en faveur de l'intérêt de l'enfant à avoir un lien avec un adulte et l'intérêt de l'adulte à avoir un enfant⁹⁸. Dès lors, tout ce discours

96 Benoît, BASTARD, *Les démarieurs. Enquête sur les nouvelles pratiques du divorce*, Paris, La Découverte, 2002, p. 9. D'ailleurs, Bastard qualifie la trajectoire matrimoniale des individus comme « une monogamie à la chaîne ».

97 BASTARD, *Id.*, p. 46.

98 Jacques, COMMAILLE, « La famille, la fin de la loi ? », dans : *Futuribles*, n°53, avril 1991, p. 84.

sur la précarité de la relation conjugale ou amoureuse, sur la relation parentale et sur l'intérêt de l'enfant, renferme des valeurs, personnelles ou sociales, véhiculées par le « tiers » qui désavouent manifestement la notion d'impartialité, contrainte fixée par les guides professionnels.

Cet aperçu sur la notion d'impartialité sous l'angle des contradictions fera une brève évocation des propositions suggérées pour les dissiper.

4) Propositions de résolution des contradictions

Celles-ci se regroupent en deux catégories, celles qui se veulent correctrices des inconvénients causés par la confusion de la neutralité avec l'impartialité et celle qui recherche l'abandon de cette notion d'impartialité.

Les premières élaborées par l'équipe de Rifkin qui a dévoilé la présence d'un dilemme du médiateur ou le paradoxe de la neutralité proposent les approches comme « Storytelling » ou la « Narrative approach » ou comme le « Symmetric Perspective Advice » pour évacuer la contradiction suscitée par la neutralité du « tiers ».

La première approche poursuit la réflexion sur le « dilemme du médiateur » à travers la théorie de la communication en empruntant le concept de « Storytelling » qui met la centralité de la communication sur l'interaction et l'action du tiers plutôt que sur la transmission du message. Néanmoins, cette proposition du « Storytelling » ou de la « Narrative Approach » soulève trois critiques de la part de ses propres concepteurs⁹⁹, la partialité inhérente à cette approche, la répartition inégale du droit de parole et le regard contrôlant du « tiers » envers le second narrateur. À la lumière de ces critiques, l'approche du « Storytelling » apparaît comme un processus dans lequel une version de l'histoire commune dominerait une autre et orienterait la suite des événements impliquant les deux partenaires. Cependant ce constat conduit à un autre, celui de dissiper le dilemme du médiateur dans lequel la notion de neutralité/impartialité le place. Effectivement une telle approche offre comme avantage de favoriser le dévoilement de la position de ce « tiers » en faveur d'un des conjoints, ce qui, alors, constitue une

99 Particulièrement celles de Rifkin et de Cobb. Sara, COBB, Janet, RIFKIN. *Supra, op.cit.*, note 53 p. 38

illustration de l'affirmation de Simmel, de la tendance vers une dyade au sein de la triade. Elle permet également de témoigner de l'absence d'impartialité.

Par contre, la seconde approche celle de la « Symmetric Perspective Advice », s'intéresse au « tiers » comme un acteur neutre. Elle lui attribue un rôle de conseil, c'est-à-dire celui qui apporte une aide aux époux en rupture dans l'identification d'une entente efficace qui reflètera les objectifs de justice et d'équité définis par les protagonistes. Cette aide du « tiers » se manifesterait, d'une manière analogue à l'égard des deux protagonistes, par la communication d'informations légales, économiques ou psychologiques, pertinentes à la résolution du conflit familial. Dès lors cette action ferait preuve de l'impartialité du médiateur familial. Cette approche perpétue la confusion entre la neutralité et l'impartialité et comporte le risque qu'un traitement égal pourrait provoquer une inégalité. Et toute tentative de son redressement par le « tiers », conduirait alors à l'entourer d'un halo de partialité¹⁰⁰. Autrement dit, cette approche de la « Symmetric Perspective Advice » loin de dissoudre le dilemme du médiateur l'exacerbe et stimule l'idée de l'abandon de la notion neutralité du « tiers ».

La seconde catégorie de propositions consiste en une suggestion de l'abandon de la notion de neutralité¹⁰¹ conséquemment à un constat d'influence¹⁰² du « tiers » sous

100 Ce constat a déjà été souligné par Barsky, *op.cit.*, note 85. Il est repris dans une recherche menée par Becker-Haven et citée par Taylor. La recherche a conduit à modéliser le rôle du médiateur familial en quatre catégories : l'« Educative »; le « Rational-Analytic »; le « Therapeutic » et le « normative-evaluative ». Chez les deux premiers, la question de neutralité et d'impartialité est à peine effleurée étant donné qu'ils donnent de l'information générale aux deux conjoints sur le processus du divorce, la garde des enfants, la pension alimentaire, etc. Par contre, le dilemme de la neutralité et de l'impartialité est plus présent chez le troisième parce que le rôle du thérapeute exige plus d'intervention du médiateur et donc présente plus d'opportunité d'exercice de pouvoir de sa part et de partialité. Quant au dernier, il représente le rôle du médiateur qui exerce une influence directe. Alisson, TAYLOR, *op.cit.*, note 49, p. 221-222.

101 Courant qui est apparu dans les années 90 et qui a pour chef de file Gorie : D., GORIE, « Mediator Neutrality : High Deal or Sacred Cow ? », in : L., Fisher (ed), *Conference Proceedings, Famcon '95*, Third National Family Mediation Conference, Sydney, 1995, p. 30. Astor le retient également en tant que tel : Hilary, ASTOR, « Rethinking Neutrality : A Theory to Inform Practice », in : *Australian Dispute Resolution Journal*, vol. 11, n°2 & 3, May & August 2000, p. 73-83/145-154.

102 Christopher, MOORE, *op.cit.*, note 13, p. 375.

forme de stratégies¹⁰³ d'intervention directe ou indirecte et de « pressions »¹⁰⁴ perceptibles au cours du déroulement de la médiation familiale.

L'influence a été perçue dès la première décennie¹⁰⁵ de la propagation de la médiation familiale aux Etats-Unis et se rattache à une forme active constatée dans sa conduite indépendamment de l'exigence de neutralité/impartialité imposée par les guides professionnels. Or cette influence assimilée à un pouvoir possède la particularité d'être dépourvue d'un sens politique, c'est-à-dire être détenu par l'État et ses institutions administratives qui disposeraient d'« une coercition qui use de la contrainte »¹⁰⁶, et d'un sens substantialiste, c'est-à-dire être exercé sur la nature ou sur un animal. Elle exclut également la signification d'un pouvoir sur soi, c'est-à-dire une maîtrise sur ses émotions et sur ses capacités. Elle se rapporte plutôt à « la capacité à influencer et à contrôler autrui »¹⁰⁷ et à déterminer un rapport de déséquilibre, voire inégalitaire.

-
- 103 Il est intéressant de voir que les stratégies sont développées initialement par les théoriciens américains au cours de la première décennie de la médiation familiale, c'est-à-dire ceux qui ont en fait la promotion en comparaison avec le système judiciaire, à l'instar de Fisher et Ury. Ces auteurs se sont penchés sur la distinction entre « interested-based strategy » ou encore « integrative strategy » avec comme slogan la formule du « gagnant-gagnant » et la « positional strategy » ou « distributive strategy » qui met l'accent sur l'intérêt plutôt que sur le besoin des parties et qui est particulière au système judiciaire.. Roger, FISHER & William L., URY, *Getting to Yes : Negotiating Agreement Without Giving In*, 2nd ed., Boston, Houghton Mifflin, 1992, p. 58-83. Toutefois, certains auteurs évitent l'emploi du terme stratégies, en raison de sa connotation négative, et favorisent celui de progression dans les étapes de médiation : W.L., FELSTINER & L.A., WILLIAMS, « Mediation as an Alternative Criminal Prosecution », in : *Law and Human Behavior*, n 2, 1978, p. 223-244.
- 104 Christopher, MOORE, *op.cit.*, note 13, p. 391-393. Pour Moore, les moyens de pression varient, entre autres, selon la figure du « tiers » (formelle ou charismatique), l'information qu'il donne (légal ou morale en faisant appel aux principes moraux du couple), l'action qu'il exerce (susciter le doute chez une parties en opposant l'entente au jugement, sur la faisabilité de l'option proposée, sur le réalisme de la demande). Autrement dit le « tiers » exerce une influence directe sur les parties ou use de l'influence de l'une sur l'autre en la renforçant ce qui provoque une coalition et écarte l'impartialité.
- 105 Audrey, DEVLIN et Judith P., RYAN, « Family Mediation in Canada : Past, Present and Future Developments », in : *Mediation Quarterly*, n°6, 1984, p. 18.
- 106 Carl Gustav, DAHRENDORF, *op.cit.* note 16. Pour l'auteur, ces contraintes comportent des sanctions négatives comme les punitions et les dommages. Elles impliquent une effectivité car la coercition est soit matérielle soit psychique, c'est-à-dire réelle ou perçue. Cette définition du pouvoir correspond à ce que Rocher qualifie de sens usuel puisque pour lui « le pouvoir est la capacité de contraindre par la force et de régir ou dominer les autres ». Guy, ROCHER, « Droit, pouvoir et domination », dans : *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, n°1, avril 1986, p. 33.
- 107 Audrey, DEVLIN et Judith P., RYAN, « Family Mediation in Canada : Past, Present and Future Developments », in : *Mediation Quarterly*, n°6, 1984, p. 18. L'influence est d'ailleurs considérée par Dahrendorf comme une autre forme de pouvoir aux côtés de la contrainte. Elle n'use ni de la

Autrement dit, cette influence serait plutôt un pouvoir qui trouve ancrage dans la relation interpersonnelle.

Or cette nature de pouvoir relationnel suppose, dans l'optique de Foucault, une inégalité qui se situe non pas dans une relation hiérarchique à sens unique entre un individu dominé et un individu dominant, mais dans une relation horizontale à double sens dans laquelle chacun des acteurs exerce à son tour l'une ou l'autre forme. Elle surviendrait alors dans un « jeu de relations mobiles »¹⁰⁸ qui s'inscrirait dans un rapport de force incessant entre des individus qui l'exercent et d'autres qui le subissent. Dans cette perspective, le pouvoir évolue dans une circularité qui témoigne d'une dynamique dans laquelle l'action de l'un et la réaction de l'autre font qu'aucun des deux acteurs n'est « jamais totalement démuné ». Dès lors, l'idée de domination au sens donné par Weber, c'est-à-dire « la chance de trouver des personnes déterminées prêtes à obéir à un ordre »¹⁰⁹ s'éclipse puisque le pouvoir relationnel s'exerce entre des individus titulaires de la capacité de pouvoir et celle d'obéissance. Cependant, pour Foucault la domination n'est pas totalement exclue du pouvoir relationnel puisque celui-ci peut être exercé de manière unilatérale, mais dans cette hypothèse, le pouvoir figé entre les mains de la partie dominante confronte, de manière indirecte, la résistance de celui qui en est privé, donnant ainsi au déséquilibre généré une forme structurelle au sein de l'interaction.

Est-ce que l'influence du « tiers » en médiation familial reflète un pouvoir relationnel qui établit une dynamique entre le médiateur et les époux désunis, c'est-à-dire une opportunité de manifestation de la volonté de ces derniers ou est-ce un pouvoir exclusif à celui-ci ?

Folberg et Taylor observent dans leurs travaux que le discours sur la médiation familiale met l'accent sur un « tiers » détenteur de qualités de neutralité/impartialité, donc dépourvu d'autorité. Or, un tel discours puise ses racines dans les guides

force ni de sanction mais de gratifications symboliques ou matérielles à travers la persuasion ou la manipulation, pour obtenir d'autrui ce qui est attendu de lui.

108 Michel, FOUCAULT, « Le sujet et le pouvoir » dans : M., Foucault, *Dits et écrits*, T. IV, Paris, Éditions Gallimard, 1994, p. 222-243.

109 Max, WEBER, *op.cit.*, note 17.

professionnels¹¹⁰ conçus pour orienter la pratique du « tiers » selon des modèles préétablies d'approches et ce dans le but de conduire les ex-conjoints vers un règlement du conflit familial. Ainsi Fisher et Ury¹¹¹ proposent une typologie qui regroupe les approches, compétitive, coopérative ou combinée et dans lesquelles sont exposés des procédés conjoncturels ou récurrents applicables lors de la discussion sur les questions fondamentales touchant aux enfants ou au partage des biens patrimoniaux. Et pour chaque type de conflit répond une stratégie particulière mise en évidence par Saposnek¹¹².

En fait, toutes les stratégies utilisées par le « tiers » indiquent alors cette paralysie de la circularité du pouvoir, supposée présente dans une interaction, et son accaparement par le médiateur familial. Elles démontrent, de manière directe ou indirecte, la présence d'une forme de domination qui ne serait pas, à l'instar de la réflexion de Foucault, bannie du pouvoir relationnel puisqu'elle est structurelle à la relation. Une domination qui pourrait même revêtir l'aspect de « pressions » de la part « tiers » sur le couple désuni dont Moore¹¹³ et d'autres auteurs¹¹⁴ ont décelé la présence.

Conclusion

Ce chapitre a présenté les concepts usuels en médiation familiale qui seront croisés tout au long de l'étude sur le médiateur familial. Tout au long de ce parcours conceptuel, deux éléments sont apparus, d'un côté la similarité entre le *Guide* des normes de pratique au Québec et les guides professionnels américains, malgré le choix terminologique en faveur d'une impartialité du « tiers » plutôt que d'une neutralité

110 Les ouvrages de Fisher et Ury, et de Folberg et Taylor entre autres ont constitué au début de la diffusion de la médiation familiale des références pour les praticiens médiateurs. Roger. FISHER & William L., URY, *Comment réussir une bonne négociation*, Paris, Le Seuil, 1985, 220 pages; Jay, FOLBERG & Alison, TAYLOR, *op.cit.*, note7.

111 Roger, FISHER & William L., URY, *op.cit.*, note 103, p. 58-83.

112 Donald T., SAPOSNECK, *Mediating Child Custody Disputes : A Systematic Guide for Family Therapists, Court Counselors, Attorneys, and Judges*, 1st ed., San Francisco, Jossey-Bass, 1983, p.38.

113 Christopher, MOORE, *op.cit.*, note 13, p. 391-393.

114 Robert, DINGWALL, & D., GREATBATCH, « Who is in Charge? Rhetoric and Evidence in the Study of Mediation », in : *Journal of Social Welfare and Family Law*, 1993, p. 367.

problématique. À notre avis, une telle option n'écartera pas un éventuel débat sur le « tiers impartial » auquel souscrit déjà notre étude.

De l'autre côté, les recherches anglo-saxonnes démontrent la présence d'une « influence », « pression », « stratégies », qui poussent le « tiers » à une intervention qui s'oppose au principe du renvoi du pouvoir de la gestion du conflit familial aux principaux protagonistes. En effet, la majorité de ces recherches révèlent les moyens utilisés par le « tiers » qui sont mobilisateurs d'un certain pouvoir et jettent le trouble sur l'image aseptisé du « tiers neutre/impartial » proposé par le discours dominant. Au demeurant, elles soulignent la dimension illusoire de l'argument de l'autonomie des conjoints désunis puisque la médiation est également une prestation de service génératrice de revenu qui pousse son fournisseur à utiliser des moyens persuasifs pour finaliser le processus. Par conséquent, les contradictions reliées à la qualité de neutralité/impartialité du « tiers » démontrent que cette dernière porte en elle, plus qu'un dilemme, des germes de partialité dont la poussée dépend du pouvoir implicite du « tiers ». Seulement, un tel pouvoir est loin d'être reconnu, admis et contrôlé.

La revue du débat sur les qualités du « tiers » nous conduit à étudier le médiateur familial dans la perspective du pluralisme juridique pour deux raisons. La première tient au fait que contrairement au discours sur la médiation familiale qui préconise une déjudiciarisation du conflit familial, la médiation familiale au Québec entretient des liens avec le système judiciaire à deux moments, lors du déclenchement du processus et à sa conclusion. L'obligation d'assister à une séance d'information sur la médiation familiale dans toute situation de divorce ou de séparation impliquant des enfants, met en exergue la coexistence de deux systèmes normatifs dont l'interaction retient l'attention au niveau de sa dynamique. Cette relation se déclenche également à la fin du processus de médiation lors de l'homologation par le juge de l'entente de résolution du conflit familial. Et à ce niveau se situe notre deuxième raison du choix du pluralisme juridique.

En effet, la particularité de cette entente conclue entre les époux en rupture, serait dans le discours dominant sur la médiation familiale, le lieu d'expression de l'autonomie des individus et la preuve de la réappropriation de leur conflit familial. Or, cette norme de l'autonomie est confrontée, dans le cas de la médiation familiale au Québec, à des

règles juridiques étatiques qui présument une interaction normative que le pluralisme juridique permet d'analyser notamment à travers le concept d'« internormativité ».

Ces concepts partagent avec la démarche méthodologique le contenu du second chapitre.

Chapitre 2 : Cadre théorique et démarche méthodologique pour l'étude du « tiers »

Après cette présentation du « tiers » sous l'angle de la controverse soulevée par sa qualité de neutre/impartial, dans un contexte théorique et empirique anglo-saxon et en comparaison avec le médiateur familial au Québec, ce chapitre s'intéressera à l'ancrage théorique dans lequel s'insère l'objet d'étude et à la démarche méthodologique adoptée pour son application.

L'analyse du médiateur familial s'inscrit dans la perspective du pluralisme juridique et de manière spécifique dans celle du concept d'« internormativité ». D'ores et déjà, nous précisons que ce concept se situe, comme le souligne Rocher dans une « perspective pluraliste de normativité qui postulerait la coexistence d'ordres ou systèmes normatifs différenciés, parallèles, complémentaires ou antagonistes »¹¹⁵. Mais, l'expression « perspective pluraliste de normativité » pourrait s'apparenter à celle de pluralisme normatif défini par Carbonnier comme « plus vaste que l'ordre juridique étatique parce qu'il se compose de normes juridiques inscrites dans celui-ci et de normes non juridiques comme la morale, la religion, les traditions et l'éthique »¹¹⁶. Toutefois, se rapprochement doit être nuancé au niveau de la dénomination et du contenu.

En effet, la synonymie entre les deux expressions se heurte à la position qu'elles confèrent à l'ordre juridique dans la pluralité. Ainsi, la définition de Carbonnier met la centralité sur l'ordre juridique étatique avec à la périphérie une énumération exhaustive de termes, sans reconnaissance d'une appartenance à un ordre juridique, et au dessus dans une intégration d'ensemble, le pluralisme normatif. À cette vision verticale et hiérarchisée, s'oppose dans une horizontalité celle de la définition de Rocher qui attribue une qualification analogue, d'ordres et de systèmes, à la pluralité normative en présence, sans renier leur divergence.

115 Guy, ROCHER, « Les « phénomènes d'internormativité » : faits et obstacles », dans J-G, Belley (dir.) *Le droit soluble. Contributions à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 26.

116 Jean, CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 1ère éd., Coll. Quadrige, Paris, P.U.F., 1994, p. 316.

Au niveau du contenu, Carbonnier établit une distinction entre normes juridiques et normes non juridiques qui rappelle la perspective des théories normativistes, dans lesquelles et de manière générale, la norme est mesurée à l'aune de sa source, soit le commandement du souverain et s'accompagnerait de sanction¹¹⁷. À l'inverse l'approche sociologique de Rocher reconnaît une différenciation dans la pluralité des ordres et systèmes, mais sans pour autant retenir le critère de la juridicité puisqu'elle envisage la norme au sens de norme sociale, c'est-à-dire « une régularité de comportement conforme relativement répandue et accompagnée de sanctions de type varié (de la désapprobation jusqu'à l'action violente) dirigées contre les déviations de la norme » et qui comprend autant « la norme sociale au sens strict (ou de coutume) caractérisée par des sanctions externes non institutionnalisées, et la norme juridique, avec des sanctions externes institutionnalisées »¹¹⁸ que la norme juridique. Particulièrement, la définition de Rocher s'attarde plutôt sur la dynamique créée par la coexistence de ces normes.

Toutefois, elle rejoint et complète celle, qui en sociologie du droit, décrit le pluralisme juridique, comme « la coexistence d'une pluralité de cadres ou systèmes de droit au sein d'une unité d'analyse sociologique donnée (société locale, nationale, mondiale) »¹¹⁹. Elle la rejoint dans le fait que tous deux font état d'une pluralité de systèmes, d'ordres ou de cadres de droit, lequel comprend également le droit étatique. Elle la complète puisqu'elle met en exergue l'interaction et la dynamique au sein de cette coexistence de systèmes de droit ou de systèmes normatifs.

Cette double définition oriente donc notre choix pour le pluralisme juridique plutôt que le pluralisme normatif comme cadre d'affiliation du concept d'« internormativité ». Les deux notions seront successivement abordées en (§1) de ce chapitre alors que le (§2) introduit la démarche en vue de leur application au « tiers », en l'occurrence le médiateur familial au Québec.

117 André-Jean, ARNAUD, *op.cit.*, note 1, p.400.

118 André-Jean, ARNAUD, *id.*, p.400.

119 André-Jean, ARNAUD, *id.*, p.446.

Paragraphe 1 : Le cadre théorique

1) Le pluralisme juridique

Le pluralisme juridique a suscité l'intérêt de chercheurs de disciplines différentes, parmi lesquelles la sociologie du droit, dans laquelle s'inscrit ce travail sur le médiateur familial du Québec en tant que « tiers ». Mais auparavant, les anthropologues du droit l'ont observé comme « la situation, où au sein d'une société déterminée, des mécanismes juridiques différents s'appliquent à des situations identiques »¹²⁰. Plus tard, les juristes attribuent au pluralisme juridique deux dimensions, celle qui indique « l'existence simultanée au sein d'un même ordre juridique de règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques » et celle qui désigne « la coexistence d'une pluralité d'ordres juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit »¹²¹. Le point commun entre ces définitions est la reconnaissance de l'existence d'une normativité externe à l'État, mais leur multiplicité augure d'une variété de courants théoriques qui qualifient ce pluralisme tantôt de modéré (i) tantôt de radical(ii).

i) Le pluralisme juridique dans ses versions modérées

Au préalable, l'émergence du pluralisme juridique répond à une réaction, contre l'attribution par le droit positif¹²² à l'État du rôle d'unique producteur de la normativité. Cette réaction est portée par les anthropologues et les sociologues du droit ainsi que par les juristes.

120 André-Jean, ARNAUD, *id.*, p. 303.

121 André-Jean, ARNAUD, *id.*, p. 446.

122 Nous soulignons que le droit positif s'est développé en antithèse à la transcendance du jusnaturalisme et s'appuie sur trois postulats : la négation du droit naturel, au fondement de ce jusnaturalisme, et la proclamation du droit positif; celui-ci relève de la volonté humaine, et essentiellement du législateur, c'est-à-dire l'État, qui exprime, à travers le concept de contrat social, la volonté générale (centralisme et monisme); enfin, ce droit de l'État est appliqué par un juge neutre.

- Chez les anthropologues du droit

En effet, les recherches empiriques¹²³ effectuées par les anthropologues du droit dévoilent non seulement le caractère social du droit, mais également l'hétérogénéité des sociétés occidentales contrairement aux principes d'unité et d'égalité¹²⁴ du droit positif étatique. Elles jettent alors un éclairage sur l'insuffisance de ce dernier à répondre aux demandes des justiciables, qui face à un vide juridique, se tournent vers des normativités extérieures. À ce constat d'échec du droit positif et en vue d'une étude des relations entre le droit et la société, elles proposent l'abandon du paradigme du monisme et la création d'un nouveau paradigme, le pluralisme juridique qui invalide, alors, les postulats de centralisme ou de rattachement du droit à l'État moderne, et de monisme ou de correspondance du droit étatique à un seul ordre juridique. Dès lors, le pluralisme juridique préconise plutôt une pluralité d'ordres juridiques non étatiques aux côtés de l'ordre juridique étatique et par là même l'élargissement de son contenu, provoquant ainsi le détachement du concept même d'ordre juridique de la sphère étatique et son assise dans la société.

L'idée de pluralisme juridique est sensiblement développée au cours des années 60 et 80 par Pospisil¹²⁵, Moore¹²⁶ et Rouland¹²⁷. Pour Pospisil la société se divise en « niveaux juridiques » composés, pour chacun d'eux, d'un ensemble intégré de sous-groupes détenteurs de systèmes juridiques propres. L'interaction entre ces « niveaux juridiques » se ferait, alors, dans une organisation pyramidale au sommet de laquelle se

123 Particulièrement les recherches effectuées au début du siècle dernier par Mauss et par Malinowski qui ont démontré la présence et l'interaction d'une pluralité de droits dans les sociétés étudiées.

124 L'antinomie de ces principes est expliquée par Le Roy, à travers le principe de l'englobement du contraire qui atteste d'une égalité en apparence, mais au sein de laquelle évolue une hiérarchie justifiée par la conviction que l'autre est contraire de soi et donc inférieur. Étienne, Le ROY, « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », dans : A., Lajoie (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal/Bruxelles, Thémis/Bruylant, 1998, p. 31-43.

125 Léopold Jaroslý, POSPISIL, *Anthropology of Law : A Comparative Theory*, New York, Harper & Row, 1971, 385 pages.

126 Sally Falk, MOORE, « Law and Social Change : The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », in : *Law and Society Review*, vol. 7, Summer 1973, p. 719-746.

127 Norbert, ROULAND, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Odile Jacob, 1991, p. 123-169.

trouve le droit étatique. Cette architecture de Pospisil est reprise par Moore, mais avec deux distinctions. D'abord elle lui substitue la notion de sous-groupe qu'elle remplace par celle de « champ social semi-autonome » dont elle définit les « limites non par son type d'organisation (il peut être ou non une association) mais par un caractère de type processuel résidant dans le fait qu'il peut donner naissance à des normes et assurer par la contrainte ou l'incitation de leur application »¹²⁸. Ensuite elle affirme que ces champs sociaux pratiquent une interaction horizontale plutôt que pyramidale, avec toutefois, malgré leur autonomie, une pression du droit étatique. Quant à Rouland, et dans la continuité de la réflexion de ses prédécesseurs, il relativise le rôle de l'État et le situe dans une structure intermédiaire entre les ordres juridiques infra-étatiques qu'il domine et les ordres supra-étatiques auxquels il se soumet¹²⁹.

Ce double constat de la complexité de la société occidentale et de la pluralité des ordres juridiques établi par les anthropologues du droit est également corroboré par les sociologues du droit.

- Chez les sociologues du droit

Antérieurement déjà, Romano¹³⁰ avait relevé la coexistence dans une même société d'ordres juridiques étatique et non étatique l'incitant à rejeter la conception d'un droit réduit à des normes, au sens de règles, et à identifier l'ordre juridique à l'institution¹³¹, c'est-à-dire à une « organisation sociale au même titre que le droit »¹³². Autrement dit, l'ordre juridique serait une organisation concrète composée de personnes, de groupes et d'associations. Donc l'ordre juridique selon Romano comprend aussi bien les normes, que ceux « qui les créent, les modifient, les appliquent et les font respecter »¹³³. Ce qui le pousse à entrevoir l'analyse de la relation entre chacun des ordres juridiques, sous l'indice de la « relevance juridique » c'est-à-dire que

128 Sally FALK, MOORE, *op.cit.*, note 131, p. 719.

129 Norbert, ROULAND, *op.cit.*, note 127, p. 135.

130 Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. L.François et P., Gotho, intro. P. Francescakis, Paris, Dalloz, 1975, 174 pages.

131 Santi ROMANO, *id.*, p. 19.

132 Santi ROMANO, *id.*, p. 29.

133 Santi, ROMANO, *id.*, p. 29

« l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre [doit être] conforme aux conditions mises par un autre ordre »¹³⁴.

Cette perspective sera, au demeurant, reprise par Chevallier, qui attribue à l'ordre juridique une valeur heuristique puisqu'il comprend deux sens, un « agencement d'éléments disparates », et une « manifestation d'autorité »¹³⁵. Il serait alors un moyen d'observer la relation entre les multiples ordres juridiques et leur participation à la production du droit.

Cependant, cette notion d'ordre juridique reliée au pluralisme juridique a déjà été abordée, au début du siècle dernier, par Weber selon lequel il y aurait « un ordre juridique partout où il faut compter avec l'emploi de moyens de coercition quelconque, physique ou psychique, et si cet emploi est entre les mains d'un appareil de coercition »¹³⁶. Par cette affirmation, l'auteur semble se détacher de l'approche positiviste puisqu'il admet une dimension pluraliste au droit étatique, mais sa perception de l'ordre juridique inclut, un sens juridique, c'est-à-dire, qu'il est un ensemble cohérent des règles ou des normes, et une connotation sociologique, c'est-à-dire qu'il se situe dans l'action de l'acteur social. L'intérêt de la mise en évidence de ces deux distinctions est de connaître un approfondissement chez Rocher.

En effet, à partir de ces éléments l'auteur isole les critères identificateurs de la notion d'ordre juridique sous la forme d'un ensemble de règles, de normes, acceptées par les membres d'une société donnée sous leur forme contraignante(1), élaborées, interprétées, appliquées (2), par des agents spécialisés (3) dans l'exercice de ces trois fonctions (4) et qui se caractérisent, tout comme les règles, par une permanence (5)¹³⁷. Rocher affirme également la coexistence et l'indépendance d'ordres juridiques multiples et leur insertion dans une organisation verticale dans laquelle les sous-systèmes les plus faibles se soumettent aux plus forts¹³⁸. Sous cet angle, est alors scrutée la dynamique

134 Santi ROMANO, *id.*, p. 106.

135 Jacques, CHEVALLIER, « L'ordre juridique », dans : C.I.R.A.P.P., *Le Droit en procès*, Paris, P.U.F., 1983, p. 7-8.

136 Max, WEBER, *op.cit.*, note17.

137 Guy, ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », dans : G., Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996, p. 134-135.

138 Guy, ROCHER, *id.*, p. 123-150.

existante entre les différents ordres juridiques, l'influence réciproque et l'émergence de normes en dehors des milieux traditionnels de production. Toutefois, ce rapport entre ordres juridiques avait déjà été examiné par Carbonnier.

Effectivement pour cet auteur il y a coexistence, dans un même espace social, de plusieurs ordres ou systèmes juridiques parmi lesquels figure le système étatique, mais auquel ils sont subordonnés. Ceci rend compte du « caractère essentiellement multiple et hétérogène du droit »¹³⁹ dans lequel évoluent les « phénomènes »¹⁴⁰ de pluralisme juridique qui se présentent alors sous une forme organisée ou non organisée qui les canalise dans la « conscience individuelle ». Au demeurant, ces « phénomènes » de pluralisme se localisent dans le « pluralisme juridique intra-étatique », comme le pluralisme judiciaire¹⁴¹.

Dans une logique comparable, Arnaud reprend l'idée d'« infra-droit », mais conçoit le pluralisme juridique comme une affaire de décentrement de l'État qui serait le résultat d'une concomitance entre la multiplication des lieux de production normative et la parcellisation du « pouvoir de dire le droit ». Pourtant cette décentration traduit moins une perte de pouvoir de la puissance publique, qu'un retour vers le contrat¹⁴² ou une judicisation des sphères sociales occupées jusqu'alors par les ordres normatifs non juridiques¹⁴³.

Prenant inspiration sur Carbonnier, mais dans un autre registre se présente la réflexion évolutive de Belley. Dans un premier temps et pour s'affranchir de la notion d'ordre juridique, il se situe dans une vision sociologique qui fonde la vie sociale non

139 Jean, CARBONNIER, *op.cit.*, note 116, p. 143-146.

140 Jean, CARBONNIER, *id.*, p. 13 : Par phénomènes, Carbonnier entend « l'intention de s'en tenir aux apparences, de renoncer à atteindre les essences ».

141 Jean CARBONNIER, *id.*, p. 358-361.

142 Hughes, RABAULT, « Du droit et des juristes en société globalisée », dans : *Droit et société*, n° 58, 2004, p. 1-35.

143 Jean-Guy, BELLEY, *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, thèse de doctorat soutenue en mars 1977 à Paris II, 563 pages. Selon Belley, le pluralisme juridique intra-étatique avance l'idée d'une expansion du droit étatique, c'est-à-dire un droit qui investit les autres sphères sociales concédées aux ordres normatifs non étatiques. Ce qui aurait alors pour effet de produire un « accroissement global de la régulation sociale de type juridique ».

pas dans l'ordre social mais dans le conflit¹⁴⁴. De là, il suggère que la pluralité à la base du conflit serait une de juridiction plutôt que de normes. Et se rapprochant de Carbonnier, il envisage alors un pluralisme dans une acception judiciaire. Par la suite, sa réflexion sur une problématique du pluralisme juridique¹⁴⁵ le conduit à constater l'« existence au sein de la société, d'une pluralité de cadre sociaux où se manifestent des phénomènes de droit, que cette société soit caractérisée par la présence ou non de l'État »¹⁴⁶. Mais dans une récente production¹⁴⁷, Belley propose de repenser l'usage même du concept de pluralisme juridique car il ne désigne ni les mêmes réalités ni les mêmes significations qui désignaient une multiplicité normative extérieure au droit étatique, marginale et sans liens Or le « nouveau pluralisme juridique » proposé par l'auteur est associé à l'ascension du « droit organisé »¹⁴⁸, c'est-à-dire qu'il est un « régime de droit réservé aux organisations et aux formes de sociabilité formelles ou informelles qu'elles ont appris à mobiliser au sein d'elles-mêmes et entre-elles ». À notre avis, ce « nouveau pluralisme juridique » soutenu par la montée de la subjectivité, n'en demeure pas moins confiné à une vision institutionnaliste.

Néanmoins, ce pluralisme juridique dans sa version modérée est également analysé par les juristes, notamment Lajoie.

144 Pour la sociologie du droit, le « droit est un mécanisme formel et institutionnalisé de contrôle social » Edward ROSS, *Social Control and the Foundations of Sociology*, Boston, Beacon Press, 1959, p. 31, 42-44, 48.

Pour Belley, le droit aurait alors une fonction répressive, il affirme l'idéologie dominante et disposent d'institution législatives, judiciaires et policières détentrices d'un processus ritualisé permettant l'expression du rapport de pouvoirs. Le contrôle social du droit se fait sur la base conflictuelle et le fonctionnement du droit bénéficie aux classes supérieures, maintien la stratification sociale, exerce une répression qui consolide les mécanismes sous-jacents de coercition ». Jean-Guy, BELLEY, *id.*, p. 141

145 Jean-Guy, BELLEY, « L'État et la régulation juridique dans les sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », dans : *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, n°1, p. 11-32.

146 Jean-Guy, BELLEY, *id.*, p. 12.

147 Jean-Guy, BELLEY, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », dans : J. Kellerhals, D. Manai, R. Roth (éds.), *Pour un droit pluriel*. Études offertes au professeur Jean-François Perrin, Coll. genevoise, Genève/Bâle/Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 135-165.

148 Jean-Guy, BELLEY, *id.*, p. 161.

- Chez les juristes

Lajoie distingue entre le pluralisme politique, social¹⁴⁹ et juridique, et ce dernier permet de « reconnaître l'existence d'une multiplicité d'ordres juridiques sur un même territoire à un moment déterminé, pour prendre acte du fait que « l'État occidental[...], n'a sociologiquement pas le monopole de la régulation juridique »¹⁵⁰. Sous cet angle, l'auteure attache le pluralisme juridique à un pluralisme des valeurs observables dans deux situations, soit lorsqu'un groupe bénéficie, sur la base de ses valeurs, d'un régime juridique de la part d'un système juridique unifié ou lorsqu'il fonde son propre régime avec un système juridique distinct de celui-ci. Toutefois, cette conception du pluralisme juridique se démarque des approches, jusqu'alors présentées, puisqu'elle ne réfère pas à l'ordre juridique, mais à la notion de valeurs, laquelle n'est ni définie ni trouve équivalence dans les catégories juridiques construites par le droit positif.

Dans l'ensemble la conception du pluralisme juridique modéré, qu'elle soit perçue sous l'angle des anthropologues du droit, des sociologues du droit ou des juristes, présente une affinité commune, celle de l'envisager dans une relation inféodée au droit étatique, ce qui est contestée par les partisans du pluralisme juridique radical.

ii) Le pluralisme juridique radical

À l'instar du pluralisme juridique modéré, ce pluralisme radical se retrouve autant chez les sociologues, les anthropologues que les théoriciens du droit.

- Les sociologues du droit

Sans être nommé de manière explicite, ce pluralisme radical est déjà promu par Gurvitch qui s'oppose au « monopluralisme », c'est-à-dire à la vision dogmatique du pluralisme juridique, celle qui fait de l'ordre juridique étatique l'ordre dominant et

149 Le pluralisme social « signifie cet accueil tolérant d'une société à l'égard de la multiplicité des valeurs impliquées de tout temps par la société, des points de vue et des intérêts portés par les différents groupes qui la composent ». Par contre le pluralisme politique est « matérialisé minimalement par le multipartisme démocratique ». Andrée, LAJOIE, « Synthèse introductive », dans : Andrée, LAJOIE, Jean-Marie, BRISSON, Sébastien, NORMAND, Alain, BISSONNETTE, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Québec, Yvon Blais, 1996, p.7.

150 Andrée, LAJOIE, *id.* p. 8.

validant des autres ordres juridiques. La position de l'auteur puise ses racines dans la conception du droit en tant que phénomène social évoluant dans une réalité sociale organisée « en paliers en profondeur »¹⁵¹. Selon lui, cet étagement du droit distingue entre le palier superficiel dans lequel loge le droit organisé parce que conscient, et le palier profond qui abrite un droit inorganisé parce qu'il s'appuie sur une « expérience intuitive de la justice »¹⁵². Dans cette éventualité, la justice est d'ailleurs considérée comme la source primaire du droit puisqu'elle prend naissance dans « l'état psychique des acteurs sociaux »¹⁵³ et contribue à l'édification d'un ordre juridique. L'auteur démontre ainsi, par l'intégration de droits interindividuels reconnus consécutivement à un conflit, le caractère social et pacifique du droit à qui il attribue un caractère multiple, puisqu'il se trouve ailleurs que dans l'État, c'est-à-dire dans d'autres « foyers générateurs de droit »¹⁵⁴. Dès lors, une brèche apparaît dans le monisme de l'État tel que le conçoit le droit positif.

Cette position de Gurvitch est reprise de manière plus radicale chez les anthropologues, comme Griffith, et les théoriciens du droit, comme Macdonald dont la conception du pluralisme juridique fait l'objet de critiques.

- Chez les anthropologues du droit

Ainsi qu'il a été précédemment mentionné, Griffith utilise le concept, développé par Moore, de « champ semi-autonome », mais pour attester de la double caractéristique du pluralisme juridique par rapport à l'État, c'est-à-dire qu'il lui est interne et externe. Lorsqu'il est interne, le pluralisme juridique revêt un aspect superficiel puisqu'il s'harmonise à la politique unitaire centralisatrice dans laquelle l'État fixe les règles de partage de compétence et de reconnaissance d'une autonomie conforme à ces règles. Et dans cette hypothèse, les droits non étatiques occuperont une fonction subordonnée ou résiduelle. Par contre, lorsque le pluralisme juridique est externe, il confère au droit étatique une expression analogue à celle des autres droits. Par conséquent, l'approche de

151 Jean-Guy, BELLEY, « Georges Gurvitch et les professionnels du droit », dans : *Droit et société*, n° 4, 1986, p. 410.

152 Jean-Guy, BELLEY, *id.*, p. 440.

153 Jean-Guy, BELLEY, *id.*, p. 441.

154 Jean, CARBONNIER, « Gurvitch et les juristes », dans : *Droit et société*, n° 4, 1986, p. 431.

Griffith se détache de la position institutionnaliste des partisans d'un pluralisme modéré puisqu'elle envisage une autonomie du pluralisme juridique dans lequel le droit étatique est dépouillé de sa suprématie sur les autres droits.

Et cette forme de pluralisme juridique extérieur à l'État emporte l'approbation de Macdonald.

- Le radicalisme chez les théoriciens du droit

Cette forme de pluralisme juridique est représentée par Macdonald qui après son adhésion au pluralisme juridique en réfute la conception classique développée en sciences sociales, c'est-à-dire le rattachement du pluralisme juridique à l'ordre juridique. Il propose alors l'idée de relier le pluralisme juridique au sujet créateur de droit et non au sujet qui lui est assujetti. Or cette centralité sur le sujet a déjà été avancée par Carbonnier, partisan d'un pluralisme juridique modéré, lorsqu'il témoigne de phénomènes de pluralisme juridique dans une forme non organisée qui se localiserait dans « la conscience individuelle ». Elle est également présente dans la pensée de Vanderlinden qui après avoir défini le pluralisme juridique enchâssé dans la société¹⁵⁵, change la prémisse de place pour la « situer au niveau de l'individu »¹⁵⁶. Pour cet auteur, l'individu serait au noyau d'un ensemble de « réseaux sociaux et donc d'ordonnements juridiques », il serait alors un sujet de « droits ». Donc, loin de nier la dimension sociale du droit, Vanderlinden divulgue l'appartenance de ce sujet de droits à de multiples ordres juridiques, sa soumission simultanée à leur égard¹⁵⁷, et sa capacité à faire le « choix du for »¹⁵⁸, parmi un ensemble de juridictions prédéterminées, pour trouver le droit pertinent au règlement de son conflit. Un choix qui le conduit à établir une hiérarchie entre les ordres juridiques existants d'où une définition du pluralisme juridique comme « la situation, pour un individu, dans laquelle des mécanismes

155 Jacques, VANDERLINDEN, « Le pluralisme juridique. Essai de synthèse », dans : J., Vanderlinden, *Études sur le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'institut de sociologie, 1972, p. 19-56. « le pluralisme ne se conçoit qu'au sein d'une société, nous préférons même dire d'un ordre juridique déterminé ».

156 Jacques, VANDERLINDEN, « Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique », dans : *Revue de la Recherche juridique - Droit prospectif*, 1993, p. 573-583.

157 Jacques, VANDERLINDEN, *id.*, p. 582.

158 Jacques, VANDERLINDEN, *id.*, p. 581.

juridiques relevant d'ordonnements différents sont susceptibles de s'appliquer à cette situation »¹⁵⁹. Dès lors, quel serait la particularité du pluralisme radical de Macdonald qui a été analysé par Belley, par Motta et par Timsit ?

Pour Belley¹⁶⁰, la démarche de Macdonald se situe dans une perspective normativiste¹⁶¹ qui proclame une nouvelle science juridique distincte du droit positif et qui met la centralité sur « le sujet ordinaire (le « justiciable ») »¹⁶², mais renvoyé à lui-même. Celui-ci souscrit, alors, à des principes complémentaires de « polyjuralité », c'est-à-dire qu'il s'affranchit de tout formalisme pour rechercher la normativité adéquate à son problème, et « d'interlégalité »¹⁶³, c'est-à-dire qu'il met en place un dialogue internormatif, institutionnel entre différents ordres normatifs ou individuel. Autrement dit, l'approche de Macdonald confesse la prédominance d'un subjectivisme sans limite.

Pour Motta¹⁶⁴, la contribution du pluralisme juridique critique de Macdonald consiste à déceler les « origines des antagonismes [qui] se placent en amont du droit

159 Jacques, VANDERLINDEN, *id.*, p. 583.

160 Jean-Guy, BELLEY, « Le pluralisme juridique de Roderick Macdonald : une analyse séquentielle », dans : A., Lajoie (dir.), *Théorie et émergence du droit*, Montréal, Thémis, 1998, p. 59-67.

161 Belley décrit la conception normativiste à travers quatre caractéristiques : 1) une perception abstraite et formelle du pluralisme juridique avec une préférence pour les règles; 2) un avantage pour la découverte déductive de liens logiques entre les phénomènes de pluralisme juridique; 3) recherche d'une principe d'unité dans la multiplicité des faits juridiques à partir du droit étatique; 4) la conception d'un droit étatique comme un système intégré au pluralisme juridique. Jean-Guy, BELLEY, *op.cit.*, note 143, p. 119-120.

162 Jean-Guy, BELLEY, *op.cit.*, note 160, p. 65.

163 Jean-Guy, BELLEY, *id.*, p. 63. D'après l'auteur, le principe de polyjuralité se met en place lorsque le sort du schème classique du droit, c'est-à-dire se détache du contenu et de la forme prédéterminés de celui-ci pour chercher un sens normatif ailleurs et autour de lui. Pour cela, il utilise sa propre normativité au titre de référence dans l'interaction avec d'autres ordres normatifs. Cette étape fait intervenir l'interlégalité.

Quant à la notion d'interlégalité, elle est définie par de Sousa Santos comme « une conception de différents espaces juridiques superposés, combinés et mélangés dans nos esprits et dans nos actions [...] nous vivons dans un temps de légalité poreuse ou de porosité juridique où de multiples réseaux d'ordres juridiques nous forcent constamment à des transitions ou à des empiètements. Notre vie juridique se caractérise par le croisement de différents ordres juridiques, c'est-à-dire l'interlégalité ». Bonaventura De SOUSA SANTOS, « Droit : une carte à la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », dans : *Droit et société*, 1988, 10, p. 382.

164 Ricardo, MOTTA, « Institutions incompatibles et pluralisme », dans : N. Rouland (dir.), *Le droit à la différence*, Marseilles, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 283-305.

explicite »¹⁶⁵ et à mettre en lumière des faits sociaux, culturels et normatifs différents dénués de tout lien avec le centralisme ou le monisme juridique. À l'inverse, Timsit¹⁶⁶ la considère comme une réponse à la radicalité du positivisme qui se manifeste dans le maintien des principes d'égalité et d'unité véhiculés par la loi, valables dans une société homogène, mais impuissants dans une société complexe comme le démontre l'usage de paramètres de proportionnalité et de comptabilité pour compenser la différence de traitement des individus¹⁶⁷.

En résumé, alors que le pluralisme juridique modéré demeure rattaché à l'ordre juridique étatique qui tolère les systèmes non juridiques, le pluralisme juridique radical en occupant une place en dehors de l'État, et au sein de l'individu se détache du concept même d'ordre juridique au sens d'institution. Cependant, tout comme le pluralisme juridique modéré il manifeste un désintérêt pour les relations de pouvoirs asymétriques inhérents à la relation entre les différents ordres juridiques qui coexistent. Or cette asymétrie établit un renversement, ainsi que l'observe Commaille¹⁶⁸, du rapport entre la régulation officielle et la régulation sociale, qui disqualifie la suprématie de la première. Par conséquent, le pluralisme juridique, quelle que soit sa forme, apparaît comme une proposition d'ouverture à la négociation, entre l'ordre juridique étatique et les ordres juridiques non étatiques, de la régulation de l'interaction sociale.

Cette transformation dans la perception de la régulation officielle est également préconisée par les partisans de la médiation familiale qui font la promotion d'un mode de résolution du conflit familial en dehors du processus judiciaire, et de l'autonomie des individus dans la gestion de leurs problèmes familiaux. Mais cette autonomie n'emporte par retrait du droit étatique puisqu'à l'exemple de la médiation familiale au Québec, les dispositions légales s'appliquent à l'accord de règlement du conflit matrimonial. De fait

165 MOTTA, *id.*, p. 288.

166 Gérard, TIMSIT, « La surdétermination de la norme de droit : questions et perspectives », dans : A., Lajoie (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal/Bruxelles, Thémis/Bruylant, 1998, p. 102.

167 Gérard, TIMSIT, *L'archipel de la norme*, Paris, P.U.F., 1997, 252 page.

168 Jacques, COMMAILLE, « Normes juridiques et régulation sociale : retour à la sociologie générale », dans : J., Commaille et F., Chazel, *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 13-22.

celui-ci devient un espace de rencontre de normativités plurielles, celle du droit étatique et celle de l'autonomie des composantes du couple désuni. Par conséquent, la médiation familiale offre l'illustration de cette « perspective pluraliste de normativités » évoquée par Rocher, et dans laquelle évolue le concept d'« internormativité » qui sera étudié dans une étape imminente.

1) Le concept d'« internormativité »

L'étude du concept d'« internormativité » se fera à travers deux points. Les réflexions théoriques sur ce concept (i) et sa pertinence par rapport à l'objet d'étude (ii).

i) Réflexions théoriques sur le concept d'« internormativité »

L'idée d'« internormativité » est déjà présente, en Europe, dans la pensée de Romano¹⁶⁹ avant même son usage, sous la forme « phénomènes d'internormativité », dans la réflexion de Carbonnier¹⁷⁰ sur le droit¹⁷¹ et son exploration au Québec, par Rocher¹⁷², Belley¹⁷³, Lajoie¹⁷⁴ et Macdonald¹⁷⁵.

- Santi Romano

En réfutation du postulat que le droit est une règle de conduite, posé par les théoriciens positivistes, l'auteur développe une thèse selon laquelle, celui-ci désigne simultanément un « ordre », c'est-à-dire une « institution » ou encore « une organisation sociale, et un ensemble de prescriptions institutionnelles »¹⁷⁶. Selon l'auteur, il existe

169 Santi, ROMANO, *op.cit.*, note 130, 174 pages.

170 Jean CARBONNIER, « Les phénomènes d'inter-normativité », dans : *European Yearbook in Law and Sociology*, 1977, p. 42-52.

171 Jean, CARBONNIER, *op.cit.*, note 116, p. 317-318.

172 Guy ROCHER, *op.cit.*, note 115, p. 26.

173 Jean-Guy BELLEY, « Le contrat comme phénomène d'internormativité », dans : J-G. Belley, *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p.195.

174 André, LAJOIE, « La normativité professionnelle dans le droit : trajets et spécificité formelle », dans, J-G., Belley (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 159-194.

175 Roderick A. MACDONALD, « « Les Vieilles gardes ». Hypothèse de l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives », dans : J-G, Belley, *Le droit soluble-Contributions québécoises a l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 262.

176 Santi, ROMANO, *op.cit.*, note 130, p. 19 et 29.

dans une société donnée des ordres juridiques ou des institutions qui entretiennent, entre eux, des rapports dynamiques mesurables suivant le paramètre de la « relevance juridique ». Au demeurant, ce dernier exige que « l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre : cet ordre ne vaut pour cet autre ordre juridique qu'à un *titre* défini par ce dernier »¹⁷⁷. Dès lors, cette dynamique des rapports entre ordres juridiques distincts démontre bien la présence d'une « internormativité » qui sera ainsi dénommée par Carbonnier.

- Carbonnier

En effet, au cours de sa réflexion sur le droit sous l'angle d'une approche de sociologie juridique, l'auteur envisage de « saisir les rapports qui se nouent et se dénouent entre les deux catégories [normes juridiques et normes non juridiques]. Ces rapports (en un sens large et vague : mouvements, conjonctions¹⁷⁸, conflits, etc.) sont eux-mêmes des phénomènes autonomes - un peu, pour emprunter au droit dogmatique une analogie, un peu comme le droit international privé est autonome à l'égard des droits nationaux. Ce sont ces phénomènes que nous nommons phénomènes d'internormativité »¹⁷⁹.

Seulement, Carbonnier appréhende ces « phénomènes d'internormativité » dans deux sphères d'évolution, celle de l'espace social et celle de la conscience de chacun. Dans l'espace social, ces phénomènes tissent des liens avec la structure des systèmes normatifs en présence parmi lesquels figure celui du droit. Or contrairement aux autres, celui-ci dispose d'une neutralité qui lui confère la capacité de s'approprier les règles non juridiques et de disposer d'une autonomie acquise tout au long d'une sécularisation historique. À l'opposé, dans la sphère de la conscience de l'individu, les « phénomènes d'internormativité » se caractérisent par la récurrence d'une convergence de normes distinctes, mais la primauté de l'une sur l'autre trouve explication soit dans le degré

177 Santi, ROMANO, *id.*, p. 106.

178 Le mot « conjonctions » doit probablement sa présence à une erreur typographique puisque la troisième version de la définition des « phénomènes d'internormativité », qui se trouve dans l'ouvrage *Sociologie du droit*, réfère à celui de « conjonctions ».

179 Jean, CARBONNIER, *op.cit.*, note 170, p. 42-43.

d'obéissance acquis durant l'éducation reçue par l'individu, soit dans le compromis en cas de divergence entre elles.

Toutefois, cette description des « phénomènes d'internormativité » sera reprise, par l'auteur, dans deux versions ultérieures. Dans la première, Carbonnier affirme que cette expression recouvre l'« ensemble des phénomènes constitués par les rapports qui se nouent et se dénouent entre deux catégories, ordres ou systèmes de normes »¹⁸⁰. Il mentionne également les deux caractéristiques de ces « phénomènes d'internormativité », leur côté évolutif et leur état statique. Le premier se rattache à la perspective historique de l'autonomie du droit, tandis que le second réfère au conflit entre les systèmes normatifs ou au conflit de devoir chez l'individu, et à l'éventualité d'une norme internormative en charge de la répartition des compétences.

Ultérieurement, Carbonnier, précisera qu'entre « le droit et les autres systèmes normatifs des rapports se nouent et se dénouent, des mouvements, des conjonctions, des conflits se produisent. Ce sont là des phénomènes autonomes (un peu comme le droit international privé est autonome à l'égard des droits nationaux) : les phénomènes d'internormativité »¹⁸¹. Toute en reprenant les attributs évolutif et statique décelés dans ces « phénomènes d'internormativité », l'auteur qualifie ces derniers, sans autre explication, soit de « concept » voire un « ordre de phénomènes », soit comme une « théorie »¹⁸².

Toutefois, ces « phénomènes d'internormativité » feront l'objet d'une application empirique par des auteurs québécois, comme Rocher, Belley, Lajoie et Macdonald.

- Rocher

Très tôt, au cours des années 80, Rocher s'était penché sur les « phénomènes d'internormativité » qui constituent, selon lui, le concept clé du cadre conceptuel et théorique de la normativité juridique et non juridique, parce qu'ils « postulent la coexistence d'ordres ou systèmes normatifs différenciés, parallèles, complémentaires ou

180 Jean CARBONNIER, « Internormativité », dans : ARNAUD, André-Jean et al (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 313-314.

181 Jean, CARBONNIER, *op.cit.*, note 116, p. 317.

182 Jean, CARBONNIER, « Présentation », dans : J-G., Belley (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 4.

antagonistes ». Ces « phénomènes d'internormativité » comprennent alors autant les « faits d'internormativité » que les obstacles à celle-ci. Poursuivant sa réflexion, l'auteur admet, comme précédemment Carbonnier, leurs caractères évolutif et statique, avec toutefois des précisions. Selon Rocher, les « phénomènes d'internormativité » témoignent, d'une part, du « transfert ou passage », de l'intégralité d'une norme d'un système normatif à un autre, qui produit soit une « appropriation ou un accueil » de la norme étrangère par le système normatif récepteur, soit une imposition par ce dernier de sa propre norme. Ils expriment, d'autre part, une « dynamique des contacts entre systèmes normatifs, aux rapports de pouvoir et aux modalités d'interférence ou d'interaction qui peuvent être observés entre deux ou plusieurs systèmes normatifs »¹⁸³. Et cette dynamique revêtirait la forme de résistance au transfert ou à l'emprunt de norme

Cette réflexion sur l'aspect dynamique des « phénomènes d'internormativité » et son observation empirique¹⁸⁴ ont mis en exergue le rôle du « tiers », en tant que « passeur de normes » dans ce trajet de normes d'un système à un autre. Elle a également souligné les stratégies déployées par les différents acteurs, passeur et représentant des systèmes normatifs en présence, impliqués dans ces opérations de transport de normes.

La réflexion de Rocher est poursuivie par Belley.

- Belley

L'auteur s'est également intéressé aux « phénomènes d'internormativité » auxquels il reconnaît, la composante mixte, de « faits d'internormativité » et d'obstacles à ces derniers, mais il s'attarde au premier aspect. Ses analyses sur ce point le conduisent à remplacer l'expression de « phénomènes d'internormativité » par le terme « internormativité » qu'il définit comme « en premier lieu le passage d'une normativité donnée à une autre normativité qualitativement différente, à travers un processus de transformation de la logique normative dominante »¹⁸⁵. Dès lors, il se placera, pour l'étude de l'« internormativité » dans un contexte contractuel, dans la perspective où elle

183 Guy ROCHER, *op.cit.*, note 115, p. 28

184 Guy, ROCHER, *id.*, p. 29-36. L'observation sur l'internormativité prend appui sur deux recherches effectuées dans le domaine hospitalier.

185 Jean-Guy BELLEY, *op.cit.*, note 173, p. 195.

« se conçoit comme un phénomène de conjonction de deux normativités plutôt que de remplacement de l'une par l'autre ou d'existence simultanée dans des sphères séparées »¹⁸⁶ puisque le contrat d'approvisionnement de l'entreprise Alcan, qui servira d'objet d'observation constitue une combinaison de dispositions légales et contractuelles.

La première caractéristique des « phénomènes d'internormativité », c'est-à-dire la présence de « faits d'internormativité » est également retenue par Lajoie et Macdonald.

- Autres contributions à la connaissance du concept
d'« internormativité »

À l'égard du concept d'« internormativité », l'intérêt de Lajoie s'est orienté vers l'étude du trajet parcouru par une norme appartenant à un système normatif vers un autre, c'est-à-dire au sens littéral de parcours unilatéral dans l'espace normatif¹⁸⁷. De la sorte, l'auteur conçoit l'« internormativité » comme celle qui « réfère à la transformation de structure, de source et de statut des règles, et non aux rapports entre les différents ordres normatifs »¹⁸⁸. À l'inverse, Macdonald atteste d'« une foule de différents ordres normatifs dans lesquels on trouve des phénomènes normatifs multiples qui entretiennent des rapports réciproques » et mesure leur interaction à travers le paramètre de « fluctuation ». Celui-ci reflète la « constante mutation [d]es uns par rapport aux autres »¹⁸⁹, mais comporte des limites. Selon l'auteur, la « fluctuation évoque plutôt l'influence et l'infiltration mutuelles [des phénomènes normatifs] qui aboutissent à la création d'un nouvel ordre juridique momentané »¹⁹⁰, ce qui signifie l'absence de frontières identificatrices de chaque ordre normatif. Par conséquent, cette notion de « fluctuation » est révélatrice de l'inanité du concept d'« internormativité ». Macdonald propose alors comme critère de distinction des ordres normatifs, et donc la possibilité d'une « internormativité » entre eux, les concepts de champ semi-autonomes et de sites

186 Jean-Guy BELLEY, *id.*, p.196.

187 Andrée LAJOIE, *op.cit.*, note 174, p. 160.

188 Andrée LAJOIE, *id.*, p. 160.

189 Roderick A. MACDONALD, *op.cit.*, note 175, p. 262.

190 Roderick A. MACDONALD, *id.*, p. 262-263.

de production de relations sociales (foyer, lieu de travail, lieu de rassemblement de citoyens et lieux de rapports internationaux).

Il affirme, en ce sens, que « l'internormativité » se manifestera chaque fois qu'un phénomène normatif s'échappe des limites et représentations d'un site particulier pour se relocaliser, sans que son contenu ne soit modifié, dans un site complémentaire »¹⁹¹. Bien plus, cet auteur atteste que « l'internormativité n'est pas phénoménale mais nouménale »¹⁹² en affectant au Soi le rôle d'espace pour sa concrétisation.

En effet, pour Macdonald, l'« internormativité » serait intrinsèque à l'acteur social qui tout en participant à sa création en observe l'émergence grâce à la frontière qui sépare les ordres normatifs sans laquelle les « phénomènes d'internormativité » seraient « subsumés dans la théorie de la justification de la décision juste »¹⁹³.

Cette présentation du concept d'« internormativité », nous amène à faire des commentaires et à voir sa pertinence par rapport à l'étude du médiateur familial au Québec.

ii) Commentaires sur le concept d'« internormativité » et pertinence de son choix

La contribution des différents auteurs, à la compréhension du concept d'« internormativité », nous conduit à faire trois commentaires sous forme de constats.

Le premier est que l'analyse du concept dans le contexte du Québec ressort d'une étude empirique faite dans des domaines différents, comme la santé, la comptabilité ou le contrat. L'avantage d'une telle démarche atteste de l'opérationnalisation de ce concept et donc de son potentiel d'utilisation sur d'autres terrains, comme la médiation familiale.

En second lieu, ces études, particulièrement celle de Rocher, se penche sur les deux caractéristiques du concept, soit « les faits d'internormativité » et les obstacles à leur survenance. Toutefois, les recherches de Belley et Lajoie en retiennent un, c'est-à-dire le transfert ou le trajet des normes. Une telle démarche indique que le concept peut faire l'objet d'une analyse unidimensionnelle.

191 Roderick A. MACDONALD, *id.*, p. 263-264.

192 Roderick A. MACDONALD, *id.*, p. 264.

193 Roderick A. MACDONALD, *id.*, p. 264-265.

Le troisième commentaire est que les études empiriques s'effectuent à partir de la norme d'un système normatif et son passage, transfert ou trajet vers un autre, mais dans celle qui est réalisée par Macdonald analyse le concept d'« internormativité » sous l'angle de l'acteur.

Ces constats encouragent la perspective d'une étude du médiateur familial au Québec, à travers les « faits d'internormativité » et le rôle du « tiers » en tant que passeur, entendus au sens donné par Rocher, mais avec des nuances qui seront précisées ultérieurement dans la section consacrée à la définition des concepts. En effet, le processus de médiation familiale au Québec réfère aux dispositions légales qui concernent les enfants, en ce qui concerne la garde et la pension alimentaire, mais aussi les questions relatives au partage du patrimoine familial et autres biens communs. Pourtant, il soumet la décision de règlement de ce différend familial consécutif à la rupture matrimoniale à l'autorité du couple désuni. Dès lors, le processus de prise de décision qui comprend, l'objectivation du conflit par la maîtrise des émotions, la restauration d'une communication entre les ex-conjoints, la négociation des solutions satisfaisantes pour les deux et la décision de résolution du conflit familial, présume la coexistence d'au moins deux types de normes, celle véhiculée par le système normatif de l'État dans ces dispositions particulières d'ordre public, et celle définie par le système normatif professionnel de médiation familiale. Et l'entente de règlement ne serait que le résultat d'un compromis.

De surcroît, ces « faits d'internormativité » se produisent avec le concours du médiateur familial au Québec qui intervient comme « passeur » puisque le *Guide des normes de pratique en médiation familiale* met à sa charge l'obligation d'informer sur les lois applicables tout en exigeant la libre expression de la volonté des bénéficiaires dans la prise de décision. Toutefois, l'observation de la caractéristique des « faits d'internormativité » et le rôle du « passeur » n'intègrent pas la dimension des obstacles à leur apparition car ceci aurait nécessité la connaissance de la position du couple. Or ce volet ne fait pas partie des objectifs du projet de recherche initial à partir duquel notre objet d'étude s'est édifié.

Ces différents points seront détaillés dans le paragraphe suivant lors de la démonstration de la démarche d'analyse adoptée pour l'étude du médiateur familial au Québec.

Paragraphe 2 : Le cadre d'analyse et méthodologie

L'intérêt pour le médiateur familial au Québec s'est manifesté au cours d'une collaboration à un projet de recherche sur la perception de la médiation familiale par les praticiens du Grand Montréal, effectuée aux lendemains de la promulgation de la *Loi instituant au Code de procédure civile la médiation préalable en matière de familiale et modifiant d'autres dispositions de ce Code*¹⁹⁴. C'est à partir d'un questionnaire soulevé par le discours des médiateurs familiaux que s'est faite la circonscription de l'objet d'étude de ce mémoire. Il se résume ainsi pour l'essentiel :

- Comment le médiateur familial conçoit-il son rôle ? Est-il neutre ou impartial, les deux ou ni l'un ni l'autre ? Est-ce que ces notions d'impartialité et de neutralité répondent à une attente personnelle ou institutionnelle ? Si attente il y a, en quoi consiste-t-elle ?

- Comment le « tiers » s'acquitte-t-il de cette tâche d'impartialité et de neutralité ? Comment envisage-t-il la compréhension de celle-ci par des conjoints préoccupés par la rupture de leurs liens matrimoniaux ?

- Quelle est sa perception de l'autonomie des bénéficiaires de la médiation familiale ? Comment la définit-il ? Est-ce son rôle d'impartial ou de neutre tend-il au renforcement de cette autonomie ou à sa réfutation ?

- Est-ce que ce médiateur est un véritable « tiers » ? Est-il au centre d'enjeux et lesquels ?

- Est-il un passeur normatif ? Quelles sont les normes transportées ? À partir de quels systèmes normatifs s'opère ce voyage internormatif ?

Notre travail comporte un triple objectif, celui d'identifier les « faits d'internormativité » dans lesquels le « tiers » est, directement ou indirectement, impliqué lors du processus de médiation familiale, celui de dégager son rôle de passeur, et enfin d'observer le devenir de l'autonomie des « participants ».

Préalablement, il nous faudra clarifier certains concepts utilisés à cet effet, comme ceux de de normes (i), systèmes normatifs (ii), de « faits d'internormativité » (iii) et de « tiers traducteur ou décodeur » (iv).

1) Définitions de concepts

i) La norme

Au sens de la sociologie du droit, la norme revêt deux formes, celles de norme sociale au sens strict et celle de norme juridique. Alors que la norme sociale au sens strict, qualifiée également de coutume, « se caractérise par des sanctions externes non caractérisées »¹⁹⁵, la norme juridique se définit comme une règle, quelle que soit sa source de provenance, qui prescrit ou proscrie un comportement aux membres d'une collectivité sociale qui adopte un consensus à son égard¹⁹⁶.

Et, pour les fins de cette analyse du « tiers », nous retenons comme norme juridique celle qui émane de l'État, donc du système juridique étatique¹⁹⁷, puisqu'elle comporte des sanctions prononcées et appliquées par les appareils judiciaires et pénitenciers de l'État. Elle sera alors dénommée norme juridique étatique et revêtira la forme du concept d'autonomie qui « s'applique à la volonté des individus et [traduit] l'idée qu'une obligation juridique est susceptible de trouver sa source - voire son fondement - dans cette volonté même »¹⁹⁸.

Par contre, la norme sociale dans un sens générique comprendra trois catégories de normes, la norme de pratique en médiation familiale, la norme professionnelle émanant des systèmes professionnels en présence au sein du Comité interprofessionnel, c'est-à-dire le Comité des organismes accréditeurs en médiation familiale (C.O.A.M.F.)¹⁹⁹, et la

195 André-Jean, ARNAUD, *op.cit.*, note 1, p. 400. La norme sociale quant à elle se définit comme « une régularité de comportement conforme relativement répandue et accompagnée de sanctions de type varié (de la désapprobation jusqu'à l'action violente) dirigées contre les déviations de la norme », p. 400.

196 André-Jean, ARNAUD, *id.*, p. 400.

197 André-Jean, ARNAUD, *id.*, p. 406. En sociologie du droit, le système juridique est défini comme une « collection organisée des normes juridiques passible d'une représentation de type systémique en tant qu'il est spécifié par son unité fondamentale » : .

198 André-Jean, ARNAUD, *id.*, p. 30-31.

199 Le Comité interprofessionnel ou encore le Comité des organismes accréditeurs en médiation familiale ou C.O.A.M.F.. Il résulte d'un protocole d'entente conclu, le 13 avril 1994, entre les organismes accréditeurs désignés par le règlement portant médiation familiale et l'Association de médiation familiale. *Guide*, 1998, p. 2.

norme personnalisée du « tiers » et des « participants », ainsi dénommée en opposition à la norme personnelle utilisée par Macdonald qui serait produite par le sujet de droit.

Pour ce qui est de la norme de pratique, le *Guide des normes de pratique en médiation familiale*¹²⁰⁰ la définit comme celle qui « donne des indications sur la pratique de la médiation familiale, tant du point de vue du processus que de ses résultats afin de fournir des outils permettant à tout médiateur d'effectuer son travail de manière consciencieuse, diligente et efficace »²⁰¹, et l'oriente dans l'exercice professionnel. Dans la définition de la médiation familiale élaborée par le *Guide*, l'impartialité occupe la place centrale puisque elle qualifie le « tiers » chargé de l'exercice de cette pratique. Elle pourrait, d'ailleurs, être considérée comme l'obligation première mise à la charge du médiateur. Elle l'est également puisque son contenu prescriptif de conduite envers les « participants » prend la valeur d'un modèle professionnel auquel devrait aspirer tout praticien. Cette norme d'impartialité s'accompagne d'une obligation d'informer sur les règles applicables en médiation familiale. Aussi nous retenons également celle-ci comme norme pratique.

Quant à la norme professionnelle qui oriente la pratique des avocats, celle des psychologues et celle des travailleurs sociaux, n'est nulle part définie dans les Codes de déontologie qui les régissent, même si elle est parfois évoquée²⁰². Seulement le Code des professions qui les gouvernent leur exige d'« impose[r] au professionnel des devoirs d'ordre général et particulier envers le public, ses clients et sa profession, notamment celui de s'acquitter de ses obligations professionnelles avec intégrité »²⁰³. Exigence à laquelle ils se conforment à travers l'énoncé d'un devoir du professionnel²⁰⁴ défini par des obligations qui varient d'une profession à une autre.²⁰⁵

200 Le *Guide*, *op.cit.*, note 70.

201 *GNPMF*, *op.cit.*, note 70, p. 3.

202 Art. 2.01 : « Dans l'exercice de ses activités, le travailleur social tient compte des normes professionnelles généralement reconnues en service social. Il tient compte aussi, notamment, de l'ensemble des conséquences prévisibles de son activité professionnelle non seulement sur le client mais aussi sur la société. »

203 Art.87 du *Code des professions* (L.R.Q., c. C-26).

204 Art. 1.00.01 : « Le présent code détermine, en application de l'article 87 du *Code des professions* (L.R.Q., c. C-26), les devoirs dont doit s'acquitter l'avocat, quel que soit le cadre ou le monde d'exercice de ses activités professionnelles ou la nature de sa relation contractuelle avec le client »; Art. 14 : « Le psychologue doit s'acquitter de ses obligations professionnelles avec intégrité,

Toutefois, cette norme professionnelle des avocats ainsi que celle des psychologues et celle des travailleurs offrent un intérêt dans l'étude du « tiers » parce que d'une part, elles sont véhiculées par les membres du Comité interprofessionnel rédacteur du *Guide* en médiation familiale et que d'autre part, ces membres sont également représentants de médiateurs familiaux concernés par la norme de pratique en médiation familiale. Autrement dit, ces normes professionnelles inscrites dans les Codes de déontologie respectifs des médiateurs familiaux interfèrent, de manière directe ou indirecte, dans leur conduite dans l'exercice de la médiation familiale.

Quant au troisième type de norme que nous qualifions de « norme personnalisée », en opposition à la norme personnelle retenue par Macdonald elle provient, à notre avis, autant du « tiers » que des « participants ». Elle est alors le reflet d'une socialisation, au sens donné par Kourilsky, c'est-à-dire « une conception interactionnelle dans laquelle le sujet joue un rôle actif dans sa propre socialisation en agissant sur son environnement aussi bien qu'en s'adaptant à ses demandes. L'intériorisation des normes, valeurs, modèles de comportement et savoir-faire transmis suppose de la part du sujet une appropriation personnelle qui le conduit à construire son propre système de représentations et son système de normes, de valeurs et de pratiques »²⁰⁶.

En effet, les acteurs de la médiation familiale, en l'occurrence le médiateur familial et les ex-conjoints, adhèrent au cours de leur processus de socialisation, à des systèmes normatifs variés qui leur permettent d'être, dans leurs interactions sociales respectives, simultanément transmetteurs et récepteurs de normes. Ils occupent donc,

objectivité et modération. »; Art. 3.02.01 : « Le travailleur social s'acquitte de ses obligations professionnelles avec intégrité et objectivité »

205 Art. 3.00.01 du *Code de déontologie des avocats* : « L'avocat a, envers le client, un devoir de compétence ainsi que des obligations de loyauté, d'intégrité, d'indépendance, et de désintéressement, de diligence et de prudence »; Art. 6 du *Code de déontologie des psychologues* : « Avant d'accepter un mandat et durant son exécution, le psychologue doit tenir compte des limites de sa compétence et des moyens dont il dispose. Il ne doit pas entreprendre des travaux professionnels pour lesquels il n'est pas suffisamment préparé », et. Art. 13 : « Le psychologue doit, dans l'exercice de sa profession, avoir une conduite irréprochable envers son client, que ce soit sur le plan physique, mental ou affectif »; Art. 2.01 du *Code de déontologie des travailleurs sociaux* : « Dans l'exercice de ses activités, le travailleur social tient compte des normes professionnelles généralement reconnues en service social. Il tient compte aussi, notamment, de l'ensemble des conséquences prévisibles de son activité professionnelle non seulement sur le client, mais aussi sur la société. »

206 Chantal, KOURILSKY, « Socialisation juridique », dans A-J, Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème éd., Paris, L.G.D.J., p. 555.

une position de « passeur », délibéré ou involontaire, de normes et de leur dynamique « internormative » dont il est témoin ou acteur. Dès lors, un tel rôle ne saurait exister sans la dimension collective qui le sous-tend. C'est pourquoi, la « norme personnalisée », s'oppose à la perspective de Macdonald qui investit l'acteur social d'une capacité de production du droit, au même titre que le législateur, et perçoit l'« internormativité » comme un phénomène nouménal. Elle se dégage du potentiel de suggestions faites, par les « participants » ou par le « tiers », pour trouver des solutions adaptées à leurs problèmes familiaux.

Toutefois, ces normes font partie, chacune pour sa part d'un système normatif particulier.

ii) Le système normatif

Le système normatif est entendu au sens « d'un ensemble organisé de normes prescriptives et prohibitives de comportement acceptées par les membres d'une collectivité sociale auxquelles elles s'appliquent »²⁰⁷. À la lumière de cette définition et à la lecture du préambule et de l'introduction du *Guide des normes de pratique de la médiation familiale*²⁰⁸, la norme professionnelle de médiation familiale appartient à un système normatif propre à la médiation familiale qui se compose de la *Loi instituant au Code de procédure civile la médiation préalable en matière familiale et modifiant d'autres dispositions de ce code*²⁰⁹; le *Règlement sur la médiation familiale*²¹⁰; et le *Guide des normes de pratique de la médiation familiale*²¹¹. Or ces textes relèvent d'un système normatif particulier, le système juridique étatique qui les a promulgués ou à déléguer le pouvoir de le faire. Conséquemment apparaît une présomption d'« internormativité » entre le système juridique étatique et le système normatif

207 Denis, ALLAND, Stéphane, RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. Quadridge, Paris, P.U.F., 2003, p. 1326-1327.

208 Particulièrement le paragraphe I-1) p. 3 de l'Introduction : « Cet encadrement complète la législation professionnelle régissant chaque praticien et praticienne de la médiation familiale. Il va de soi que les dispositions prévues au Code des professions, aux lois particulières des professions concernées, aux codes de déontologie ainsi qu'aux autres règlements tels que celui sur la tenue des dossiers, priment sur le Guide de normes de pratique en médiation familiale. ».

209 L.Q., 1997, c.42

210 L.R.Q., c.C-25

211 Le *Guide*, *op.cit.*, note 70.

professionnel de médiation familiale. Ce dernier, de par la référence, dans le *Guide*, au corpus législatif et réglementaire étatique, incite à le qualifier de système manifeste.

Néanmoins, le médiateur familial au Québec est soumis, en raison de son affiliation à des ordres professionnels spécifiques à chaque pratique initiale, particulièrement le Barreau du Québec, l'ordre des psychologues du Québec et l'ordre des travailleurs sociaux du Québec, à une double normativité, celle du système normatif de médiation familiale et celle du système normatif professionnel de sa pratique d'origine.

Par ailleurs, il est également, en tant qu'acteur social, inféodé au système normatif social duquel relèvent, également, les autres composantes de la médiation familiale, que sont les couples en rupture. Bien que ces derniers puissent se retrouver, individuellement ou conjointement, dans des systèmes normatifs de rattachement, similaires à celui du « tiers » s'ils sont avocats, psychologues ou travailleurs sociaux, ou distincts, s'ils exercent d'autres professions. De fait, ces systèmes normatifs, professionnels ou sociaux qui sont externes au système normatif de médiation familiale se retrouvent, de manière directe ou indirecte en rapport avec lui. Et à l'instar de la désignation du système normatif de médiation familiale comme système manifeste, ils seront des systèmes implicites, avec pour présomption d'une dynamique « internormative » entre eux puisqu'ils coexistent au sein du Comité interprofessionnel chargé de la rédaction du *Guide*.

Une dynamique « internormative » qui sera désignée sous l'expression de « faits d'internormativité ».

iii) Les « faits d'internormativité »

Cette expression est empruntée à Rocher, et sera privilégiée à celle de « phénomènes d'internormativité », consacrée par Carbonnier. En effet, bien que les notions de « faits » et de « phénomènes » soient synonymes l'une de l'autre puisqu'elles attestent de « ce qui existe réellement »²¹², le choix pour le premier plutôt que pour le second se justifie par la circonscription de l'objet de notre étude. En effet, la taille de l'échantillon d'analyse retenu parmi les médiateurs familiaux du Grand Montréal écarte toute prétention à une généralisation des résultats de la recherche et donc à l'attribution

212 Paul, ROBERT, *op.cit.*, note 5, p.888.

d'une portée macro-sociale autrement plus adéquate dans une perspective « phénoménale ».

Bien que cette expression de « faits d'internormativité » ne soit pas expressément définie par Rocher, la lecture globale du texte qui la sous-tend nous guide vers sa compréhension comme une interaction entre systèmes normatifs distincts qui conduit à une circulation à double sens des normes de l'un vers l'autre. Et ces « faits d'internormativité » sont déjà perceptibles entre les systèmes normatifs, précédemment identifiés comme explicite et implicite, puisque elle survient en trois temps.

Le premier et le second temps se situent en amont du « tiers » et correspondent à la phase de conception du *Guide* lequel réfère au système juridique étatique en tant que texte d'habilitation et donc de reconnaissance d'une délégation de la fonction normative exercée. Ce même système juridique étatique, régit également les ordres professionnels constitutifs du Comité interprofessionnel²¹³ chargé de la mission d'élaboration du *Guide*. Donc, que ce soit dans une relation directe avec le système juridique étatique ou indirecte par l'intermédiaire des systèmes normatifs professionnels présents au sein du Comité interprofessionnel, ces situations présentent une opportunité d'émergence d'une « internormativité » à laquelle le « tiers » n'est pas indifférent.

iii) Le « tiers »

Ce rôle du « tiers » se définit, à partir d'un emprunt, fait également à Rocher. Nous retiendrons l'expression de « traducteurs ou décodeurs de normes » qu'il utilise pour qualifier les « tiers » comme des « passeurs » qui se trouvent à l'interface de deux systèmes normatifs et qui agissent comme passerelle entre eux. Dans ce sens, le médiateur familial au Québec, en tant que « *tiers impartial [qui] intervient dans le conflit, avec le consentement des parties* »²¹⁴, se trouve dans une situation similaire puisqu'il a pour tâche de faire passer les normes d'un système normatif à un autre, dans une dynamique réciproque. Celle-ci, du reste, invite à une compréhension de cette expression autant dans un sens d'alternative que dans celui de complémentarité.

213 Le Comité interprofessionnel ou encore le Comité des organismes accréditeurs en médiation familiale ou C.O.A.M.F.. *op.cit.*, note 199, p. 2.

214 Article 1.01 (al.1) du *Guide des normes de pratique en médiation familiale*.

Effectivement, ce « tiers » pourrait être à la fois « traducteur et décodeur de normes ». Et d'ores et déjà, nous formulons comme hypothèse qu'à l'avènement de « faits d'internormativité » situés en amont de lui, c'est-à-dire dans la phase de conception du *Guide*, le médiateur familial en tant que « tiers » serait « traducteur et décodeur » .

En tant que « traducteur », il apparaît comme celui qui « transporte un texte d'une langue dans une autre en transmettant le plus fidèlement possible le message qu'il contient »²¹⁵. Dans ce sens, le « tiers » serait passeur de l'énoncé, d'une langue à une autre, de toute norme dont il assurerait le déplacement à partir d'un système vers un autre. En rapport avec l'objet de recherche, nous nous placerons dans la perspective d'une traduction de la norme issue du système normatif de médiation familiale, puisque ce « tiers » étranger au conflit familial et donc aux « participants », en fait partie. Il en est le représentant, voire le mandataire quoique cette position du « tiers » est alors susceptible d'interrogations.

En effet, comment pourrait-il jouer le rôle de traducteur, envers les « participants », de la norme issue du système normatif de médiation familiale dont il est le principal acteur ? Comment le faire sans porter atteinte à l'obligation d'impartialité que ce système normatif professionnel lui impose ? Comment ce « tiers traducteur » se conduira-t-il face au conflit familial ?

Ces questions émergent eu égard aux tâches attendues dans une situation de traduction et notamment celle de la transformation d'un langage spécialisé, en l'occurrence celui de la médiation familiale, en un langage de sens commun aux « participants ». Or cette aptitude comporte, entre autres, une dimension de liberté qui place son auteur face à la tentation d'insérer sa propre compréhension du système normatif manifeste, inférée de son appartenance à des systèmes normatifs implicites. Par conséquent, nous constatons que cette fonction de traducteur pourrait être également un forum de rencontre d'une pluralité normative porteuse d'antagonismes entre la compréhension du système normatif étatique et celle choisie par le « traducteur ».

215 Paul A., HORGUELIN, *Pratique de la révision*, Linguatex, 1978, p. 103 : Cette définition de la fonction du traducteur figure dans le site de l'Ordre des traducteurs, terminologues et interprètes agréés du Québec (OTTIAQ) : www.ottiaq.org/fr; Traduire consiste à « énoncer dans une autre langue (ou langue cible) ce qui a été énoncé dans une langue source, en conservant les équivalents sémantiques et stylistiques »

En tant que « décodeur » ce « tiers » serait le récepteur qui « identifie et interprète les signaux du messages émis »²¹⁶. Et tout comme pour la fonction de traducteur, nous nous placerons sous l'angle du décodage des systèmes normatifs implicites en interaction avec le système normatif professionnel de médiation familiale pour étudier le « tiers décodeur ».

Après avoir dégagé les éléments théoriques nécessaires à la problématique de ce « tiers » et après la reformulation de la question initiale de recherche de la façon suivante:

Quelle est la contribution du « tiers traducteur et décodeur » dans la manifestation de l'autonomie des « participants » lors du procès de prise de décision pour la résolution du conflit matrimonial ?

Nous posons comme hypothèse que le processus de médiation familiale abrite des « faits d'internormativité » entre la norme pratique d'impartialité, la norme pratique d'information des règles de contenu, et la norme juridique de l'autonomie qui produisent des effets sur la conception de l'entente de résolution du conflit matrimonial. Autrement dit plus la norme pratique d'impartialité s'applique plus la norme juridique de l'autonomie se manifeste en vue d'une entente librement consentie. Parallèlement moins la norme pratique d'impartialité s'applique et moins la norme juridique de l'autonomie s'exprime dans l'entente conclue. Par conséquent, plus le « tiers » s'implique dans le processus de médiation familiale comme « traducteur et décodeur » moins les « participants » disposent du contrôle pour la résolution du conflit qui les oppose.

Néanmoins, la confrontation des éléments théoriques et de l'hypothèse formulée avec la réalité passe par une démarche que nous exposons subséquentement.

2) La démarche de recherche

L'analyse du médiateur familial au Québec se fait dans le cadre d'une analyse empirique de sociologique du droit qui recherche la compréhension de la logique d'action de l'acteur social à travers son discours. Pour cela, elle s'appuie sur deux types

216 Jean, DUBOIS (dir.), *Dictionnaire de linguistique et des sciences du langage*, Paris, Larousse, 1994, p. 430

de matériaux, des documents écrits et des documents oraux, les entrevues transcrites dans un document écrit.

Parmi les documents écrits figurent un ensemble de textes législatifs, réglementaires et administratifs concernant la médiation familiale, comme le Code civil du Québec²¹⁷, le Code de procédure civile du Québec²¹⁸, la Loi instituant la médiation préalable en matière familiale et modifiant d'autres dispositions de ce Code²¹⁹ le Règlement de fixation des pensions alimentaires²²⁰, le Règlement sur la perception des pensions alimentaires²²¹, la Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires²²², la Loi sur le divorce²²³, le Règlement d'accréditation pour la pratique de la médiation familiale²²⁴, Le code des professions²²⁵, ainsi les codes de déontologie des avocats²²⁶, des psychologues²²⁷ et des travailleurs sociaux²²⁸, le Guide des normes professionnelles de pratique en médiation familiale²²⁹. Les dispositions pertinentes de ces textes sont présentées en Annexe de ce travail et seront étudiées au fur et à mesure de leur usage.

Quant aux documents oraux, il s'agit des entrevues effectuées au cours du projet de recherche sur la perception de la médiation familiale par les praticiens du Grand Montréal. Le principal avantage lié au bénéfice d'entrevues déjà réalisées réside dans leur disponibilité immédiate. Toutefois comme tout avantage souffre d'inconvénient, celui-ci se situe, dans notre cas, dans le risque d'une limite des informations en rapport

217 L.Q.1991, c.64

218 L.R.Q. c. C-25.

219 L.Q. 1997. c.42

220 R.Q., c. C-25, r.1.2.

221 c. P-22, r.1

222 L.R.Q., c. P-2.2, a.71.

223 L.R.(1985)

224 L.R.Q., c.C-25, r.2.1, en application de l'art.827.3 du C.p.c.

225 L.R.Q., C.C-26.

226 R.Q. c. B-1, r.1

227 R.Q. c. C-26, r.148.1

228 R.Q., c. C-26, r.180

229 *Comité des organismes accréditeurs en médiation familiale, op.cit.note 70.*

avec l'objet de l'étude envisagée. Mais, la richesse du discours des médiateurs interrogés nous pousse à croire au contraire.

Nous exposerons donc les documents oraux à travers la technique utilisée (i), l'échantillon retenu (ii) et le traitement des entrevues(iii).

i) Le choix de l'entrevue semi directive

Le projet de recherche initial avait opté pour la technique de l'entretien semi directif, c'est-à-dire « une conversation » ou « une interaction verbale animée de façon souple par le chercheur »²³⁰ Une telle méthode offre donc, comme avantage au médiateur familial de donner un sens à sa pratique en exposant son expérience, ses connaissances, et sa perception sur ce qu'il fait. Elle contribue également à rendre plus explicite et plus compréhensif le contexte de pratique de la médiation familiale par des médiateurs issus de milieux différents puisqu'elle permet de comprendre leurs motivations et de déceler les tensions et les contradictions qu'ils éprouvent. Par ailleurs, l'entretien semi-directif confère un degré de liberté à l'intervieweur puisqu'il a un guide d'entretien qui lui permet de conserver une ligne directrice tout en disposant d'un niveau d'investigation plus large par la richesse des réponses données (question large, discours riche). En somme, par cette conduite le chercheur écarte toutes résistances à la participation de l'interviewé.

Toutefois, l'inconvénient majeur d'une telle technique est de s'appliquer dans un contexte normatif dans lequel les attentes, supposées ou réelles, de l'intervieweur risquent de biaiser les réponses de l'interviewé. À cela s'ajoute le fait que la parole de ce dernier, bien que dans le cas du médiateur familial elle soit retenue dans sa spontanéité, c'est-à-dire avec ses lapsus, ses onomatopées, et ses silences, renferme une part de subjectivité puisqu'elle constitue à la fois l'expression d'une réalité du monde et la prise de conscience du rapport avec celui-ci.

En effet, l'interviewé utilise non seulement la forme pronomiale à la première personne du singulier (« moi ») mais également son mode de pensée, ses valeurs, ses représentations et son langage de sens commun pour décrire sa réalité de la médiation

230 Lorraine, SAVOIE-ZAJC, « L'entrevue semi dirigée », dans B., Gauthier (dir.), *De la problématique à la collecte des données*, Québec, Presses universitaires du Québec, 1997, p. 266.

familiale et celle de la fonction qu'il exerce en son sein. Cependant ce sens commun, bien qu'expressif d'une forme de connaissance personnelle résulte d'une configuration d'interactions sociales propres au médiateur familial interrogé qui forme alors son patrimoine expérientiel dans lequel s'insère la pratique de la médiation familiale. Et cela a été pris en considération lors de la constitution de l'échantillon.

ii) L'échantillon

Le projet initial est mené entre l'automne 1999 et le printemps 2000. Le choix de l'échantillon s'est fait selon deux types de variables, l'un communément utilisé en analyse qualitative, comme l'âge, le sexe, le niveau d'éducation, l'aire géographique du domicile professionnel, la position socio-économique et l'origine sociale de la clientèle. L'autre type de variables est spécifiques au thème de la recherche, c'est-à-dire à l'hétérogénéité de la pratique de médiation familiale.

Effectivement, la population visée se compose de cinq groupes issus de milieux professionnels différents, comme celui du milieu du droit (avocats et notaires), de la psychothérapie (psychologues et travailleurs sociaux) et enfin de l'éducation (conseillers en orientation). Cependant, pour éviter toute dispersion par rapport à son objet, le projet originel de recherche retient trois groupes de praticiens, les avocats, les travailleurs sociaux et les psychologues. Cette sélection correspond à des critères d'ancienneté dans le champ de la pratique de la médiation familiale et dans le nombre de représentants de ces groupes parmi les médiateurs familiaux en exercice.

L'âge de ces praticiens a été regroupé en quatre tranches déterminées allant de celle des 35-44 ans (7 médiateurs familiaux dont 6 femmes parmi lesquelles 5 avocates et 1 psychologue), à celle des 45-54 ans (9 médiateurs familiaux dont 8 femmes, 1 avocate, 2 psychologues et 5 travailleuses sociales), puis celle des 55-64 (12 médiateurs familiaux dont 5 femmes, 1 avocate, 1 psychologue et 3 travailleuses sociales), et enfin à celle des plus de plus 65 ans (2 médiateurs familiaux dont 1 femme travailleuse sociale). Quant à l'expérience en pratique de la médiation des personnes interrogées se situe entre 1980-89 (12 médiateurs interrogés dont 9 travailleuses sociales, 1 avocate) et 1990-99 (18 praticiens dont 12 femmes parmi lesquelles 6 avocates et 6 psychologues).

Nous constatons par ailleurs qu'à l'orée des années quatre vingt, cette pratique a pris une autre configuration. Essentiellement exercée, jusqu'alors, par les travailleuses sociales (9 contre 2 avocats les deux genres confondus et 1 psychologue), elle connaît, au début des années quatre-vingt dix, une incursion de la part des avocats (6 femmes et 2 hommes) et des psychologues (6 femmes et 3 hommes). De fait, la proportion de la médiation familiale dans l'activité professionnelle globale des personnes interrogées, consécutivement à cette expérience, se situe selon « l'estimation subjective des praticiens interrogés à 58.5% pour les avocats, à 36.3% pour les psychologues et à 63.8% pour les travailleurs sociaux [soit] un nombre de moyen et respectif de dossiers traités de : 43.1, 33.2 et 43.6 »²³¹, comme le rapporte le tableau ci-dessous.

231 Ces statistiques sont relevées de l'article portant sur les premiers résultats du projet initial dont les données servent à l'étude du médiateur familial au Québec. SPIELVOGEL, Myriam et Pierre NOREAU, « Régulation étatique du divorce et médiation familiale. Essai d'interprétation à partir du cas québécois », *Recherches et prévisions*, n° 70, Paris, CNAF, 2002, p. .31-48.

Tableau I
Informations socioprofessionnelles sur les médiateurs familiaux du Grand Montréal

	FEMMES				HOMMES			
	N ombre	Experi ence	Proport ion ²³²	ge	Nom bre	Expérie nce	Prop ortion	ge
avocats	7				3			
	2	A 90-99	80-	5-64	A13 90-99			
	7	A 90-99	100% 40-	5-44	A15 90-99	0-	5-64	
	10	A 90-99	59% 80-	5-44	A19 80-89	19% 20-	5-64	
	11	A 90-99	100% 80-	5-44		39% 40-	65	
	12	A 90-99	100% 80-	5-44		59%		
	17	A 90-99	100% 20-	5-44				
	18	A 90-99	39% 80-	5-54				
	18	A 90-99	100% 80-	5-44				
psychologues	6				4			
	20	P 90-99	0-19% 40-	5-64	P.6 80-89	20-		
	21	P 90-99	59% 40-	5-44	P.25 90-99	39% 40-	5-54	
	23	P 90-99	0-19% 20-	5-44	P.24 90-99	59% 20-	5-44	
	27	P 90-99	39% 60-	5-54	P.26 90-99	39% 40-	5-64	
	29	P 90-99	79% 0-19%	5-64		59%	5-64	
	30	P 90-99	0-19% 5-54	5-54				
Travailleurs sociaux	9				1			
	S.1	T 80-89	60-	5-54	T.S. 90-99	60-	5-64	
	S.3	T 80-89	79% 80-	65	16	79%		
	S.4	T 80-89	100% 20-	5-64				
	S.5	T 80-89	39% 80-	5-64				
	S.8	T 80-89	100% 20-	5-64				
	S.9	T 80-89	39% 80-	5-54				
	S.14	T 80-89	100% 60-	5-54				
	S.22	T 80-89	79% 60-	5-54				
	S.28	T 80-89	79% 0-19%	5-54				

En conséquence, l'échantillon constitué de façon non probabiliste et stratifié comprend trente médiateurs familiaux, dix représentants de chacun des groupes

232 Les pourcentages sont tirés à partir du nombre de dossiers de médiation familiale traitée au cours de l'année précédent l'étude de recherche, soit en 1998. Donc : 0-19%=10-15 dossiers; 20-39%=25-50 dossiers; 40-59%= +50 dossiers; 60-79%= +ou-80 dossiers; 80-100%=+80 dossiers;

professionnels retenus, avec une proportion de vingt-deux femmes²³³ et de huit hommes. Mais, pour respecter cette représentativité, une homogénéité s'est tissée autour de caractéristiques communes, comme la formation en médiation familiale dispensée par un même organisme professionnel, en l'occurrence le Barreau de Montréal, d'une autorisation de pratique accordée sous la forme d'une accréditation établie par les ordres professionnels de chacun des groupes professionnel représenté et reconnue par l'État, d'une soumission à une réglementation de la pratique en application de la *Loi instituant au Code de procédure civile la médiation préalable en matière de médiation familiale et modifiant d'autres dispositions de ce Code*²³⁴, autrement dénommée *Loi 65* et enfin d'un exercice de la médiation familiale en pratique privée et non dans un service public rattaché au palais de justice.

Cependant cette variable de l'hétérogénéité comporte une limite géographique puisque l'échantillon cible la population des praticiens en médiation familiale exerçant en pratique privée dans le Grand Montréal. Ce choix est motivé autant par les facteurs de proximité, des bureaux d'exercice de ces praticiens du Centre de recherche en droit public qui abrite le projet de recherche initial, que par le nombre de praticiens, concentrés dans cette région. D'emblée sont écartés les médiateurs qui travaillent en région et ceux qui sont en pratique publique.

Consécutivement à ce choix, l'échantillon de population choisi fera l'objet d'entrevues semi directives.

iii) Traitement des entrevues

Préalablement à l'entrevue, les médiateurs familiaux ont été sollicités par téléphone, à partir des listes fournies par les services de la Cour Supérieure du Québec, pour une éventuelle participation au projet initial qui leur a été brièvement exposé. Consécutivement à l'acceptation verbale de participation au projet, une lettre d'acceptation et d'engagement qui décrit le cadre et les différentes étapes de la

233 À l'instar de qui a été constaté aux États-Unis, la pratique de la médiation familiale au Québec comprend plus de femmes que d'hommes. Sur cette féminisation de la pratique de la médiation familiale, certains auteurs la qualifient de « pink ghetto » : Howard I., IRVING, and Michael BENJAMIN «Research in Family Mediation : A Decade in Review», in : *Therapeutic Family Mediation. Helping Families Resolve Conflict*, California, Sage Publications, 2002, p. 366.

234 *Loi instituant la médiation préalable en matière familiale*, *op.cit*, note 219.

recherche, les exigences de l'enquête scientifique, le soutien significatif de l'entretien accordé pour la continuité de la recherche, la confidentialité des propos, de l'interviewé, le caractère non nominatif des entrevues, la procuration pour mener les entrevues établit par le chercheur principal dans le projet leur est soumise pour signature.

Néanmoins, les praticiens interrogés seront identifiés par deux éléments. D'une part l'initiale de leur profession d'origine, par exemple A pour avocat, P pour psychologue et T.S. pour travailleur social, et d'autre part un numéro d'ordre chronologique de l'entrevue, ainsi 1,2,3... Aussi, les extraits retenus portant ces deux marques d'identification ainsi que celui des lignes de repérage dans le texte de l'entrevue.

Les entrevues, d'une durée de 1:30 heures, sont enregistrées sur bande magnétique ce qui offre l'avantage de préserver l'intégralité et l'intégrité des réponses puisque la transcription comprend les moments de silence, d'hésitation, de phrases lapidaires, de lapsus, d'onomatopées, de mots châtiés ou de rires et cela sans travail de réécriture de la parole orale, en dehors des corrections linguistiques lorsque la compréhension du propos était compromise. Le document écrit fera, ensuite et préalablement à son traitement informatisé, l'objet d'une démarche de segmentation et de codification²³⁵.

Le découpage se fera à partir d'une grille de codification construite par le chercheur principal, et selon le facteur sémantique, c'est-à-dire le thème au sens de Berelson²³⁶. Il sera suivi d'une activité taxinomique qui servira à classer, par catégories thématiques élaborées de façon inductive, les segments identifiés suivant le critère des convergences entre eux. En dehors de sa non détermination préalable, une telle

235 La codification est « processus [par lequel] les données brutes sont transformées systématiquement et agrégées dans des unités qui permettent une description précise des caractéristiques pertinentes du contenu ». Laurence, BARDIN, *L'analyse de contenu*, 9^{ème} éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1998, p. 134.

236 Bernard, BERLSON, *Content Analysis in Communication Research*, New York, Free Press, 1952, 220 pages. Le thème est « une affirmation sur un sujet. C'est-à-dire une phrase, ou une phrase composée, habituellement un résumé ou une phrase condensée, sous laquelle un vaste ensemble de formulations singulières peuvent être affectées ».

catégorisation²³⁷ permet ainsi de « fournir par condensation une représentation simplifiée des données brutes »²³⁸. Elle aide également à mettre à jour des pistes d'informations indicibles lors de l'entrevue et participe à la clarification de l'usage du langage par les personnes interrogées.

Par contre, le traitement des données se fera à travers le logiciel NUD-IST. L'adoption d'un tel logiciel pour le traitement des données relatives au médiateur familial se justifie par trois raisons. La première est que le logiciel fait partie de la stratégie adoptée pour la réalisation du projet global sur la médiation familiale et qu'il contient l'ensemble des données pertinentes à notre analyse. La seconde raison est d'ordre pratique puisque ce logiciel offre l'avantage d'être facile d'accès et de manipulation aisée. Quant à la troisième raison, elle se trouve dans la précision de la définition des opérations effectuées sur les données et dans la description des thèmes ainsi que dans la possibilité de procéder fréquemment à leurs vérifications.

En ce qui concerne l'étude spécifique du médiateur familial au Québec, nous avons retenu l'ensemble du corpus c'est-à-dire les trente entrevues réalisées afin de pouvoir escompter une interprétation substantielle sur le rôle de traducteur et décodeur du « tiers » face aux « faits d'internormativité » et son impact sur la norme juridique de l'autonomie des « participants ». Comme l'objet d'intérêt a émergé de façon inductive au cours de la lecture des entrevues, la grille d'analyse précédemment établie pour la recherche initiale n'a pas été retenue. Aussi, nous avons procédé, à partir de notre hypothèse, à de multiples relectures des entrevues tantôt de façon individuelles pour dégager la particularité de chacune d'elles, tantôt de façon transversale pour établir une corrélation entre elles.

237 La catégorisation des thèmes est élaborée en fonction des cinq règles de Berelson, c'est-à-dire l'homogénéité, l'exhaustivité, l'exclusivité, l'objectivité et l'adaptabilité. À ces règles, Bardin ajoute une sixième, le critère de productivité qui confèrerait « une qualité pragmatique et conduit à des résultats riches en indices d'inférence, en hypothèses et en données fiables », BARDIN, *op.cit.* note 235, p. 154. Par contre, Landry retient trois qualités : l'exclusion mutuelle, la fidélité et la pertinence. Réjean, LANDRY, « L'analyse du contenu », dans B. Gauthier, *Recherche sociale. De la problématique à la collecte des données*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1997, p. 330-356.

238 Bernard, BERLSON, *op.cit.*, note 236, p. 152

Suite à cela, nous avons effectué une première classification par thèmes du matériau afin de dégager des catégories en lien avec les concepts théoriques retenus pour la réalisation du présent travail. Et les résultats qui découlent de l'analyse du discours des médiateurs familiaux sur la perception de leur impartialité et sur celle de l'autonomie des « participants » en comparaison avec le *Guide des normes professionnelles de pratique en médiation familiale* seront exposés au cours de la seconde partie de cette étude.

Conclusion

Mais en conclusion de ce chapitre, il est rappelé que le médiateur familial au Québec sera étudié dans la perspective sociologique du pluralisme juridique et à travers le concept d'« internormativité » puisque la médiation familiale au Québec constitue le forum d'évolution d'une pluralité de systèmes normatifs, tant juridique étatique, professionnel et de médiation familiale. Car elle offre l'occasion d'observer l'interférence des normes juridiques et non juridiques provenant de ces systèmes, et d'examiner le rôle de « traducteur et décodeur » d'un « tiers » pluriel.

Conclusion

Cette première partie a tenté de clarifier le problème soulevé par notre questionnement de départ sur le médiateur familial au Québec et de passer en revue les recherches antérieurement effectuées sur le médiateur familial en général. La connaissance de ces travaux empiriques a permis de constater l'ambiguïté du rôle de ce « tiers impartial » au sein du processus visant la résolution du conflit familial et de placer notre intérêt sous l'angle des contradictions que soulèvent sa mise en relation avec l'autonomie des « participants ».

Le premier volet de cette partie consacré à la clarification des éléments théoriques engagés dans l'étude de ce « tiers », tels que le « tiers » lui-même, le conflit, la médiation familiale, les notions d'impartialité, de neutralité et d'autonomie. Cette présentation à contribuer à placer le décor dans lequel évolue le médiateur familial et de voir les problèmes qui lui sont connexes.

Le second volet fait une présentation de l'approche théorique qui sert de point d'ancrage à notre étude, qui est celle du pluralisme juridique et du concept d'« internormativité ». Comme il a été mentionné auparavant, ce choix est motivé par la place de la médiation familiale dans les systèmes normatifs formés par le système social, le système juridique étatique, et le système professionnel. Il est également suscité par l'intérêt de leur interaction à travers le passage des normes d'un système à un autre et celui de voir le rôle du « tiers » au cours de la traversée « internormative ».

Ces instruments fournis par cette première partie ont servi à poser l'hypothèse qui rappelons-le affirme l'existence de « faits d'internormativité » entre la norme pratique d'impartialité imposée par le *Guide* au médiateur familial au Québec et la norme juridique de l'autonomie posée par le système juridique étatique qui influent sur le processus de prise de décision de l'entente de résolution du conflit familial. Plus précisément, plus la norme pratique d'impartialité s'applique et plus la norme juridique étatique d'autonomie se manifeste dans une entente librement consentie. À l'inverse, moins la norme pratique d'impartialité s'applique et moins la norme juridique d'autonomie s'exprime. Par conséquent, plus le « tiers » s'implique dans le processus de médiation familiale comme un « tiers traducteur et décoder » moins les « participants » disposent du contrôle de la résolution du conflit qui les oppose.

DEUXIEME PARTIE : Le « tiers » entre « faits d'internormativité » et autonomie des « participants »

Préalablement à l'exposé des résultats déduits par l'analyse de l'articulation triangulaire entre le « tiers traducteur et décodeur », les « faits d'internormativité » et l'autonomie des « participants », nous constatons que celle-ci dégage quatre fonctions du « tiers » identifiées sous forme : de fonction de présentation des règles de fonctionnement du processus; de fonction d'information sur les règles applicables au cours du processus; de fonction pédagogique pour une nouvelle communication dans la relation; et enfin de fonction de transformation des représentations du conflit, du divorce et de la famille. Cependant, compte tenu des contraintes posées par le code de rédaction des mémoires, autre système normatif, quant au niveau du volume autorisé, seules les deux premières fonctions du « tiers » seront étudiées. Cela n'empêchera pas de présenter brièvement en préambule le contenu de chacune des fonctions.

Préambule

Chacune des fonctions revêtues par le « tiers » permet de constater l'existence de « faits d'internormativité » entre les différents systèmes normatifs en présence, qui rappelons-le ont été répartis en système juridique étatique, en système normatif manifeste, c'est-à-dire le système normatif en médiation familiale et en systèmes normatifs tacites, comme les systèmes normatifs professionnels des avocats, des psychologues et des travailleurs, mais aussi le système normatif social des « participants » et du « tiers ».

Ainsi, la fonction de présentation mentionne, dès la première séance, des règles de fonctionnement ou de procédures en médiation familiale. Ces règles comprennent celles qui sont définies par le *Guide* sur les tâches du « tiers », sur son rôle d'impartial et sur celui d'autonomie des « participants » et celles qui sont posées, *de facto*, par le médiateur familial, sur la perception de ces rôles. Or le *Guide*, en tant que « forme d'autoréglementation spécifique à ce secteur de pratique »²³⁹ reprend les notions

239 *GNPMF, op.cit.*, note 70, p. 3.

d'autonomie et d'impartialité qui puisent leur fondement dans le système juridique étatique. Ainsi le concept d'autonomie trouve son fondement dans le principe fondamental du droit à la liberté retenu par la Charte des droits et libertés de la personne, alors que l'impartialité dans celui de la confiance de l'individu envers le système de justice. Leur contenu sera analysé de manière plus approfondie au chapitre 1 de la seconde partie, c'est-à-dire au moment de l'examen de la fonction de présentation des règles de fonctionnement du processus de médiation familiale. Dès lors, leur présence dans la norme de pratique témoigne d'une « internormativité » entre le système juridique étatique et le système normatif en médiation familiale. Par ailleurs, la perception des « tiers » de leur rôle dans le processus n'exclut pas l'angle de vue de l'expérience professionnelle initiale et donc une « internormativité » entre le système normatif professionnel d'origine du « tiers » et le système normatif de médiation familiale. Et ces possibles croisements de normativités produisent un effet sur la norme pratique d'impartialité et sur la norme juridique de l'autonomie qui constitue une occasion pour le « tiers » d'être traducteur et décodeur.

La fonction d'information des règles applicables ou encore des règles substantielles, met également en exergue des « faits d'internormativité » et une probabilité pour le « tiers » de se faire traducteur et décodeur. En effet, la dynamique internormative survient entre le système juridique étatique qui s'exprime, à travers le système normatif professionnel des avocats, représentés par les membres du Barreau formant le Comité interprofessionnel, et à travers les dispositions obligatoires d'ordre public, et le système normatif en médiation familiale qui les intègre dans leur globalité. Le rôle du « tiers traducteur décodeur » se situe à l'interface de la norme juridique d'ordre public et de la norme juridique d'autonomie.

Quant à la fonction pédagogique d'une nouvelle communication témoigne également de « faits d'internormativité » entre le système normatif en médiation familiale et le système normatif professionnel des psychologues et celui des travailleurs sociaux. En effet, le premier singularisé par le Code de déontologie des psychologues met à la charge de ses membres une obligation de venir en « aide » à leurs patients afin qu'ils puissent résoudre leurs difficultés personnelles. Une aide qui a comme objectif de faire sortir, le patient, de ses anciens « patterns » au moyen, entre autres, d'une nouvelle

manière de communiquer avec autrui. Or cette aide est soumise à la condition d'être conforme aux « principes scientifiques généralement reconnus en psychologie »²⁴⁰. Dès lors, la nouvelle communication favorable à l'amélioration des relations interpersonnelles réfère également à ces mêmes principes qui pourraient être véhiculés par le psychologue à travers l'obligation d'aide préconisée par la médiation familiale. C'est pourquoi, les systèmes normatifs professionnel et pratique de médiation familiale sont susceptibles d'interagir et donc de susciter des « faits d'internormativité » par l'entremise du médiateur qui revêt le rôle de « tiers ». Pour ce qui est du système normatif des travailleurs sociaux, inscrit dans le Code de déontologie, il met à la charge des travailleurs sociaux, l'obligation de dispenser des services psychosociaux visant à répondre aux besoins psychosociaux des individus parmi lesquels figurent l'amélioration des communications interpersonnelles et la consolidation des liens entre les réseaux sociaux²⁴¹. Or une telle obligation pourrait être confrontée à l'obligation d'aide énoncée par la norme de pratique de médiation familiale. Et tout comme pour le médiateur psychologue, le médiateur travailleur social pourrait se transformer en « passeur » entre les deux systèmes normatifs auxquels il adhère.

Finalement, la fonction de transformation est aussi concernée par des « faits d'internormativité ». Ils se produisent entre le système normatif en médiation familiale et le système normatif social vis-à-vis desquels, le « tiers » introduit en sa qualité de « traducteur et de décodeur » des représentations sur le conflit et sa résolution, la famille et les responsabilités parentales qui influent sur la norme de l'autonomie au point de l'orienter.

Après ce bref exposé des différentes fonctions du « tiers », un retour vers celles qui retiennent notre attention, c'est-à-dire la fonction de présentation et celle de d'information. Cela ne signifie nullement que les deux autres, les fonctions de pédagogique et de transformation, soient de moindre considération ou dénué d'intérêt, mais comme tout choix suppose un sacrifice, elles ont été écartées en faveur des deux

240 Art. 1 du *Code de déontologie des psychologues du Québec*: « Le psychologue inscrit au tableau de l'Ordre professionnel des psychologues du Québec doit, dans l'exercice de sa profession, tenir compte des principes scientifiques généralement reconnus en psychologie. ».

241 Site de l'*Ordre professionnel des travailleurs sociaux* : www.optsq.org/travailleursocial

premières pour deux raisons. L'une tient à la particularité même des deux fonctions de présentation des règles procédurales et substantielles qui contribue à mettre en évidence l'aspect formel et structuré du mode informel de résolution des conflits, qu'est la médiation familiale. La seconde raison donne lieu à l'observation du rôle du « tiers » à travers les deux facettes de « traducteur et décodeur ». En conséquence, ces fonctions font contraste, d'une part, à l'opinion dominante qui dépeint la médiation familiale comme un mode informel de résolution du conflit familial. Et d'autre part, elles révèlent, simultanément, une norme de l'autonomie des « participants » qui s'éloigne de son acception juridique de volonté libre, pour épouser les formes d'une manifestation d'impuissance et de subordination face à une pratique en médiation familiale exposée par le « tiers ».

Par conséquent, cette seconde partie dépeindra, en premier lieu, la fonction de présentation des règles de procédure utiles au fonctionnement de la médiation familiale et le rôle attribué à l'autonomie (chap.1), et développera, en second lieu, la fonction d'information des dispositions légales impératives et le sort réservé à cette autonomie des « participants » (chap.2).

Chapitre 1 : Le « tiers », la présentation de règles procédurales en médiation familiale et l'autonomie des « participants »

Ce chapitre se divise en deux paragraphes. Le premier décrira les dispositions du *Guide des normes de pratique* sur cette fonction de présentation des règles de fonctionnement en médiation familiale, la perception générale des praticiens interrogés sur ces règles et sur l'autonomie des « participants » (§ 1) et le second exposera une tentative de compréhension empirique de ce formalisme dans un mode de résolution du conflit familial, décrit comme informel et son impact sur l'autonomie du couple désuni (§ 2).

Paragraphe 1 : Les règles de fonctionnement en médiation familiale entre les dispositions du Guide et la perception des praticiens

L'article 4.02 du Guide des normes de pratique en médiation familiale définit le rôle de chacun des acteurs de la triade formée au cours du processus de médiation

familiale. Il exige, au préalable et avant tout engagement du médiateur, le déroulement d'une « rencontre initiale » destinée à dispenser aux conjoints en rupture une information générale sur la médiation familiale, son fonctionnement, les droits et obligations de chacun :

Article 4.02 :

« Le médiateur doit expliquer clairement aux parties le processus de médiation avant de s'engager à intervenir dans leur cas. Lorsqu'il informe les parties sur le processus de médiation, le médiateur réfère au contenu du document sur la séance d'information privée ou de groupe sur la médiation familiale, document préparé par le C.O.A.M.F. pour le ministère de la Justice, aux fins de l'application de la loi en la matière.

Plus précisément, le médiateur doit, avant d'intervenir :

1- définir et expliquer de manière objective le processus de médiation et les responsabilités de chacun, établir la différence qui existe entre la médiation, la consultation en vue d'une réconciliation, la thérapie, l'expertise-conseil, le procès et l'arbitrage;

2- discuter du bien-fondé de la médiation dans ce cas particulier, des bénéfices, des limites et des risques qui y sont rattachés, et des autres options possibles;

3- informer les parties que le médiateur ou l'une ou l'autre des parties peut, en tout temps, mettre fin à la médiation;

4- informer les parties du coût des services de médiation, du nombre de séances gratuites auxquelles elles pourraient avoir droit, le cas échéant, et parvenir à une entente avec les parties concernant le paiement, le cas échéant;

5- informer les parties du rôle que jouent les experts-conseils en matière juridique, financière, psychologiques ou autre; parvenir à une entente avec les parties concernant le paiement de ces services professionnels, le cas échéant; aviser les parties qu'il ne peut agir comme témoin-expert pour l'une ou l'autre des parties dans tout litige en matière familiale les opposant;

6- aviser les parties que le contrat de médiation sera complété et signé par les parties et le médiateur;

7- aviser les parties que le document qui leur sera remis à la fin de la médiation, le cas échéant, constitue un résumé des ententes reflétant l'intention des parties pour fins de consultation juridique et préciser qu'il ne s'agit pas d'un document à être signé par les parties; les informer des étapes subséquentes et des frais afférents, dont ceux de préparation et rédaction du résumé du médiateur, le cas échéant. »

Cet article offre tout un ensemble de règles de conduite du médiateur familial. Est-ce qu'un tel programme sera-t-il suivi par les praticiens du Grand Montréal ?

Parallèlement à l'art.4.02 du *Guide*, la première rencontre avec les « parties », également dénommés « gens » ou « clients »²⁴², est principalement décrite comme une séance inaugurale qui donne de l'information sur le fonctionnement du processus, sur les rôles de chacun des acteurs en présence, sur l'absence de contrainte du médiateur familial et sur l'autonomie des ex-conjoints :

« La première partie, c'est vraiment de l'information, les règles, la perception que j'ai de mon rôle, la perception que eux ont aussi de leur rôle. [...] Aussi, je mets beaucoup l'accent sur le fait que c'est volontaire. Je n'impose rien. » (T.S.14, F., 12-13).

« Selon la loi, on a la première rencontre, une séance d'information, donc on n'a pas le choix de passer à côté, donc la première rencontre c'est une séance d'information pour expliquer le processus, les règles, les règles du médiateur, les règles de base qui doivent suivre dans le cadre du processus, établir les règles finalement, expliquer vraiment que... les parents puissent vraiment comprendre c'est quoi le processus. » (T.S. 16, F., 8-8).

« Quand je rencontre les gens, la première rencontre je leur parle beaucoup, je veux placer les affaires, parce qu'en médiation ça ne se passera pas n'importe comment, je ne prends pas de décision en ce qui les concerne mais je suis en charge du processus, je sais où je commence, je sais où je m'en vais puis je sais quand on finit, habituellement je sais quand ça ne marche pas. Alors je vais établir, on va établir les règles avant de commencer puis je vais vouloir, exemple, je vais établir d'abord qui je suis au plan professionnel, ils ont besoin de savoir ça. » (T.S.9, M., 15-15).

La description de manière détaillée de cette rencontre émane, essentiellement, des médiateurs familiaux oeuvrant en travail social. Leurs propos dégagent deux points fondamentaux, la présence d'une normativité mixte, c'est-à-dire externe et interne au médiateur familial (1) et son illustration de « faits d'internormativité » survenus en amont de ce « passeur » (2).

1) Le « tiers » diffuseur d'une normativité mixte

Cette normativité mixte se compose de « règles », de « règles de base » ou de « règles du médiateur », que le « tiers » se charge d'expliquer aux « participants », c'est-

242 Les deux termes sont utilisés indifféremment par 9 médiateurs avocats sur 10 alors qu'ils le sont différemment par les médiateurs non avocats. Ainsi, le terme « parties » est employé par 8 médiateurs psychologues sur 10 et par 8 de médiateurs travailleurs sociaux sur 10, alors que le terme « clients » l'est par 3 psychologues et par 1 travailleur social. Mais l'usage du terme « gens » est repris par tous les médiateurs interrogés. La diversité des qualificatifs pour désigner les « participants » témoigne probablement d'un malaise par rapport à une dénomination spécifique et distinctive en médiation familiale. Elle peut également résulter d'une déformation professionnelle du professionnel devenu médiateur ou encore d'un positionnement incertain de ce professionnel comme médiateur.

à-dire de les traduire en un langage accessible et compréhensible puisque le processus de médiation doit se dérouler dans le respect de certaines règles fixées par la Loi ou par le médiateur lui-même. Cette mission d'explication met en exergue les capacités d'un « tiers traducteur et décodeur » à chacun de ces niveaux.

D'emblée, la mission d'explication des règles de fonctionnement est située dans un contexte législatif puisque sans précision sur la nature de celui-ci, le « tiers » y fait référence. En vertu de la Loi, il informe sur les règles définies, par lui ou par quelqu'un d'autre, comme étant des règles de base (T.S.16, F., 8-8). Il se prévaut d'un support législatif pour établir une catégorisation de la règle légale et informer sur celle qui lui paraît fondamentale. À ce niveau déjà, il démontre une faculté d'interprétation de cette règle puisqu'il avance une conception personnelle du fonctionnement du processus de médiation familiale dans lequel s'engagent le couple désuni. Bien qu'elles soient dénuées de toute précision, ces « règles » ou ces « règles de base » mettent l'accent sur la volonté des « participants » et en parallèle l'éviction du « tiers » (T.S.14, F., 12-13), mais également de la prise en charge du processus de médiation familiale par celui-ci (T.S.9, M., 15-15). Dès lors, l'imprécision du contenu des règles énoncées confère au « tiers » la possibilité de les clarifier et d'en être l'exégète d'autant plus qu'il affirme de façon déterminée qu'en « médiation cela ne se passera pas n'importe comment » (T.S.9, M., 15-15). Par la même occasion, ce « tiers » revêt l'habit du décodeur puisqu'à partir de cette Loi, et de son contenu poreux, il livre une « perception » de son rôle d'impartial et de celui de l'autonomie des « participants » (T.S.14, F., 12-13; (T.S.9, M., 15-15). Toute une occasion pour édifier ses propres règles.

D'ailleurs, ces « règles du médiateur » touchent à la nature de la relation triadique puisqu'elles s'attardent sur deux volets de ces règles, le renforcement de l'autonomie des « participants » et le rôle de chacun des acteurs présents dans le processus. D'une part, l'autonomie exprimée à travers la démarche d'aller en médiation est présentée, aux « participants », comme prémices fondamentales dont le maintien en cours de processus est garanti puisque le « tiers » est dépourvu d'autorité. En conséquence, ce premier volet révèle une relation égalitaire entre les différents acteurs de la triade. D'autre part, le second volet prédétermine le rôle de chacun dans une distribution faite par le « tiers » qui se décrit comme un professionnel, au sens d'un individu détenteur d'une expertise

spécifique, alors que la répétition du maintien de l'autonomie des « participants » au sein du processus de médiation familiale donne l'image d'un individu égal à Soi. D'emblée, cette qualification professionnelle du « tiers » le place comme détenteur d'une offre de service et les interlocuteurs en demande de celui-ci. Dès lors la relation triadique définie, dans le premier volet d'égalitaire prend la forme, dans le second volet, d'une relation inégalitaire en défaveur des « participants » impliqués en médiation familiale.

Singulièrement cette affirmation du professionnalisme du « tiers » émane uniquement des médiateurs familiaux exerçant en travail social. Est-ce en raison de la jeunesse de la discipline du travail social qui ne bénéficie ni de la reconnaissance sociale assurée par une formation académique, réputée rigoureuse et longue, ni de la notoriété historiquement reconnue aux membres de la profession d'avocats et de celle des psychologues ? L'absence d'éléments suffisants dans les entrevues recueillies écarte toute conjecture. Toutefois, à la lumière de la littérature sur la médiation familiale et de l'art.4.02 du *Guide*, l'idée de relation inégalitaire s'oppose autant à l'esprit qu'à la lettre de ces textes conçus dans une logique de distinction d'avec le procès judiciaire.

Par ailleurs, les médiateurs interrogés appartenant à ce même groupe professionnel réfèrent, comme il a été antérieurement souligné, à la « Loi » dont l'imprécision ouvrait la porte à sa traduction. Or, la revue de la législation relative à la médiation familiale oriente, en ce qui concerne la première séance de médiation familiale explicative des règles, vers le Code de procédure civile et son article 814.3²⁴³. Celui-ci la mentionne sans en indiquer le contenu lequel, par contre, est spécifié à l'article 4.02 du *Guide* et à l'article 4.01 (al.3) relatif aux dispositions générales sur les devoirs du médiateur à l'égard du processus de médiation²⁴⁴.

243 Afin d'éviter une lourdeur dans le texte, toutes les références aux articles du Code de procédure civile figurent à l'Annexe I.

244 Art. 4.01 (al.3) : « Le médiateur doit prendre les moyens appropriés afin d'être informé adéquatement sur les législations, règlements et politiques gouvernementales s'appliquant en matière de médiation familiale, notamment en ce qui a trait au divorce, au patrimoine familial, à la fixation et à la perception des pensions alimentaires, à la prestation compensatoire, au droit d'habitation et au contrat de mariage. »

Si l'article 4.02 du *Guide* indique les devoirs précis mis à la charge du médiateur familial, il ne lui confère pas de pouvoir discrétionnaire quant à une affirmation d'un quelconque statut de professionnel. Par conséquent, la présentation de la séance de rencontre entre le médiateur familial issu du travail social et les « participants » est illustratif, en ce qui concerne cette catégorie de praticiens interrogés, d'un premier décalage entre le *Guide* des normes de pratique et leur pratique. Et cet écart pourrait être mis sur le compte, soit d'une interprétation erronée des normes de pratique de la médiation familiale, soit d'une désadaptation à une pratique jusqu'alors informelle devenue plus normée, ou encore d'un geste de praticiens zélés en quête de reconnaissance professionnelle et sociale.

Nonobstant ce constat, cette normativité applicable en pratique de médiation familiale possède la particularité de dévoiler des « faits d'internormativité » en amont du « tiers ».

2) La présentation des acteurs : illustration de « faits d'internormativité »

Effectivement au cours de cette séance, le médiateur familial donne une information sur l'autonomie des époux en rupture et sur l'impartialité du « tiers », soit les deux piliers de la médiation familiale. Or ces deux notions trouvent leur source dans les normes juridiques étatiques inscrites, pour ce qui est de l'autonomie dans le concept de droit à liberté inscrit dans le préambule de la Charte des droits et libertés de la personne²⁴⁵, et pour ce qui est de l'impartialité dans le principe de confiance du public envers le système de justice.

245 *Charte des droits et libertés de la personne* (L.R.Q., c. C-12) : Préambule :

« Considérant que tout être humain possède des droits et libertés intrinsèques, destinés à assurer sa protection et son épanouissement;

Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi;

Considérant que le respect de la dignité de l'être humain et la reconnaissance des droits et libertés dont il est titulaire constituent le fondement de la justice et de la paix;

Considérant que les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être en général;

Considérant qu'il y a lieu d'affirmer solennellement dans une Charte des libertés et droits fondamentaux de la personne afin que ceux-ci soient garantis par la volonté collective et mieux protégés contre toute violation; »

Pour ce qui est du droit à la liberté auquel procède le concept d'autonomie, la Charte ne le définit pas. Par contre, dans l'arrêt *R.c. Morgentaler*²⁴⁶ la Cour suprême du Canada donne une appréciation de ce droit en jugeant qu'il est « inextricablement lié à la notion de dignité humaine »²⁴⁷. Elle affirme également :

« L'insistance sur la conscience et le jugement individuels est également au cœur de notre tradition politique démocratique. La possibilité qu'à chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées constitue la condition sine qua non de la légitimité de l'acceptabilité et de l'efficacité de notre système d'autodétermination. C'est précisément parce que les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à leur valeur et à la dignité de l'être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique, que la jurisprudence américaine a insisté sur la primauté ou la prééminence du Premier amendement. À mon avis, c'est pour cette même raison que la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de libertés « fondamentales ». Celles-ci constituent le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la *Charte* ».

Or, dans le jugement *Vriend c. Alberta*,²⁴⁸ la Cour suprême du Canada a décidé :

« Que la législation en matière de droits de la personne est assujettie à une obligation de conformité aux normes constitutionnelles, dont celles énoncées dans la Charte canadienne. Même si les dispositions de la Charte ne doivent pas nécessairement être le reflet exact de la Charte canadienne, elles s'interprètent néanmoins à la lumière de celle-ci. »

Par conséquent, cette interprétation du droit à la liberté et son élévation au rang de liberté fondamentale comme « condition sine qua non de la légitimité de l'acceptabilité et de l'efficacité de notre système d'autodétermination » peuvent être étendues à la compréhension de liberté fondamentale mentionnée au Préambule de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

246 [1988] 1 R.C.S. 30

247 D'ailleurs le Juge Wilson en arrive à cette corrélation. Il cite la définition de liberté donnée par le professeur Neil MacCormick : « La liberté est une condition du respect de soi et de la satisfaction que procure la capacité de réaliser sa propre conception d'une vie bien remplie qui vaille la peine d'être vécue [et] pouvoir décider ce qu'on veut faire et comment le faire, pour concrétiser ses propres décisions, en en acceptant les conséquences, me semble essentiel au respect de soi en tant qu'être humain et essentiel pour parvenir à cette satisfaction. Ce respect de soi et cette satisfaction sont, à mon avis, des biens fondamentaux pour l'être humain, la vie elle-même ne valant la peine d'être vécue qu'à la condition de les éprouver ou de les rechercher. L'individu auquel on refuserait délibérément la possibilité de parvenir au respect de lui-même et à cette satisfaction se verrait privé de l'essence de son humanité ».

248 [1998] 1 R.C.S. 493

Par ailleurs, le concept d'autonomie se retrouve également en droit commun puisque le Code civil le retient, dans le cadre du contrat, à travers les critères de volonté (art.1386)²⁴⁹ et de consentement (art.1385 et 1399). Or, la disposition préliminaire du Code civil mentionne qu'il est conçu « en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux de droit ». Aussi, toute interprétation faite sur une disposition de la Charte des droits et libertés de la personne similaire à celle qui existe dans le Code civil s'étend à celle-ci.

Pour ce qui est du concept d'impartialité, la Cour suprême du Canada le considère, dans son jugement rendu dans l'affaire *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de I.P.E.; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de I.P.E.*²⁵⁰, comme :

« fondamentale pour assurer la confiance de l'individu dans l'administration de la justice. Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l'acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace »

Quoique son analyse soit intimement liée au droit de l'accusé à un procès équitable, elle a permis à cette même cour d'affirmer, dans l'arrêt *Sheratt c. R*²⁵¹, que le respect des droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés nécessite d'avoir des garanties d'impartialité plus qu'une présomption d'impartialité, comme le droit de récuser un juge ou un juré. Cependant, elle définit cette notion d'impartialité, dans l'affaire *Valenté c. La Reine*²⁵² comme

« un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée. Le terme « impartial », comme l'a souligné le juge en chef Howland, connote une absence de préjugé, réel ou apparent ».

Et cette même Cour a décidé dans l'arrêt *R. c. Find*²⁵³ de retenir la définition suivante du terme préjugé :

249 Là également, en vue d'alléger le texte, le contenu des articles du Code civil du Québec donnés en référence figurera en Annexe II.

250 [1997] 3 R.C.S. 3§ 336

251 [1991]1 R.C.S. 509

252 [1985] 2 R.C.S. 673 § 15

253 [2001] 1 R.C.S. 863

« 35 Le dictionnaire New Oxford Dictionary of English (1998), p. 169, définit ainsi le mot « bias » (« préjugé ») : [TRADUCTION] « parti pris en faveur ou à l'encontre d'une chose, d'une personne ou d'un groupe par rapport à un autre, particulièrement d'une manière jugée injuste ». Dans le contexte des récusations motivées, le mot « préjugé » s'entend d'une attitude qui pourrait amener des jurés à s'acquitter de leur rôle d'une manière préjudiciable et injuste dans l'affaire dont ils sont saisis. ».

Par ailleurs, cette même Cour reconnaît dans *R. c. Hubbert*²⁵⁴ que l'intérêt personnel dans une affaire à être jugée pouvait être une attitude pouvant être à l'origine du préjugé.

Par conséquent, la notion d'impartialité constitue une garantie pour l'application des droits reconnus par la Charte canadienne. De façon similaire au concept d'autonomie, la législation relative aux droits de la personne est soumise à la conformité des normes constitutionnelles, et l'interprétation de la notion d'impartialité donnée par la Cour suprême dans le contexte de la Charte canadienne s'étend à celui de la Charte des droits et des libertés de la personne, qui retient à l'art. 23 le concept d'audition impartiale par un tribunal indépendant²⁵⁵. Or la Cour suprême reconnaît un statut quasi-constitutionnel à la Charte québécoise. Ce qui a pour conséquence de contraindre la législation provinciale à une conformité avec les dispositions de la Charte et l'interprétation de ces dernières, qu'elle soit faite directement par les tribunaux de la province ou indirectement par la Cour suprême sur des dispositions similaires. Dès lors, toute réglementation professionnelle prise en respect de la législation provinciale est soumise à une interprétation à la lumière de la Charte canadienne. Par conséquent, la notion d'impartialité, même si elle a été analysée par la Cour suprême dans un contexte particulier, celui du procès criminel, renferme un contenu qui s'applique à tout autre contexte, comme la norme pratique en médiation familiale adoptée en conformité avec la loi provinciale relative au Code des professions.

Cette notion d'impartialité se retrouve, sous forme de devoir d'impartialité, dans les Codes de déontologie des psychologues²⁵⁶ et des travailleurs sociaux²⁵⁷, mais pas

254 [1975] 2a C.C.C. (2d) p. 295

255 Art. 23 de la Charte des droits et libertés de la personne : « Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle »

256 Art. 37 du Code de déontologie des psychologues du Québec : « Le psychologue ne doit agir, dans la même affaire, que pour l'une des parties en cause. Si ses devoirs professionnels exigent qu'il agisse autrement, le psychologue doit préciser la nature de ses responsabilités et tenir toutes les

dans celui des avocats. Celui-ci retient plutôt l'interdiction d'être en conflit d'intérêt car l'impartialité vise les institutions du tribunal et du jury.

Parallèlement, ces notions sont également présentes dans les dispositions du *Guide* aux articles 2.01²⁵⁸ et 1.05 *in fine*²⁵⁹, qui est un document professionnel rédigé, par un Comité interprofessionnel²⁶⁰, à l'attention des praticiens en médiation familiale et qui fixe, conformément à son intitulé, des normes de pratique. Il s'adresse à des praticiens issus de champs de pratique distincts, celui des avocats, des psychologues et des travailleurs sociaux, et qui sont préalablement imprégnés d'une norme professionnelle émanant de leur propre ordre professionnel respectif.

Or la transposition d'une conduite de sa pratique originelle vers celle de la médiation familiale contribue à mettre en rapport plusieurs systèmes normatifs professionnels, et inéluctablement concourt à favoriser la survenance de « faits d'internormativité ». D'ailleurs, des faits sont observables dans la réappropriation, par la norme professionnelle de médiation familiale, de normes juridiques étatiques.

Autrement dit, les normes juridiques étatiques d'impartialité et d'autonomie parcourent un trajet à deux escales, l'une au niveau du système professionnel des avocats, psychologues et travailleurs sociaux, et l'autre au niveau du système professionnel des médiateurs familiaux. Le déplacement vers celui-ci s'expliquerait alors, par une diffusion du droit étatique vers les pratiques professionnelles et qui touche celle de la médiation familiale. Il pourrait également trouver interprétation dans la présence pléthorique de juristes parmi les médiateurs familiaux et au sein du Comité interprofessionnel initiateur du *Guide* des normes de pratique, mais aussi dans la réglementation d'une pratique qui ne l'était pas jusqu'à présent.

parties intéressées informées qu'il cessera d'agir si la situation devient inconciliable avec son devoir d'impartialité ».

257 Art. 3.05.08 : « Dans une situation conflictuelle, le travailleur social agit pour une seule des parties en cause. Si ses devoirs professionnels exigent qu'il agisse autrement, le travailleur social précise la nature de ses responsabilités et tient toutes les parties concernées informées qu'il cessera d'agir si la situation devient incompatible avec son devoir d'impartialité ».

259 Le contenu de ces articles se retrouve en annexe (Annexe III)

260 Le Comité interprofessionnel, *op.cit.*, note 223.

Dès lors, ce trajet des normes juridiques étatiques d'autonomie et d'impartialité vers les normes professionnelles en médiation familiale en rapport avec un contexte défavorable à une judiciarisation du conflit familial pousse le praticien à accomplir une tâche de « traducteur et décoder » du langage juridique la norme juridique étatique, dans une formulation ni juridique ni rébarbative, essentiellement reconnue et reconnaissante de l'autonomie des époux en rupture.

En résumé, ce paragraphe permet de constater la présence d'une normativité mixte qui combine des règles posées par le législateur et les rédacteurs du *Guide*, et celles instaurées par le médiateur familial de son propre chef. Cette coexistence de règles allègue d'une « internormativité », à partir des notions d'impartialité et d'autonomie, sur au moins deux échelles. L'une accueille la dynamique entre le système juridique étatique et le système normatif en médiation familiale, et l'autre celle qui existe entre le système normatif en médiation familiale et les systèmes normatifs professionnels véhiculés par les représentants de ces derniers, membres de Comité interprofessionnel. Cependant, comment ces normes juridiques d'impartialité et d'autonomie, devenues des normes de pratique en médiation familiale sont-elles perçues par des « passeurs » provenant de milieux de pratique juridique ou non juridique, ?

Paragraphe 2 : Les règles de fonctionnement en médiation familiale entre un idéal de pratique et une réalité de la pratique

Les propos recueillis auprès des médiateurs interrogés démontrent une perception différenciée des normes de pratique reliées à l'impartialité (1) et à l'autonomie (2) posée par les articles 2.01, 1.02, 1.04 et 1.05 *in fine* du *Guide*²⁶¹.

1) La perception de la norme pratique d'impartialité par les « tiers »

D'abord, les médiateurs familiaux également avocats évoquent l'impartialité en terme de devoir à leur charge qui place chaque participant à un même niveau d'égalité :

« Le médiateur se doit d'être impartial [même] s'il a ses opinions à lui »
(A.13, M., 56-56).

261 Voir Annexe IV

« Il faut quand même leur donner l'information sur notre rôle impartial. Combien de temps que ça dure à peu près en moyenne. Que bon, ils sont maîtres du processus, que nous autres, on les suit là-dedans. Il faut quand même en parler. » (A.17, F., 14-14).

« Je pense [qu'en] médiation, les deux parties se sentent vraiment sur le même pied. Le médiateur ne prend pas [partie] parce que c'est très important. Si une des parties sent que le médiateur a l'air à prendre toujours pour l'autre, elle ne sera pas réglée. [...] À ce moment-là, je pense qu'il faut être très psychologue, faire attention de donner l'impression d'être impartiale. ». (A.10, F., 51-52).

Toutefois, pour un des médiateurs du même groupe professionnel, le *Guide* invite à une certaine flexibilité tout en respectant le principe d'impartialité :

« Je pense que ce qu'il est important de reconnaître, c'est que ça c'est un processus qui est, quand même laissé à la créativité du médiateur. C'est un processus qui doit être flexible. Les différents médiateurs vont travailler, chacun à son style, chacun à son méthode, il y a de grands principes, ils sont importants à respecter. Il y a un modèle qui est enseigné que les gens doivent adapter à leur personnalité puis adapter aux clients. Je pense que le *Guide* de la façon dont il est monté, c'est ça qui nous permet une flexibilité dans la pratique tout en assurant les grandes lignes de protection du public et puis de respect des grands principe de confidentialité, d'impartialité, de tenue de dossiers, de publicité, ces choses-là. » (A.7, F., 85-85).

De leur côté, les praticiens exerçant en travail social perçoivent cette impartialité en opposition avec la notion de neutralité :

« Ce n'est pas toujours facile parce que si vous avez un client qui est très [dominant] à l'égard de l'autre et qui ne veut rien entendre, c'est difficile de rester impartial. Parce que je trouve qu'il faut faire une différence entre la neutralité et l'impartialité et on peut être impartiale sans être neutre. On a besoin d'être impartial. Ça c'est sûr pour moi que c'est la première qualité, empathique, savoir écouter, savoir écouter et savoir aussi diriger parce que si on laisse des explosions de sentiments négatifs, on ne peut plus négocier. Ces émotions-là envahissent toute la situation. Ce n'est pas possible. » (T.S.3, F., 75-75).

« Si on voit qu'il y a une égalité soit dominée par l'autre ou il a les capacités de négocier, là on a la responsabilité parce que nous devons parce que nous avons des normes, la pratique et nous sommes obligés d'intervenir ou mettre fin à la médiation. » (T.S.1, M., 62-62).

« Le médiateur doit travailler dans un processus où lui ou elle se trouve à être neutre, mais ça ne veut pas dire de ne rien faire, c'est d'aider les couples à arriver à des décisions... à des options avant qu'ils arrivent à des décisions. Et de travailler en dessous par l'appui de la loi » (T.S.22, F., 3-3)

Cette opposition est d'ailleurs formulée, par l'un d'eux, en termes de dilemme du médiateur :

« Le rôle du médiateur est intéressant dans les premières... il est toujours intéressant mais dans les premières parties, vous voyez le médiateur il est pris à soutenir une position, la position de quelqu'un qui veut divorcer parce que si la personne veut divorcer, c'est important pour elle, elle y a pensé, c'est réfléchi, je pense qu'elle a droit à mon support. Maintenant l'autre qui ne veut pas, qui ne veut pas envoyer dix (10) ans de sa vie en l'air comme les gens disent des fois, mais il a

droit aussi à mon support, alors je suis pris à supporter les gens qui ne veulent pas les mêmes choses. C'est toujours une épreuve de force, un tour de force je veux dire dans un certain sens parce que je me trouve à supporter des gens qui veulent... qui ont des objectifs tout à fait différents. » (T.S.8, M., 11-12).

Finalement, les médiateurs interrogés, exerçant dans le domaine de la psychologie, l'impartialité du « tiers » revêt la forme d'une « neutralité dynamique » c'est-à-dire à la fois une abstention à soutenir un conjoint au détriment de l'autre et un appui en faveur de l'enfant, ou celle d'une « aide active », dans la satisfaction du besoin à trouver des solutions :

« Moi j'ai l'habitude de parler d'une neutralité dynamique, c'est-à-dire que je suis quelqu'un ...je ne prends pas pour Madame contre Monsieur là, mais en même temps j'ai probablement un parti pris pour les enfants. Il faut aussi un partage de responsabilités, c'est-à-dire que si.. il y a des façons d'établir certaines règles-là, ce n'est pas toujours le moitié - moitié qui fait l'affaire, admettons pour les enfants. Si Monsieur gagne deux tiers des revenus puis Madame gagne le tiers, ça serait bien normal que Madame paie le tiers puis le Monsieur le deux tiers. J'ai sûrement des valeurs qui teintent, qui filtrent... » (P.6, M., 77-79).

« Peut-être que j'ai une opinion différente d'un courant de pensée sur la médiation parce qu'il y a un courant de pensée qui dit que : [en] « médiation il faut être très, très neutre, et non directif et laisser les gens trouver seuls leur solution ». Ce qui nous ramène au courant de la psychothérapie où ils disent que : « c'est aux gens à trouver leur solution ». Mais je m'inscris en faux de ça, en ce sens que s'ils pouvaient les trouver seuls, ils ne viendraient pas nous voir. Ils ont en quelque part un besoin d'aide, ils ont un besoin d'aide et les aider à les trouver et c'est une aide qui se doit d'être active à certains moments donnés. » (P.27, F., 5-7).

Cette diversité autour de la notion d'impartialité invite à un arrêt sur la perception qu'en ont chacun des groupes professionnels interrogés, c'est-à-dire un devoir d'impartialité pour les avocats (i), un dilemme pour les travailleurs sociaux (ii) et une neutralité dynamique pour les psychologues (iii) afin de saisir leur compréhension des règles procédurales définies par le *Guide* ainsi que leur rôle (iv). Une perception qui, d'ailleurs, présente une facette du « tiers traducteur et décodeur », oeuvrant d'abord pour lui-même :

i) Médiateur avocat et devoir d'impartialité

La norme professionnelle d'impartialité posée à l'art. 2.01 du *Guide*²⁶² est perçue par les médiateurs exerçant comme avocats comme un impératif absolu de mettre les « participants » sur « le même pied d'égalité sans parti pris pour l'un ou l'autre » (A.10, F., 51-51). Dès lors, ce groupe professionnel présente dans son discours une conformité

262 Voir Annexe IV

avec l'idéal d'impartialité conçu par le *Guide*. À ce niveau, il fait preuve de fidélité dans la traduction de cette norme professionnelle fixée pour lui, toutefois, le praticien avocat décode, en son sein, la présence d'une neutralité :

« Dans la médiation, le mandat qu'on a des gens c'est que : « on est en train de se séparer, pouvez-vous nous aider à faire une entente, la meilleure entente possible pour nous et pour nos enfants ? ». Le mandat que l'on a, c'est d'être la tierce personne qui les aide. Donc, on a un certain...on a un mandat d'être neutre. On a un mandat de bien les informer. On a le mandat de diriger le processus. C'est ça qu'on a comme mandat. On n'a pas le mandat d'appuyer ni l'une ni l'autre des positions des clients. On a le mandat d'essayer de leur faire voir qu'est-ce qui serait le mieux à partir de leur position parce que souvent ils viennent en disant : « moi je veux ça, l'autre veut d'autre chose. » (A.2, F., 148-148).

Mais, une neutralité, définie comme une exemption d'appui à l'un ou l'autre des « participants », et qui puise son origine dans le mandat de résolution du conflit familial par la médiation, confié par les « participants » au « tiers ». Elle situe donc, à l'opposé du devoir d'impartialité exigé par le *Guide* professionnel, sans trop s'en éloigner puisqu'elle le rejoint dans la signification. En effet, les deux se démarquent par un refus de soutenir un conjoint au détriment de l'autre. Cependant, les deux notions sont utilisées dans la confusion, plutôt que dans la complémentarité, par les médiateurs exerçant comme avocats. Dès lors, est-ce qu'à l'instar du « paradoxe de la neutralité »²⁶³ le devoir d'impartialité en renferme un ? D'ailleurs, une voix dissonante (A.7, F., 85-85) l'effleure indirectement. Est-ce que cette distorsion, marquée par une mutation de la neutralité en une position arrêtée en faveur d'un « participant » pourrait se retrouver dans le devoir d'impartialité ? Néanmoins, en intégrant la neutralité à l'impartialité, ce « tiers » avocat se place dans la situation dénoncée par les recherches anglo-saxonnes sur la confusion de la combinaison. Autrement dit, le devoir d'impartialité, dans la conception du médiateur avocat renferme un dilemme, non-dit, qui à défaut d'être reconnu n'a pas de solution. Bien plus, une telle éventualité conforterait les réflexions de Simmel, de Freund et de Carplow sur la tendance de dyade au sein de la triade.

263 En rappel de ce qui a été déjà examiné dans la Partie 1 du présent travail, cette expression apparaît dans les travaux de Cobb et Rifkin sur la pratique de la médiation familiale dans certains districts américains. Les conclusions des recherches menées font part de l'existence d'un paradoxe de la neutralité au cours de la pratique des médiateurs qui se traduit par une transformation de la neutralité, tout au long de son processus, vers une alliance avec un des conjoints. Cette mutation de la neutralité serait essentiellement le produit d'un amalgame entre les notions d'impartialité et de neutralité, que les auteurs se chargent de distinguer et de définir.

En résumé, au niveau de la norme pratique d'impartialité, le « tiers » applique son rôle de « traducteur et décodeur » à son égard pour comprendre ce que le *Guide* attend de lui. Cependant, divisé entre une interprétation de la norme pratique d'impartialité comme un devoir et un décodage en son sein d'une neutralité, il risque de vivre, à l'instar du paradoxe de la neutralité, un paradoxe de l'impartialité dont il nie l'existence puisqu'il ne l'évoque pas et auquel aucune solution n'est envisagée.

Que devient la norme pratique d'impartialité chez des médiateurs exerçant également comme travailleurs sociaux ?

ii) Médiateur travailleur social et dilemme de l'impartialité

Ce groupe de médiateurs met en opposition l'impartialité et la neutralité du « tiers » qui traduit plutôt, à notre avis, un malaise face à l'impartialité qui serait relié à l'absence de définition distinctive des deux notions, mais également à une interprétation particulière de la norme professionnelle. En effet, le médiateur travailleur social affirme, d'une part, son obligation à être impartial, mais il écarte toute neutralité, notamment dans les situations de domination au sein de la relation du couple qui lui fait face, ou dans celles de forte émotion (T.S.3, F., 75-75; T.S.1, M., 62-62). D'autre part, il justifie cet écart par la Loi, sans autre référence, et par le *Guide*. Cette position démontre alors un rôle de traducteur fidèle mais nuancé de la norme de pratique puisqu'il admet être impartial sans être neutre (T.S.3, F., 75-75). Et le recours aux valeurs professionnelles et personnelles qui justifient cette absence de neutralité s'appuie sur un besoin pressenti chez les « participants ». Aussi, cette détermination à dissocier l'impartialité de la neutralité se situe à l'inverse du débat soulevé par les travaux empiriques anglo-saxons sur la pratique du « tiers », exposé en première partie de ce travail sur la confusion de la neutralité avec l'impartialité. Probablement qu'une telle attitude trouve origine dans le fait que le débat sur la neutralité au sens d'impartialité s'est déroulé à une période dans laquelle de nombreux travailleurs sociaux, parmi lesquels comptent certaines personnes interrogées, ont bénéficié d'une formation aux Etats-Unis. Ils seraient alors sensibilisés à la distinction entre les deux notions révélées par les recherches empiriques, mais sans conviction quant à son application puisqu'ils se cherchent des raisons à être impartial sans être neutre. Quoi qu'il en soit cette position revêt l'apparence d'un dilemme au sein

de l'impartialité. Il est d'ailleurs illustré par l'exemple donné par l'une des personnes interrogées sur le soutien du « tiers » pour des objectifs contradictoires, divorcer pour l'un et rester dans la relation pour l'autre, de la part des « participants » (T.S.8, M., 11-12). Autrement dit, le « tiers » serait pris entre une impartialité, c'est-à-dire un soutien semblable accordé à chacun des éléments du couple désuni, mais un soutien simultané pour l'un contre l'autre et inversement. Il serait dans une absence de neutralité. Autrement dit, la position des travailleurs sociaux face à l'impartialité conserverait les relents d'une situation passée.

Cependant, l'absence de neutralité se justifie également par la présence de valeurs personnelles comme celles de la famille, des enfants ou de la responsabilité parentale et des valeurs professionnelles :

« Qu'est-ce qu'on fait avec les enfants ? Là encore, le médiateur il est impartial mais jamais neutre dans le sens que nous avons...Moi, quand je vais à la médiation et qu'on dise qu'il n'y a pas de valeurs, etc. Pour moi la famille, c'est très important, les parents qui prennent leur responsabilité, les enfants, c'est très important, j'y crois vraiment. Je parle toujours : « comment vous, comme parent, vous allez assumer vos responsabilités ? » (T.S.1, M., 45-45).

« « Mon objectif c'est toujours de me situer dans l'intérêt de l'enfant. Je me mets dans la peau de l'enfant et je traduis cela aux parents, des fois j'utilise une petite [chaise comme] si l'enfant n'est pas présent. Je m'assois sur la chaise, la petite chaise comme si j'étais un enfant moi-même, j'ai des questions à vous poser, ça arrive à votre enfant, voici peut-être ce que l'enfant en penserait ou en dirait, des tactiques comme ça, je situe mon rôle comme étant un le porte-parole de l'enfant, la défenderesse des droits de l'enfant de façon virtuelle, en plus évidemment d'un rôle de négociateur ou de facilitateur de la communication. Mais mon rôle à moi c'est de centrer sur l'enfant, parce que quand les parents se centrent sur l'enfant, habituellement ils en arrivent à trouver ce qui est bon pour leur enfant. [C'est le point commun] alors on parle beaucoup de l'enfant » (T.S.28, F., 54-55)

« On fait partie d'une profession. On va avoir une certaine optique, une certaine façon de voir les choses, soit comme avocat, soit comme travailleur social, soit comme psychologue. Ça c'est évident ...on n'est pas neutre. On n'est pas neutre même si les gens disent : « ah! Oui, on est neutre ». On n'est pas neutre, on est impartial. Oui, absolument. Ça c'est tout à fait différent. On a une certaine optique, puis c'est ça, on essaye de porter la casquette de médiateur. On a quelque chose à amener dans la formation, dans la supervision, dans la médiation, qui nous appartient comme professionnel d'une pratique particulière. Ça s'est bien. » (T.S.1, M., 189-189).

A priori, cette absence de neutralité servirait, de manière indirecte, à solutionner le dilemme puisqu'elle permet au « tiers » d'atténuer son devoir d'impartialité en vertu des valeurs personnelles. Autrement dit, l'absence de neutralité favoriserait le soutien d'un « participant », contrairement aux dispositions du *Guide* professionnel, mais pas de

manière discrétionnaire puisqu'il est justifié par des valeurs familiales. Or si une telle conduite écarte tout sentiment de dilemme, elle n'en illustre pas moins la formation d'une dyade au sein de la relation triadique. Ce qui confirme encore une fois, l'affirmation de Simmel.

En somme, le « tiers » travailleur social, tout comme le médiateur avocat, ressent un dilemme face à la perception de la norme pratique de l'impartialité, mais il le reconnaît et lui trouve solution dans l'adoption d'une impartialité sans neutralité. Cette interprétation de la norme de pratique de l'impartialité à la lumière du décodage du besoin, exprimé ou non exprimé, des « participants » révèle une facette du « passeur » opportuniste et animé par son intérêt, qui est d'exercer une pratique en dehors de la rigidité des directives du *Guide*.

Comment est alors appliquée cette norme de pratique par le troisième groupe de médiateurs interrogés ?

iii) Médiateur psychologue et neutralité dynamique

Pour cette catégorie de médiateurs, les expressions de devoir d'impartialité et de dilemme d'impartialité sont écartées au profit de celles de « neutralité dynamique » et d'« aide active ». Là également, tout comme les médiateurs avocats et travailleurs sociaux, le médiateur psychologue agit comme « tiers traducteur et décodeur ». Il est traducteur lorsqu'il attribue une terminologie différente à la norme de pratique de l'impartialité et décodeur lorsqu'il perçoit le besoin de défendre les enfants.

D'ailleurs, le travail de traducteur se complète avec celui de décodeur puisque le médiateur psychologue entend, par « neutralité dynamique » la manifestation d'un parti pris par le « tiers », non pas pour l'un des « participants », mais pour un acteur indirectement impliqué dans les décisions de rupture familiale et de résolution de celle-ci, et directement concerné par les effets de celles-ci, en l'occurrence l'enfant. En adoptant une telle position, il retient une vision plus affirmative que de celle du médiateur exerçant en travail social, mais plus progressive que celle du médiateur avocat.

Il entend, par « aide active », un travail dans lequel le « tiers » participe au même titre que les conjoints en rupture puisqu'il « se fera à trois » (P.27, F., 5-5). Cette compréhension de la norme professionnelle de l'impartialité apporte un éclairage nouveau qui situe le « tiers » à l'extérieur du conflit familial, mais au cœur de sa résolution, c'est-à-dire dans une implication qui l'éloigne d'un rôle passif suggéré par une compréhension, stricto sensu, des notions d'impartialité et de neutralité.

Autrement dit, la compréhension de la neutralité et donc de l'application de la norme pratique d'impartialité par les médiateurs psychologues pourrait conduire à une extension de la triade et inéluctablement à une alliance avec ces acteurs, puisqu'ils reconnaissent un parti pris. L'engagement de ce groupe de médiateurs conduit non seulement à une reconfiguration de la relation à trois vers une relation à plusieurs éléments, mais surtout et en conséquence, illustre cette tendance à la coalition dans une forme nouvelle par rapport à celle évoquée par Simmel. En effet, cette alliance se formera, non pas à l'intérieur de la triade entre les acteurs présents, mais à l'extérieur et de manière virtuelle, avec un élément concerné par le processus de médiation familiale tout en n'ayant aucun contrôle sur lui, en l'occurrence l'enfant.

En résumé, le médiateur familial exerçant en psychologie ne s'attarde pas au devoir d'impartialité puisqu'il lui préfère la « neutralité dynamique » ou l'aide active. Autrement dit, il affiche ouvertement un parti pris, honni par le *Guide*, mais qu'il légitime par sa défense de l'enfant. Ce médiateur se présente comme un « tiers » peu commun car il se montre le plus ouvertement indépendant de la norme de pratique. Il semble agir plus dans l'esprit de la médiation familiale qui préconise l'aide aux personnes vulnérables, qu'à la lettre des dispositions du *Guide*. Il exerce le rôle de « tiers traducteur et décodeur » au bénéfice d'une pratique favorable à une intervention dans la résolution du conflit familial.

Alors que ses confrères sont pris dans un dilemme d'impartialité, dénié ou déclaré, le médiateur psychologue se démarque par une mise à l'écart, pur et simple de la norme de pratique de l'impartialité en affirmant sa position en faveur de l'enfant. Toutefois, cette divergence n'est qu'apparente puisque les trois groupes se rejoignent dans une interprétation flexible de la norme de pratique qui avantage leur mode d'exercice de la médiation familiale.

Quelles interprétations données à ces perceptions aussi différenciées sur la norme pratique d'impartialité ?

iv) Interprétation de la perception diversifiée de la norme pratique de l'impartialité

L'exposé de ces différentes approches de la notion d'impartialité conduit à un constat, celui de la flexibilité de son application, souligné par un médiateur exerçant comme avocat (A.7, F., 85-85) et de l'écart entre le *Guide* et la pratique de la médiation au niveau des praticiens interrogés et ce, quelle que soit leur profession originelle. D'ailleurs un *Guide* qui est contesté ouvertement comme dans le cas de ce médiateur :

« Le *Guide* est important et intéressant, c'est un effort. Maintenant comme tout guide des normes ou comme tout code de déontologie, ça dit beaucoup plus ce qu'il ne faut pas faire dans certaines situations, mais je ne dis pas toujours, c'est [qu'il doit s'orienter] vers ce qu'il faut faire. Ce n'est pas le guide des normes qui donne une orientation qu'on parlait tout à l'heure mais cet esprit de médiation, c'est plutôt de dire, bon, le médiateur ne fera pas ça dans telle situation, le médiateur ne devra pas se placer dans un conflit d'intérêt, le médiateur ne devra pas faire ci, ne devra pas faire ça... Mais si il y avait quelque chose de plus... je ne sais pas si c'est là que ça va... possiblement, encore là une espèce de... d'idée plus... de présenter la médiation ou l'approche médiation, non pas une technique qu'on applique mais comme une façon de voir les choses, comme vision, comme un art. Est-ce que ça pourrait aller dans les normes, dans le Guide des normes? possiblement parce que le Guide des normes ce n'est pas un Code de déontologie, c'est un guide... Il reste que le guide des normes, est-ce que c'est ça qui... s'il y a un manquement quelconque de la part d'un médiateur, comment les gens peuvent, les gens font appel à qui? À leur [ordre] professionnel, s'ils ne sont pas contents de leur médiateur? Pour ceux qui n'ont pas d'ordre professionnel, parce qu'il y en a quelques-uns, c'est les Centres jeunesse, peut-être qu'à ce moment-là, pour eux, ça serait leur employeur, mais l'employeur ce n'est pas tellement la fonction, l'employeur a aussi une fonction de défendre ses employés jusqu'à un certain point. Il est drôlement placé pour s'occuper des manquements professionnels. C'est pour ça que lorsque ça va à un comité de discipline de l'ordre professionnel, le comité de discipline de l'ordre professionnel n'appartient pas à un employeur donné. Il me semble qu'il y a une espèce de vide juridique à quelque part, là c'est plus délicat, ça touche les Centres jeunesse. » (T.S.8, M., 93-100)

Néanmoins, les représentants de chacun des groupes professionnels interviewés mettent en parallèle la notion d'impartialité avec celle de neutralité ou d'absence de neutralité, laquelle paraît d'ailleurs hériter du rôle d'exception pour justifier les entorses au principe. Or, une telle éventualité est déjà préconisée par l'art.2.02 b) du *Guide* dans le cas de préjudice porté à l'un des « participants » ou dans celui l'intérêt de l'enfant, :

« En dépit de son devoir d'impartialité, le médiateur doit signaler aux parties tout aspect de l'entente qui peut être préjudiciable à l'une ou à l'autre des parties ou à l'intérêt des enfants, les mettre en garde et les inviter à explorer d'autres options. De plus, il peut fournir de l'information et de la documentation, recommander de

recourir à un expert en la matière mais, conformément à la loi (Code de procédure civile, art. 815.2.3), il doit mettre un terme à la médiation s'il estime qu'il est contre indiqué de la poursuivre. »

Nous observons donc que les médiateurs interrogés préfèrent rattacher le non-respect à l'obligation d'impartialité à l'absence de neutralité, dans le cas du médiateur travailleur social et du médiateur psychologue, et une neutralité confondue à l'impartialité pour le médiateur avocat, plutôt qu'à la norme de pratique elle-même, c'est-à-dire l'art. 2.01 b) du *Guide* qui prévoit pourtant des exceptions à son application. En fait, chacune des personnes rencontrées semble aborder la pratique de la médiation à travers le filtre de sa pratique d'origine.

En effet, le médiateur avocat interprète l'impartialité comme un devoir à respecter et à faire respecter, en référence au Code de déontologie de l'avocat qui impose de prendre des « moyens raisonnables pour faire respecter la norme professionnelle²⁶⁴. Pour le médiateur psychologue, l'impartialité prend le sens d'un parti pris, d'une aide à la personne. Or sa profession d'origine lui dicte une telle attitude puisque le psychologue est défini par l'Ordre des psychologues du Québec, comme une personne formée dans la « compréhension du comportement humain et sur l'apprentissage des multiples techniques visant à aider le client à résoudre ses difficultés personnelles »²⁶⁵. En ce sens, il se doit « d'exercer sa profession en tenant compte des principes scientifiques généralement reconnus en psychologie »²⁶⁶, c'est-à-dire en rapport avec l'aide donnée au patient. À côté, le médiateur travailleur social observe un semblable comportement puisque le Code de déontologie du travailleur social oblige ce dernier à tenir compte des « normes professionnelles généralement reconnues en service

264 Art. 1.00.02 : « L'avocat doit, à l'égard de toute personne autre qu'un avocat qui coopère avec lui dans l'exercice de ses activités professionnelles ou à l'égard de toute société au sein de laquelle il exerce ses activités professionnelles, prendre les moyens raisonnables pour que la Loi sur le Barreau (L.R.Q., c. B-1), le *Code des professions* et les règlements pris en application de ces lois soient respectés ».

265 Extrait tiré du site de l'*Ordre des psychologues du Québec* : www.ordrepsy.qc.ca/

266 Art. 1 : « Le psychologue inscrit au tableau de l'Ordre professionnel des psychologues du Québec doit, dans l'exercice de sa profession, tenir compte des principes scientifiques généralement reconnus en psychologie ».

social »²⁶⁷ parmi lesquelles l'intervention auprès des individus, des couples, des familles et leur accompagnement²⁶⁸.

Cette prise de position à l'égard de la norme pratique d'impartialité à travers la lunette de la profession d'origine met l'accent sur le statut de l'expert en médiation familiale puisque le médiateur familial n'est pas considéré en tant que tel dans les textes le concernant.

En effet, l'évocation par le médiateur familial de valeurs professionnelles souligne la présence d'un savoir tacite ou expérientiel, soit le « savoir caché » étudié par Schön²⁶⁹, mais qui serait en tension avec la pratique de la médiation familiale puisqu'il remet en cause l'impartialité exigée en médiation familiale. Comme il a été observé, ce savoir antérieur est mentionné, lors de la première rencontre avec les « participants », dans une présentation de Soi, mais en situation professionnelle. Or, ce Soi en situation professionnelle est le fruit d'une construction, celle d'une socialisation secondaire qui comprend autant une intériorisation des savoirs professionnels, qu'une manière de penser et de se comporter propres au groupe d'appartenance et qui vise l'édification d'une identité commune entre les pairs, mais distinctive de celle d'autres groupes. Dès lors, se pose la question de savoir si dans un cas de pluralisme professionnel, comme celui qui prévaut en médiation familiale au Québec, la norme pratique d'impartialité n'aurait pas comme objectif l'élaboration d'une identité propre au médiateur familial ? Est-ce que ce Soi en situation professionnelle ne serait-il pas également le symbole, de ce que Bataille qualifie de représentation professionnelle²⁷⁰ puisqu'il comporte une fonction cognitive (la formation spécifique en médiation familiale dispensée par le Barreau du Québec et certaines universités, comme celle de Montréal, McGill,

267 Art. 2.01 : « Dans l'exercice de ses activités, le travailleur social tient compte des normes professionnelles généralement reconnues en service social. Il tient compte aussi, notamment, de l'ensemble des conséquences prévisibles de son activité professionnelle non seulement sur le client mais aussi sur la société ».

268 Information tirée du site de l'*Ordre des travailleurs sociaux du Québec* : www.optsq.org/fr.

269 Donald, SCHÖN, *Le praticien réflexif*, trad. Jacques Heynemand et Dolorès Gagnon, Les Éditions Logiques, Montréal, 1994, p. 47.

270 Michel, BATAILLE, Jean-François, BLIN, Christine, JACQUET-MIAS, et Alain, PIASER, « Représentations sociales, représentations professionnelles, système des activités professionnelles », dans : *L'année de la recherche en science de l'éducation*, 1997, p. 58.

Sherbrooke, Laval), une fonction normative (l'orientation des conduites, opinions et comportements des praticiens à travers le *Guide*) et une fonction transformative (interprétation ou une construction de la réalité consécutive à la rupture ?

L'acuité de ces interrogations n'a de sens qu'en regard des propos tenus par certains praticiens qui montrent des signes d'émergence d'un *ethos* professionnel, au sens donné par Guay et Gagnon²⁷¹, c'est-à-dire un savoir systématique et spécialisé, une pratique qui le met en application et un service des praticiens pour le public.

Ainsi, au niveau de la possession des connaissances, les propos des médiateurs soulignent la formation dispensée par le Barreau du Québec et celle par l'Université :

« J'ai séjourné un (1) an en Angleterre ... je savais qu'il y avait de la médiation qui se faisait en Angleterre. J'ai suivi, à ce moment-là, je me suis inscrite à l'Université à un cours de droit de la famille, du droit anglais, et j'ai fait à ce moment-là, j'ai regardé ce qui se faisait au niveau de la médiation en Angleterre. Parce qu'il y en avait aussi en Australie. Donc je me suis informée de ça, j'ai regardé ce qui se faisait, je sais qu'il y avait un projet-pilote quand même à Montréal à ce moment-là, j'avais regardé ce qui se faisait à Montréal, j'avais regardé ce qui se faisait là-bas et tout de suite quand je suis revenue au mois d'août 1986, il y a eu un cours de formation offert par le Barreau ... puis j'ai appelé d'Angleterre pour réserver ma place puis on est rentré, j'ai tout de suite suivi le cours en médiation familiale. » (A.2, F., 152-152).

« Il y a déjà des cours en médiation qui sont donnés à l'Université Laval, à l'Université de Montréal, etc., mais ce n'est pas ... Sherbrooke aussi, ce n'est pas un programme. On verrait bien. On travaille un peu avec McGill présentement pour penser à toutes les possibilités parce que la médiation ça va au-delà de la séparation et le divorce. On peut utiliser les approches de médiation dans beaucoup de cas. » (T.S.1, M., 105-106).

Cette expertise en médiation familiale est reconnue par le législateur puisqu'il confère aux médiateurs accrédités le monopole de son exercice :

« Voir la médiation non pas comme une technique mais comme un art et un art ça prend plus de temps à s'apprendre. Il faut, à ce moment-là connaître, avoir certaines hypothèses de pratique avec des postulats, de donner une certaine direction à son travail avant d'en connaître la mécanique comme tel. » (T.S.8, M., 63-63).

« La médiation familiale c'est devenu [ce] qui est le plus réglementé au Québec ou au Canada. C'est comme un titre de spécialiste. De toute façon la manière avec laquelle le COAMF, c'est-à-dire le comité des organismes accréditeurs avant ça s'appelait le comité interprofessionnel sur la médiation, c'est un modèle au

271 Louis, GUAY, Éric, GAGNON, « Légitimité professionnelle et reconnaissance sociale : l'exemple des ingénieurs forestiers du Québec », dans : *Sociologie et sociétés*, vol. XX, n°2, octobre 1988, p. 158.. Pour ces auteurs, l'ethos de la profession se compose de trois éléments : la connaissance soit la possession d'un savoir systématique et spécialisé; la pratique qui met en application ce savoir; et le service des praticiens envers le Public, c'est-à-dire les usagers de la profession.

niveau de la pratique professionnelle duquel devrait s'inspirer à mon avis l'Office des professions » (P.6, M., 101-101)

Enfin, cette pratique de la médiation familiale est exercée comme un devoir social d'aider les « participants » confrontés à la désagrégation des relations spirituelles, familiales, amicales et institutionnelles :

« Les couples n'ont plus d'aide de sa famille, il n'y en a quasiment plus de famille, ça déjà là, un il n'y a plus de religion, tu n'es pas dieu pour t'aider, s'il existe, il est loin, déjà ça fait une aide de moins, une grosse aide de moins. Après ça, tes parents ou bien ils vivent loin ou bien ils sont vieux ou bien... Tu sais il y en a beaucoup moins de familles, tes frères et soeurs, ils sont moins près, alors tout ça, toute la fabrique sociale... mais on est très... alors donc c'est un couple qui est tout seul avec des enfants et puis il faut qu'il compose avec ça. Mais il faut juste l'avoir fait une fois pour savoir que c'est difficile, puis ce n'est pas étonnant qu'avec sans aide spirituelle, sans aide matérielle non plus, on paie bien trop d'impôts, seigneur et puis ça c'est quand on a du travail, il n'y a pas d'aide, il n'y en a pas, en tout cas il n'y en a pas assez, il y a peut-être beaucoup de ressources mais je ne sais pas si les gens les connaissent. Il y a plein de monde qui ne connaissent pas la médiation.[Alors], j'aime beaucoup mieux intervenir de façon comme médecine douce ou faire de la médiation, au moins j'ai l'impression que je leur rends service à quelque part puis si ils en retirent quelque [chose], bien bravo. » (A.11, F., 281-282).

Cependant, quelle que soit l'intention sous-jacente à la présentation de ce Soi en situation professionnelle, elle demeure connexe à une perception, manifestement hétérogène de l'idéal d'impartialité posée par la norme pratique en médiation familiale, mais homogène dans sa transgression, par le médiateur familial et ce, en référence à sa pratique d'origine. Chacun des groupes a présenté l'image d'un « tiers traducteur et décodeur » d'une norme de pratique de l'impartialité en lui donnant l'interprétation qui facilite sa pratique habituelle. Elle montre une facette du « tiers », qui à partir de cette position d'interface entre deux systèmes normatifs, met en exergue ses propres intérêts. Ce dès lors met en doute toute impartialité dont il se prévaut

Face à ce non-respect de la norme pratique d'impartialité que devient la norme juridique de l'autonomie ?

2) La perception de la norme professionnelle de l'autonomie par les « tiers »

La norme juridique de l'autonomie du couple en rupture figure dans le contenu des articles 1.02, 1.04 et 1.05 *in fine* du *Guide* :

Art. 1.02 :

« Le but de la médiation familiale est de permettre aux parties d'en arriver à une entente équitable faisant l'objet d'un consentement libre et éclairé de part et d'autre.

En aucun temps, le médiateur ne forcera les parties à adhérer à une entente ou ne prendra de décision pour l'une ou l'autre d'entre elles. D'ailleurs, toute forme d'arbitrage en matière familiale est spécifiquement interdite au Québec.

Le médiateur aide les parties à atteindre, volontairement et en toute connaissance de cause, une entente viable respectant chacun des membres de la famille. »

Art. 1.04 :

« En médiation, quel que soit le contexte, la prise de décisions demeure toujours sous l'autorité des parties elles-mêmes. »

Art.1.05 *in fine* :

« La responsabilité première pour la résolution du conflit repose sur les parties impliquées. Le devoir du médiateur *étant* d'aider les parties à atteindre une entente équitable découlant d'un consentement libre et éclairé *il* peut aider les parties à développer les options pour discussion et évaluation. *Toutes* les décisions doivent être prises volontairement par les parties elles-mêmes ».

Ces dispositions utilisent, ainsi qu'il a été précédemment souligné, des expressions juridiques puisées à même le concept de droit à la liberté inscrit dans la Charte des droits et libertés de la personne. Ce concept intègre les notions de « consentement libre et éclairé » ou de « volonté » qui appartiennent à une perspective volontariste qui se retrouve également dans le Code civil du Québec, dans les dispositions relatives au contrat. En cette matière le consentement se doit d'être non seulement « libre et éclairé » (art.1399 C.c.Q.), mais également « informé et réfléchi ». Cette condition répond à l'obligation de renseignement posée par la jurisprudence ou encore par certains contrats comme le contrat de fabrication ou le contrat de consommation, excluant ainsi toute vicissitude reconnue par la loi, c'est-à-dire l'erreur, la crainte, et la lésion dans certains cas. Dès lors, puisque le Code civil du Québec se doit d'être soumis à la Constitution et que celle-ci a préséance sur toute législation, et que la Charte détient un statut quasi-constitutionnel, il est possible d'établir une analogie entre le consentement défini par la Cour Suprême et le consentement déterminé par le Code civil. Et comme le Code civil constitue le droit commun pour toute autre législation, notamment celle qui concerne, dans notre cas, la médiation familiale, puisque le *Guide* s'insère dans la Loi portant insertion de la médiation familiale et dans la loi relative au Code des professions, donc toutes les dispositions se trouvant dans le Guide des normes de pratique en médiation

familiale seront interprétées à la lumière de celles du Code civil relatif au consentement pourrait trouver application en ce qui concerne le consentement en médiation familiale.

Or le consentement dans le droit commun ne se suffit pas à lui-même, il s'accompagne de la présomption que la personne dispose de la capacité de jouissance des droits (art. 4 C.c.Q.)²⁷², c'est-à-dire de l'aptitude à les transférer, à les modifier ou encore à les éteindre. Néanmoins, cette règle de la capacité de jouissance connaît une exception, l'incapacité c'est-à-dire « l'incapacité légale à s'engager »²⁷³ qui revêt deux formes, l'incapacité de jouissance ou l'incapacité d'exercice²⁷⁴. Sans s'attarder sur chacune des catégories concernées, au risque d'être hors sujet, soulignons le cas du majeur protégé pour lequel un régime de protection est prévu. Celui-ci prend la forme d'un conseil (art. 291 et s. C.c.Q.), d'une tutelle (art. 285 et s. C.c.Q.), ou d'une curatelle (art. 281 et s. C.c.Q.).

Apparemment, ce contenu de l'autonomie de volonté défini par le Code civil trouve application dans la norme juridique d'autonomie au sens donné par la Cour suprême, c'est-à-dire une liberté fondamentale. Que sa présence dans le *Guide* reflète un trajet internormatif du système juridique étatique vers le système normatif en médiation familiale dans une extension de la norme juridique étatique vers la norme pratique.

Ainsi, par analogie, la norme pratique de l'autonomie comporte une définition constitutionnelle et un contenu de droit commun qui témoigne d'une internormativité extérieure au « tiers ». Mais, à quel sort lui réserve une pratique exercée par des médiateurs de profils différents ?

272 Art.4 C.c.Q. : « Toute personne est apte à exercer pleinement ses droits civils. Dans certains cas, la loi prévoit un régime de représentation ou d'assistance ».

273 Jean-Louis, BEAUDOIN, *Les obligations*, 4ème éd., Montréal, Les Éditions Yvon Blais, 1993, p. 179.

274 L'incapacité de jouissance correspond à « l'incapacité décrétée par la loi, d'une personne à exercer certains droits dont elle est détentrice » et vise comme personne, soit le mineur non émancipé ou le mineur émancipé, soit le majeur protégé. À l'inverse, la forme d'incapacité d'exercice renferme une interdiction d'ordre public, partielle ou spécifique, posée par la loi de contracter, ainsi les représentants conventionnels (mandataires), légaux et judiciaires (curateurs, tuteurs, conseillers, syndics), les administrateurs, les officiers de justice (juge, greffier, shérif, huissier) qui ne peuvent acquérir, directement ou indirectement, les objets dont ils ont en charge la gestion, et ce afin d'éviter les conflits d'intérêts. Jean-Louis, BEAUDOIN, *op.cit.*, note 273, p. 179.

Les propos recueillis auprès de ces « tiers » indiquent qu'à l'inverse d'une présentation du « tiers » en situation professionnelle, comme il a été démontré dans le paragraphe précédent, celle des « participants » se caractérise par une distinction entre individus « capables » et individus « dysfonctionnels ».

« Il y a des gens qui ne sont pas prêts, ils pourraient peut-être... Ils étaient peut-être prêts avant, ils seront peut-être prêts plus tard, mais il faut être dans un esprit aussi de dire : « je recherche une certaine paix. Je recherche une certaine harmonie dans une dysharmonie ». Si on veut dire, dans le sens que le couple qui finit, si on dit : « je veux trouver une harmonie, je veux réussir... je n'ai pas réussi mon mariage, je veux réussir mon divorce », bien il faut le voir, il faut être capable de vouloir faire ça. Il faut être capable, ça prend beaucoup de maturité parce que dans une... [rupture] il faut être capable de passer par-dessus la douleur, la colère, il y a plein d'affaires qui se passent dans une situation, il y a beaucoup de colère, il y a beaucoup de peine, des fois de la petite vengeance. » (A.2, F., 168-168).

« Souvent les gens qui nous arrivent en médiation, ils sont quand même dans un état... parfois ils sont dans un état un peu de détresse, c'est quelque chose de dur, c'est quelque chose de traumatisant. » (T.S.8, M., 20-21).

« Des gens qui ont une certaine maturité expérience, qui sont capables de régler leurs affaires, puis qu'ils ont besoin juste d'un petit coup de main. Il y en a, il n'y a pas de problème, il y en a beaucoup comme ça puis ça va bien, mais si je reviens à des gens plus dysfonctionnels, comme en violence conjugale, ils ont besoin d'être guidés un petit plus fermement puis ils ont besoin d'être plus directifs. [...] Moi, ce qui m'attriste c'est de voir comment les gens sont démunis, ignorants. Ils ne savent pas quoi faire. Il faut les guider puis on passe notre temps à dire : « c'est à eux à trouver les solutions », s'ils les avaient, ils les auraient prises depuis longtemps. Ils ont besoin d'être guidés, puis nous autres on est sur le « cruise control ». Nous autres, ça fait longtemps qu'on est dans le domaine. Eux ils sont à leur première démarche. Ils sont encore assommés, sous le choc puis ils ont aucune idée de ce qu'il faut faire. [Et] il y a des cas, c'est un manque de jugement, un manque d'habiletés de base...il y a un minimum de capacité intellectuelle, si tu es profondément déprimé, [tu es] non fonctionnel...ça prend un minimum d'habiletés de base au niveau supérieur des fonctions. » (P.27, F., 41-45).

À ces deux catégories de « participants » correspond alors une attitude différenciée du médiateur praticien. Pour le « tiers » exerçant comme avocats, l'« aide » sous forme de « coup de main » ou de « coup de pouce » aux « participants » est suffisante (i). À l'inverse, le « tiers » issu du milieu du travail social (ii) conçoit son rôle dans une perspective d'accompagnement, alors que le « tiers » originellement psychologue le voit dans celle d'une directivité (iii). Cette diversité de perception de la norme juridique de l'autonomie conduit à saisir sa compréhension par le médiateur et son rôle de « tiers traducteur et décodeur » en faveur de la dimension d'aide de la norme de pratique d'impartialité (iv)

i) Médiateur avocat et reconnaissance de l'autonomie

Ainsi, le « tiers » exerçant comme avocat aurait tendance à reconnaître la capacité, autrefois exercée, des « participants », et préconiserait plutôt une intervention souple avec une mise en garde en ce qui concerne la recherche des intentions réelles de ces derniers pour éviter toute dégradation de la situation :

« C'est un extrême là, c'est une situation à un extrême, si vous voulez de... c'est la situation où les gens vraiment ils vivent encore ensemble, ça fait deux - trois semaines qu'ils ont décidé de se séparer, ils sont assez matures pour décider de venir en médiation, je pense que ça prend le minimum de maturité, donc ça aussi, ça c'est des situations où vraiment il faut être vigilant, nous, ne pas casser la baraque, je veux dire ne pas les amener tout de suite dans des pistes où ils vont partager les biens, s'en assurer qu'ils ont vraiment décidé de se séparer. » (A.17, F., 32-33).

« Il faut être capable, je pense, de se détacher de la problématique des clients, il faut, comme on disait tantôt, être capable aussi de reconnaître la capacité qu'ont les gens de résoudre leur propre problème puis au fond ils ont juste besoin d'un petit coup de pouce et c'est en leur donnant les moyens de mettre à jour leur meilleure habileté dans une situation de crise, il faut voir notre rôle. Parce que ces gens-là, ils en ont réglé plein de problèmes pendant leur vie, puis ils sont capables d'en régler. Pourquoi en ce moment, ils ne sont pas capables d'en régler? parce qu'ils sont en situation de crise et on le dit, on le reconnaît, toutes les échelles de stress l'indiquent, le divorce c'est après le décès du conjoint l'événement stressant le plus important dans ta vie. C'est sûr que les gens ont besoin d'un coup de pouce pour régler les problèmes qui sont reliés à cette situation-là. » (A.7, F., 28-31).

« Je pense qu'avec la médiation, il faudrait que les gens comprennent qu'ils sont aussi, ils sont capables de régler beaucoup de leurs problèmes, ils n'ont pas besoin de l'intermédiaire nécessairement de la Cour, ils peuvent embrayer le mécanisme eux-mêmes, la Cour viendra après homologuer leur entente à eux autres. Je trouve que c'est beaucoup plus revalorisant parce qu'une entente par... quelque chose qui t'est imposé, combien de temps ça va durer? c'est beaucoup moins long. Tandis que quand tu dis: c'est vrai, j'ai été obligé de lui céder là-dessus, ben, j'ai obtenu ça. Il me semble que tu te valorises, tu te dis.. dans la vie, il y a un principe qui dit donnant - donnant, si tu ne donnes rien tu ne peux pas t'attendre que l'autre va te donner quelque chose, comme si tu donnes, si l'autre ne veut pas te donner rien, tu te dis ben écoute moi je suis prête à te donner ça, à te donner ça, donc à ce moment-là garde on a ça, puis il y a l'intérêt des enfants, où les enfants vont aller, comment on établit la garde, c'est où que c'est mieux de les placer les enfants. » (A.10, F, 77-77).

Aussi leur aide aux « participants » est non seulement conjoncturelle puisqu'elle est consécutive à la rupture, mais elle s'oriente vers des objectifs particuliers comme le réconfort et le soulagement, la dispense de l'information recherchée et l'exploration d'un quelconque pouvoir au sein du couple :

« Le premier rendez-vous j'essaie de mettre le couple à l'aise, j'explique calmement, on a le café, on essaie de mettre le couple dans une

situation le plus à l'aise que possible, parce que c'est une situation avec des tensions, émotions et tout. J'explique et je donne la documentation. Vous savez la première rencontre, les gens sont nerveux, il y a beaucoup [de difficulté] à parler aux gens qui sont nerveux. Qu'est-ce qui vont retenir ? Il faut être conscient de ça. J'essaie d'expliquer tranquillement, je leur pose des questions, juste pour avoir les parties participer, pour voir s'ils sont [verbales], il y a des gens qui sont renfermés, qui ne peuvent pas s'exprimer, il y a des gens qui sont en colère, il y a des gens qui sont très, très tristes ou dépressifs à cause de ce qui se passe. » (A.15, M., 33-35).

« Il y a eu des gars ici, ça faisait trois (3) mois que la femme était partie, il ne l'avait pas encore dit aux associés, il ne produisait plus il était sur le bord des dépressions nerveuses, tu les ramasses, tu les ramasses, je ne suis pas un thérapeute mais je suis capable de les reconnaître, au moins de les conforter, dire ce n'est pas la première fois que ça arrive, on s'en sort, puis il n'y a pas de honte. » (A.13, M., 45-45).

« Est-ce qu'ils sont capables [d'arriver à des ententes]? Est-ce qu'ils ont un esprit libre, pas de crainte de l'autre partie? S'il y a eu de la violence, je ne parle pas d'une gifle à la fin du mariage dans un argument il y a eu peut-être un échange physique ou un a agi avec agression contre l'autre, ça on doit demander est-ce que la victime de la violence a toujours peur? S'il y a toujours une crainte, et on le voit, il faut explorer des fois plus profondément parce que souvent c'est caché pour maintes raisons. Si un, ne parle pas, si un, cède tout, même la place sur notre fauteuil, le langage du corps est très important, est-ce que vraiment on peut balancer le pouvoir entre les parties en médiation ? Pouvoir, même financier, si un ne peut pas arriver à la fin du mois pour vraiment prendre le temps, l'énergie pour faire une médiation, comment balancer, des fois l'autre partie va plier une plus grande partie ou appuyer plus, alors ça c'est important. On est libre de toute crainte qui pourrait vous empêcher de prendre une décision, libre et éclairée, des fois vous avez des gens qui ne sont pas capables de comprendre, c'est trop difficile pour eux, comment balancer ça. » (A.19, M., 52-53).

L'aide apportée par le médiateur également avocat s'applique à faire sortir les « participants » de l'enfermement dans lequel la crise conjugale les place et de retrouver une rationalité suffisante pour une réflexion détachée :

« C'est vrai en situation de rupture ils n'ont plus accès à leur capacité de jugement, de discernement, leur intellect c'est comme si on en enlevait la moitié, c'est vrai, ils sont... c'est pour ça qu'ils nous regardent comme si on avait les réponses parce qu'ils perdent accès à une partie de leur capacité, etc. et c'est pour ça qu'ils s'en remettent à des experts qui vont leur dire tout quoi faire et ça ne veut pas dire que l'expert a raison ça, parce que l'expert de l'autre conjoint pense le contraire, puis un juge va trancher comment, puis il y a des Cours d'appel, ce n'est pas pour rien, or est-ce que les gens peuvent reprendre accès, retrouver accès à leur... et donc moi je pense que les médiateurs, un de nos rôles c'est de les aider à retrouver accès à ça, à leur capacité de juger, de discerner, d'analyser avec leur intelligence, etc. ils ne récupéreront peut être pas tout accès parce qu'ils sont en situation de... ils sont déstabilisés, puis ils sont psychologiquement très affectés, mais c'est de les aider à réfléchir, les aider à leur poser des bonnes questions pour [que] les deux fassent un bout de chemin, pour [que] les deux changent leur vision de l'autre partenaire, de leur conjoint, leur ex, qu'il y ait un travail intérieur qui se fasse en même temps qu'il y a des solutions concrètes de trouver une situation réelle. » (A.17, F., 92, 92).

Ce qui conduit à investir cette aide d'un indice de responsabilité

« Qu'en médiation, je dirais que moi j'ai la responsabilité de les aider mais c'est leur responsabilité la médiation, je vais tout mettre, si c'est tendu... tu sais on va aider à détendre l'atmosphère, on va aider... on va vraiment essayer de... moi c'est une bulle à part, » (A.12, F., 109-110).

« Je pense aussi que c'est la responsabilité du médiateur d'aider les gens à faire des ententes qui sont justiciables, c'est-à-dire de ne pas leur permettre de faire des ententes qui après vont les remettre dans un état de conflit » (A.2, F., 140-140).

Les propos des médiateurs exerçant comme avocats dégagent une pratique de l'autonomie dans une logique juridique qui favorise la présomption de la capacité des « participants » et la responsabilité du « tiers » à leur égard.

En ce qui concerne la présomption de capacité, la conduite juridique de ce médiateur refléterait plutôt une intériorisation de la règle de droit, qui dès à présent oriente son rôle de « tiers traducteur et décodeur » en faveur de celle-ci, ainsi qu'il sera démontré ultérieurement. En effet, cette dernière pose le postulat d'une capacité reconnue à toute personne majeure, c'est-à-dire une aptitude à consentir de façon intègre et libre, l'incapacité n'étant alors qu'une exception définie par le législateur. Or, même si le médiateur travailleur social reconnaît l'autonomie des « participants », il les décrit comme étant « sur le bord de la dépression » (A.12, M., 45-45) ou « nerveux » (A.15, M., 35-37), ou encore en « crise » (A.7, F., 28-31), c'est-à-dire qu'ils sont dans une situation d'autonomie réduite. Dès lors, ce « tiers » se fait traducteur de la norme juridique étatique d'autonomie en lui affectant un état émotionnel qui ne figure pas parmi les exceptions légales à la présomption de capacité. De surcroît, il se permet de baliser cette capacité en décodant chez les « participants » une absence de rationalité puisqu'ils n'ont pas « l'accès à la capacité de juger, de discerner et d'analyser » (A.17, F., 92-92). De tels propos remettent en cause le postulat de présomption de capacité ou du moins le fragilise par une reconnaissance implicite d'une absence de capacité en état de crise. Dès lors, cette mission de recouvrement de la rationalité des « participants » est davantage perçue comme une responsabilité à la charge du « tiers » sous forme d'aide à la conclusion d'une entente justiciable.

En somme, la conduite du médiateur exerçant comme avocat est essentiellement gouvernée par des repères juridiques fortement empreints de la norme de pratique d'aide aux participants, car s'il reconnaît la présomption de capacité posée par la norme

juridique étatique, il l'estompe par le critère de l'état émotif. Ce qui constitue une admission implicite d'une capacité affectée et donc d'une autonomie réduite.

En fait, ce médiateur avocat vacille entre une loyauté vis-à-vis de la norme juridique étatique qu'il doit respecter sur instructions de son Code de déontologie, donc sa norme professionnelle, et une adhésion à une norme de pratique, qui comme nous l'avions relevée précédemment s'interprète en faveur d'une pratique souple de la médiation familiale. Ce qui explique par ailleurs sa position dubitative, c'est-à-dire qu'il y a une autonomie, mais...

Face à cette position du médiateur avocat, nous nous demandons qu'elle pourrait bien être celle du médiateur travailleur social ?

ii) Médiateur travailleur social et accompagnement de l'autonomie

À l'opposé du médiateur avocat, le représentant de cette catégorie professionnelle voit, dans la démarche des conjoints en rupture d'aller en médiation familiale, l'expression d'un besoin, celui d'être accompagné dans la prise de décisions :

« À partir du moment où un couple décide de ne plus faire vie commune ou de rompre leurs relations, ils ont des décisions à prendre. Des décisions concernant les enfants, le partage des obligations financières, le partage des biens. Donc pour moi, le processus de prise de décision dans un accompagnement avec un tiers neutre qui leur permet de négocier ensemble et d'optimiser ainsi les possibilités de négociation pour faire en sorte que leur communication soit productive. Dans la plupart des cas, ceux qui ont tenté de négocier directement sont souvent trop pris émotivement par la situation pour que ça soit efficace. La présence d'un tiers qui est centré vraiment sur le processus leur permet d'arriver à un résultat » (T.S.14, F., 2-2).

« On est là pour guider, on n'est pas responsable des décisions qu'ils prennent non plus, nous autres on est là pour les accompagner, porter le poids des décisions. » (T.S. 16, F., 78-78).

Une prise de décision qui devra tenir compte d'autres besoins, ceux relatifs aux enfants, au partage des biens financiers, à la réorganisation de la vie personnelle après la rupture :

« On ne sait pas tout, on n'est pas le bon dieu, ce n'est surtout pas à nous autres à prendre des décisions. J'entends parler... le médiateur nous a suggéré de faire ça, chaque fois moi ça me fait un petit froid dans le dos parce que ce n'est vraiment pas le rôle que je vois à un médiateur. Le médiateur n'est pas là pour décider justement. C'est vraiment un rôle d'aide à la communication, c'est essentiellement c'est ce que je fais, une job de trafic, de police dans le trafic, qui dirige la conversation, qui s'assure que chacun peut dire ce qu'il pense, quand il

pense, qui les arrête, qui les fait préciser dans ce qu'ils veulent dire, qui leur donne des tâches pour préciser leurs besoins, leur budget et non pas un rôle d'intervention. » (T.28, F., 38-38).

« [Les étapes] ça serait l'évaluation des besoins, suite à ça, ça serait de parler des enfants en termes de résidence et d'accès aux enfants et suite à ça, ça serait de parler du partage des biens et après ça de parler des responsabilités financières et avec le partage des responsabilités financières. Maintenant, ça, ce n'est pas parfait comme description mais à l'intérieur de chacun de ces sujets, il y aurait comme des sous-étapes pour parler donc des besoins, développer des options, la discussion des options en termes du côté positif et du côté négatif de chaque option pour que les parties, les parents puissent prendre les décisions. Avec l'idée que... quand on a pris assez de temps dans chacun de ces sujets, on peut arriver à des décisions éclairées et à ce moment-là on peut arriver à des ententes. » (T.S.5, M, 17-17).

« Les aider dans la réorganisation de la vie familiale qui inclut leur vie personnelle. S'ils nous ont donné cette information-là [que le père à une amie], on peut en tenir compte et les mettre plus à l'aise au niveau d'un besoin à reconnaître, comme on travaille beaucoup sur les besoins, c'est un besoin de ce père-là d'avoir du temps pour une relation de couple. » (T.S.3, F., 44-44).

Cette démarche des conjoints désunis s'avère pour le médiateur familiale une occasion pour accomplir le premier objectif de son travail, celui de « faire continuer la famille » :

« Dans ma façon de travailler, mon premier objectif c'est de faire en sorte que la famille continue après et ceci ça nécessite qu'un certain nombre de conditions soient réunies. Alors ça implique, les parents sont sensibles aux besoins des enfants, ça implique qu'ils ont la capacité de trouver important que la famille puisse continuer après. Pourquoi? parce que les enfants continuent à avoir besoin d'eux. Que les parents vivent ensemble ou pas, le besoin fondamental des enfants c'est d'être aimés de leurs parents et d'avoir une structure de fonctionnement, d'être encadrés, d'être dirigés et il arrive trop souvent qu'il y a des divorces au niveau du rôle de parent.» (T.S.9, M., 3-3).

Les extraits relevés des entrevues accordés par le médiateur travailleur social indiquent une analogie avec le groupe de médiateurs exerçant comme avocats, puisqu'à l'instar de ce dernier, leur perception de l'aide apportée au couple en rupture passe préalablement par le prisme des notions en usage dans la pratique originelle du travail social. Autrement dit, il traduit l'aide incluse dans la norme pratique d'impartialité en termes d'accompagnement en raison des besoins décodés auprès de ces « participants ». Ainsi ce besoin regroupe une série d'autres reliés à des catégories juridiques spécifiques comme la pension alimentaire envers l'enfant et le conjoint gardien, la garde et la résidence, ou comme les biens patrimoniaux ou encore la réorganisation de la vie des membres du couple séparé.

Toutefois cette série de besoins s'inscrit dans la pratique du travail social qui se situe à la « remorque du changement social »²⁷⁵, au même titre que l'action initiale de défense des droits sociaux ou la spécialisation quasi monopolistique dans certains domaines, comme la santé mentale, la protection de la jeunesse ou l'intervention auprès des familles ou des personnes âgées, en réponse à la décentralisation des politiques publiques. En effet, l'intérêt de la pratique du travail social envers la famille s'est manifesté dès les années 90, à la même période que l'année internationale de la famille, et les approches adoptées en ce sens sont non seulement de l'ordre de la thérapie puisque la famille est présumée désorganisée et inhibitrice de l'épanouissement individuel de ses membres, mais également de celui de la prévention, avec les programmes d'aide aux parents face, par exemple, aux transformations des rôles traditionnels de la femme et de l'homme, c'est-à-dire de la perte de l'hégémonie de la mère dans l'éducation des enfants et de l'engagement du père dans la prise en charge de ces derniers, et enfin de celui de la protection de l'enfant²⁷⁶. Or ces approches se concentrent sur « un nouveau modèle familial normé par un type de régulation (le dialogue), des modalités spécifiques de négociation et d'éducation (les droits, devoirs et responsabilités de chacun), une définition individualiste de la responsabilité et de l'autonomie (fixant ainsi les âges des dépendances et des libertés) »²⁷⁷. Par conséquent, ce modèle familial, sans nier la mutation de la famille contemporaine vers l'adoption du lien électif, plutôt que du lien imposé, dans la construction des relations de couple avec son lot de modèles de conjugalité, de parentalité et de filiation nouveaux, s'attache à la maintenir.

Or un tel projet de maintien de la famille malgré ses multiples transformations se retrouve explicitement exprimé par un des médiateurs interrogés (T.S.9, M., 3-3) pour qui la configuration familiale cède la place au lien parental qui doit perdurer malgré la rupture conjugale et ce en vertu des besoins des enfants d'être avec leurs parents. Dès

275 Cette expression est utilisée par Réjean MATHIEU, « Le travail social : actif ou à la remorque du changement social ? », dans : *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 11, n°2, vol. 12, n°1. p. 1-8

276 Michèle, VATZ LAROUSSI, « Stratégies familiales : pour un travail social avec les familles », dans : G., Pronovost (dir.), *Comprendre la famille (1993) : Actes du 2^e symposium québécois de recherche sur la famille*, Québec, Presses de l'université du Québec, 1994, p. 73

277 Michèle, VATZ-LAROUSSI, *id.*, p. 74.

lors cet objectif du « tiers » emploie la communication interactive et surtout productive comme moyen de dialoguer et de recouvrer le droit de parole dénié au conjoint dépossédé. Une parole qui exprime les besoins des enfants, les siens, les options pour les combler afin de pouvoir négocier et parvenir à une décision éclairée, au sens juridique, c'est-à-dire en connaissance de cause. La perception du rôle du « tiers » dans l'expression et la consolidation de la parole est illustrée par le recours à la métaphore de l'agent de circulation qui fait avancer la discussion. Donc un rôle qui exclut toute décision de sa part.

Toutefois, cette décision nécessite un accompagnement dans le processus qui la génère. Or l'accompagnement dans la pratique du travail social inclut la notion, polysémique, dans ses tentatives de traduction française, d'« empowerment », et qui de manière générale renvoie à l'action d'aide du travailleur social à une réappropriation du pouvoir par les personnes qui en ont été démunies. Une telle notion se retrouve en médiation familiale, comme nous l'avons précédemment étudiée lors de l'exposé de l'approche transformative prônée par Folger et Bush. Un tel processus dans lequel le « tiers » n'endosse pas la responsabilité, mais il se charge de « porter le poids des décisions » (T.S.16, F., 78-78). Une expression qui comporte une zone équivoque, ouverte à de multiples interprétations comme celle de voir le « tiers » dans le rôle de celui qui décharge les « participants » de tout élément de culpabilité entourant une décision, et corrélativement d'ôter toute subjectivité dans celle-ci, soit un moyen pour le « tiers » d'être à l'interface des valeurs traditionnelles des « participants », en matière de divorce ou séparation et de leurs valeurs modernes de reconstitution de couple, ou encore celui qui conforte les options retenues.

Toutefois, cet accompagnement se caractérise par un paramètre puisé, là également dans la pratique du travail social, soit la prise en compte, en marge de celle de la responsabilité parentale, de l'individualité des membres de la famille dans l'organisation de leur vie post-rupture. Une individualité axée sur le besoin d'aspirer à une vie affective en dehors de la famille sans stigmatisation et donc à concevoir l'aménagement de son temps et de son espace au cours des négociations pour la réorganisation de la vie familiale. Elle opère de fait un changement intrinsèque puisque la rupture est perçue, au sens de divorce pour cet autre médiateur interrogé :

« Pour moi, le divorce au plan social, on peut dire que c'est un échec. Au plan individuel, pour moi, c'est un événement marquant qui a pour fonction ultime d'amener les gens à voir autrement la vie et à mieux se situer dans la vie puis à se renforcer à cause de l'éducation qui est donnée à travers ces événements difficiles là » (T.S.9, M., 5-5).

En somme, le médiateur travailleur social utilise, tout comme le médiateur avocat, les repères de sa profession d'origine pour évaluer l'autonomie des « participants », et traduire la norme juridique étatique en perspective avec les notions de besoins et d'accompagnement. Son interprétation de la norme juridique étatique répond à la motivation du maintien de la famille même en cas de rupture.

À l'inverse du médiateur avocat, pour qui l'autonomie est rapidement modérée par l'absence de rationalité, le médiateur travailleur social intègre celle-ci, dans une entreprise de décodage des besoins affectifs des enfants, par exemple, au projet global de la famille, qui prédomine toute initiative individuelle.

Qu'en est-il alors de la perception de cette autonomie des « participants » par les médiateurs issus du milieu de la pratique de la psychologie ?

iii) Médiateur psychologue et direction de l'autonomie

Le médiateur psychologue se décrit comme un « leader » ou comme un personne « ayant une influence morale ou psychologique » ou encore comme un « interventionniste » :

« Je me rends compte qu'il faut que je sois plus leader encore, plus maître des règles, moins structurée, il faut pousser sur les gens, il y en a qui mettent ça de côté des mois, je me dis c'est à moi de faire le leadership dans ce trio-là. Je pense qu'il faut que je le fasse encore plus.» (P.23, F., 95-97).

« Le psychologue-médiateur effectivement doit être perçu comme quelqu'un qui a une "influence morale" ou scientifique ou assez forte effectivement. Quand je dis, quand je pose à un père la question : « est-ce que... comment d'après vous votre garçon va vivre le fait qu'il vous voit une (1) fin de semaine sur deux (2), c'est-à-dire que pendant douze (12) jours il soit sans contact avec vous », ce n'est pas neutre comme question, ceux qui réfléchissent sur la manière d'être d'autre chose qu'un père McDonald là, alors ça effectivement ce n'est pas neutre, ça pousse, oui le psy a de l'impact effectivement. Le processus ce n'est pas un processus ... c'est sûr que quand on s'intéresse aux personnes, quand on s'intéresse au bien-être des enfants, quand on s'intéresse à ce que les enfants aient l'impression de continuer d'avoir un père puis une mère bien... effectivement là on on a des valeurs, puis si on prenait des scores là, probablement qu'il y a un plus grand nombre de garde partagée ou en tout cas il y a une augmentation du nombre d'heures qu'ont chaque semaine des pères

avec les enfants quand c'est négocié par un médiateur psychosocial, il y a là statistique certain, certain. » (P.6, M., 75-76).

« Je ne suis pas, contrairement, il y en a qui vont dire comme un animateur, qui donne la parole à l'un ou à l'autre, absolument pas, je suis beaucoup plus impliquée aux directives que ça, plus interventionniste que ça. Pour moi, mon bureau c'est une table de travail où on est trois à travailler. Les deux parties concernées et moi qui doit apporter une aide où eux autres ont bloqué. Donc pour les amener plus loin, pour les amener à une résolution du conflit. » (P.27, F., 6-9).

Une perception dont l'origine se trouve dans le rôle social que ce groupe de médiateurs détient :

« Moi c'est la raison pour laquelle je fais ça. C'est un rôle social important, pour moi, de dire... qu'est-ce qui fait que finalement on est handicapé dans notre vie, c'est souvent les images parentales qui sont derrière nous puis ce qu'on a vécu dans notre propre famille, puis ce qu'on va devenir comme parent, alors finalement la médiation c'est qu'est-ce que je transmets comme valeur à mes propres enfants aussi au niveau finalement des relations interpersonnelles, c'est comme si on est capable de se parler dans le litige malgré nos différences c'est extraordinaire ce qu'on peut montrer à l'enfant. Quand il est à l'école puis il a des conflits avec ses amis, on procède de la même façon, alors moi comme psychologue, je ne travaille pas d'une manière psychanalytique, je travaille beaucoup d'une façon très dynamique, j'essaie beaucoup d'outiller dans le quotidien mes clients en thérapie, à lire, à aller en dehors de moi, aller chercher d'autres outils et je fais la même chose en médiation, ce que je veux c'est qu'il devienne habile pas qu'il ne soit dépendant de moi, un, je n'ai pas le temps de m'occuper, il y en a tellement de clients. » (P.30, F., 116-117).

À travers l'exposé de la perception sur la perception qu'à le couple désuni sur le médiateur psychologue, celui-ci paraît agir davantage en psychologue qu'en médiateur et offre l'image d'un « tiers traducteur et décodeur » non pas de la norme juridique étatique mais des « participants ». Ainsi, le regard posé sur lui par les époux en rupture, lui reflète celle d'un dirigeant face à des individus en quête de guide.

Cette perception de Soi s'articule autour des notions de « leader » et de « leadership » dans la triade, c'est-à-dire de la direction du processus grâce à la maîtrise de ses règles et l'orientation des « participants » vers une prise de décision (P.23, F., 95-97). Or une telle attitude du « tiers » correspond à la manifestation d'une inégalité dans la relation constituée par les acteurs impliqués dans la médiation familiale qui a déjà été observée lors de l'exposé, au cours de la première rencontre, des règles de fonctionnement du processus. En rappel de ce qui a été constaté, c'est que le médiateur essentiellement travailleur social faisait une présentation de Soi en tant que professionnel qui conduisait à une relation inégalitaire, en opposition avec l'affirmation au cours de cette même rencontre, d'une absence d'autorité du « tiers ». Autrement dit,

autant le médiateur travailleur social que le médiateur psychologue conçoivent le rapport avec les « participants » dans une relation déséquilibrée puisque chacun d'eux s'arroge le rôle de meneur pour l'un et de connaisseur pour l'autre. Une telle conception se situe à l'encontre du discours dominant en médiation familiale qui prône l'égalité.

Néanmoins, cette direction de la relation par le « tiers » s'impose comme une contrainte puisqu'il lui « faut » l'être, mais aussi comme un devoir puisque « c'est à lui de le faire » (P.23, F., 95-97). Ce qui trouverait alors justification dans l'attitude des « participants » enfermés dans une forme de procrastination. Autrement dit, la prise de direction par le « tiers » serait une réponse à une attente implicitement formulée par les conjoints en rupture qui s'inscrit dans la perception qu'Autrui aurait de lui.

Parallèlement à la perception de Soi, la perception d'Autrui sur Soi représente le « médiateur-psychologue » comme détenteur d'une « influence morale ou psychologique ». Ce qui n'est pas sans rappeler, les figures traditionnelles investies d'un tel pouvoir comme celles de l'éducateur ou du prêtre, et fait dire à l'une des personnes interrogées, que ce « tiers » en particulier est investi d'un « rôle social » (P.30, F., 116-117), ce qui d'ailleurs justifie sa « neutralité dynamique » face à la norme pratique d'impartialité et son intervention dans le processus. Autrement dit, l'absence d'autonomie chez les « participants » met sur le « tiers » psychologue l'obligation de lui substituer son autorité allant jusqu'à utiliser des formulations indirectes comme dans l'extrait (P.6, M., 75-76) cité à la page 119.

En résumé, le médiateur psychologue dénie aux « participants » toute autonomie puisque ceux-ci se placent sous sa direction et lui reconnaissent un rôle social. Donc, à l'inverse du médiateur avocat écartelé entre une capacité légale et une capacité émotive, du médiateur travailleur social prêt à l'écartier au nom de la famille, le médiateur psychologue rejette la norme juridique étatique de l'autonomie par devoir social que son rôle de décodeur a décrypté chez le couple désuni.

iv) Interprétation de la perception différenciée de la norme juridique de l'autonomie

Les différentes approches relevées à partir des propos des médiateurs sur la norme juridique étatique de l'autonomie conduisent à un constat. Qu'elle soit reconnue ou niée,

cette norme est dotée, par le « tiers traducteur et décodeur » d'une signification distincte de celle qui lui est attribuée par le législateur, c'est-à-dire l'expression d'une volonté à travers un consentement libre et éclairé. L'autonomie mitigée, niée, ou écartée des « participants » engendre chez les médiateurs interrogés un esprit de responsabilité dans la résolution du conflit familial qui dépasse celui posé par la norme de pratique en médiation familiale, c'est-à-dire un devoir d'intervenir dans l'expression de la volonté des « participants ». Un tel esprit ferait contre poids au mouvement de libération individuelle dans laquelle s'inscrit le couple désuni qui opte pour une vie différente du modèle de famille classique.

En somme, le discours des médiateurs interrogés présente ce « tiers » à l'image de nouveaux moralisateurs dans un contexte social livré à une morale individualiste et relativiste. Ce « tiers » serait alors responsable de cet individu irresponsable.

Conclusion

En conclusion de ce chapitre sur la fonction de présentation des règles de procédure en médiation familiale, nous constatons qu'en rapport avec la norme pratique de l'impartialité, les médiateurs affichent une compréhension différente influencée d'une part par leur pratique d'origine mais également par leur interprétation de cette norme à la lumière de ce qu'ils perçoivent chez les « participants » ou dans la société, c'est-à-dire un besoin particulier ou un rôle social. D'autre part, cette compréhension différenciée constitue un point commun entre eux puisqu'elle tend à exercer la pratique de la médiation familiale en dehors de la norme de pratique posée par le *Guide*, dont l'objectif, rappelons-le, est justement d'unifier une pratique dominée par une pluralité de disciplines desquelles sont issus les médiateurs familiaux.

En rappel de ce qui a été observé, et par rapport à la norme pratique d'impartialité inscrite dans la fonction de présentation des règles de procédures, le médiateur avocat applique le devoir d'impartialité posé par la norme pratique dans un dilemme ignoré, alors que le médiateur travailleur social reconnaît celui-ci et le résout par le recours à des valeurs personnelles et professionnelles qui reflètent une absence de neutralité. À côté, le médiateur psychologue se situe en dehors du débat interne suscité par la norme

pratique et opte pour une neutralité dynamique qui dicte un parti pris en faveur de l'enfant.

À cette norme pratique d'impartialité correspond une norme juridique de l'autonomie à l'égard de laquelle les médiateurs exhibent une conduite toute aussi diversifiée. Ainsi, le médiateur avocat présente une position mitigée entre une reconnaissance de l'autonomie et une méconnaissance au nom de la responsabilité que son rôle de « traducteur et décodeur » de cette norme juridique étatique lui révèle. Par contre, le médiateur travailleur social se situe plus dans une reconnaissance relative de cette autonomie individuelle puisqu'elle se situe en deçà de la famille. Enfin, pour le médiateur psychologue, la norme juridique de l'autonomie au-delà du fait qu'elle ne soit pas évoquée, est supplantée par le devoir social de direction des « participants ».

En fait, ce chapitre nous révèle que quelle que soit la perception des médiateurs sur l'une ou l'autre des normes en présence, leur rôle de « traducteur et décodeur » se caractérise par une constance, celle d'attribuer à l'impartialité et à l'autonomie un sens qui convient le mieux à l'exercice d'une pratique plus personnalisée que commune. Un rôle qui souligne une conduite du médiateur plus motivée par son intérêt personnel que par le respect de la norme de pratique ou de l'autonomie des « participants » et le conduit à être interventionniste dans le processus de médiation familiale. Dès lors, ce constat mis en parallèle avec notre hypothèse souligne une jonction puisque, comme nous avons tenté de le démontrer, à une impartialité réduite correspond une autonomie analogue.

Mais que devient cette autonomie des « participants » dans la fonction d'information de la loi applicable en médiation familiale assumée par le « tiers » ?

Chapitre 2 : Le « tiers », la présentation de règles substantielles en médiation familiale et l'autonomie des « participants »

Ce chapitre contient deux paragraphes. Le premier fera une présentation des dispositions du *Guide* relatives à la fonction d'information sur les règles substantielles en médiation familiale, sur leur perception par le « tiers » et sur l'autonomie des « participants » (§ 1), alors que le second paragraphe s'arrêtera sur une tentative de compréhension empirique de l'application de ces règles par les praticiens en rapport avec l'autonomie des « participants » (§ 2).

Paragraphe 1 : Les règles substantielles en médiation familiale entre les dispositions du Guide et la perception des praticiens

Au cours du déroulement de la séance préliminaire de rencontre avec les conjoints en rupture, le *Guide* des normes de pratique met à la charge du médiateur familial quatre obligations : celles de s'informer (art. 4.01 (al.3) et d'informer les « participants » sur les lois applicables en médiation familiale préalablement à toute négociation (4.03 (al.6)), celles d'informer du droit de consulter un expert (art.4.03 (al.7) et enfin celle de donner des informations générales (art.4.03 (al.8) :

Article 4.01 (al.3) :

« Le médiateur doit prendre les moyens appropriés afin d'être informé adéquatement sur les législations, règlements et politiques gouvernementales s'appliquant en matière de médiation familiale, notamment en ce qui a trait au divorce, au patrimoine familial, à la fixation et à la perception des pensions alimentaires, à la prestation compensatoire, au droit d'habitation et au contrat de mariage. »

Article 4.03 (al.6-7-8) En cours de médiation.

« Si le partage des biens fait l'objet de la médiation, il est du devoir du médiateur de s'assurer, avant toute négociation, que les deux parties possèdent toutes les informations appropriées relatives à leurs ordres et devoirs, en fonction de la loi sur le patrimoine familial et leur régime matrimonial : *liste des biens et dettes inclus et exclus du patrimoine familial ainsi que leurs valeurs.*

Le médiateur doit recommander aux parties d'obtenir une évaluation de leurs droits dans leur régime de retraite privé ou public avant de négocier ou de renoncer à ce partage. Il est aussi de son devoir de rappeler aux couples mariés ou en union de fait (selon les règles applicables aux conjoints de fait) que les revenus de travail inscrits au Régime des rentes du Québec ou régime équivalent peuvent être partagés. Celui-ci doit recommander à ses clients d'obtenir en ce qui a trait au Régime des rentes

du Québec, une simulation des effets du partage du R.R.Q., en cours de médiation.

Le médiateur peut donner des informations générales mais non des opinions ou des avis et ce, même dans son secteur d'expertise professionnelle. Même pendant le processus de médiation, lorsqu'approprié, le médiateur doit encourager les parties à obtenir un avis professionnel indépendant de nature juridique, financier, thérapeutique ou tout autre avis professionnel pertinent. »

En fait, ces articles renvoient à des dispositions précises de certaines lois et règlements qui feront l'objet d'une citation plutôt que d'une exposition car leur contenu volumineux contraint à les placer en annexes. Ces dispositions concernent la Loi sur le divorce²⁷⁸ précisément dans son art.16.1 sur la pension alimentaire aux enfants, et son art.15.2 (1) sur la pension en faveur du conjoint; celles du Code civil du Québec²⁷⁹ en ce qui concerne la résidence familiale (art. 409-411 C.c.Q.), le patrimoine familial et les autres droits patrimoniaux (art. 415 et 416 C.c.Q), la prestation compensatoire (art. 427 C.c.Q.), les régimes matrimoniaux (art. 431-492 C.c.Q.); celles du Code de procédure civile²⁸⁰ concernant les demandes relatives aux obligations alimentaires à l'égard de l'enfant (art.852.8,et 825.13); les art. 1, 2, 3 et 4 du Règlement sur la fixation²⁸¹, le Règlement sur la perception²⁸² des pensions alimentaires; ou enfin les art. 1 et 11 de la Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires.

Comment ces dispositions du *Guide des normes de pratique en médiation familiale* sont-elles alors expliquées aux « participants » par les praticiens issus de milieux professionnels différents ?

En comparaison avec les dispositions du *Guide*, l'information sur la médiation familiale et sur les lois fondamentales applicables en contexte de divorce ou de séparation de couples mariés ou de fait, est donnée au cours de la première séance comme le soulignent principalement les médiateurs familiaux, exerçant initialement comme avocats :

278 L.R. (1985)

279 L.Q.1991, c.64

280 L.R.Q., c. C-25.

281 R.Q. c. C-25, r.1.2

282 R.Q. c.M-35, r.69.6 en application de la Loi facilitant les paiements des pensions alimentaires. L.R.Q., c.P-22

« Moi je leur demande de quoi ils veulent parler puis habituellement... il y en a qui commencent par les enfants, il y en a qui commencent par le partage du patrimoine, il y en a qui commencent... quelque chose qui les fatigue, ils vont en parler et puis ça, ça va faire le premier sujet de la médiation. Je leur laisse choisir leur sujet, en tout cas pour la première fois. Après ça parfois il faut que j'impose des... il faut parler de certaines choses là, même s'ils ne veulent pas en parler, il faut en parler quand même, s'ils n'ont pas le goût de sauter tout de suite là-dessus je leur laisse au moins pour la première rencontre là. Surtout parce qu'habituellement je continue après la séance d'information, je n'arrête pas tout de suite, donc ils ont eu l'information, je vais revenir souvent aussi sur l'information que j'ai donnée. » (A.11, F., 21-22).

« La première rencontre en médiation c'est toujours un peu une rencontre d'information parce que... moi je les aide à entreprendre le processus de médiation pour savoir s'ils veulent l'entreprendre, il faut qu'ils sachent qu'est-ce que c'est. Une fois que l'on a mis les jeux, c'est clair, bien là si les gens disent : « bien nous autres on veut se séparer, on ne veut pas aller en Cour, on veut faire ça correct, on veut ça, ce n'est pas nos droits », bien moi je ne vais pas dire c'est quoi vos droits à chacun, je vais dire : « la loi c'est ça. Vous êtes des conjoints de fait mais voici ce qui se passe par rapport à ça, par rapport à ça, si vous êtes mariés il y a ça, il y a votre régime matrimonial, avez-vous un contrat ? » On regarde les options par rapport à eux mais à titre d'information parce que le médiateur c'est une tierce personne neutre qui est un facilitateur, qui donne de l'information mais qui dirige un processus pour aider les gens à négocier. C'est les gens qui vont dire ça j'aime ça, ça je n'aime pas ça, ça je l'accepte, ça non. » (A.2, F., 23-24).

« Pour moi, l'avocat-médiateur ne doit pas donner des conseils légaux, il peut donner des informations, des fois, c'est difficile de faire la différence, mais ce n'est pas aussi difficile que ça. Le médiateur-avocat pour moi doit se restreindre à faciliter les échanges, à donner des informations générales sur la loi qui s'applique et à aider les parties à décider ce qu'ils préfèrent. » (A.19, M., 28-28).

Au cours de cette séance d'information, les représentants de ce groupe de médiateurs indiquent une réitération du principe d'autonomie, du couple marié ou non marié, et de sa soumission à la loi, en ce qui concerne, par exemple, les droits respectifs des ex-conjoints, leur droit à la renonciation, la divulgation des revenus, les revenus illégaux, le régime matrimonial et le partage des biens. Au point que pour certains, cette information revêt la forme d'un cours de droit :

« Comme avocate-médiateur je donne l'information et je leur dis les lois qui s'appliquent dont le Tribunal tiendra compte et dont ils sont soumis dans un sens. C'est sûr que quand les gens viennent, comme je vous disais l'exemple de tout à l'heure, quand les gens sont venus en médiation, c'est des gens qui n'ont pas été mariés, puis on parle juste de la responsabilité parentale pour les enfants, souvent ces gens-là vont dire : « bien nous autres on est obligés de faire ça ». Je vais leur dire : « on va faire les tables, on va voir ce que les chiffres vont donner, après ça vous pouvez faire des arrangements entre vous en autant qu'ils respectent les droits de

votre enfant et en autant que vous êtes toutes les deux confortables, mais il faut que vous sachiez comment ça... c'est quoi les...[limites] » » (A.2, F., 141-141).

« Moi, je dis aux gens : « vous pouvez décider d'écrire ce que vous voulez, mais en médiation on ne fait rien d'illégal. C'est sûr s'il y a de l'argent en dessous de la table, puis tous ça, on n'est pas obligé de l'écrire, mais on va s'arranger pour que ça soit fair puis si ça va plus loin devant le juge, si vous êtes interrogés au moins ça sera correct ». Moi je suis là pour protéger. On ne fera pas en sorte en médiation d'être illégal. Tu sais comme quand le gars va dire : « je vais tout payer » ou que madame va dire : « je renonce à tout ». Elle peut le faire, ce n'est pas illégal, mais elle va savoir pourquoi. Elle va être capable de répondre au juge, ou de dire à son avocat : « c'est sûr bien oui je renonce parce que...[Il y a toujours cette préoccupation légale qui] pour moi, elle est importante. Tu ne peux pas...pas la réalité, je veux dire : « tu as le droit à ça, mais tu vas savoir pourquoi tu renonces ». (A.12, F., 169-169).

« Je leur donne un bon cours de droit en partant, voici de quoi on va parler, mais on va essayer de mettre... est-ce que vous voulez le régler comme ça, des fois les gens arrivent bien nous autres on voudrait espèce de société d'acquêts - patrimoine familial ou je regarde ce que j'ai reçu de mes parents, elle garde ce qu'elle a reçu de ses parents, c'est ça que vous voulez faire, vous venez de me donner toutes les règles, on va vous bâtir quelque chose comme ça puis on développe des options, » (A.13, M., 70-70).

Deux points ressortent des extraits choisis pour illustrer les propos des médiateurs rencontrés, celui d'une normativité obligatoire (1) et celui d'une normativité illustrative de « faits d'internormativité » (2).

1) Le « tiers » informateur d'une normativité obligatoire

Alors que la fonction de présentation des règles de fonctionnement de la médiation familiale exposée lors de la première séance d'information témoignait d'une normativité mixte, la fonction d'information sur les règles obligatoires se caractérise par une normativité obligatoire, déterminée et délimitée dans les propos des médiateurs initialement avocats. Donc, il y aurait une norme pratique d'information investie d'un caractère obligatoire à l'égard du « tiers » et comportant des règles contraignantes à l'égard des « participants ».

Cette norme pratique d'information revêt un caractère impératif parce que le processus de médiation familiale et l'entente de résolution du conflit familial s'imbriquent dans un « cadre juridique » qui s'impose autant aux « participants » qu'au « tiers » :

« C'est le rôle du médiateur de rappeler aux parties qu'il y a toujours ce gardien des droits qui va jeter un coup d'oeil sur leur entente et qui va s'assurer qu'elle est quand même à l'intérieur d'une certaine norme, d'un certain cadre juridique. Ils ne peuvent pas faire n'importe quoi, il y a des dispositions d'ordre public, de toute façon, tout ce qui concerne l'enfant. [...] Ça c'est une option d'ordre public, les parties ne peuvent pas contrevenir ça et ça serait faux pour le médiateur : « ah! o.k. on va marquer ça ». C'est-à-dire ça induirait les gens en erreur et ils risquent d'avoir une entente qui soit par au vu d'un conseiller juridique ou au vu du Tribunal s'ils passent tout droit et ils s'en vont directement au Tribunal, il fait qu'ils vont se faire dire vous ne pouvez pas faire ça, pourquoi vous faites ça. Il y a des gens qui vont dire : « on le veut comme ça ». S'ils le veulent comme ça, s'ils veulent le présenter au Tribunal, c'est le Tribunal qui décidera mais il faut qu'ils soient quand même avisés que ce n'est pas la loi. C'est un peu ce que les gens doivent comprendre, quand ils sont à l'intérieur du processus de médiation, ils ont un cadre juridique qui est très structuré, qui est très détaillé, qui est très complet. » (A.7, F., 14-17).

« Évidemment il faut leur expliquer ce que c'est, ça c'est obligatoire puis si ce n'est pas obligatoire, c'est logique. La plupart des gens ne savent ce que c'est, la plupart des gens viennent parce que... la majorité viennent parce qu'ils sont obligés par la loi d'essayer la médiation avant de s'inscrire dans une relation adversariale, c'est-à-dire où chacun prend son procureur, son avocat et puis ils s'en vont se battre en Cour. Alors ils sont obligés, par la loi, d'essayer au moins une rencontre avec un médiateur. Pour certains, c'est une formalité, ils savent qu'il faut qu'ils fassent ça, ils viennent, ils disent bon : « on est venu. Bye, bye. » (P.20, F., 13-13)

« En médiation on travaille quand même avec les outils qu'il faut pour travailler, le patrimoine familial, le barème des fixations des pensions alimentaires, l'indexation, il faut vraiment que ça soit tout intégré dans notre pratique ces éléments-là. Donc on ne peut pas passer à côté de ça. » (T.S.16, M., 113-113)

De surcroît, cette normativité est également déterminée et délimitée par le législateur puisqu'elle réfère, à des normes juridiques étatiques spécifiquement désignées d'ordre public ainsi le partage du patrimoine, le régime matrimonial ou encore la pension des enfants :

« On doit d'abord tenir compte des lois qui s'appliquent. Donc, par exemple, au niveau des enfants le partage d'autorité parentale, la pension alimentaire pour les enfants, selon la loi fixée, les barèmes, on doit en tenir compte parce que si on travaille sans ça puis que les gens veulent par la suite aller à la Cour, ça ne passera pas. Il y a des règles, il y a des choses à respecter à la Cour. Il y a des gens qui vont venir en médiation [...] même s'ils me disent : « nous on ne veut pas aller à la Cour, nous etc. », moi je leur dis : « on doit travailler avec les tables, je dois comme professionnelle, c'est ma responsabilité de vous dire quelles sont les lois qui sont en vigueur, qui s'appliquent, qui sont d'ordre public. La loi sur la fixation des pensions alimentaires pour enfant, c'est d'ordre public, on ne peut pas s'en aller à la Cour et dire ça ne m'intéresse pas cette loi-là, moi je veux payer autrement de cette façon-là. Dire que c'est d'ordre public, on doit en tenir compte, on y est soumis, on peut faire des ententes plus généreuses, on peut l'adapter. C'est une loi que l'on doit prendre en

considération ». [...] Moi je dis souvent aux gens : « vous pouvez donner tout ce que vous voulez, vous pouvez renoncer à tout ce que vous voulez, si vous voulez, mais vous devez être informé de vos droits ». » (A.2, F., 139-139).

« La Loi sur le patrimoine étant une loi d'ordre public, ça prévaut sur n'importe quelle entente privée que l'on a fait, en privé, donc c'est comme ça, c'est comme ça que ça se fait point. Il n'y a pas quarante-deux (42) scénarios là. » (P.6, F., 29-29).

« Il y a le volet du partage des biens, qui peut venir avec à la responsabilité financière dépendamment des situations, comment ça se partage les biens, c'est sûr qu'encore là on a des lois à suivre, la loi du patrimoine familial, leur régime matrimonial qu'il faut regarder aussi, de quel régime ils sont, on fait une vue d'ensemble, moi ce que je demande à ce moment-là, c'est de faire une [évaluation] de leurs biens, les valeurs marchandes d'aller chercher les données en ce qui concerne leur RÉÉR, leur fonds de pension, la Régie des rentes du Québec, d'avoir un portrait global de leur situation financière, avec les actifs et les passifs. » (T.S.16, F., 117-118).

Ces extraits permettent de constater un consensus des médiateurs familiaux interrogés autour de l'application impérative des règles substantielles pendant le processus de résolution du conflit familial. La particularité de ces règles est d'être d'ordre public. Or dans le système juridique étatique la norme d'ordre public comporte deux dimensions, celle de direction des conduites des « participants » et celle de protection de l'intérêt général par la préservation des droits des personnes économiquement défavorisées.

La dimension directive de l'ordre public paraît incongrue dans un mode informel de résolution des conflits, tel que la médiation familiale, parce dans le discours officiel véhiculé par ses partisans, celle-ci ne tend ni à juger ni à sanctionner ni à dicter les conduites des « participants ». Par contre, la seconde dimension qui vise la protection des intérêts des personnes vulnérables financièrement se retrouve dans le discours dominant en médiation familiale, soucieux des intérêts des personnes vulnérables, en l'occurrence l'enfant et le parent gardien. Donc la notion d'ordre public qui prévaut dans ce mode particulier de résolution du conflit matrimonial correspond à celle d'un ordre public de protection qui prévaut sur toute volonté contraire. A priori, l'application de la norme juridique étatique d'ordre public de protection se fera sans prise en compte d'une

ainsi le Code de déontologie de la pratique de la profession d'avocat ou celui des psychologues ou encore celui des travailleurs sociaux. Ces systèmes normatifs professionnels se situent, les uns par rapport aux autres, dans une relation d'égalité vis-à-vis du système normatif étatique, pour ce qui concerne leur existence puisqu'ils doivent leur présence aux mêmes dispositions législatives, soit le Code des professions et les lois portant création des Ordres professionnels respectifs. Par contre, la dynamique issue de la diversité des systèmes normatifs professionnels en présence au sein du Comité interprofessionnel (C.O.A.M.F.)²⁸⁶ à l'origine de la rédaction du *Guide* des normes de pratiques en médiation familiale, questionne sur la nature, égalitaire ou hiérarchique, du rapport entre eux.

Si l'hypothèse d'une relation égalitaire entre les différents systèmes normatifs est envisageable dans l'absolu, c'est-à-dire dans une situation de promiscuité, mais sans croisement de normes d'un système vers un autre, l'éventualité d'une situation de convergence des systèmes normatifs dans un domaine commun n'écarte ni les tensions ni les velléités de domination ou de résistance. D'ailleurs, une telle situation renvoie aux observations de Carbonnier, sur la capacité d'appropriation par un système normatif, en l'occurrence le droit étatique, des normes des autres systèmes normatifs non étatiques, lors des « phénomènes d'internormativité » entre l'ordre juridique étatique et les ordres juridiques non étatiques. Et l'application de ces observations au cas de la médiation familiale et particulièrement à ce qui est présumé être une illustration de « faits d'internormativité » entre les systèmes normatifs professionnels au sein du C.O.A.M.F, atteste d'une situation inverse, c'est-à-dire la primauté du système normatif professionnel des avocats qui reprend la norme juridique émanant du système normatif étatique et à laquelle il est contraint²⁸⁷. Autrement dit, la relation entre les systèmes normatifs professionnels s'inscrit dans un rapport de domination du système normatif professionnel des avocats et par là même de la diffusion du droit étatique au sein du

286 Ce comité est issu d'un protocole d'entente conclu en 1994 entre les organismes accréditeurs en médiation familiale et l'Association de Médiation familiale, elle-même créée en 1985.

287 Article 2.01 du Code de déontologie des avocats, R.Q.,c.B-1, r.1, adopté conformément à la Loi sur le Barreau (L.R.Q., c. B-1, art.15) et le Code des professions (L.R.Q., c. C-26, art.12) : « L'avocat ne doit pas prononcer des paroles ou publier des écrits contraires aux lois, ni inciter quiconque à y porter atteinte, mais il peut, pour des raisons et par des moyens légitimes, critiquer toute disposition de la loi, en contester l'application et requérir qu'elle soit abrogée ou modifiée. »

système normatif professionnel de médiation familiale. Et une telle primauté pourrait s'expliquer soit par la présence d'un rapport de force au sein du Comité interprofessionnel en faveur des avocats qui manifestent un intérêt croissant pour la pratique de la médiation familiale comme le reflète le nombre en progression de ce groupe professionnel dans la pratique de la médiation familiale²⁸⁸, soit dans le rappel de la dimension juridique de la rupture conjugale dont les conséquences demeurent sous la gestion de la norme juridique étatique, ou encore dans la volonté implicite d'inscrire le mode informel de médiation familiale à la périphérie du système juridique étatique.

Donc par l'effet de cette double « internormativité », horizontale et verticale, le système normatif de médiation familiale incorpore dans sa norme pratique d'information sur les règles obligatoires, une norme juridique étatique, soutenue par la prépondérance du système normatif professionnel des avocats.

Par ce fait, comment s'exercera le rôle de passeur, par les « tiers » issus de disciplines différentes, cette norme pratique de médiation familiale emprunte son contenu à la norme professionnelle des avocats, qui est également celle du système juridique étatique ?

Paragraphe 2 : Les règles substantielles en médiation familiale entre un idéal de pratique et une réalité de la pratique

Relativement à l'information sur les règles de contenu, les praticiens du Grand Montréal tiennent des propos divergents par rapport à la loi (1) mais convergents sur l'autonomie en regard de ces règles (2).

1) La perception de la norme pratique d'information des règles substantielles

En effet, les médiateurs réfèrent à l'information sur la loi applicable en médiation familiale en termes d'obligation à leur charge et à celle des « participants », mais leur perception est différente. Ainsi, le médiateur avocat revêt la figure de l'instructeur dans

288 Les statistiques fournies par le ministère de la Justice en septembre 2003 indiquent que depuis 1997, date de la promulgation de la Loi instaurant la médiation familiale, le nombre des avocats accrédités dans la province du Québec n'a cessé d'augmenter. Alors qu'en septembre 1997, il était de 325 sur un total de 742 soit 44% des praticiens il passe en septembre 2003 à 465 sur 884 soit 53% des praticiens. En parallèle et à la même période celui des psychologues passe de 131, soit 18 % à 99 soit 11 % et celui des travailleurs sociaux de 118, soit 18 % à 145 soit 16 %.

l'explication de cette loi (i), alors que le médiateur travailleur social paraît être respectueux à son égard (ii), tandis que le médiateur psychologue se décrit comme communicateur (iii). Toutes ces positions divergentes par rapport à la loi applicable permettent de saisir la fonction d'information posée par le *Guide* et de voir son rôle de « traducteur et décodeur » de la norme pratique d'information sur les règles de contenu de l'entente de résolution du conflit familial (iv).

i) Médiateur avocat : instructeur de la loi applicable

Bien qu'il reconnaisse que le conflit soit une affaire personnelle, le médiateur avocat « informe » de l'application de la loi et des dispositions particulières de celles-ci, même s'il est en désaccord avec certaines d'entre elles :

« Il y a une petite place pour répondre aux besoins des gens parce que c'est leur rupture, c'est leur problème, c'est leur affaire. Oui, mais il y a des règles, il y a des lois qui s'appliquent. Ils sont mariés, il y a des lois qui s'appliquent. Il faut qu'ils sachent que le patrimoine est là. Ils peuvent faire ce qu'ils veulent dans un sens après, il faut qu'ils soient informés qu'il y a des lois qui s'appliquent, il faut qu'ils sachent quels sont leurs droits au niveau de l'information, après ça les autres étapes, c'est la négociation et c'est la prise d'évaluation des options, la prise de décision. » (A.2, F., 36-36).

« En médiation je suis totalement neutre, ce ne sont pas mes clients. Je suis là pour les aider, j'explique la loi, j'explique qu'est-ce qu'il y a dans le partage. On discute quel bien, etc.... Les meubles, la maison, le chalet, etc....pension, REER. On explique tout cela et on fait le calcul. Pour les clients, je pose les questions, je laisse les parties se chicaner, non des fois c'est normal Il faut assurer, pour les gens des aspects légaux, il y a des aspects légaux, qu'est-ce qu'on fait ici c'est un partage légal, en effet, il y a des aspects légaux, il faut expliquer qu'est-ce qu'il y a... qu'est-ce qui inclus dans la composition de régime matrimonial, quels biens qu'on doit partager et des autres aspects, des aspects économiques, des aspects pension alimentaire, il y a des formulaires à remplir. » (A.15, M., 18-18).

« Je prends la loi sur les fixations des pensions alimentaires qui est très frustrante pour les hommes, ça dépend des situations là, et moi je suis obligée de leur dire : « écoutez ultimement la convention que vous allez faire, elle va être entérinée par un juge et moi je ne peux pas, par exemple, j'ai besoin d'informations »[...] Dans des situations les gens sont très fâchés de ça et puis là moi je suis mal à l'aise de leur dire :« bien écoutez le juge va s'assurer que ça c'est respecté puis... » on arrive à des absurdités mais qu'est-ce que vous voulez. Moi la loi sur la fixation des pensions, il y a des absurdités dedans puis ça me met extrêmement mal à l'aise, face aux parties. Entre autres pour le calcul des frais de garde net, je trouve qu'on arrive à des situations qui ne sont pas justes, qui ne sont pas... et je ne suis pas à l'aise de dire ça aux parties puis de dire le juge va regarder ça. Oui, mais c'est absurde, ça n'a pas de bon sens, bien qu'est-ce que vous voulez que je vous dise, je ne suis vraiment pas confortable. Il y a des injustices puis moi je suis très mal à l'aise souvent d'expliquer ça aux parties puis de dire : « écoutez c'est comme ça puis le juge c'est comme ça qu'il va l'appliquer ». Les gens se sentent

vraiment contrôlés par l'État, contrôlés par le gouvernement dans leur... »
(A.17, F., 152-153).

Le discours des praticiens avocats assigne à la fonction d'information sur les règles de contenu, mise à leur charge par la norme pratique inscrite dans le *Guide*, une dimension de renseignement sur l'application d'une loi, essentiellement étatique, mais aussi une dimension d'élucidation de celle-ci. Deux aspects qui constituent autant d'occasions pour le « tiers » de mettre en exercice son rôle de « tiers traducteur et décodeur ».

En effet, dans la dimension de renseignement, le « tiers » avocat a pour obligation professionnelle d'énoncer l'application inéluctable de la loi étatique dans la gestion du conflit familial, c'est-à-dire de se prononcer à contre-courant de ce qui a été annoncé aux « participants », soit une liberté dans le choix du droit de référence dans la résolution de leur différend. Effectivement, le credo en médiation familiale, relayé par le discours des praticiens interrogés, insiste sur la réappropriation, par le couple désuni, des questions d'organisation de la vie familiale quotidienne en dehors du modèle classique de cohabitation dans un espace commun. D'ailleurs, la gestion privée du conflit familial est au centre même du discours fondateur de la pertinence de la médiation familiale dans le contentieux matrimonial et de la démarcation de ce mode informel du processus judiciaire dénoncé par son inadéquation à ce niveau. Or, la soumission du conflit familial à un dispositif légal, consacré initialement dans le Code civil à la gestion des effets du mariage en cas de séparation, de divorce ou de nullité, serait indicative d'un attachement de la rupture matrimoniale aux lois étatiques et de la restriction du couple désuni, marié ou en union de fait, quant à la liberté du choix de la loi applicable à leurs problèmes. Par conséquent, l'énoncé par le « tiers » d'une application obligatoire de la loi étatique au conflit privé apparaît comme restaurateur d'une vérité, celle du maintien du conflit familial dans le système légal, et de dissiper l'équivoque du discours dominant sur une liberté présumée quasi-absolue à ce niveau. Pour cela, les propos des praticiens interrogés laissent voir une dissociation entre la rupture considérée comme une affaire privée et la loi qui s'applique aux effets de celle-ci. Une dissociation qu'il a pour tâche de transmettre aux « participants » à travers une explication de la loi inscrite dans la dimension d'élucidation repérée dans la fonction d'information et qui révèle son rôle de « tiers traducteur et décodeur ».

En effet, cette dimension d'élucidation aborde les questions de garde d'enfants, de pensions alimentaires, de prestation compensatoire, de partage des biens patrimoniaux et de résidence familiale. Et le « tiers » distille la dissociation entre la rupture qui reste du ressort des conjoints séparés ou divorcés et la gestion de cette rupture par la loi étatique. Il procède pour cela de manière directe, mais aussi indirecte.

De manière directe, le « tiers » présente la loi comme un fait irréfutable sur lequel les « participants » n'ont aucune prise. La loi s'applique (A.2, F., 36-36) et elle s'explique (A.15, M., 18-18). À ce niveau donc, il se fait traducteur parce qu'il énonce la loi comme une évidence, inévitable et sans alternative. Cette approche toute positiviste dans sa manière apparaît, alors, comme une marque d'allégeance de l'avocat au monisme de l'État, malgré son désaccord par rapport à certaines lois (A.17, F., 152-153), et comme un signe de dissuasion à l'égard de toutes vellétés contraires de la part du couple désuni. Dès lors, le « tiers » avocat sans se faire, ouvertement, le défenseur de la loi étatique propage sa conviction et démontre une pratique de la médiation familiale dans la perspective de sa pratique originelle. Il se fait également décodeur puisqu'il s'appuie sur le contenu de cette loi.

En effet, la dissociation entre la rupture et la gestion de celle-ci est faite de manière indirecte puisqu'elle s'appuie sur des dispositions définies par le législateur comme étant d'ordre public, c'est-à-dire que les « participants » ne peuvent transgresser. À ce niveau le « tiers » endosse le rôle de décodeur pour et décodeur de la loi étatique puisqu'il présente la loi, à travers son objectif de protection des personnes vulnérables qui atténue son caractère contraignant. Or ces questions sont applicables, avec des différences sur le plan du partage du patrimoine familial et des autres biens patrimoniaux, à la désunion reliée au mariage ou à l'absence de mariage pour peu que des enfants soient concernés. Par conséquent, ce contenu de la loi étatique, à défaut d'être une contrainte pour le couple marié et inévitablement concerné par la poursuite dans le processus judiciaire, de la consommation de la rupture, en devient un pour ceux qui ont délaissé l'institution du mariage. Effectivement, pour le couple non marié avec des enfants, l'application de la loi étatique s'interprète comme un retour au contrôle de l'État, non pas sur leur choix de vie, mais sur les conséquences de celui-ci.

Indépendamment de lui, cette catégorie de « participants » à la médiation familiale se retrouve enfermé dans un carcan législatif dont il croyait être dégagé. Autrement dit, l'État interviendrait indirectement, par le biais des dispositions d'ordre public promulguées pour la protection des personnes vulnérables, en l'occurrence l'enfant et le parent gardien, dans le conflit familial notoirement retiré de la sphère publique. Cette intervention, que nous qualifions d'acharnement étatique en raison de son insistance à continuer à disposer d'une place dans l'espace privé se fait, non seulement au détriment des couples mariés, mais jette un discrédit sur le caractère informel du processus de la médiation familiale. De surcroît, elle montre que l'ordre public de protection, prend parfois l'aspect d'un ordre de sanction d'une conduite qu'il ne peut contrôler.

En résumé, le médiateur avocat dans son rôle d'instructeur de la loi étatique applicable agit non seulement dans la perspective de sa pratique d'origine inféodée au système juridique étatique, mais se fait le défenseur de celle-ci. À ce niveau, il joue effectivement le rôle de « tiers traducteur et décodeur » d'une norme juridique étatique et au demeurant fournit la preuve d'un intérêt, personnel ou pour autrui, c'est-à-dire l'État, dans la résolution du conflit. Dès lors, il ne dispose plus de cette qualité de « tiers impartial » et semble faillir à l'obligation posée en ce sens par la norme de pratique en médiation familiale. Bien plus, la norme pratique d'information sur la loi applicable semble s'opposer à la norme pratique d'impartialité puisque l'une l'oblige à se soumettre à la norme juridique étatique, affecté d'un caractère d'ordre public de protection, alors que l'autre lui exige une impartialité à l'égard de la décision de résolution du conflit familial. Ce qui pourrait susciter un dilemme pour le médiateur, mais rapidement résolu lorsqu'on se tourne vers l'objectif de ces règles et celui de la médiation familiale et qui est celui de protéger l'enfant et le parent gardien

Dans cette fonction d'information sur les règles de contenu, quelle est la position du médiateur travailleur social ?

ii) Médiateur travailleur social : respectueux de la loi applicable

Le médiateur travailleur social la présente en termes de devoirs et de responsabilités que chacun doit respecter :

« Je trouve ça correct, puis je trouve que ça rappelle aux gens qu'on ne peut pas faire n'importe quoi, qu'on a des devoirs puis qu'on a des obligations puis qu'on vit dans un pays où il y a des règles, puis où est-ce qu'il y a des lois, puis si on ne les respecte pas, il y a quelqu'un qui va nous dire : « bien vous devez respecter les lois ». Ça, ça me rassure.[...] Je trouve qu'en termes de responsabiliser les gens, ça m'aide davantage. On a des lois puis tout le monde doit les respecter ces lois-là, puis que quelqu'un qui va les sanctionner dans la mesure où vous avez respecté vos engagements, puis vous allez respecter aussi les lois qui encadrent tout ça. Moi je trouve ça extraordinaire comme responsabilisation. » (T.S.14, F., 114-114).

« Rédiger en termes juridiques, pas pour (que l'entente soit devant) le juge mais parce que la loi le dit. Oui par exemple, par rapport aux pensions alimentaires, oui on en tient compte parce que, ... si par exemple un parent qui ne veut pas payer la pension alimentaire telle que la table le dit qu'il doit payer, bien c'est sûr qu'on a l'obligation de leur dire que ça ne passera pas à la Cour, ça ne passera pas à la Cour, moi je leur dis. S'ils ont des avocats, je leur dis : « bien aller en parler à votre avocat ou avocate, mais non il faut le dire. » (T.S.3, F., 136-136).

« Ce que la médiation a permis, c'est que ça permet au couple de décider ce qu'ils veulent, mais il reste qu'on doit quand même suivre les guides puis les informer sur l'ensemble des lois, le patrimoine et tout ça, mais il reste qu'on ne peut pas aller à l'encontre, exemple les barèmes. Moi, je ne peux pas remettre un résumé des ententes si je ne mets pas mon formulaire de barème, Il faut quand même tenir compte des lois, la connaître puis tout ça. Je veux dire au fond ce n'est pas le juge qui est là pour décider ou les avocats, mais en médiation on travaille quand même avec les outils qu'il faut pour travailler, le patrimoine familial, le barème des fixations des pensions alimentaires, l'indexation. Il faut vraiment que ça soit tout intégré dans notre pratique, ces éléments-là. » (T.S.16, F., 113-113).

À l'opposé du médiateur avocat qui évoque la loi applicable comme une norme de protection des individus défavorisés économiquement en raison de la rupture du lien matrimonial, le médiateur travailleur social la traduit dans sa forme de contrainte. Une contrainte orientée vers les « participants » et vers lui et qui affecte son rôle de « traducteur et décodeur ».

Effectivement, la contrainte posée aux « participants » consiste en un rappel à leurs devoirs et obligations fixés par la loi même si elle leur confère une liberté décisionnelle (T.S.16, F., 113-113). Parmi ces devoirs, figure celui de respecter la législation étatique générale et unique qui proscrit d'agir selon son gré, c'est-à-dire

selon sa propre volonté (T.S.14, F., 114-114). Ce qui conforte l'idée d'une autonomie circonscrite par les devoirs et obligations envers les personnes en dépendance financière (T.S.3, F., 136-136). Or, dans le contexte de rupture familiale, souvent provoqué par une décision unilatérale et individualiste, celle-ci pour écarter tout sentiment de culpabilité occulte les conséquences qu'elle entraîne sur les autres membres de la famille. Dès lors, la mise en rapport de la rupture et les conséquences découle d'un processus de responsabilisation déclenché, selon les propos recueillis, par l'action du médiateur travailleur social. Dans cette perspective, la contrainte inhérente à la loi leur dicte une obligation de responsabilisation du couple désuni envers leurs proches et notamment les enfants. Une obligation de responsabilisation qui complète alors la responsabilité envers les « participants » que la fonction de présentation des règles de procédure avait mis en évidence. Toutefois ces deux obligations s'opposent puisque la responsabilisation du couple désuni présume un cheminement personnel vers l'autonomie et la prise en charge de ses propres décisions alors que la responsabilité du « tiers » présume le maintien d'une tutelle sur eux et donc d'une absence ou d'une réduction d'autonomie.

Cette obligation de responsabilisation dépasserait alors le contenu de la norme pratique d'information puisqu'elle est dictée par la loi à laquelle, le médiateur travailleur social, en tant qu'acteur social au même titre que les époux en rupture, se doit de respecter, c'est-à-dire de veiller à son application. Autrement dit, le médiateur se ferait traducteur de cette norme juridique étatique d'ordre public incluse dans la norme pratique d'information dans le sens recherché par le législateur, c'est-à-dire la protection des personnes vulnérables. Ce qui place ce médiateur travailleur social dans un état de soumission à cette norme juridique étatique, et donc à la norme de pratique en médiation, et par la même occasion en état de partialité à l'égard des « participants ». Par ailleurs, il agit également comme décodeur de cette même norme juridique puisqu'il perçoit en elle cette obligation de responsabiliser les conjoints séparés ou divorcés. Dans l'un et l'autre cas, le médiateur travailleur social s'éloigne de la norme pratique d'impartialité.

En résumé, ce médiateur travailleur social montre un respect envers les règles de contenu qu'il perçoit comme une contrainte envers lui et envers les « participants ». Il

l'est également envers la norme pratique d'information sur la loi applicable qui les incorpore et exerce un rôle de « passeur » de normes à leur faveur qui jette un doute sur son impartialité.

En comparaison avec le médiateur avocat instructeur et défenseur de la norme juridique étatique protectrice, le médiateur travailleur social en étant respectueux de la contrainte qu'elle contient, possède une position analogue, c'est-à-dire qu'il fait preuve de partialité et écarte l'obligation d'impartialité posée par la norme de pratique.

Comment est alors perçue cette norme pratique d'information sur la loi applicable par le troisième groupe de médiateurs interviewés ?

iii) Médiateur psychologue : communicateur de la loi applicable

Le troisième groupe de médiateurs interrogés se présente comme un communicateur et informe sur la loi. Il est évite l'illégalité, mais sans appliquer rigoureusement la loi parce que ce qui demeure important est la relation humaine. Cela suffit à provoquer son intervention en cas de déséquilibre dans le rapport de pouvoir ou pour défendre les enfants :

« Je suis spécialiste, je communique les informations légales, je leur montre ce qu'on met dans une entente, je suis spécialiste aussi de la communication entre les deux , puis mon rôle c'est aussi d'intervenir s'il y en a un qui est lésé par l'autre, qui n'est pas assez fort pour se débattre, pour faire valoir ses droits, pour faire valoir ses intérêts, surtout parler au nom des enfants qui ne sont pas là, la plupart du temps. Je suis là pour voir à ce que les droits des deux soient respectés. » (P.20, F.,80-84).

« Évidemment on va écrire là-dedans ne doit pas [illégal], Mais attention, je dis ce qui est écrit ne doit pas être illégal, ça ne veut pas dire que ce qui est écrit est cent pour cent avec l'article 48 de la Loi du divorce ou l'article 98, comprenez-vous. Ce qui est écrit doit refléter ce que les gens veulent et ce que les gens veulent et bien ça ne doit pas être illégal, ce n'est pas nécessairement à cent pour cent qu'on va au Code civil. [...] C'est ça que la médiation apporte. Très souvent là, ce n'est pas illégal, c'est permis. Alors donc les gens bien souvent préfèrent une façon d'approche que d'appliquer à cent pour cent ce qui est écrit dans le Code civil. » (P.24, M., 75-78).

« Les lois sont quand même relativement simples là-dedans, ce n'est pas de la négociation de contrat international, ce n'est pas des conflits de juridiction entre le fédéral et le provincial, on est loin de ça, tu as un chapitre du droit qui est relativement restreint, je trouve que c'est beaucoup, beaucoup, en tout cas a priori c'est plus une question... la médiation comme telle, c'est juste une question de relations humaines, de rétablir les contacts, de garder le contact, de discuter, etc. même si à la fin

on obtient des chiffres, on obtient une entente c'est d'abord et avant tout question de discussion. » (P.26, M., 163-163).

Contrairement au médiateur avocat et au médiateur travailleur social, ce « tiers » psychologue rappelle son expertise de communicateur et l'applique dans sa fonction de présentation des règles de contenu applicable en médiation familiale.

En tant que spécialiste de la communication, il s'arroge le droit d'intervenir en cas de déséquilibre des forces ou de défendre des enfants (P.20, F., 80-84). Il agit conformément à la « neutralité dynamique » à laquelle il adhère pour expliquer son parti pris envers l'enfant et donc son absence d'impartialité lors de l'analyse de la fonction de présentation des règles de procédure. Donc, de manière analogue, il conçoit sa fonction d'information sur les règles applicables en médiation familiale, c'est-à-dire qu'il marque une distance par rapport à la norme de pratique qu'il applique à sa convenance. Ce qui apparaît dans sa perception de la loi applicable.

En effet, à l'inverse des autres médiateurs, la loi n'est présentée ni dans sa dimension protectrice ni dans sa dimension contraignante, mais sous sa forme permissive. Ce qui révèle, une des habilités du spécialiste en communication qui agit alors comme un « tiers traducteur et décoder » qui, non seulement donne de l'information afin d'éviter la commission d'une illégalité (P.24, M., 75-78), mais surtout en relativise le contenu et place la loi dans une hiérarchie législative, interne en rapport avec la loi constitutionnelle et internationale par rapport aux accords internationaux, ainsi que et en comparaison avec la communication dans l'interaction entre les conjoints désunis (P.26, M., 163-163). Dès lors, cette perception de la loi révèle une traduction souple en faveur des « participants ». Ce qui le distingue des autres groupes de médiateur favorables à une application plus rigide de la norme juridique étatique incorporée à la norme de pratique de l'information.

En résumé, ce « tiers » psychologue apparaît le plus détaché de la loi applicable qu'il met en parallèle avec la « négociation », cet autre moyen de résolution du conflit familial. Sur ce point, il se montre le plus proche de l'esprit de la médiation familiale, tel qu'il s'est développé lors de son émergence, c'est-à-dire un mode informel qui favorise la négociation régi par les règles produites par les « participants » au cours de leur

interaction. Il se situe donc à l'opposé des autres groupes de médiateurs préoccupés par le respect de la norme juridique étatique.

iv) Interprétation de la perception de la loi applicable

En fait la position de chacun des groupes interrogés vis-à-vis de la fonction d'information sur les règles de contenu applicables au cours du processus de résolution du conflit familial révèle une dichotomie au sein des trois groupes de praticiens. Celle-ci prend la forme d'une coalition avec d'un côté le groupe formé par les médiateurs avocats et travailleurs sociaux et de l'autre celui des médiateurs psychologues.

Les uns démontrent une conformité de leur pratique à la norme de pratique d'information sur la loi applicable et de ce fait une adhésion à la norme juridique étatique d'ordre public qu'elle renferme. À ce niveau leur rôle de « passeur » est essentiellement orienté vers l'acceptation de cette norme juridique étatique parce qu'elle est protectrice des intérêts des personnes défavorisées ou parce qu'elle est une contrainte inévitable. Ce qui dès lors nourrit une partialité du « tiers impartial » qui va à l'encontre de la norme pratique d'impartialité. De l'autre côté, un médiateur psychologue qui se contente de communiquer de l'information sur dispositions légales applicables, mais en même temps les minimise au profit de la discussion entre les deux conjoints en rupture et par rapport à des lois de compétence ou des accords internationaux. Il les situe dans une hiérarchie législative qui les réduit.

Cependant, ces trois groupes de praticiens ont en commun une partialité qui, certes, donne lieu à des allégeances différentes, l'une envers la norme juridique étatique et l'autre envers les « participants », mais témoigne d'un non-respect envers la norme pratique d'impartialité et d'une pratique en dehors du modèle établi par le *Guide* des normes de pratique. Ce qui conduit à constater, à l'instar des recherches anglo-saxonnes sur le médiateur familial, que l'obligation d'impartialité serait plus liée aux règles de procédure qu'aux règles de contenu.

Face à cette partialité des médiateurs que devient l'autonomie des « participants » ?

2) La perception de la norme juridique de l'autonomie en rapport avec la loi applicable

Les partisans de la médiation familiale insistent sur l'autonomie des acteurs impliqués dans le conflit matrimonial et à laquelle ils confèrent la valeur de condition fondamentale. Cette primauté de l'autonomie est également reprise par le *Guide* des normes de pratique qui lui consacre les articles 1.02 (al.1 et 3) et 1.05 *in fine*, retranscrits subséquemment en rappel :

Art. 1.02 :

« Le but de la médiation familiale est de permettre aux parties d'en arriver à une entente équitable faisant l'objet d'un consentement libre et éclairé de part et d'autre.

En aucun temps, le médiateur ne forcera les parties à adhérer à une entente ou ne prendra de décision pour l'une ou l'autre d'entre elles. D'ailleurs, toute forme d'arbitrage en matière familiale est spécifiquement interdite au Québec.

Le médiateur aide les parties à atteindre, volontairement et en toute connaissance de cause, une entente viable respectant chacun des membres de la famille. »

Art. 1.04 :

« En médiation, quel que soit le contexte, la prise de décisions demeure toujours sous l'autorité des parties elles-mêmes. »

Art.1.05 *in fine* :

« La responsabilité première pour la résolution du conflit repose sur les parties impliquées. Le devoir du médiateur *étant* d'aider les parties à atteindre une entente équitable découlant d'un consentement libre et éclairé *il* peut aider les parties à développer les options pour discussion et évaluation. *Toutes* les décisions doivent être prises volontairement par les parties elles-mêmes ».

Nous avons vu, précédemment, que ces dispositions du *Guide* réfèrent à la norme juridique d'autonomie laquelle met l'accent sur la dimension volontaire des décisions prises, c'est-à-dire sur l'expression d'un « consentement libre et éclairé ». Toutefois, ces dispositions retiennent cette notion de volonté, en corrélation avec l'entente de règlement du conflit matrimonial laquelle renferme des exigences d'équité et de viabilité. Or cette corrélation est également présente dans le discours des médiateurs interrogés comme l'illustrent les extraits suivants :

« La médiation familiale c'est une façon de régler (par) soi-même, par les parties leurs problèmes, pas de laisser le choix ou la direction à un avocat ou à quelqu'un d'autre. C'est eux qui choisissent de régler leurs problèmes ensemble tous les deux, parce qu'il peut pas y avoir de médiation unilatérale. Il faut absolument que les deux parties y consente, la médiation c'est une façon de procéder qui doit être volontaire, c'est confidentiel, c'est libre, donc on doit le faire, normalement on ne va pas là pour organiser l'autre partie, on

va là pour essayer de régler avec elle pour trouver des terrains d'entente pour trouver des solutions durables » (A.10, F., 2-2).

« En cours de route, je prends beaucoup de notes. Lorsqu'ils prennent des décisions, je les écris, je vérifie avec eux si j'ai bien compris, etc., puis au terme des rencontres, je fais la rédaction du résumé des ententes des rencontres pour leur lire ce que j'ai écrit, pour m'assurer que c'est réellement le respect de leur volonté à tous les deux, » (T.S.9, M., 26-26).

« C'est à eux de faire leur entente dans le cadre de la loi. Je suis là pour les informer puis je suis là pour les aider à s'entendre. » (P.20. F., 80-80).

Alors que les propos recueillis témoignent d'un consensus des médiateurs familiaux autour d'une déclaration favorable à un comportement autonome des ex-époux, celle-ci s'accompagne, à notre avis, d'une réserve. En effet, les médiateurs avocats encouragent l'expression de cette autonomie (i), et les médiateurs travailleurs sociaux la relient à un processus de responsabilisation initié par eux (ii), alors que les médiateurs psychologues lui posent des limites puisées à même la loi (iii), mais une voix discordante s'élève au sein de ces groupes pour signaler le comportement du « tiers » face à cette autonomie. Cette multiplicité de position témoigne d'une occasion pour le « tiers traducteur et décodeur » de se manifester et de permettre une compréhension de son action (iv).

i) Médiateur avocat et autonomie encouragée

Pour ce groupe de médiateurs, la réalisation de l'entente relève de la compétence des conjoints en rupture. Ce qui renferme le rôle du praticien dans celui de procurer les moyens pour arriver à établir une conversation entre eux, de dispenser de l'information nécessaire à la prise de décision, de guider et de faciliter la conclusion d'une entente qui met un terme au processus de médiation familiale :

« Ils arrivent à une entente, ce n'est vraiment pas moi, c'est vraiment eux qui la font leur entente, moi je suis là pour fournir des outils, pour pouvoir communiquer s'ils ont de la difficulté à se parler et après ça, juste les guider dans le processus parce que c'est eux qui viennent avec leur propre solution » (A.11, F., 60-60).

« Moi, c'est ça que j'aime dans le rôle du médiateur c'est que tu vas pouvoir tenir compte des parents mais surtout des enfants et tu vas essayer de faire réfléchir là-dessus parce c'est leur médiation, ce n'est pas sur tes épaules et c'est ça qui est le plus difficile pour un avocat je trouve. Les avocats, nous autres, on est habitué de dire : « O.K. je m'en occupe, donne moi ça puis je m'en occupe, faites pas le téléphone, je vais le faire », mais en médiation il faut que eux, travaillent, eux font leur budget, eux vont voir le comptable, eux vont chercher le relevé des RÉÉR, c'est à eux de... » (A.12, F., 14-16).

« Les deux personnes acceptent qu'un tiers intervienne entre eux pour faciliter les ententes et les amener et les éclairer, à l'occasion sur ce qu'ils peuvent faire, mais surtout favoriser, c'est un facilitateur d'entente. Alors on parle de garde et de pension, on parle ensuite entre les couples et même couples mariés, non mariés, de partage, des intérêts financiers et dans le cas de mariage on parle de patrimoine familial et de prestations compensatoires et de sommes globales ou pension alimentaire entre ex ou futur ex-conjoint » (A.13, M.,7-10).

Cependant, les voix de médiateurs provenant de ce groupe de praticiens convient à une perception distincte de ce rôle du « tiers » en rapport avec l'autonomie des époux désunis :

« Je laisse les parties eux-mêmes faire... ça vient d'eux-mêmes, je n'impose rien, j'essaie, entre nous, c'est peut-être un peu de manipulation mais... je n'utilise pas manipulation, ce n'est pas le bon mot, je guide les parties. Guider, manipulation c'est des connotations.... ce n'est pas une manipulation c'est... je guide les parties, j'explique la loi, j'explique qu'est-ce qu'on doit faire, j'explique le processus, j'explique... on signe une entente avec moi. » (A.15, M., 47-47).

« Le juge tranche, prend une décision, impose les choses quand il n'y a pas entente, mais jamais je ne fais ça. Je n'ai pas le droit de faire ça. Si je fais ça, je suis complètement à côté de mon mandat. Non, c'est plutôt de faire ressortir les propres décisions des gens, leurs propres besoins et parfois de leur envoyer des choses, mais à partir de ce que le leur reflète que eux ils réalisent des choses et prennent leurs décisions à partir de ça. Mon rôle c'est d'amener, nourrir un peu le processus avec des choses nouvelles, des suggestions, ça reste au niveau des suggestions, je n'impose rien et je ne donnerais pas non plus d'avis juridique, par exemple, je vais donner des informations juridiques, l'enveloppe quel est le droit qui cadre, mais je ne leur donne pas d'avis vous devriez plus faire ça, ou faire ça, ça, ça leur appartient. » (A.18, F., 49-49).

Nous constatons que, comme pour la fonction de présentation des règles de procédure, étudiée auparavant, la position des médiateurs avocats face à l'autonomie des « participants » porte la marque de leur pratique originelle. Il reprend son rôle de « traducteur et décodeur » de la norme juridique étatique à laquelle il demeure soumis de par le Code de déontologie de sa profession d'origine, mais il lui rajoute l'obligation d'aide que la norme pratique de médiation familiale lui impose et qui lui change sa perception.

En effet, ils s'appuient sur la présomption de capacité chez les « participants » qui permet à ces derniers de venir en médiation munis de leurs propres solutions de règlement du conflit matrimonial, et qui les habilite à établir une entente de manière autonome. Toutefois, cette autonomie serait dénuée de spontanéité, ce qui nécessiterait l'aide du « tiers » tant au niveau de l'acquisition de moyens de communication pour un

échange productif entre les partenaires en rupture, qu'au niveau de l'information juridique qui concerne la garde des enfants, les obligations alimentaires qui leur sont destinées ainsi qu'au parent gardien et le partage des biens acquis au cours de la relation matrimoniale. L'objectif de cette aide étant alors de « faciliter une entente », au sens d'arriver à la conclure puisque le praticien se décrit comme un « facilitateur d'entente ». Or cette notion de « facilitateur » revêt, dans son acception anglo-saxonne, le sens de participation à la croissance de l'individu lors du processus d'« empowerment ». Dès lors, l'acception adoptée par les médiateurs avocats paraît écarter cette dimension de l'aide fournie par le « tiers » à l'individu afin de participer activement à la négociation de règlement du conflit familial pour ne retenir que celle de l'objectif de résolution du conflit. Cette attitude du médiateur avocat s'interpréterait alors comme une continuation, voire une transposition de son expertise initiale axée sur la résolution des problèmes plutôt que l'exercice d'une médiation au centre de laquelle l'individu se place. Dès lors, son rôle de « tiers traducteur et décodeur » de la norme juridique étatique intervient en faveur de celle-ci, mais également en faveur de sa fonction d'avocat qui sommeille en le médiateur.

Désormais, pour parvenir à la concrétisation d'une entente, le médiateur avocat semble circonscrire le terrain juridique à partir duquel il donne directement l'information aux « participants » ou les instruit pour la chercher. Or cet encadrement juridique lui permet de transcrire les relations familiales dans une perspective d'obligations financières du couple désuni envers eux-mêmes et envers les autres membres de la famille. Dès lors, le médiateur avocat se place dans une approche du « problem-solving », c'est-à-dire dans l'objectif de parvenir à trouver une solution au problème posé, grâce aux dispositions juridiques d'ordre public. Lesquelles sont, a priori considérées, comme raisonnables. Cette interprétation vient renforcer celle qui a été avancée antérieurement et qui proposait de placer l'obligation d'aide mentionnée par le *Guide* dans la même optique du « problem solving » puisqu'elle ne recherche qu'une solution au conflit familial.

En définitive, le médiateur avocat semble répondre à un impératif professionnel de rentabilité, en résolvant le différend familial, et aussi de crédibilité, puisqu'il se doit de parvenir à honorer le mandat confié par les époux divorcés ou séparés. Ce qui

pourrait délaissier les exigences des ex-conjoints et comprendre l'aide donnée aux « participants » comme un moyen mis au service de son intérêt professionnel. Dès lors, la voix dissidente d'une aide du « tiers » à la forme d'une « manipulation » (A.15, M., 47-47) revêt une compréhension puisqu'il invite à tenir compte des enfants dans leur réflexion (A.12, F., 14-16). Au demeurant, cette attitude de réévaluation des exigences, à la lumière de la prise en compte des enfants pourrait être interprétée comme une réponse à la préoccupation de rentabilité du médiateur avocat plutôt qu'à un souci des intérêts des « participants » et de la famille.

En résumé, le médiateur avocat même s'il se montre encourageant envers l'autonomie des « participants » la revêt d'une vulnérabilité qui justifie l'aide dictée par la norme pratique mais dénaturée par son interprétation sous l'angle de sa pratique d'origine, c'est-à-dire une aide qui lui fait prendre en charge le problème du client en dissociant son travail de la capacité de celui-ci. Certes, il y a bien une autonomie des « participants », mais qui se réduit à la tâche de ramener l'information sur laquelle travaillera l'expert, c'est-à-dire l'avocat qui habite le médiateur familial.

Comment les médiateurs travailleurs sociaux envisagent-ils l'autonomie des « participants » ?

ii) Médiateur travailleur social et autonomie responsabilisée

Dans une affirmation, en apparence semblable à celle du groupe précédent, les médiateurs travailleurs sociaux conçoivent une autonomie chez les partenaires séparés ou divorcés. Seulement, celle-ci est envisagée non pas comme une présomption, a priori, comme chez les médiateurs avocats, mais comme un résultat, a posteriori, d'une action en responsabilisation conduite par eux. Une pareille action s'assigne comme objectif une prise de conscience sur le rôle parental des ex-conjoints :

« C'est sûr que c'est une des valeurs de base à la médiation c'est principalement l'autodétermination. Ce sont les gens eux-mêmes qui décident, la "responsabilisation" [c'est une valeur de base des plus importante]. Je dirais, alors c'est sûr que notre façon d'intervenir sensibilise à la responsabilité, à la justice dans le sens qu'ils font de l'équité, que ça soit juste leur entente alors que même s'ils ne sont pas mariés. » (T.S.3, F., 29-29).

« Pour moi la famille doit continuer dans une forme qui est définie, dans une forme qui permet la continuation de la structure de la famille mais

dans une forme qui est différente. Que les parents puissent comprendre que, au moment où ils ont vécu ensemble, ils ont cumulé deux rôles : rôle de conjoint-conjointe, puis le rôle de parents. Le rôle de parents peut survivre au divorce et j'ai des exemples de ça, il y a des gens qui ont compris ça, à travers le processus de la médiation. Lorsque les gens ont compris ça, c'est très facile tout le reste, le partage des biens, ça accroche pas, la fameuse phase dite de négociation, je hais ça, pourquoi parce que s'il y a des prises de conscience qui se font au niveau de leur rôle respectif, je vous assure que la place à la négociation, elle est petite, elle n'est pas longue. Pourquoi? parce que l'engagement des parents est déjà précédé de prise de conscience et ça vient faciliter la suite. » (T.S.9, M.4-4).

« L'image que je donne, c'est vraiment eux qui font le travail, question d'attitude, moi ça me sécurise, moi je ne veux pas être celle qui va avoir fait l'erreur dans l'addition, c'est eux autres qui vont l'avoir fait. Ça m'enlève de la responsabilité puis ça me remet dans mon rôle de guide et de facilitateur de la communication. [Ils ont] la responsabilité et le devoir de le faire et s'ils n'ont pas bien dévoilé les informations, ce n'est pas mon problème, c'est le leur. » (T.S.28, F., 123-124).

Cependant, pour cet autre médiateur le rôle de guide du médiateur est une façon de définir le parcours des époux en rupture afin de les conduire à une entente :

« Pour moi c'est important que ça leur appartient, ce n'est pas moi qui ai fait l'entente, c'est eux autres qui font leur entente, mais ils sont guidés dans ça. Il y a comme des paramètres qui sont définis d'avance, ils naviguent dans des eaux qui sont un peu moins dangereuses que s'ils étaient laissés à eux-mêmes. Parce que bon, on sait où est-ce qui sont les écueils, où sont les écueils, là où ça peut accrocher, les difficultés qui peuvent rencontrer, si on a moins l'expérience au niveau de décoder les comportements des gens, je pense que l'on peut prévenir par la médiation énormément de détériorations puis réorganiser la vie par la suite. » (T.S.14, F., 8-8).

Apparemment là également, la position des médiateurs travailleurs sociaux et celle des médiateurs avocats se rejoignent dans la reconnaissance d'une capacité des conjoints désunis à l'autonomie, mais elles se distinguent par l'accompagnement d'une action en responsabilisation du « tiers » travailleur social. Là également comme dans la fonction de présentation des règles de procédure, la norme juridique étatique de l'autonomie au sein de la fonction d'information sur les règles de contenu, est interprétée à la lumière de la norme professionnelle d'origine puisqu'elle s'accompagne d'une action en responsabilisation dégagée à partir de l'interprétation de la norme pratique d'information. Or, cette action en responsabilisation est bien la preuve d'une traduction libre du médiateur travailleur social puisqu'elle n'est nullement inscrite dans la *Guide* des normes de pratique au chapitre des objectifs de la médiation familiale ni dans celui des obligations du médiateur. Serait-elle alors puisée dans la pratique initiale

du médiateur, en l'occurrence le travail social ? Dans l'affirmative, cette situation renforcerait alors le constat établi antérieurement, au paragraphe premier de ce chapitre, d'une pratique de la médiation familiale, par les médiateurs interrogés provenant des disciplines du droit, de la psychologie et du travail social, dans l'optique de la profession originelle.

Toutefois, cette recherche de responsabilisation des conjoints séparés ou divorcés ne fait pas partie de la fonction conventionnelle en travail social, axée sur l'intervention, et qui dans la présentation de l'Ordre des travailleurs sociaux²⁸⁹, consiste à venir en aide aux individus, aux couples ou aux familles, pour trouver solution à leurs problèmes personnels ou à ceux qu'ils rencontrent dans leurs interactions sociales. Par conséquent, la démarche du médiateur travailleur social de faire prendre conscience, au couple en rupture, de la pertinence de son rôle parental indépendamment de la dissolution de sa relation amoureuse, et de la possibilité de conserver les liens familiaux ne figure ni dans norme professionnelle du travailleur social ni dans la norme pratique du médiateur familial.

Comme cette action de responsabilisation du parent envers la famille qu'il a créée est évoquée par les médiateurs travailleurs sociaux, en dehors des autres groupes de praticiens, l'idée de l'associer à une nouvelle fonction du travailleur social est bien attrayante. D'autant plus que cette action de responsabilisation est orientée non plus vers l'individu ou le groupe familial, mais vers l'institution familiale, et particulièrement vers sa restauration consécutivement aux mutations de la famille contemporaine. Ce qui laisse supposer qu'une telle action qui viendrait à la rescousse de l'institution étatique reflète une sorte de désengagement, volontaire ou involontaire, conjoncturel ou permanent, mais néanmoins présent, du travailleur social par rapport à sa mission d'intervention auprès de l'individu. Désormais, plutôt que de s'inscrire comme une action dans le social, elle serait une action sur le social dans laquelle l'autonomie de l'individu serait reléguée à un rang subalterne. Ceci est d'autant plus plausible que la déclaration, par le médiateur travailleur social, d'une autonomie chez les « participants », mise en relation avec la définition de l'individu autonome, au sens

289 L'Ordre des travailleurs sociaux est investi rappelons-le de la mission d'orientation de l'exercice de la pratique de travail social Site des travailleurs sociaux : www.optsq.org/travailleursocial/

juridique, c'est-à-dire une personne qui assume la responsabilité des conséquences de ses actes²⁹⁰ révèle une contradiction. Autrement dit, il dispose de l'aptitude à répondre de ses décisions, même celles qui provoquent un divorce ou une séparation sans faire l'objet d'une action en responsabilisation de ses actes. Par conséquent, une telle action menée par les médiateurs travailleurs sociaux auprès des « participants » emporte, à notre avis, une exclusion pure et simple de cette reconnaissance d'autonomie.

En résumé, le médiateur travailleur social, même s'il admet l'existence d'une autonomie des « participants », à l'instar du médiateur avocat, n'hésiterait pas, dans son interprétation à la lumière de son objectif fondamental de conserver la famille, de la sacrifier en faveur de celle-ci.

Que devient alors cette autonomie chez le médiateur psychologue ?

iii) Médiateur psychologue et autonomie limitée

Le médiateur psychologue soumet l'autonomie à la loi, à l'équité et aux valeurs personnelles de l'individu impliqué dans la médiation familiale :

« La médiation familiale, pour moi, c'est une façon d'aider les gens à planifier, organiser puis réaliser eux-mêmes leur séparation dans tous les domaines. Le partage des ...je dirais le partage des émotions, le partage des enfants, le partage des biens, mais que ce soit leur propre partage comme ils l'entendent dans les limites de la loi, fait par eux selon leurs besoins. Je suis là pour les aider, pour leur indiquer, par exemple, ce que la loi leur permet puis ne leur permet pas. Exemple dans la question du patrimoine familial, ils sont obligés de répartir les biens qui ont été gagnés par le couple depuis le moment où ils sont mariés, moitié - moitié. Quand même que à partir d'un raisonnement XYZ, Monsieur aurait convaincu Madame de faire ça autrement ou Madame aurait convaincu Monsieur, de bon écoute, tu as les enfants plus longtemps je voudrais en contrepartie que tu me laisses la maison pour... légalement ils ne peuvent pas. Alors je suis là pour leur rappeler. » (P.20, F., 7-8).

« Les conjoints mariés ou non, ils arrivent ici puis ils disent : « nous autres on s'est entendus, on s'est entendus sur telle chose, telle chose, telle chose », là je leur dis : « vous savez, c'est bien beau vous vous êtes entendus, mais dans notre système judiciaire, ce n'est pas vous qui à la fin décidez, on s'est entendu sur la garde de l'enfant, sur la pension alimentaire, etc. ce n'est pas

290 Art.1457 du C.c.Q : « Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel .

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde. »

vous qui décidez à la fin, c'est un juge, c'est comme ça dans notre système judiciaire. Alors même si vous vous êtes entendus, si votre entente puis que vous voulez la faire judiciariser, si votre entente ne correspond pas aux lois concernant le divorce, la séparation, la garde des enfants, la pension alimentaire, il faut avoir des bonnes raisons, si vous n'avez pas de raison, vous avez des bonnes chances que ça ne passe pas » (P.26, M., 40-41).

« Avec la protection du patrimoine, c'est l'équité, c'est plus les conjoints de fait qu'il faut faire beaucoup attention, ceux qui ne sont pas mariés légalement mais ceux qui sont mariés. [...] Quand les gens arrivent ici en médiation, on le calcule où le patrimoine, (à partir du) deuxième enfant ? Non, ça ne serait pas équitable, ça fait que moi ce que je leur dis, en tout cas, à mes yeux, ça ne l'ai pas, on regarde ensemble : « c'est à partir de quand finalement vous avez décidé d'être ensemble ? ». Parce que je demande toujours la date du début de la vie commune puis la date du mariage et donc si on regarde au niveau de l'équité du couple, c'est comme ça aussi que ça devrait être finalement pour le bien des enfants puis les parents qui viennent en médiation, aucun problème avec ça, on est d'accord avec ça. [...] ça te renvoie à ton honnêteté personnelle, à tes valeurs personnelles comme parent puis comme conjoint, comme personne humaine finalement de bonne foi, par amour on s'est aimé, on est ensemble, on a acquis des choses ensemble, on a eu des enfants ensemble puis je continue d'être honnête même après, c'est ça dans le fond, vous voulez être parents comment vis-à-vis, face à votre enfant, vous allez expliquer ça comment face à votre enfant, c'est ça qui est intéressant et qui est la beauté de la médiation, c'est d'amener les gens proches de leurs valeurs personnelles finalement plutôt que d'être toujours sur le "beat" de la vengeance. Tu ne m'auras pas, tu me pinceras pas, je vais t'en donner le moins possible. » (P.30, F., 84-91).

Mais pour cet autre médiateur du même groupe de professionnel, l'autonomie est encadrée par la loi n'exclut pas le recours, par celui-ci, à des stratégies d'adaptation face à la situation présentée :

« Le médiateur, il faut que quelque part, il ait une idée [d'avec qui il fait affaire, puis comme on est . Il faut faire ça vite, en s'il vous plaît, la première entrevue pendant que tu les informes, pendant tu les informes, tu essaies de figurer, tu sais si la première séance c'est de l'information donner la deuxième pour que là eux autres, ils nous informent aussi. Puis là, tu peux adapter ta stratégie, alors pour le moment on fait ça au pif, à l'instinct qu'on a mais si on veut former d'autres médiateurs, il va falloir que ça soit plus structuré, puis pouvoir les guider là-dedans » (P.27, F., 43-43).

À l'inverse des médiateurs avocats et travailleurs sociaux, le médiateur psychologue fait appel à des références législatives et morales pour délimiter le champ d'action de l'autonomie des « participants ». Ni expert comme le premier, ni investi d'une mission comme le second, il se charge de ramener les membres du couple concerné par la médiation, à se recentrer sur eux-mêmes et sur la réalité de leur environnement. En effet, il intervient pour rétablir la connexion de ces individus avec les différents systèmes normatifs dans lesquels ils se trouvent, que ce soit celui qui définit leurs valeurs personnelles et leur sens de l'équité, ou celui qui sanctionne

juridiquement leur action. Or cette position du médiateur psychologue envers les conjoints désunis s'adresse aux individus pris comme une entité séparée puisqu'il s'adresse « au parent, conjoint, à la personne humaine » (P.30, F., 84-91). D'autre part cette position constitue la première préoccupation de la fonction de psychologue puisque dans la présentation faite par l'Ordre des psychologues, celui-ci dispose d'un savoir académique orienté vers la psychologie humaine et les techniques d'aide aux personnes prises avec des difficultés personnelles²⁹¹. Autrement dit, l'individu en relation avec le psychologue est diagnostiqué comme détenteur d'un trouble psychologique qui nécessite traitement en vue d'un changement. Une perception de l'individu qui est reprise par le médiateur psychologue puisque les extraits tirés des entrevues accordées par les praticiens de ce groupe indiquent que ces derniers considèrent le couple désuni dans leur individualité. Par conséquent, le psychologue et le médiateur psychologue ont une perception analogue de l'individu et laisse voir que le second agit avec les connaissances, réflexes ou « habitus » du premier.

Par ailleurs, cette individualité, dans la conception du psychologue, est soumise à un trouble dont l'origine est variée. Or l'étude de la fonction de présentation des règles de procédure fournit l'occasion de constater que l'individu est décrit, dans des extraits illustratifs, comme étant « dysfonctionnel » (P.27, F., 41-45) en raison des émotions nées de la rupture matrimoniale et qu'il s'en remet au psychologue dépeint comme un « leader » (P.23, F., 95-97). Autrement dit, l'individu au sein du couple désuni serait par le fait de la rupture ou du divorce dans un état de trouble qui affecte sa capacité cognitive, il ne peut agir en toute liberté sans le concours du médiateur psychologue, qui l'oriente dans ce qui serait le meilleur pour lui.

En résumé le médiateur psychologue, à l'instar des représentants des autres groupes interviewés, exerce sa pratique de médiation familiale dans le prolongement de sa profession d'origine, mais distinctement des deux autres et d'emblée, il n'accorde aucune autonomie aux « participants ». Néanmoins, d'après le discours du médiateur psychologue, les moyens de la réfutation de cette autonomie ne prennent pas appui dans

291 Site de l'Ordre des psychologues du Québec : www.ordrepsy.qc.ca/opqv2/

sa profession d'origine, c'est-à-dire dans l'argument du trouble cognitif qui doit avoir traitement, mais dans le corpus législatif formé par les règles d'ordre public qui impose des limites, c'est-à-dire un interdit qui restructure l'individu. Or, lors de l'analyse de la perception du « tiers » par rapport à ces mêmes règles dévoile un médiateur psychologue dans une attitude de souplesse vis-à-vis d'elles. Toutefois, ce paradoxe n'est qu'apparent car dans la logique du médiateur psychologue la norme juridique étatique est appréhendée sous deux angles, celui de sa perception par le « tiers » et celui de la perception de l'autonomie des « participants » en regard de cette norme. Par conséquent, cette norme relativisée par rapport à d'autres normes et par rapport à celle qui naîtrait de la discussion est mise à contribution pour dénier toute autonomie aux « participants » évalués, par le spécialiste en état de pathologie.

En résumé, le médiateur psychologie, grâce à sa faculté de communication qui a souvent été mise en exergue par les personnes interviewées et qui lui confère la capacité de donner aux mots le sens qu'il veut, utilise la loi qu'il a minimisée, dans la fonction de présentation précédemment étudiée, pour retenir son caractère impératif afin de rejeter l'autonomie des « participants ».

Que faut-il comprendre de la place de la norme juridique étatique de l'autonomie dans cette fonction d'information sur la loi applicable et donc sur les règles de contenu en médiation familiale ?

iv) Interprétation de la perception de l'autonomie

Paradoxalement cette fonction d'information du « tiers » insiste, directement comme dans le cas du médiateur psychologue, ou indirectement pour les autres praticiens, sur le volet normatif du contenu de l'entente et sur sa conformité avec le droit étatique. Cet aspect de la médiation familiale, c'est-à-dire le caractère impératif de la norme juridique étatique aurait alors préséance sur la norme juridique de l'autonomie. Or, la conformité de l'entente de résolution du conflit familial à la norme dominante n'est pas garant de l'obtention d'un statut juridique. À ce niveau, les propos recueillis affichent un consensus illustrés par les extraits suivants :

« Il ne faut pas négliger comme médiateur non plus, c'est qu'il faut vraiment informer, bien informer le couple que votre entente que vous avez là n'a pas de valeur légale, si vous voulez qu'elle ait une valeur légale, une valeur juridique, c'est une valeur morale dans le fond, moi je travaille beaucoup à

les diriger vers la suite.[...] Je veux dire il va falloir qu'il passe devant les tribunaux donc moi je sensibilise le couple, l'étape des médiations est terminée maintenant c'est à vous de décider, c'est votre choix, mais je veux dire c'est écrit, j'ai mes avertissements à la fin de mon résumé, je dis que c'est important que ce soit, qu'il y ait une consultation juridique puis qu'il y ait une légalisation de votre projet. » (T.S.16, F., 117-118).

« Le texte du projet ou de l'entente est un texte non légal là. La manière avec laquelle moi je les formule, ça peut être à peu près transcrit intégralement en rajoutant différents détails, district de..., telle partie, telle partie, etc. En rajoutant le jargon juridique là. » (P.6, M., 89-89).

« La médiation ça se termine, dans le Guide des normes, est-ce que vous avez pris connaissance du Guide des normes?, dans le Guide des normes de la pratique, ça dit bien que la médiation se termine par la remise par le médiateur du résumé des ententes que les gens ont fait en médiation. Alors c'est écrit dans un langage qui appartient aux gens, ce n'est pas du tout du langage juridique, il n'y a pas de renonciation, il n'y a pas de... ce, sur quoi ils se sont entendus, comment puis pourquoi ou pourquoi puis comment, en tout cas et ça termine la médiation. » (A.2, F., 57-57)

Pourtant, ce document est bien le produit d'un « consentement libre et éclairé » comme le soutiennent, à l'unisson, les partisans de la médiation familiale, le *Guide des normes de pratique* et les praticiens eux-mêmes. Or ce consentement ainsi que nous l'avions démontré se rattache au droit à la liberté considérée par la Cour suprême comme un droit fondamental. Ce qui signifie que toute interprétation donnée à ce droit devrait s'étendre à l'expression de « consentement libre et éclairé », c'est-à-dire à la manifestation réciproque d'un consentement échangé entre majeurs autonomes conscients des décisions prises au cours d'une négociation. Ce qui dans le modèle civiliste serait qualifié de contrat

Or le contrat se définit comme « un devoir de conduite d'une partie envers une autre »²⁹² ou encore comme « un accord de volonté destiné à créer des effets juridiquement obligatoires »²⁹³. Il s'agit là, d'une définition dictée par le droit étatique et qui serait plus appropriée dans un contexte de procès²⁹⁴ soumis à la sanction judiciaire. Toutefois, dans le cadre de la médiation familiale, l'entente sert de moyen de

292 Pour Kelsen, le contrat qui génère un devoir (Sollen) « crée une norme dont le contenu est déterminé par les déclarations concordantes ». Hans, KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 14.

293 Didier, LUELLES et Benoît., MOORE, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Thémis, 1998, p. 57. Pour Kelsen, le

294 Jean-Guy, BELLEY, « L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat », dans : *Cahier du Droit*, n° 32, 1991, p. 253-299.

communication, d'organisation et de planification des relations²⁹⁵. Elle s'inscrit davantage dans le registre de la relation sur une longue durée, ininterrompue autour d'un projet commun, c'est-à-dire demeurer parents en dépit de la fin de la conjugalité, plus que dans le modèle classique de la transaction instantanée, conjoncturelle et sans lendemain.

Ainsi, l'entente se distingue du modèle contractuel classique et serait plus adaptée à l'échange contemporain et à la relation de proximité. Elle est davantage animée par des valeurs de collaboration et de solidarité plutôt que par celles d'individualisme, de domination et d'antagonisme²⁹⁶. Elle pourrait alors avoir la définition du contrat relationnel²⁹⁷ qui « prendrait la forme d'une charte de vie commune, aspirant à devenir le cadre normatif pluridimensionnel de la relation étroite »²⁹⁸.

Seulement, l'entente ne pourrait être considérée comme un contrat puisque nous venons de constater que malgré, l'exigence d'un consentement libre et éclairé, l'autonomie des « participants » qui le soutiendrait fait défaut. Par conséquent, s'il n'y a pas d'autonomie, il ne pourrait y avoir de consentement. Que dans une telle optique, délibérée ou involontaire, les rédacteurs de la norme pratique en médiation familiale, à l'instar des concepteurs de la médiation familiale, ont opté pour une entente.

Conclusion

Finalement l'étude de ce chapitre sur la fonction d'information sur les règles de contenu applicables en médiation familiale permet de constater un schisme et une convergence entre les praticiens interrogés.

Le schisme apparaît en rapport avec la perception des « tiers » sur la norme pratique de l'information et nous avons d'un côté, le groupe des médiateurs avocats et travailleurs sociaux et de l'autre celui des médiateurs psychologues.

295 Jean-Guy, BELLEY, *id.*, p. 253-299.

296 Louise, ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat », dans : *Revue de Droit de McGill*, n° 44, 1999, p. 926.

297 Ian .R., MACNEIL, *The New Social Contract : An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980, 164 pages.

298 Alain, ROY, « Le contrat en contexte d'intimité », dans : *McGill Law Journal*, vol. 47, n° , 2002, p. 869.

Le premier groupe applique la norme pratique de l'information qui incorpore la norme juridique étatique et fait preuve d'allégeance à celle-ci et donc à sa source de production, en l'occurrence l'État. Ce qui procure au « tiers » une opportunité de jouer le rôle de « passeur traducteur et décodeur » de la norme juridique étatique d'ordre public, puisqu'il la présente, sous l'angle de l'avocat comme une protection et sous celui du travailleur social comme une contrainte. Dans les deux cas, la norme juridique étatique d'ordre public s'impose aux « participants » et dévoilent un « tiers » partial qui remet en question son identification à un « tiers impartial ». Le second groupe formé des médiateurs psychologues présente une position plus flexible par rapport à la norme pratique d'information et donc à la norme juridique étatique d'ordre public puisqu'il se préoccupe plus d'éviter l'illégalité que d'appliquer la loi à la lettre. Et cette souplesse laisse entendre une interprétation de la norme juridique étatique d'ordre public, en apparence, en faveur des « participants » et donc une partialité du médiateur.

Toutefois, ce jeu du « tiers » par rapport à la norme pratique d'information se fait en opposition de la norme pratique d'impartialité exposée dans la fonction de présentation des règles de procédure. Ce qui pourrait supposer que cette norme a pour terrain de prédilection le processus de médiation et non le contenu de la résolution du conflit par celui-ci. Ce jeu révèle également l'usage qui est fait de cette norme juridique face à l'autonomie des « participants ». Un usage qui en soi est déjà révélateur d'une certaine marge de liberté, laissée ou arrogée, au médiateur.

En ce qui concerne l'analyse de la perception de l'autonomie des conjoints désunis face à la norme de pratique de l'information et donc à la norme juridique étatique d'ordre public, elle indique une position analogue entre les médiateurs.

Le médiateur avocat, pourtant familier à la présomption d'autonomie, atténue sa portée au regard de la dimension d'aide inhérente à la norme pratique d'impartialité qu'il exerce dans le style de sa pratique originelle, c'est-à-dire la prise en charge du problème soumis. Autrement dit, pour écarter l'autonomie des « participants » et donc la norme juridique étatique de l'autonomie, le médiateur avocat s'appuie sur une norme pratique à laquelle il avait manifesté une attitude mitigée. Toutefois, en comparaison avec sa

perception de la norme juridique d'autonomie en regard de la fonction de présentation des règles de procédure, il se montre constant pour rejeter la norme juridique étatique.

Quant au médiateur travailleur social, bien qu'il reconnaisse comme son homologue le médiateur avocat, une autonomie aux époux en rupture, il l'affecte d'une action en responsabilisation qui s'appuie sur la dimension d'aide inscrite dans la norme pratique d'impartialité mais affectée d'un style emprunté à sa pratique initiale dans une formule renouvelée puisque l'action en responsabilisation semble être une pratique nouvelle. En comparaison avec sa perception de l'autonomie en rapport avec la fonction de présentation des règles de procédure il fait preuve également de cohérence puisqu'il l'écarte au nom de la norme professionnelle d'origine.

Enfin, pour ce qui est du médiateur psychologue, la norme juridique de l'autonomie est niée en vertu de son rôle de leader puisé à même son style de communicateur établie par sa norme professionnelle de communication. Là également, le « tiers » psychologue agit de façon analogue à sa position vis-à-vis de l'autonomie dans le cadre de la fonction de présentation des règles de procédure, en écartant la norme juridique de l'autonomie.

Conclusion

En conclusion de cette partie, nous remarquons que la fonction de présentation des règles de procédure et celle d'information sur les règles substantielles constituent une occasion pour le « tiers » d'exercer un rôle de « traducteur et décodeur » de la norme pratique d'impartialité et de la norme juridique étatique de l'autonomie à des fins toutes personnelles, celles d'exercer la médiation familiale selon sa propre compréhension empreinte de ses « valeurs personnelles et professionnelles ». Ce qui dès lors le situe dans une définition du « *tertius gaudens* », ce « tiers » qui s'en être impliqué dans un conflit tente d'en tirer avantage et par là même se met en situation de partialité qui désavoue sa qualité de « tiers impartial ».

La compréhension des normes en présence au sein de la médiation familiale diffère d'un groupe de médiateur à un autre et laisse entrevoir un style de pratique de la médiation hétérogène.

Ainsi, face à la norme pratique d'impartialité, le médiateur avocat perçoit un devoir d'impartialité, tandis que le médiateur travailleur social y voit un dilemme et qu'entre les deux, le médiateur psychologue choisit la neutralité dynamique. Chacun réfère, implicitement, à sa norme professionnelle d'origine pour faire l'interprétation de cette norme et se positionner face à la norme juridique d'autonomie, le médiateur avocat a une position mitigée entre la reconnaître et la déniee, le médiateur travailleur social la relativise face à un intérêt supérieur celui du maintien de la famille, alors que le médiateur psychologue la dénie au nom de la directivité qui l'anime.

En parallèle, et face à la norme pratique d'information des règles substantielles, le médiateur avocat présente ces règles dans leur aspect protecteur, alors que le médiateur travailleur social le fait par rapport à leur aspect contraignant, et que le médiateur psychologue choisit l'aspect permissif. Cette attitude vis-à-vis de la norme juridique étatique d'ordre public incorporée à la norme pratique d'information des règles substantielles agit comme un prisme déformant sur la perception de la norme juridique étatique de l'autonomie puisque le médiateur avocat agit de façon paradoxale, il l'encourage mais simultanément l'écarte. À côté, le médiateur travailleur social admet cette autonomie mais recherche sa responsabilisation, et qu'enfin le médiateur psychologue en tant qu'expert la nie.

Comme nous le constatons la norme pratique d'impartialité et la norme pratique d'information conduisent, pour des raisons déjà exposées, à une attitude de partialité qui rejette l'image de « tiers impartial ». Simultanément, et là encore pour des raisons diverses déjà mentionnées, mais dont la finalité est similaire, ces médiateurs dressent des obstacles à l'expression de l'autonomie des « participants ». Ce qui rejoint l'hypothèse posée au départ, c'est-à-dire qu'il existe bien des « faits d'internormativité » entre systèmes normatifs distincts et que ceux-ci permettent au médiateur de jouer le rôle de « tiers traducteur et décodeur ». Qu'à chaque fois qu'il s'implique, il met à l'écart la norme pratique d'impartialité et la norme juridique de l'autonomie. Qu'en fait, l'une et l'autre sont illusoires.

Autrement dit, la pratique de la médiation familiale telle qu'elle ressort du discours des praticiens met en défi la gageure du *Guide* des normes de pratique d'arriver

à unifier une pratique somme toute éclectique qui est en fait celle des médiateurs puisqu'il a été possible de constater plusieurs styles de pratique. L'écart constaté entre normes organisatrices de la pratique et l'exercice de celle-ci est illustratif d'une liberté d'action chez le médiateur familial.

Et la liste n'étant pas exhaustive car il y a encore d'autres groupes de praticiens.

Le tableau suivant illustre cette synthèse des conclusions dégagées de l'étude du médiateur familial au Québec

TABLEAU II
Synthèse des résultats

MÉDIATEURS	FONCTION DE PRÉSENTATION DES RÈGLES DE PROCÉDURE		FONCTION D'INFORMATION SUR LES RÈGLES DE CONTENU	
	<i>Norme pratique d'impartialité</i>	<i>Norme juridique d'autonomie</i>	<i>Norme pratique d'information</i>	<i>Norme juridique d'autonomie</i>
AVOCATS	Devoir d'impartialité	Autonomie reconnue	Instructeur	Autonomie encouragée
TRAVAILLEURS SOCIAUX	Dilemme de l'impartialité	Autonomie accompagnée	Respectueux	Autonomie accompagnée
PSYCHOLOGUES	Neutralité dynamique	Autonomie dirigée	Communicateur	Autonomie dirigée

Toutefois ce tableau résume la position des médiateurs envers les fonctions définies par le *Guide*, il ne prendrait sens qu'en rapport avec le tableau sur le rôle de « tiers traducteur et décodeur » :

TABLEAU III
Le « tiers traducteur et décodeur » au sein des deux fonctions

« Tiers traducteur et décodeur »	FONCTION DE PRÉSENTATION DES RÈGLES DE PROCÉDURE		FONCTION D'INFORMATION SUR LES RÈGLES DE CONTENU	
	<i>Norme pratique d'impartialité</i>	<i>Norme juridique d'autonomie</i>	<i>Norme pratique d'information</i>	<i>Norme juridique d'autonomie</i>
AVOCATS	Respect mitigé de la NP ²⁹⁹	Non respect NJE car irrationalité	Partialité en faveur NJE ³⁰⁰	Non respect NJE car NP exige une aide du « tiers »
TRAVAILLEURS SOCIAUX	Non respect NP car absence de neutralité	Non respect NJE car respect Np ³⁰¹	Partialité en faveur de la NJE	Non respect NJE car action en responsabilisation du « tiers »
PSYCHOLOGUES	Non respect NP	Non respect car respect Np ³⁰²	Partialité en faveur des « participants »	Non respect NJE car « tiers » leader

²⁹⁹ NP correspond à norme de pratique en médiation familiale.

³⁰⁰ NJE signifie la norme juridique étatique.

³⁰¹ Np concerne la norme professionnelle de la pratique d'origine du médiateur familial.

³⁰² *idem*

CONCLUSION

L'exploration des entrevues accordées par les praticiens du Grand Montréal s'est effectuée au niveau de la séquence du processus de médiation familiale consacrée à la prise de décision d'un accord entre les époux séparés ou divorcés. Elle était guidée par l'hypothèse posée, à savoir que le processus de médiation abrite des « faits d'internormativité » entre la norme pratique d'impartialité et la norme juridique d'autonomie qui produisent des effets sur l'élaboration de l'entente de résolution du conflit matrimonial. Autrement dit plus la norme pratique d'impartialité s'applique et plus la norme juridique d'autonomie se manifeste par une entente librement consentie. Moins la norme pratique d'impartialité s'applique et moins la norme d'autonomie s'exerce. Par conséquent plus « le tiers traducteur et décodeur » de ces normes intervient et moins les « participants » disposent d'un contrôle sur la résolution du conflit.

La vérification de cette hypothèse a permis de constater que le médiateur familial exerce quatre fonctions, celle de présentation des règles de fonctionnement de la médiation familiale, celle d'information sur les règles de fond en matière de médiation familiale, celle d'enseignement d'une nouvelle communication entre les parents séparés ou divorcés et finalement celle de transformation de leur vision respective, du conflit et de son mode de règlement. Mais compte tenu des contraintes de temps et d'espace de rédaction seulement les deux premières fonctions ont été analysées. Elles ont conduit aux résultats suivants :

- 1) La fonction de présentation des règles procédurales a dévoilé la présence de « faits d'internormativité » entre le système juridique étatique, le système normatif de médiation familiale (*Guide des normes de pratique en médiation familiale*) et le système normatif professionnel d'appartenance de chaque groupe de praticiens interrogés. Ces « faits d'internormativité » mettent en rapport la norme juridique étatique de l'autonomie et la norme de pratique d'impartialité inclusive d'un devoir d'aide du médiateur familial aux « participants » vulnérables. La compréhension de ce rapport met en lumière la divergence de pratique, contrairement à l'objectif d'une pratique commune en médiation familiale visé par le *Guide des normes de pratique*, et le rôle du médiateur familial en tant que « tiers traducteur et décodeur ». Ainsi pour les praticiens issus du

groupe professionnel des avocats la relation entre l'autonomie des « participants » et l'impartialité du « tiers » se traduit par un sentiment de devoir d'impartialité. Toutefois, ce devoir les place dans une position mitigée envers l'autonomie des « participants » qui se traduit par un balancement entre une reconnaissance et une méconnaissance. Celui-ci est suscité par de rôle même de « traducteur et décodeur » de cette norme qui met en exergue l'irrationalité des « participants ». Par contre, les praticiens issus du domaine du travail social, perçoivent l'impartialité du « tiers » sous forme de dilemme qui trouve solution dans la prise en compte de valeurs personnelles et de valeurs professionnelles mettant ainsi en retrait la neutralité du « tiers ». Réciproquement, l'autonomie des « participants » est toute relative car elle est transcendée par la famille qui occupe le premier rang devant l'individu. À l'inverse les représentants du troisième groupe professionnel interrogé, c'est-à-dire les psychologues, se mettent en dehors de la norme de pratique d'impartialité pour concevoir une « neutralité dynamique » qui tend à prendre le parti de l'enfant enfermer, malgré lui, dans le conflit matrimonial de ses parents. Au point que l'autonomie de ces derniers se trouve alors supplantée par le devoir social, reconnu aux psychologues dont ces médiateurs relèvent, de les diriger.

L'analyse de cette fonction de présentation a également permis de déceler que, quel que soit le groupe de praticiens et quelle que soit la norme impliquée dans les « faits d'internormativité », le rôle de « traducteur et décodeur » comporte une propension à retenir le sens qui convient plus à une pratique personnalisée de la médiation familiale qu'à une pratique commune. Il en ressort alors un comportement du « tiers » plus motivé par un intérêt personnel que par le respect de la norme de pratique qui convie à l'impartialité et au respect de l'autonomie des « participants ». Autrement dit, cette fonction de présentation des règles de procédures applicables en médiation familiale dévoile un « tiers » interventionniste et intéressé plutôt qu'un « tiers impartial » et conforte l'hypothèse qu'à une impartialité réduite correspond une autonomie équivalente.

2) La fonction d'information sur les règles de fond comporte également des « faits d'internormativité » entre le système juridique étatique, le système de médiation familial et les systèmes normatifs professionnels de chacun des groupes représentés dans la présente étude. Cependant, les normes en présence sont, d'une part, les normes

juridiques d'ordre public sur la garde, le droit d'accès, les pensions alimentaires, le partage du patrimoine familial et autres ressources patrimoniales, et d'autre part, l'obligation d'information sur la loi applicable dictée par la norme pratique en médiation familiale. L'analyse du rapport entre ces deux normes indique la présence d'un paradoxe. D'un côté, la dissidence entre praticiens sur la compréhension de la norme juridique étatique et de l'autre côté, une convergence entre eux sur celle de la norme d'autonomie. Autrement dit, aussi bien les praticiens provenant du groupe des avocats que ceux du groupe des travailleurs sociaux, voient respectivement dans les dispositions légales d'ordre public, soit une protection des « participants » soit une contrainte pour eux, mais elles doivent être respectées par les époux séparés ou divorcés. À l'inverse, les médiateurs composant le groupe des psychologues interrogés s'attachent à voir dans la norme juridique étatique une référence légale qui n'écarte pas une certaine souplesse dans son interprétation. Toutefois, ces praticiens se rapprochent dans leur position vis-à-vis de la norme juridique de l'autonomie puisque les membres des trois groupes de praticiens rencontrés adoptent le rejet de celle-ci en accordant préséance à la norme pratique. Ainsi, les médiateurs représentant le groupe des avocats, bien qu'ils encouragent l'autonomie des « participants » s'appuient sur la dimension d'aide présente dans le devoir d'impartialité affecté par la norme pratique, alors que leur position envers celle-ci était mitigée dans la fonction de présentation des règles procédurales, pour l'écarter en vertu de la vulnérabilité perçue chez le couple désuni. À la présomption d'autonomie posée par la norme juridique étatique, ils préfèrent la norme pratique qui leur donne la possibilité d'être plus interventionnistes. De manière analogue, les praticiens provenant du champ du travail social s'appuie sur cette dimension d'aide inscrite dans la norme pratique d'impartialité pour forger leur action en responsabilisation, qu'ils rattachent à une pratique nouvelle en travail social et qui préconise une autonomie responsabilisée. À l'inverse, les représentants du troisième groupe professionnel retenu pour cette étude, s'appuie sur leur représentation en tant que leader, puisée à même leur pratique originelle, pour asseoir une conception d'autonomie dirigée. Par conséquent, face à cette norme de l'autonomie les raisons de s'en détacher reposent tantôt sur la norme pratique sans tenir compte de la norme professionnelle d'origine (médiateurs avocats), tantôt sur la norme pratique renforcée par la norme

professionnelle d'origine (médiateurs travailleurs sociaux), ou simplement sur la norme professionnelle d'origine sans tenir compte de la norme pratique (médiateurs psychologues).

À l'instar de la fonction de présentation des règles procédurales, la fonction d'information sur les règles substantielles démontre la présence de « faits d'internormativité » et un comportement du « tiers traducteur et décodeur » des normes en présence orienté vers une pratique personnalisée. Ce résultat répond à l'hypothèse posée que l'absence d'impartialité a pour corrélat l'absence d'autonomie et que chacune des fonctions analysées témoigne d'un médiateur interventionniste et non impartial.

En fait cette étude sur le rapport entre l'impartialité du « tiers » et l'autonomie des « participants » a dévoilé un pouvoir du « tiers » qui s'exerce d'abord à travers le discours de l'impartialité et de l'autonomie avant d'être concrétisé par une pratique orientée par une compréhension personnelle des normes qui gouvernent la médiation familiale. Et ce discours comme le souligne Foucault, « n'est pas simplement ce qui traduit les luttes ou les systèmes de domination, mais ce pour quoi, ce par quoi on lutte, le pouvoir dont on cherche à s'emparer »³⁰³.

En effet, le discours de la médiation familiale en tant que source de pouvoir pose l'impartialité du médiateur familial comme un postulat, garant, de son corollaire l'autonomie des « participants ». Cette dernière est alors perçue comme un acte de volonté des individus impliqués dans le processus, mais aussi comme une considération de leur parole retrouvée grâce à sa restauration par le « tiers » au moyen de la technique de l'« empowerment ». Or l'analyse du discours des praticiens sur l'impartialité de ce « tiers » dans le contexte de la médiation familiale au Québec, dépeint une autonomie reconnue des individus en rupture familiale, notamment par le médiateur avocat, mais qui nécessite, tantôt un accompagnement dans la perception du médiateur travailleur social, tantôt une direction dans celle du médiateur psychologue. Aussi, la mise en perspective de cette disposition des praticiens, à l'égard de la capacité des « participants » à gérer les conséquences de leur détermination à mettre fin au lien

303 Michel, FOUCAULT, « Leçon 12 », dans : M., Foucault, *L'ordre du discours*, Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970, Paris, Gallimard, 84 pages.

conjugal, avec le discours environnant sur la médiation familiale, relève une césure dans la représentation de l'impartialité et de l'autonomie par les théoriciens de la médiation et par ceux qui sont chargés de son application.

À cette césure s'ajoute une autre, celle qui ressort de la mise en relation du discours des rédacteurs du *Guide*, avec celui des praticiens. Ainsi, le premier prescrit au « tiers » une obligation d'impartialité qui a pour souci le maintien de la prise de décision du règlement du conflit familial sous « l'autorité des parties elles-mêmes ». Cependant, notre étude constate plutôt une inexécution de cette obligation d'impartialité et un déplacement du centre de décision des « participants » vers le « tiers ». Dès lors ces contradictions dans les trois paliers de discours, celui des théoriciens de la médiation familiale, celui des rédacteur du *Guide*, et celui des praticiens, attestent de la présence d'un pouvoir relié au discours qui présente un idéal d'impartialité et d'autonomie contredit par la réalité. Qu'en est-il de l'autre aspect du discours, celui qui est une finalité à atteindre ?

Sous cet angle, le discours de la médiation familiale préconise une redéfinition de la prise de décision dans le conflit privé puisque le couple désuni se donne sa propre loi pour la négociation de ses décisions. Il fait valoir également une redéfinition du sujet de droit, jusqu'alors identifié par des concepts abstraits, en sujet concret détenteur de besoins psychosociaux qui, à l'instar de la protection des droits individuels, doivent être satisfaits. Cette affirmation des besoins de l'individu conduit d'une part, à le sortir de l'isolement dans lequel les philosophes des Lumières l'avaient placé en le plaçant dans un faisceau de relations sociales, et d'autre part, à mettre un terme au monopole de la Raison par leur prise en considération. Toutefois, le discours des praticiens du Grand Montréal s'entoure de flou parce que, tout en reconnaissant des besoins aux « participants » à la médiation familiale, leur impose la loi comme limite. Dès lors, loin de favoriser la négociation d'un droit généré par les « participants », le « tiers » se charge d'appliquer le droit de l'État auquel il est également soumis et donc à exécuter et à faire exécuter un « droit imposé ».

Et dans cette perspective, la parole retrouvée des « participants » se transforme en parole capturée par le « tiers » dont l'objectif implicite serait de baliser leur autonomie.

Cette barrière s'arroge comme légitimité le besoin de l'enfant à être préservé des risques du choix parental, qui est celui de sortir d'une relation conjugale insatisfaisante. Ainsi, ce besoin de l'enfant, traduit en termes de sécurité affective et financière, aurait préséance sur celui des individus autonomes. Bien plus, il participerait au maintien des responsabilités parentales, et donc à la stabilité de l'enfant, au-delà du désengagement conjugal. Dès lors, ce besoin de l'enfant perpétue la famille dans sa fonction de cellule sociale de base chargée du maintien de l'ordre social et ce malgré la désertion de l'institution. Or cet objectif du « tiers » est également celui de l'État. En conséquence, la communauté de but n'écarte pas celle des moyens pour l'atteindre ni celle d'un rapprochement entre le « tiers » et l'État. Car il ne faut pas perdre de vue que le « tiers » détient le monopole de la résolution du conflit familial en vertu de l'État.

Dans cette optique la notion de « tiers impartial », d'après l'analyse faite auprès de l'échantillon de praticiens exerçant dans le Grand Montréal et qui n'a pas la prétention d'être généralisée, relèverait plus du mythe que de la réalité et le discours sur l'autonomie des « participants » prend alors l'apparence d'une conjuration de pouvoir de celui-ci. Un pouvoir qui recherche l'appropriation de la définition de la famille par le lien filial plutôt que par le lien matrimonial. Et cette nouvelle conception de la famille passe par un discours du « tiers », sur des représentations de la famille, du conflit familial, de sa résolution distincte, de la communication dans la relation d'intimité, en distinction des représentations classiques. En conséquence, ce discours qui a pour finalité le pouvoir revêt l'apparence d'une renaissance du « pouvoir prévoyant et doux »³⁰⁴ de l'État qu'une autonomie des « participants » dans le domaine de la famille croyait avoir écarté. Et, ce pouvoir, dans l'exemple de la médiation familiale au Québec rencontre, non seulement l'appui de l'État, puisque la pratique de la médiation est institutionnalisée, mais il s'exerce en connexité avec le système judiciaire. Autrement dit, il s'incorpore dans un système de pouvoirs préétablis.

Face à ce constat sur le médiateur familial, nous nous interrogeons si cette tension implicite entre l'autonomie de l'individu participant dans un processus de résolution du conflit et un retour de l'État, par l'entremise de représentant intermédiaire désigné

304 Irène, THÉRY, *Le démantèlement : justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 302.

comme « tiers impartial », ne traduit pas une conception divergente dans la gestion du conflit familial.

ANNEXE I

CODE DE PROCÉDURE CIVILE
(L.R.Q. c. C-25)

Dispositions du Code de procédure civile pertinentes à la médiation familiale

Art. 234 :

« Un juge peut être récusé :

- 1- S'il est parent ou allié de l'une des parties, jusqu'au degré de cousin germain inclusivement;
- 2- S'il est lui-même partie à un procès portant sur une question pareille à celle dont il s'agit dans la cause;
- 3- S'il a déjà donné conseil sur le différend, ou s'il en a précédemment connu comme arbitre; s'il a agi comme avocat pour l'une des parties, ou s'il a exprimé son avis extrajudiciairement;
- 4- S'il est directement intéressé dans un litige mû devant un tribunal où l'une des parties sera appelée à siéger comme juge;
- 5- S'il y a inimitié capitale entre lui et l'une des parties; ou s'il y a eu de sa part des menaces, depuis l'instance ou dans les six mois précédant la récusation proposée;
- 6- S'il est le représentant légal d'une partie au litige, son mandataire ou l'administrateur de ses biens, ou encore s'il est syndic ou protecteur de quelque ordre ou communauté, partie au litige;
- 7- S'il a quelque intérêt à favoriser l'une des parties;

S'il est parent ou allié de l'avocat ou de l'avocat-conseil ou de l'associé de l'un ou de l'autre, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale jusqu'au deuxième degré. »

Art.814.3 :

« Sauf les demandes visées à l'art.814.9, aucune demande mettant en jeu l'intérêt des parties et celui de leurs enfants ne peut être entendue par le tribunal, lorsqu'il existe entre les parties un différend relativement à la garde des enfants, aux aliments dus à une partie ou aux enfants ou au patrimoine familial et aux autres droits patrimoniaux résultant du mariage, à moins que les parties n'aient préalablement participé à une séance d'information sur la médiation et qu'une copie du rapport du médiateur n'ait été produite au moment de l'audience. »

DES DEMANDES RELATIVES AUX OBLIGATIONS ALIMENTAIRES À L'ÉGARD D'ENFANTS

Art. 825.8 :

« Le gouvernement établit, par règlement, des normes permettant de fixer la pension alimentaire exigible d'un parent pour son enfant, en fonction notamment de la contribution alimentaire de base à laquelle les deux parents devraient ensemble être tenus à l'égard de l'enfant, des frais de garde, frais d'études postsecondaires et frais particuliers relatifs à celui-ci et du temps de garde assumé par les parents à son endroit. Il prescrit à cette fin l'utilisation d'un formulaire, lequel est assorti d'une table déterminant, à partir du revenu disponible des parents et du nombre de leurs

enfants, la valeur de leur contribution alimentaire de base, de même que la production de tout document au soutien de ce formulaire »

Art. 825.13 :

« Les aliments dus à l'enfant sont établis sans tenir compte, le cas échéant, des aliments réclamés par l'un des parents pour lui-même.

Le jugement qui accorde des aliments à un enfant et à l'un des parents doit préciser distinctement le montant des aliments dus à chacun. »

ANNEXE II

Code civil du Québec
(L.Q., 1991, c. C-25)

Dispositions pertinentes à la médiation familiale

CONSENTEMENT

Art. 1385 :

« Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle.

Il est aussi de son essence qu'il ait une cause et un objet »

Art. 1386 :

« L'échange de consentement se réalise par la manifestation expresse ou tacite de la volonté d'une personne d'accepter l'offre de contracter que lui fait une autre personne »

Art. 1399 :

« Le consentement doit être libre et éclairé.

Il peut être vicié par l'erreur, la crainte ou la lésion. »

RÉSIDENCE FAMILIALE

Art. 409 :

« En cas de séparation de corps, de divorce ou de nullité du mariage, le tribunal peut, à la demande de l'un des époux, attribuer au conjoint du locataire le bail de la résidence familiale.

L'attribution lie le locateur dès que le jugement lui est signifié et libère, pour l'avenir, le locataire originaire des droits et obligations résultant du bail »

Art. 410 :

« En cas de séparation de corps, de dissolution ou de nullité du mariage, le tribunal peut attribuer, à l'un des époux ou au survivant, la propriété ou l'usage de meubles de son conjoint, qui servent à l'usage du ménage.

Il peut également attribuer à l'époux auquel il accorde la garde d'un enfant un droit d'usage de la résidence familiale.

L'usager est dispensé de fournir une sûreté et de dresser un inventaire des biens, à moins que le tribunal n'en décide autrement.

Art. 411 :

« L'attribution du droit d'usage ou de propriété se fait, à défaut d'accord entre les parties, aux conditions que le tribunal détermine et notamment, s'il y a lieu, moyennant une soulte payable au comptant ou par versements.

Lorsque la soulte est payable par versements, le tribunal en fixe les modalités de garantie et de paiement.

PATRIMOINE FAMILIAL

Art. 415 :

« Le patrimoine familial est constitué des biens suivants dont l'un ou l'autre des époux est propriétaire: les résidences de la famille ou les droits qui en confèrent l'usage, les meubles qui les garnissent ou les ornent et qui servent à l'usage du ménage, les véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille et les droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite. Le versement de cotisations au titre d'un régime de retraite emporte accumulation de droits au titre de ce régime; il en est de même de la prestation de services reconnus aux termes d'un régime de retraite.

Entrent également dans ce patrimoine, les gains inscrits, durant le mariage, au nom de chaque époux en application de la Loi sur le régime de rentes du Québec ou de programmes équivalents.

Sont toutefois exclus du patrimoine familial, si la dissolution du mariage résulte du décès, les gains visés au deuxième alinéa ainsi que les droits accumulés au titre d'un régime de retraite régi ou établi par une loi qui accorde au conjoint survivant le droit à des prestations de décès.

Sont également exclus du patrimoine familial, les biens échus à l'un des époux par succession ou donation avant ou pendant le mariage.

Pour l'application des règles sur le patrimoine familial, est un régime de retraite:

- le régime régi par la Loi sur les régimes complémentaires de retraite ou celui qui serait régi par cette loi si celle-ci s'appliquait au lieu où l'époux travaille,
- le régime de retraite régi par une loi semblable émanant d'une autorité législative autre que le Parlement du Québec,
- le régime établi par une loi émanant du Parlement du Québec ou d'une autre autorité législative,
- un régime d'épargne-retraite,
- tout autre instrument d'épargne-retraite, dont un contrat constitutif de rente, dans lequel ont été transférées des sommes provenant de l'un ou l'autre de ces régimes.

PARTAGE DU PATRIMOINE

Art. 416 :

« En cas de séparation de corps, de dissolution ou de nullité du mariage, la valeur du patrimoine familial des époux, déduction faite des dettes contractées pour l'acquisition, l'amélioration, l'entretien ou la conservation des biens qui le constituent, est divisée à parts égales, entre les époux ou entre l'époux survivant et les héritiers, selon le cas.

Lorsque le partage a eu lieu à l'occasion de la séparation de corps, il n'y a pas de nouveau partage si, sans qu'il y ait eu reprise volontaire de la vie commune, il y a ultérieurement dissolution ou nullité du mariage; en cas de nouveau partage, la date de reprise de la vie commune remplace celle du mariage pour l'application des règles de la présente section. »

PRESTATION COMPENSATOIRE

Art.427 :

« Au moment où il prononce la séparation de corps, le divorce ou la nullité du mariage, le tribunal peut ordonner à l'un des époux de verser à l'autre, en compensation de l'apport de ce dernier, en biens ou en services, à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint, une prestation payable au comptant ou par versements, en tenant compte, notamment, des avantages que procurent le régime matrimonial et le contrat de mariage. Il en est de même en cas de décès; il est alors, en outre, tenu compte des avantages que procure au conjoint survivant la succession.

Lorsque le droit à la prestation compensatoire est fondé sur la collaboration régulière de l'époux à une entreprise, que cette entreprise ait trait à un bien ou à un service et qu'elle soit ou non à caractère commercial, la demande peut en être faite dès la fin de la collaboration si celle-ci est causée par l'aliénation, la dissolution ou la liquidation volontaire ou forcée de l'entreprise »

PENSION ALIMENTAIRE

Art. 511 :

« Au moment où il prononce la séparation de corps ou postérieurement, le tribunal peut ordonner à l'un des époux de verser des aliments à l'autre »

Art. 587 :

« Les aliments sont accordés en tenant compte des besoins et des facultés des parties, des circonstances dans lesquelles elles se trouvent et, s'il y a lieu, du temps nécessaire au créancier pour acquérir une autonomie suffisante »

RÉGIMES MATRIMONIAUX

Art.431-492 C.c.Q.

ANNEXE III

Code de déontologie des avocats

- 3.06.01 :
« L'avocat ne doit pas faire usage de renseignements ou documents confidentiels au préjudice d'un client ou en vue d'obtenir directement ou indirectement un avantage pour lui-même ou pour autrui. »
- 3.06.02 :
« L'avocat ne peut accepter un mandat ou en continuer l'exécution s'il comporte ou peut comporter la révélation ou l'usage de renseignements ou documents confidentiels obtenus d'un autre client sans le consentement de ce dernier. »
- 3.06.03
« L'avocat doit exercer une prudence raisonnable afin d'empêcher que ses associés, employés ou autres personnes dont il retient les services ne divulguent les confidences de son client.»
- 3.06.04 :
« L'avocat qui emploie ou retient les services d'une personne ayant oeuvré dans une autre étude légale, ou qui s'associe avec elle, doit prendre les moyens raisonnables pour que cette personne ne lui révèle pas les confidences des clients de cette autre étude légale. »
- 3.06.05 :
« L'avocat doit sauvegarder en tout temps son indépendance professionnelle et éviter toute situation où il peut trouver un avantage personnel, direct ou indirect, actuel ou éventuel. »
- 3.06.06 :
« L'avocat doit éviter toute situation où il serait en conflit d'intérêts.
Dans l'appréciation de toute situation pouvant donner naissance à un conflit d'intérêts, l'avocat peut consulter un conseil nommé à cette fin par le Barreau. »
- 3.06.07 :
« L'avocat est en conflit d'intérêts lorsque, notamment :
1° il représente des intérêts opposés;
2° il représente des intérêts de nature telle qu'il peut être porté à préférer certains d'entre eux ou que son jugement et sa loyauté peuvent en être défavorablement affectés;
3° il agit à titre d'avocat d'un syndic ou d'un liquidateur, sauf à titre d'avocat du liquidateur nommé en vertu de la Loi sur la liquidation des compagnies (L.R.Q., c. L-4), et représente le débiteur, la compagnie ou la société en liquidation, un créancier garanti ou un créancier dont la réclamation est contestée ou a représenté une de ces personnes dans les deux années précédentes, à moins qu'il ne dénonce par écrit aux créanciers ou aux inspecteurs tout mandat antérieur reçu du débiteur, de la compagnie ou de la société ou de leurs créanciers pendant cette période. »
- 3.06.08 :
« Pour décider de toute question relative à un conflit d'intérêts, il faut considérer l'intérêt supérieur de la justice, le consentement exprès ou implicite des parties, l'étendue du préjudice pour chacune des parties, le laps de temps écoulé depuis la

naissance de la situation pouvant constituer ce conflit, ainsi que la bonne foi des parties. »

3.06.09 :

« Lorsque l'un des membres d'une étude est en conflit d'intérêts, les autres membres doivent, pour éviter d'être eux-mêmes considérés en conflit, prendre des mesures particulières pour assurer que des renseignements ou documents confidentiels pertinents au dossier ne soient divulgués.

Dans l'appréciation de l'efficacité de ces mesures, on peut tenir compte notamment des facteurs suivants :

1° la taille de l'étude;

2° les précautions prises pour empêcher l'accès au dossier par l'avocat effectivement en conflit d'intérêts;

3° les instructions données quant à la protection des renseignements ou documents confidentiels concernés par le conflit d'intérêts;

4° l'isolement relatif à l'avocat en conflit par rapport à celui chargé du dossier. »

3.06.10 :

« L'avocat qui se retire d'un dossier pour un motif de conflit d'intérêts doit prendre les dispositions conservatoires nécessaires pour éviter à son client un préjudice sérieux et prévisible. »

ANNEXE IV

Dispositions du *Guide des normes de pratique en médiation familiale* pertinentes à l'étude du « tiers »

Art.1.05 *in fine* :

« La responsabilité première pour la résolution du conflit repose sur les parties impliquées. Le devoir du médiateur *étant* d'aider les parties à atteindre une entente équitable découlant d'un consentement libre et éclairé *il* peut aider les parties à développer les options pour discussion et évaluation. *Toutes* les décisions doivent être prises volontairement par les parties elles-mêmes ».

Art. 2.01 : L'obligation du médiateur à l'impartialité

a) Le principe

Le médiateur familial doit faire preuve d'impartialité et s'assurer à toutes les étapes de la médiation qu'il conserve la confiance des deux parties. L'impartialité signifie que le médiateur doit être libre de tout favoritisme, préjugé ou conflit d'intérêts à l'égard de l'une ou l'autre des parties, tant dans ses propos, ses attitudes que dans ses actes.

Le médiateur doit être conscient que des relations professionnelles antérieures ou postérieures à la médiation risquent de compromettre son habileté à agir en tant que médiateur impartial.

L'impartialité du médiateur est susceptible d'être compromise par les relations sociales ou professionnelles avec les parties ou les tiers liés au conflit.

Le médiateur doit dévoiler aux participants tout préjugé qu'il pourrait nourrir relativement aux questions faisant l'objet de la médiation et de toute circonstance pouvant constituer ou créer un conflit d'intérêt, réel ou apparent. Ces révélations seront faites aussitôt que le médiateur reconnaît la possibilité qu'un préjugé fasse surface ou qu'un conflit d'intérêt survienne.

Le médiateur doit révéler aux parties toute relation personnelle ou professionnelle antérieure ou actuelle avec l'une des parties, incluant un tiers (personne physique ou morale) qui serait directement affecté par le résultat de la médiation, et qui pourrait être perçue comme un conflit d'intérêt ou entachant l'impartialité du médiateur. Dans la mesure du possible, le médiateur fait de même pour toute relation de même nature impliquant les personnes de son milieu de pratique. Le médiateur ne peut procéder à la médiation à moins que toute relation antérieure ou actuelle ait été discutée, que les parties aient été informées des conséquences possibles, que le rôle du médiateur ait été clarifié de façon à faire les distinctions de son rôle dans les relations précédentes, que toutes les parties consentent librement à la médiation en toute connaissance de cause, et que le code de déontologie du professionnel le permette.

Le médiateur s'abstiendra de participer à toute activité susceptible de créer un conflit d'intérêt. Il n'établira avec ses clients aucun lien risquant de porter atteinte à son

jugement professionnel ou, de quelque façon que ce soit, augmenter le risque qu'il n'exploite ses clients. Entre autres, le médiateur ne prendra pas en charge les cas impliquant ses amis proches, les membres de sa famille, des personnes faisant partie de son milieu de travail immédiat.

Le fait que l'une des parties ou les deux parties croient que le médiateur est partial n'oblige pas ce dernier à retirer ses services; cependant, il devrait, dans les circonstances, rappeler aux deux parties leur droit de mettre fin à la médiation.

Pendant la médiation, le médiateur ne doit fournir aucun autre service professionnel pour l'une ou l'autre des parties, incluant un tiers (personne physique ou morale) qui serait directement affectée par le résultat de la médiation.

Pendant la médiation, un médiateur doit s'assurer que toute personne de son milieu de pratique ne puisse fournir des services professionnels à l'une ou l'autre des parties, incluant un tiers (personne physique ou morale) qui serait directement affecté par le résultat de la médiation, sur des questions ressortant de la médiation ou y ayant fait l'objet de discussions, à moins de :

1. divulguer préalablement à toutes les parties son intérêt et que toutes les parties consentent librement à cette relation professionnelle, par écrit et en toute connaissance de cause;
2. s'assurer que les codes de déontologie des professionnels impliqués ne prévoient pas d'interdiction à cet effet

b) Les exceptions

En dépit de son devoir d'impartialité, le médiateur doit signaler aux parties tout aspect de l'entente qui peut être préjudiciable à l'une ou à l'autre des parties ou à l'intérêt des enfants, les mettre en garde et les inviter à explorer d'autres options. De plus, il peut fournir de l'information et de la documentation, recommander de recourir à un expert en la matière mais, conformément à la loi (Code de procédure civile, art. 815.2.3), il doit mettre un terme à la médiation s'il estime qu'il est contre indiqué de la poursuivre.

ANNEXE V

**LOI SUR LE DIVORCE
(L.R. (1985))**

ORDONNANCE ALIMENTAIRE AU PROFIT D'UN ENFANT

Art.15.1 (1) :

« Sur demande des époux ou de l'un d'eux, le tribunal compétent peut rendre une ordonnance enjoignant à un époux de verser une prestation pour les aliments des enfants à charge ou de l'un d'eux »

ORDONNANCES ALIMENTAIRES AU PROFIT D'UN ÉPOUX

Art.15.2 (1) :

« Sur demande des époux ou de l'un d'eux, le tribunal compétent peut rendre une ordonnance enjoignant à un époux de garantir ou de verser, ou de garantir et de verser, la prestation, sous forme de capital, de pension ou des deux, qu'il estime raisonnable pour les aliments de l'autre époux »

ANNEXE VI

LOI FACILITANT LE PAIEMENT DES PENSIONS ALIMENTAIRES

(L.R.Q., c. P-2.2, a.71)

1. Le paiement d'aliments accordés sous forme de pension à un créancier alimentaire en vertu d'un jugement exécutoire au Québec s'effectue de la manière et selon les modalités prévues par la présente loi.

Il en est de même dans le cas d'une pension alimentaire établie suivant une transaction et une déclaration commune de dissolution d'une union civile reçues devant notaire lorsque cette transaction le prévoit et est notifiée, avec la déclaration, au ministre ou lorsque celui-ci constate, sur demande du créancier et notification des documents, que le débiteur alimentaire est en défaut.

ANNEXE VII**RÈGLEMENT SUR LA PERCEPTION DES PENSIONS ALIMENTAIRES**

(c. P-22, r.1)

1. Pour l'application de l'article 11 de la Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires (L.R.Q., c. P-22), les montants suivants peuvent également faire l'objet d'une retenue:

- 1° les prestations d'assurance-emploi ou d'un régime de prestations supplémentaires de chômage;
- 2° les prestations d'invalidité versées en vertu d'un contrat d'assurance contre la maladie ou les accidents;
- 3° les prestations versées en vertu d'un régime privé de retraite;
- 4° les montants versés en vertu d'un régime de participation aux bénéfices;
- 5° les allocations de retraite et les indemnités de départ;
- 6° les redevances d'une rente constituée par contrat, jugement ou testament, y compris celle pratiquée par un assureur.

ANNEXE VIII

RÈGLEMENT SUR LA FIXATION DES PENSIONS ALIMENTAIRES

(c. C-25, r.12)

1. Les présentes règles, y compris le formulaire et la table auxquels elles renvoient, s'appliquent à toute demande relative à l'obligation alimentaire des parents à l'égard de leur enfant mineur.

Elles s'appliquent également à la demande présentée par un parent relativement à un enfant majeur qui, notamment parce qu'il poursuit des études à temps plein, n'est pas en mesure d'assurer sa propre subsistance.

2. Le tribunal peut fixer la pension alimentaire payable pour un enfant majeur à une valeur différente de celle qui serait exigible en application des présentes règles, s'il l'estime approprié compte tenu de l'ensemble des circonstances dans lesquelles l'enfant se trouve, notamment son âge, son état de santé, son niveau de scolarité ou la nature de ses études, son état civil et son lieu de résidence, de même que son degré d'autonomie et, s'il y a lieu, le temps nécessaire pour lui permettre d'acquérir une autonomie suffisante.

3. La pension alimentaire exigible d'un parent pour son enfant est établie, sur une base annuelle, en tenant compte de la contribution alimentaire de base à laquelle les parents devraient ensemble être tenus à l'égard de l'enfant, des frais de garde, des frais d'études post-secondaires et des frais particuliers relatifs à celui-ci, du revenu disponible de ce parent par rapport à celui des deux parents et du temps de garde qu'il assume à l'endroit de l'enfant, conformément aux règles qui suivent et selon le formulaire prévu à l'annexe I.

La contribution alimentaire de base des deux parents est établie en fonction de leur revenu disponible et du nombre de leurs enfants, selon la table prévue à l'annexe II.

4. Lorsqu'un parent assume plus de 60 % du temps de garde à l'égard d'un enfant, il est alors considéré en avoir la garde exclusive aux fins des présentes règles.

Lorsque la garde de tous les enfants est assumée exclusivement par l'un des parents, la pension alimentaire exigible du parent non gardien est calculée suivant la section 1 de la partie 5 du formulaire; cependant, si le parent non gardien bénéficie d'un droit de visite et de sortie prolongé, c'est-à-dire s'il assume entre 20 % et 40 % du temps de garde à l'égard des enfants, la pension alimentaire exigible de ce parent est calculée suivant la section 1.1 de cette partie du formulaire.

BIBLIOGRAPHIE

Articles de revue

- ASTOR, Hilary, « Rethinking Neutrality : A Theory to Inform Practice », in : *Australian Dispute Resolution Journal*, vol. 11, n° 2 & 3, May & August 2000, p. 73-83, 145-154.
- BAGSHAW, Dale, « The Three M's-Mediation-Postmodernisme and the New Millenium », in : *Mediation Quarterly*, vol. 18, n° 3, Spring 2001, p. 205-220.
- BARSKY, A.E., « Mediation and Empowerment in Child Protection Cases », in : *Mediation Quarterly*, vol. 14, n° 2, 1996, p. 112
- BASTARD, Benoît, Laura, CARDIA-VONÈCHE, « L'irresistible diffusion de la médiation familiale », dans : *Annales de Vaucresson*, 2/1988, n° 29, p. 169-197.
- BATAILLE, Michel, Jean-François, BLIN, Christine, JACQUET-MIAS, Alain, PIASER, « Représentations sociales, représentations professionnelles, système des activités professionnelles », dans : *L'année de recherche en science de l'éducation*, 1997, p. 58-89.
- BELLEY, Jean-Guy, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », dans : J., Kellrhals, D. Manai, R., Roth (éds.), *Pour un droit pluriel*. Études offertes au professeur Jean-François Perrin, Coll. Genevoise, Genève/Bâle/Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 135-165.
- BELLEY, Jean-Guy, « Le pluralisme juridique de Roderick Macdonald : une analyse séquentielle », dans : A., Lajoie (dir.), *Théorie et émergences du droit*, Montréal, Thémis, 1998, p. 56-67.
- BELLEY, Jean-Guy, « Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique », dans : Philippe, Gérard, François, OST, Michel van de Kerchove, *Droit négocié, droit imposé?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 353-391.
- BELLEY, Jean-Guy, « Le contrat comme phénomène d'internormativité », dans : J-G.Belley, *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 195.
- BELLEY, Jean-Guy, « L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers un théorie pluraliste du contrat », dans : *Cahier de droit*, n° 32, 1991, p. 253-299.
- BELLEY, Jean-Guy, « L'État et la régulation juridique dans les sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », dans : *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, n° 1, 1986, p. 11-32.
- BELLEY, Jean-Guy, « Georges Gurvitch et les professionnels du droit », dans : *Droit et société*, n° 4, 1986, p. 353-371.
- BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, « Plaidoyer pour une sociologie de la médiation », dans : *Annales de Vaucresson*, n° 29, 1988/2, p. 19-43.

- BRENER, Michelle, Steven, SEGAL, and Nathacha, SERVENTY, « What is « Transformative Mediation », in : *Australian Dispute Resolution Journal*, vol. 11, n° 3, 2000, p. 155-162.
- BUSH, Robert A. Barush, « Efficiency and Protection or Empowerment and Recognition ? The Mediator's Role and Ethical Standards in Mediation », in : *Florida Law Review*, vol. 41, n°2, 1989, p. 253-286.
- BYHAM, William, « L'empowerment, défense, illustration » in : *Expansion Management Review*, n°80, mars 1996, p.70-78.
- CARBONNIER, Jean, « Présentation », dans : J-G., Belley (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 4.
- CARBONNIER, Jean, « L'internormativité », dans : A-J, Arnaud et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., Paris, L.G.D.J. 1993, p. 313-314.
- CARBONNIER, Jean, « Réflexion sur la médiation », dans : Publications de l'institut Suisse de droit comparé, *La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ?*, Colloque scientifique de Lausanne, 14-15 novembre 1991, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1992, p. 11-22.
- CARBONNIER, Jean, « Gurvitch et les juristes », dans : *Droit et société*, n°4, 1986, p. 347-351.
- CARBONNIER, Jean, « Les phénomènes d'internormativité », dans : *European Yearbook in Law and Sociology*, 1977, p. 42-52.
- CHEVALLIER, Jacques, « L'ordre juridique », dans : C.I.R.A.P.P., *Le Droit en procès*, Paris, P.U.F., 1983, p. 7-8.
- COBB Sara, & Janet, RIFKIN, « Practice and Paradox : Deconstructing Neutrality in Mediation », in : *American Bar Foundation*, vol. 16, n° 1, 1991, p. 35-62.
- COBB Sara, « Empowerment and Mediation : A Narrative Perspective », in : *Negotiation Journal*, vol. 9, n° 3, July 1993, p. 245-255.
- COMMAILLE, Jacques, « Normes juridiques et régulation sociale : retour à la sociologie générale », dans : J., Commaille et F. Chazel, *Normes et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 13-22.
- COMMAILLE, Jacques, « La famille, la fin de la loi ? », dans : *Futuribles*, n° 53, avril 1991, p. 84.
- De SOUSA SANTOS, Bonaventura, « Droit : une carte à la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », dans : *Droit et société*, 1988, 10, p. 382.
- DEVLIN Audrey & Judith P., RYAN, « Family Mediation in Canada : Past, Present and Future Developments », in : *Mediation Quarterly*, n°6, 1984, p. 17-26.
- DINGWALL, Robert, « Empowerment or Enforcement ? Some questions about power and control in divorce mediation », in : R. Dingwall & J. Eekelaar (eds), *Divorce Mediation and the Legal Process*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 150-167.

- DINGWALL Robert, & D., GREATBATCH, « Who is in Charge ? Rhetoric and Evidence in the Study of Mediation », in : *Journal of Social Welfare and Family Law*, 1993, p. 365-387.
- DUGAN, Maire, « A Nested Theory of Conflict », in : *A Leadership Journal : Women in leadership-Sharing the Vision*, vol.1, n°1, 1996, p. 9-20.
- FELSTINER, W.L., & L.A., WILLIAMS, « Mediation as an Alternative Criminal Prosecution », in : *Law and Human Behavior*, n° 2, 1978, p. 223-244.
- FOLBERG, Jay, & Alison, TAYLOR, « Divorce Mediation : Promesses and Problems », in : Stephen B., Golberg, Eric D., Green, and Franck E.A, Sander (eds), *Dispute Resolution*, New York, Aspen Law Business, 1999, p. 458-464.
- FOLBERG, Jay, & Alison, TAYLOR, « A Mediation », in : S.B., Goldberg, E.D., Green, & F.E. A., Sander (eds), *Dispute Resolution*, Boston, Little Brown, 1985, p. 118-119.
- FOLGER Joseph P., & Robert Barush, BUSH, « Ideology, Orientation to Conflict, and Mediation Discourse », in : J.P., Folger, T.S., Jones (eds), *New Directions in Mediation Communication Research and Perspectives*, London/New Delhi, Sage Publications, 1994, p. 3-25.
- FREUND, Julien, « Le rôle du tiers dans le conflit », dans : *Études polémologiques*, n° 17, juillet 1975, p. 11-24.
- GILLIGAN, Carol, « In a Different Voice : Women's Conceptions of Self and Morality », in : *Harvard Education Review*, vol. 47, 1997, p. 480-492.
- GOLD, L., « Influencing Unconscious Influences : The Healing Dimension of Mediation », in : *Mediation Quarterly*, vol. 11, n° 1, 1993, p. 55-66.
- GORIE, D., « Mediator Neutrality : High Deal or Sacred Cow ? », in : L., Fisher (ed), *Conference Proceedings, Famcon '95*, Third National Family Mediation Conference, Sydney, 1995, p. 30
- GUAY, Louis, Éric, GAGNON, « Légitimité professionnelle et reconnaissance sociale : l'exemple des ingénieurs forestiers du Québec », dans : *Sociologie et sociétés*, vol. XX, n° 2, octobre 1988, p. 141-162.
- IMPERATI, Samuel J., « Mediator Practice Models : The Intersection of Ethics and Stylistic Practices in Mediation », in : *Willamette Law Review*, vol. 33, Summer 1997, p. 703-740.
- IRVING, Howard I., & Michael, BENJAMIN, « Research in Family Mediation : A Decade in Review », in : *Thérapeutique Family Mediation. Helping Families Resolving Conflict*, California, Sage Publication, 2002, p. 341-380.
- KOURILSKY, Chantal, « Socialisation juridique », dans A-J, Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème éd., Paris, L.G.D.J.. p. 555.
- LAJOIE, André, « La normativité professionnelle dans le droit : trajets et spécificité formelle », dans, J-G., Belley (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 159-194.

- LANDRY, Réjean, « L'analyse du contenu », dans B. Gauthier, *Recherche sociale. De la problématique à la collecte des données*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1997, p. 330-356.
- MACDONALD, Roderick A., « Les « Vieilles gardes ». Hypothèse de l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives », dans : J-G., Belley, *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 264-265.
- MALEY, Yon, « From Adjudication to Mediation : Third Party Discourse in Conflict Resolution », in : *Journal of Pragmatics*, n°23, 1995, p. 93-110.
- MATHIEU, Réjean, « Le travail social : actif ou à la remorque du changement social ? », dans : *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 11, n°2, et vol.12, n°1, p.1-8.
- MELAMED, James, « Maximizing Mediation », in : <http://www.to-agree.com>.
- MOORE, Christopher, « Strategies for Dealing With Special Situation », in : C. Moore, *The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict*, third ed., San-Francisco, Jossey-Bass, 2003, p. 368-426.
- MOORE, FALK, Sally, « Law and Social Change : The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », in : *Law and Society Review*, vol. 7, Summer 1973, p. 719-746.
- MORRIS, Catherine, « The Trusted Mediator : Ethics and Interaction in Mediation », in : J., Macfarlane, *Rethinking Disputes : The Mediation Alternative*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 1997, p. 301-347.
- MOTTA, Ricardo, « Institutions incompatibles et pluralisme », dans : N., Rouland (dir.), *Le droit à la différence*, Marseilles, Presses Universitaires de France, 2002, p. 283-305.
- ODOM, E., « The Mediation Hearing : A Primer », in : J.E., Palensky and H.M., Launer (eds), *Mediation*, Springfield, Thomas, 1986, p. 52-53.
- RABAULT, Hughes, « Du droit et des juristes en société globalisée », dans : *Droit et société*, n°58, 2004, p. 1-35.
- RIFKIN, Janet, Jonathan, MILLEN, Susan, COBB, « Toward a New Discourse for Mediation : A critique of Neutrality », in : *Mediation Quarterly*, vol. 9, n° 2, 1991, p. 151-164.
- ROBERTS, S., « Toward a Minimal Form of Alternative Intervention », in : *Mediation Quarterly*, vol. 11, 1986, p. 25-37.
- ROCHER, Guy, « Les « phénomènes d'internormativité » : faits et obstacles », dans J-G, Belley (dir.) *Le droit soluble. Contributions à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 26-36.
- ROCHER, Guy, « Pour une sociologie des ordres juridiques », dans : G., Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996, p. 123-150.
- ROCHER, Guy, « Droit, pouvoir et domination », dans : *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, n°1, avril 1986, p. 33-46.

- ROLLAND, Louise, « Les figures contemporaines du contrat », dans : *Revue de Droit de McGill*, vol. 44, n° 4, 1999, p. 903-952.
- ROY, Alain, « Le contrat en contexte d'intimité », dans : *McGill Law Journal*, vol. 47, n° , 2002, p. 869.
- SAVOIE-ZAJC, Lorraine, « L'entrevue semi dirigée », dans : B., Gauthier (dir.), *De la problématique à la collecte des données*, Québec, Presses universitaires du Québec, 1997, p. 266-275.
- SIMMEL, Georg, « Le conflit », dans : G. Simmel, *Étude sur les formes de la socialisation*, trad. Lilyane Deroche-Gurcel et Sibylle Muller, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 265-342.
- SPIELVOGEL, Myriam et Pierre NOREAU, « Régulation étatique du divorce et médiation familiale. Essai d'interprétation à partir du cas québécois », *Recherches et prévisions*, n° 70, Paris, CNAF, 2002, p. 31-48.
- TAYLOR, Alison, « Concepts of Neutrality in Family Mediation : Contexts, Ethics, Influence, and Transformative Process », in : *Mediation Quarterly*, vol. 14, n° 3, 1997, p. 215-236.
- TIMSIT, Gérard, « La surdétermination de la norme de droit : questions et perspectives », dans : A., Lajoie (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal/Bruxelles, Thémis/Bruylant, 1998, p. 102.
- TRUBECK, David M., « Les périodes critiques dans l'histoire récente de la théorie de l'accès à la justice : le sujet de droit à la quête de son autonomie », dans : *Annales de Vaucresson*, n° 29, 2/1988, p. 45-62.
- VANDERKOOI, Loïs, & Jessica, PEARSON, « Mediating Divorce Disputes : Mediators Behaviors, Styles and Roles », in : *Family Relations*, vol. 33, n° 4, 1983, p. 557-566.
- VANDERLINDEN, Jacques, « Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique », dans : *Revue de la Recherche juridique-Droit prospectif*, 1993, p. 573-583.
- VANDERLINDEN, Jacques, « Le pluralisme juridique. Essai de synthèse », dans : J., Vanderlinden, *Études sur le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de sociologie, 1972, 19-56.
- VATZ-LAROUSSE, Michèle, « Stratégies familiales : pour un travail social avec les familles », dans : G., Pronovost (dir.), *Comprendre la famille (1993). Actes du 2^{ème} symposium québécois de recherche sur la famille*, Québec, Presses de l'université du Québec, 1994, p. 73-84.

Décisions judiciaires

- R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863
- R. c. Hubbert*, [1975] 2a C.C.C. (2d) p. 295
- R.c. Morgentaler* [1988] 1 R.C.S. 30

Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'I.P.E. : Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'I.P.E. [1997] 3 R.C.S., 3 § 336

Sheratt c. R., [1991] 1 R.C.S., 509

Valenté c. La Reine [1985] 2 R.C.S., 673 § 15

Vriend c. Alberta [1998] 1 R.C.S. 493

Dictionnaires et encyclopédie

ARNAUD, André-Jean, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1993, 758 pages.

DUBOIS, Jean (dir.), *Dictionnaire de linguistique et des sciences du langage*, Paris, Larousse, 1994, 514 pages.

GUILLIEN, Raymond, Jean, VIENCENT (ed.), *Lexique juridique*, 6^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1985, p. 274.

ROBERT, Paul, *Le Nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaire Le Robert, 1996, 2171 pages.

Documents électroniques

ASSEMBLÉE NATIONALE, *Le journal des débats de la Commission permanente des institutions*, 35^e législature, 2^{ème} session du 29 janvier au 11 février 1997.
<http://www.assnat.qc.ca/archives-35leg2se/fra/>

BARREAU DU QUÉBEC, www.barreau.qc.ca.

Ordre des psychologues du Québec : www.ordrepsy.qc.ca/

Ordre des traducteurs, terminologues et interprètes agréés du Québec (OTTIAQ), www.ottiaq.org/fr

Ordre des travailleurs sociaux du Québec : www.optsq.org/travailleursocial

Documents professionnels

CODE DE DÉONTOLOGIE DES AVOCATS (R.Q., c. B-1, r.1)

CODE DE DÉONTOLOGIE DES PSYCHOLOGUES (R.Q., c.C-26, r.148.1)

CODE DE DÉONTOLOGIE DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES SOCIAUX (R.Q., c.C-26, r.148.1)

COMITÉ DES ORGANISMES ACCRÉDITEURS EN MÉDIATION FAMILIALE (C.O.A.M.F.), *Guide des normes de pratique en médiation familiale*, Montréal, 1998, 28 pages (annexes)

Législation

CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS, L.R.C. (1985) App.II, n°44

CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE, L.R.Q., c. C-12

CODE CIVIL DU QUÉBEC (L.Q.1991, c.64)

CODE DES PROFESSIONS (L.R.Q., c. C-26)

CODE DE PROCÉDURE CIVILE (L.R.Q. c. C-25)

LOI INSTITUANT AU CODE DE PROCÉDURE CIVILE LA MÉDIATION PRÉALABLE EN MATIÈRE FAMILIALE ET MODIFIANT D'AUTRES DISPOSITIONS DE CE CODE (L.Q., 1997, c.42)

LOI SUR LE DIVORCE (1985)

RÈGLEMENT D'ACCRÉDIATION POUR LA PRATIQUE DE LA MÉDIATION FAMILIALE (L.R.Q., c. C-25 r. 2.1).

RÈGLEMENT SUR LA FIXATION DE LA PENSION ALIMENTAIRE POUR LES ENFANTS, (R.Q., c. C-25, r.1.2.).

RÈGLEMENT SUR LA PERCEPTION DES PENSIONS ALIMENTAIRES (c. P-22, r.1).

Monographies et recueils

ASCH, Salomon .E, *Social Psychology*, Oxford, Oxford University Press, 1987, 646 pages.

BARDIN, Laurence, *L'analyse du contenu*, 9^{ème} éd., Paris, P.U.F. , 1998, 291 pages.

BASTARD, Benoît, *Les démarieurs. Enquête sur les nouvelles pratiques du divorce*, Paris, La Découverte, 2002,

BASTARD, Benoît, Laura, CARDIA-VONÈCHE, *Le divorce autrement : la médiation familiale*, Paris, Syros Alternatives, 1990, 215 pages.

BEAUDOIN, Jean-Louis, *Les obligations*, 4^{ème} éd., Montréal, Les Éditions Yvon Blais, 1993, 746 pages.

BELLEY, Jean-Guy, *Conflit et pluralisme juridique en sociologie du droit*, thèse de doctorat soutenue en mars 1977, à Paris II, 569 pages.

BERLSON, Bernard, *Content Analysis in Communication Research*, New York, Free Press, 1952, 220 pages.

- BOULE, Laurence, & Miryana, NESSIC, *Mediation : Principles, Process, Practice*, Sydney, Butterworths, 1996, 610 pages.
- CARBONNIER, Jean, *Sociologie juridique*, 1^{ère} éd., Coll. Quadrige, Presses Universitaires de France, 1994, 415 pages.
- CARPLOW, Théodore, *Deux contre un. La coalition dans les triades*, traduction de P. Cep, Paris, Armand Colin, 1971, 296 pages.
- COSER, Lewis, A., *Les fonctions du conflit social*, Paris, P.U.F., 1982, 183 pages.
- DAHRENDORF, Ralf Gustav, *Classes et conflits de classes dans la société industrielle*, Paris, Mouton, coll. L'œuvre sociologique, 1972, 341 pages.
- DEROCHE-GURCEL, Lilyane, Patrick, WALTER, *La sociologie de Georg Simmel 1908 : éléments actuels de modélisation sociale*, 1^{ère} éd., Paris, P.U.F., 2002, 281 pages.
- FISHER, Roger & William L., URY, *Getting to Yes : Negotiating Agreement Without Giving In*, 2nd ed., Boston, Houghton Mifflin, 1992, 224 pages.
- FISHER, Roger, & William L., URY, *Comment réussir une bonne négociation*, Paris, Le Seuil, 1985, 220 pages
- FOLBERG, Jay, & Alison, TAYLOR, *Mediation. A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, San Francisco, Jossey-Bass, 1984, 392 pages.
- FOLGER, Joseph, & Robert Barush, BUSH, *The Promise of Mediation*, San Francisco, Jossey-Bass, 2005, 287 pages.
- FOUCAULT, Michel, « Le sujet et le pouvoir » dans : M., Foucault, *Dits et écrits*, T. IV, Paris, Éditions Gallimard, 1994, p. 222-243.
- FOUCAULT, Michel, *L'ordre et le discours. Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970*, Paris, Gallimard, 84 pages.
- FREUND, Julien, *Sociologie du conflit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983, 380 pages.
- HAYNES, John M., *Divorce Mediation : A Practical Guide for Therapists and Counselors*, New York, Springer, 1981, 193 pages
- HOBBS, Thomas, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, trad. Gérard Mairet, Paris, Gallimard, 2000, 1027 pages.
- HORGUELIN, Paul A., *Pratique de la révision*, Montréal, Linguatex, 1978, 189 pages.
- IRVING, John, *Divorce Mediation. The Rational Alternative*, Rexdale, Ontario, Willey and Sons, 1980, 216 pages.
- KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris, L.G.D.J., 1999, 367 pages.
- LAJOIE, Andrée (dir.), *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal/Bruxelles, Thémis/Bruylant, 1998, 266 pages.

- LAJOIE, Andrée, Jean-Marie, BRISSON, Sébastien, NORMAND, Alain, BISSONNETTE, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Québec, Yvon Blais, 1996, 305 pages.
- LUELLES, Didier, Benoît, MOORE, *Droit québécois des obligations*, vol.1, Montréal, Thémis, 1998, 180 pages.
- MACNEIL, Ian.R., *The New Social Contract : An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980, 164 pages.
- MARX, Karl, et Friedrich ENGELS, *Manifeste du Parti communiste*, trad. Michèle TAILLEUR, Paris, Édition sociale, 1983, 158 pages.
- MOORE, Christopher, *The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict*, 2ed., San Francisco, Jossey-Bass, 1996, 348 pages.
- POSPISIL, Léopold Jarosl, *Anthropology of Law : A Comparative Theory*, New York, Harper & Row, 1971, 385 pages.
- RANOUIL, Véronique, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution du concept*, préf. J.-Ph. Lévy, Paris, P.U.F., 1980, 165 pages.
- ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, trad. L. François et P., Gotho, intro. P. Francescakis, Paris, Dalloz, 1975, 174 pages.
- ROSS, Edward, *Social Control and the Foundations of Sociology*, Boston, Beacon Press, 1959, p. 31, 42-44, 48
- ROULAND, Norbert, *Aux confins du droit : Anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Odile Jacob, 1991, 318 pages.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social. Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité*, Paris, Booking International, 1996, 283 pages.
- SAPOSNEK, Donald T., *Mediating Child Custody Disputes : A Systematic Guide for Family Therapists, Court Counselors, Attorneys, and Judges*, 1st ed., San Francisco, Jossey-Bass, 1983, 326 pages.
- SCHÖN, Donald, *Le praticien réflexif*, trad. J., Heynmand et D., Gagnon, Montréal, Les Éditions Logiques, 1994, 418 pages.
- SENNETT, Richard, *Les tyrannies de l'intimité*, Paris, Le Seuil, 1979, 282 pages.
- SINGLY, François, de, *Le Soi, le couple et la famille*, Paris, Nathan, 1996, 255 pages.
- SIX, Jean-François, *Le temps des médiateurs*, Paris, Le Seuil, 1990, 271 pages.
- SIMMEL, Georg, *Étude sur les formes de socialisation*, trad. L. Deroche-Gurcel et S., Muller, Paris, P.U.F., 1999, 756 pages.
- SIMMEL, Georg, *Sociologie et épistémologie*, Paris, P.U.F., 1981, 238 pages.
- TARDE de, Gabriel, *Les transformations du droit : étude sociologique*, 8^{ème} éd., Paris, F. Alcan, 1922, 205 pages.
- THÉRY, Irène, *Le démariage : justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1996, 376 pages.
- TIMSIT, Gérard, *L'archipel de la norme*, Paris, P.U.F., 1997, 252 page.

WEBER, Max, *Économie et société*/1 *Les catégories de la sociologie*, Paris. Plon, 1971, 411 pages.

