

ASSOCIATION MEDIATONS

Informations de la Commission médiation familiale

Ce document est rédigé par la Commission de la médiation familiale de l'Association MédiationS de Genève qui a pour but de promouvoir la médiation et d'offrir aux médiateurs un lieu de concertation, de réflexion et d'information.

Des médiateurs familiaux de plusieurs lieux de pratique et de formation, ainsi que de diverses associations, composent notre Commission, soit actuellement :

- Association internationale francophone des intervenants auprès des familles séparées (AIFI), section suisse
- Centre d'études et de formation continue de la Haute Ecole de Travail social (CEFOC)
- Commission de préavis en matière de médiation du Conseil d'Etat
- Couple et Famille
- Groupement Pro Médiation (GPM)
- Maison genevoise des Médiations (MgeM)
- Office protestant de consultations conjugales et familiales (OPCCF)
- Ordre des Avocats (OdA)
- Fédération Suisse des Avocats (FSA)
- Parents pour toujours (PFS)
- Service Social International (SSI)

Ces informations et les opinions émises n'engagent que notre Commission.

Ce document a pour but d'informer les médiateurs familiaux du canton de Genève du développement de la médiation, des réflexions, des recommandations et des questions dont elle est saisie par les médiateurs, les magistrats, les pouvoirs publics et les acteurs de la société civile.

Ces informations s'adressent à tous les médiateurs assermentés qui figurent sur la liste tenue par le Conseil d'Etat. Ce document peut également être distribué à toute personne intéressée par la pratique de la médiation.

I. MEDIATION EN RELATION AVEC LE TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE

Dans la majorité des cas, les accords de médiation sont approuvés sans difficulté par la justice. Néanmoins, médiateurs et magistrats ont rencontré des difficultés lors de l'homologation de certains accords de médiation.

Afin de mieux cerner la situation et chercher des solutions ensemble, nous avons entamé un dialogue avec la magistrature qui a accueilli cette démarche très favorablement. Notre Commission a rencontré à trois reprises trois juges, représentants du Tribunal de première instance de Genève.

Voici le résumé de nos discussions :

Les implications qui existent nécessairement entre la médiation et le droit doivent être prises en compte, et plus particulièrement lors de l'homologation des accords de médiation au Tribunal. Si tous les renseignements nécessaires sont transmis en amont, ceci évite d'être confrontés à des problèmes en justice. Les magistrats ont repéré certaines informations importantes, parfois ignorées des médiés, qui méritent d'être rappelées pour améliorer les services des médiateurs.

Précisons encore que le nouveau code de procédure civil fédéral entrera, en principe, en vigueur le 1^{er} janvier 2011 et comportera des modifications significatives. La nouvelle loi d'organisation judiciaire genevoise vient d'être adoptée par le Grand Conseil et son entrée en vigueur sera fixée ultérieurement. Nous n'avons donc pas encore pu en tenir compte dans ce document.

A. CONSIDERATIONS D'ORDRE GENERAL

Procédure judiciaire et médiation

Pendant le processus de médiation, les médiés devraient s'engager à ne pas intenter une procédure judiciaire ou mettre un terme à la médiation avant de saisir le Tribunal.

Si une procédure judiciaire est en cours, dès que le juge est informé par les parties, le cas échéant par le médiateur, de la signature de leur engagement en médiation, le juge suspend l'instance.

La médiation peut être proposée par l'intervenant du Service de protection des mineurs (SPMi), chargé du rapport d'évaluation ordonné par le Tribunal. En cas d'acceptation, le juge en sera informé par les parties et suspendra la procédure judiciaire et l'évaluation sociale.

Mention de l'accord de médiation

Les accords soumis au Tribunal devraient indiquer qu'ils ont été conclus lors d'une médiation (avec le nom du médiateur) et, si possible, contenir une clause de retour en médiation, en cas de difficultés.

Prévisibilité

Les événements certains, qui vont se produire dans un avenir proche, seront pris en compte dans l'accord de médiation. A défaut, lors d'un procès ultérieur, les parties pourraient ne plus être autorisées par le juge à s'en prévaloir.

Ainsi, à titre d'exemple, s'il est prévu de vendre la maison, il faudra envisager les conséquences de cette vente sur la situation financière des parties ou sur les contributions d'entretien.

Modification des accords

En général, c'est la survenance d'événements nouveaux et imprévisibles qui obligent les médiés à retourner devant le juge pour modifier leur accord. Toutefois, il arrive aussi que les accords soient conclus un peu précipitamment. Il vaut mieux encourager les médiés à prendre le temps nécessaire pour approfondir et régler toutes les questions avant de soumettre l'accord au juge.

Relations entre le magistrat et le médiateur

Les juges ne sont pas autorisés à prendre contact avec un médiateur dans une situation particulière. Néanmoins, en cas de refus d'homologuer une convention, il en informe le médiateur (voir infra).

Il est conseillé aux médiateurs de s'adresser à notre Commission de la médiation familiale, en cas de problèmes rencontrés au Tribunal.

Notre Commission a prévu d'organiser des rencontres occasionnelles avec les magistrats pour se concerter.

Refus d'homologuer les conventions

L'article 71J de la loi de procédure civile genevoise stipule :

« Si la convention est, en tout ou partie, contraire à l'ordre public ou au droit impératif, le juge donne par ordonnance la faculté aux parties de la modifier, en précisant les points susceptibles de ne pas être homologués et en leur impartissant à cet effet un délai qui, dans la règle, n'excède pas trente jours. Il informe en outre le médiateur d'un éventuel refus d'homologation ».

Il est donc conseillé de faire figurer le nom du médiateur sur la convention.

Vérification des accords de médiation

Les magistrats conseillent de faire vérifier les conventions de médiation par un avocat avant de les soumettre au Tribunal. Il arrive parfois que la perception de la situation par le médiateur et par l'avocat soit très divergente, ce d'autant plus si l'avocat n'a pas assisté à la médiation.

Pour favoriser une bonne collaboration, l'avocat devrait bien connaître le processus de médiation. A défaut, le médiateur peut inviter l'avocat à prendre contact avec lui.

Certains avocats, également médiateurs familiaux, sont conscients des conceptions différentes du droit et de la médiation et peuvent aussi être consultés. Leurs noms figurent sur la liste des médiateurs assermentés par le Conseil d'Etat sur le site :

http://www.geneve.ch/tribunaux/doc/MEDIATION/Tableau_mEDIATEURS_civils.pdf

Distinction et choix des requêtes en justice

Les accords de médiation remis au juge pour ratification peuvent relever de procédures judiciaires différentes et sont soumis à différentes dispositions légales obligatoires.

Il faut donc bien connaître l'intention des médiés, leur donner toutes informations nécessaires et s'assurer qu'ils choisissent la procédure appropriée.

Les différences entre les mesures protectrices de l'union conjugale et le divorce seront clairement expliquées.

Nos échanges avec les magistrats se sont limités à l'examen des problèmes rencontrés lors de ces deux procédures judiciaires très fréquentes.

B. LES MESURES PROTECTRICES DE L'UNION CONJUGALE

Les couples peuvent conclure des accords sans nécessairement les soumettre au Tribunal, à l'exception des accords relatifs à leurs enfants.

En effet, ces derniers accords doivent être vérifiés et homologués par le juge pour produire des effets juridiques.

Toutefois, il faut savoir que certains services de l'administration exigent un jugement conforme pour octroyer leurs prestations.

Le juge modifiera d'office les accords non conformes à la loi.

En cas de demande d'homologation de l'accord auprès du Tribunal, la loi prévoit une procédure spéciale accélérée, peu formaliste. Il n'est donc pas toujours indispensable de rédiger une requête formelle et il peut parfois suffire de remettre au Tribunal l'accord de médiation, à condition que celui-ci contienne impérativement la mention de la procédure choisie.

Le juge, amené à vérifier d'office les accords concernant les enfants, et notamment le montant des contributions d'entretien, exigera de disposer des pièces justificatives des revenus et des charges de chaque membre de la famille.

Le magistrat s'assurera également que les pensions se calculent facilement afin de permettre une exécution forcée du jugement ultérieurement si l'une des parties manquait à ses engagements financiers. Le but d'un jugement consiste à obtenir son exécution et, si nécessaire, par la contrainte publique (Office des poursuites).

A Genève, les juges calculent généralement la contribution à l'entretien de la famille en application de la méthode dite du minimum vital (Arrêt de Tribunal Fédéral ATF 126 III 8 ; 119 II 313 ; Perrin, la méthode du minimum vital, in Semaine judiciaire 1993, 425).

Dans certaines circonstances, une aide financière peut également être requise par le créancier de la pension auprès du Scarpa (Service cantonal de recouvrement des pensions alimentaires).

Les parties ont la possibilité de changer de régime matrimonial et pourront abandonner le régime de la participation aux acquêts pour adopter le régime de la séparation de biens. Le cas échéant, l'accord indiquera simplement que les parties sont soumises au nouveau régime.

Précisons que le juge des mesures protectrices de l'union conjugale n'est pas autorisé à liquider l'ancien régime et devra se limiter à homologuer le changement de régime.

En revanche, les parties restent libres de conclure entre elles, (sous seing privé), un accord de liquidation de l'ancien régime matrimonial, qu'elles pourront ultérieurement faire ratifier par le juge dans la procédure en divorce ou dans une procédure en liquidation du régime matrimonial.

C. LE DIVORCE

Le divorce prévoit une procédure obligatoire et formaliste. Le juge vérifiera l'application des règles impératives selon le droit de procédure cantonal (LPC) et le droit du divorce fédéral (CCS).

Les médiés déposent au Tribunal une demande commune en divorce à laquelle ils annexent leur accord de médiation et toutes les pièces justifiant des revenus et des charges de toute la famille.

Les parties doivent présenter des accords sur tous les points prévus par la loi :

- la volonté de divorcer,
- l'attribution du domicile,
- l'autorité parentale,
- la garde des enfants,
- le droit de visite,
- les pensions d'entretien des enfants et éventuellement du conjoint,
- le partage des prévoyances professionnelles,
- la liquidation du régime matrimonial,
- la prise en charge des frais de justice.

Les pensions en faveur des enfants seront corrigées d'office par le juge si elles sont trop faibles ou trop élevées, par exemple, si elles risquent de mettre le débiteur dans l'impossibilité de payer.

Pour les médiateurs, il est utile de savoir que le juge devra poser les limites nécessaires, imposées par le législateur.

Il est admis de fixer les pensions de diverses façons, par exemple en retenant un montant correspondant aux frais effectifs, avec une augmentation par tranches d'âges des enfants ou en pourcentage du revenu du débiteur et encore d'autres manières, à condition que le calcul soit aisé et précis et qu'il puisse être établi au moyen du jugement de divorce et du revenu du débiteur.

Dans l'hypothèse où chaque parent prend en charge une partie des frais des enfants, les médiateurs clarifieront, par écrit, la répartition précise des différentes charges entre eux.

Les parties ne peuvent pas demander au juge d'inclure dans le dispositif du jugement des accords concernant les enfants majeurs.
Par contre, le parent débiteur pourra indiquer dans son budget la pension versée à son enfant majeur qui sera consulté à ce sujet.

Lorsque l'enfant atteint sa majorité pendant la procédure, le juge devra l'entendre si ses parents ont convenu dans l'accord de médiation de lui verser une contribution alimentaire au delà de la majorité.

II. REFLEXIONS SUR LE TRAITEMENT PAR LA JUSTICE DES ACCORDS DE MEDIATION CONCERNANT LES COMPORTEMENTS DES PARTIES

Notre Commission a discuté avec les magistrats d'une question qui nous tient à cœur parce qu'elle occupe une place importante dans l'approche de la médiation.

Comment faire figurer, dans les jugements, les accords qui règlent les comportements privés des parties mais qui ne sauraient être exécutés par la contrainte publique?

Pour illustrer ce propos, prenons l'exemple d'un parent qui promet à l'autre parent de s'abstenir de boire de l'alcool pendant qu'il s'occupe des enfants.

Ce genre d'engagement peut s'avérer essentiel pour redonner confiance à l'un ou l'autre des conjoints et permettre finalement de trouver un accord global sur tous les autres points de la convention.

Comment un tel accord est-il traité sous l'angle juridique ?

Les magistrats divergent dans leur approche et leur interprétation sur cette question.

Certains juges estiment qu'ils ne sauraient homologuer dans le dispositif du jugement des accords non exécutoires par la force publique car ce serait donner l'illusion que la justice peut tout contrôler. L'accord de médiation peut toutefois figurer comme pièce annexée au jugement.

D'autres magistrats considèrent que de tels accords, quand ils sont d'importance pour les parties, peuvent être intégrés tout à la fin du jugement, sous la formule idoine : « donner acte à l'une des parties de son engagement à respecter tel comportement... » et si nécessaire, être différenciés des clauses purement exécutoires du jugement.

A notre demande, les juges ont accepté de porter cette question devant le plénum des juges du Tribunal de première instance. Ce sujet a donné lieu à un débat sans qu'il puisse se dégager une solution commune et consensuelle. Il semble cependant que la tendance à accepter d'intégrer dans les jugements des accords concernant le comportement des parties se développe.

A notre avis, l'important consiste à réfléchir et à essayer de trouver des solutions innovatrices et satisfaisantes pour tous les acteurs concernés par la bonne résolution des conflits familiaux.

Une situation envisagée sous l'angle juridique, relationnel, psychologique, émotionnel ou sociologique donnera des résultats différents alors qu'il s'agit du même conflit. Ces visions complémentaires permettent de mieux appréhender la réalité.

La médiation, par son approche holistique, essaye de donner aux médiés, avec l'aide d'un tiers qualifié, la possibilité de régler eux-même leur conflit, sous ses divers aspects et dans un esprit constructif. Cette approche se confronte toutefois à ses limites lorsque les médiés ne parviennent pas à s'entendre.

Le rôle de la justice consiste à trancher tous les litiges qui lui sont soumis. Lors de procédures contradictoires, le juge vérifie l'application des règles juridiques et doit se baser sur l'établissement des preuves pour rendre son jugement.

La nécessaire confrontation de la médiation et du droit participe, à notre avis, à la recherche de solutions adéquates, et si possible consensuelles, répondant aux besoins spécifiques des citoyens, qui veulent être reconnus dans leurs différences. En d'autres termes, elle favorise une justice humaine tout en posant un cadre et des limites nécessaires dans un Etat de droit.

Nous terminons ce chapitre en citant le bel adage romain « jus art boni et aequi »* , qui reflète l'idée d'une justice en mouvement, qui doit constamment s'adapter pour se trouver en phase avec les valeurs de son temps et promouvoir la paix.

*Le droit est l'art du bon et de l'équitable.

III. INFORMATIONS DE L'ASSOCIATION MEDIATIONS SUR LA MEDIATION FAMILIALE.

Notre Commission de la médiation familiale a édité des dépliants d'information sur la médiation familiale qui peuvent être commandés sur notre adresse électronique info@association-mediations.ch.

Ceux-ci sont remis gracieusement aux membres de l'Association MédiationS sur demande.

Les dépliants ont également été distribués à tous les juges du Palais de justice concernés par le droit de la famille qui les remettront aux parties lorsque la question de la médiation sera abordée.

Notre Association a ouvert un site internet www.association-mediations.ch qui fournit des informations générales sur toutes les catégories de médiations pratiquées à Genève avec un lien sur le site des médiateurs assermentés auprès du Conseil d'Etat.

Notre Commission a également rencontré la Présidente du Tribunal tutélaire, la Directrice du Service de la protection des mineurs, la Directrice du Scarpa, des responsables de l'Administration fiscale, ainsi qu'un responsable du Service social international, avec lesquels nous collaborons pour promouvoir une meilleure connaissance de la médiation et son accès pour chacun par divers moyens, dont notamment la sensibilisation à la médiation et la distribution de notre dépliant.

REMERCIEMENTS

Nous sommes très heureux de vous remettre ces premières informations sur la médiation familiale, document qui a pu être édité grâce à la précieuse collaboration des magistrats de pouvoir judiciaire et des membres de notre Commission.

Nous remercions chaleureusement de leur écoute, leurs conseils et leur soutien, toutes les personnes qui ont accepté de nous rencontrer.

La Commission de la médiation familiale de l'Association MédiationS de Genève.

Pour la rédaction : Pauline Wenger Studer

Les membres de la Commission médiation familiale de l'Association MédiationS

Courvoisier Francine, Présidente
Barthassat Milène
Chenou Martine
Favez Marie-Jo
Iselin Zellweger Ingrid
Jaques Danièle
Lehmann Hans
Monnier Sylvie
Reynaud de la Jara Kristine
Salberg Anne-Catherine
Wenger Studer Pauline

Genève, novembre 2009.

Les reproductions partielles ou complètes sont autorisées à condition d'indiquer la source.