



PORTAIL INTERNET    PORTAIL INTRANET

[LOGIN](#)

[IMPRIMER](#)

[ENVOYER](#)

[FAVORIS](#)

[DOCUMENTS LIÉS](#)

[ENGLISH](#)

## CONSEIL DE L'EUROPE

### COMITE DES MINISTRES

#### EXPOSE DES MOTIFS

#### **de la Recommandation Rec(98) 1 par le Comité des Ministres aux états membres sur la médiation familiale**

*(adoptée par le Comité des Ministres le 21 janvier 1998,  
lors de la 616e réunion des Délégués des Ministres)*

#### **A. Considérations générales**

1. La 3e Conférence européenne sur le droit de la famille portant sur “le droit de l'avenir” (Cadix, Espagne, 20-22 avril 1995) a recommandé au Conseil de d'examiner la question de la médiation familiale ou autres modes de règlement de familiaux à la lumière des conclusions de la conférence, et d'examiner la préparation é d'un instrument international contenant les principes relatifs à la médiation ou autres r règlement des litiges familiaux.

2. A la suite de cette proposition, le Comité d'experts sur le droit de la famille (CJ-F l'autorité du Comité européen de coopération juridique (CDCJ), s'est vu confier le d“élaborer un rapport énonçant les principes relatifs à la médiation et autres modes de r des litiges familiaux et, le cas échéant, formuler des propositions à l'attention du CDCJ ce l'élaboration éventuelle d'un instrument international dans ce domaine”. Afin de remplir ce le CJ-FA a créé le Groupe de travail sur la médiation et autres modes de règlement d familiaux (CJ-FA-GT2).

3. Le Groupe de travail sur la médiation et autres modes de règlement des litiges f sous l'autorité du CJ-FA, a tenu trois réunions au cours desquelles il a proposé un

recommandation sur la médiation familiale. Le CJ-FA a achevé ses travaux sur le [ ] recommandation lors de sa 30e réunion. Ce texte a ensuite été révisé par le CDCJ et adopté par le Comité des Ministres le 21 janvier 1998 en tant que Recommandation no R (98)[1].

## **B. Commentaires sur la recommandation**

4. L'utilisation de la médiation familiale et d'autres modes de règlement des litiges des questions touchant à la famille, en tant qu'alternatives aux décisions judiciaires administratives, constitue un processus relativement nouveau dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, et il n'existe aucun instrument juridique international établissant les principes ou les orientations concernant la médiation familiale ainsi que les principes de base applicables à ce processus de règlement des litiges. Aussi l'objectif de la Recommandation no R (98) est-il de combler cette lacune, et avant tout d'aider les Etats et de leur fournir une base et un cadre pour l'établissement et la réglementation des processus alternatifs de règlement des litiges familiaux en vertu d'un certain nombre de principes directeurs.

5. Cette recommandation traite de systèmes relatifs au règlement des litiges familiaux, en particulier ceux qui surgissent durant les processus de séparation et de divorce, afin de:

- a. promouvoir les voies de règlement amiables et réduire ainsi les conflits et l'intérêt de tous les membres de la famille;
- b. protéger les intérêts supérieurs et le bien-être des enfants, notamment en prévoyant des mécanismes appropriés en matière de garde et de droit de visite;
- c. réduire au minimum les conséquences préjudiciables de la rupture des familles et de la dissolution du lien conjugal;
- d. favoriser le maintien de relations entre les membres de la famille, notamment entre les parents et les enfants;
- e. réduire les coûts économiques et sociaux de la séparation et du divorce, pour les familles et pour les Etats.

6. Des recherches universitaires étendues portant sur la nature et les conséquences des conflits familiaux montrent qu'un conflit prolongé peut amoindrir les compétences parentales et entraîner des difficultés significatives pour les enfants. Dans les familles qui connaissent de graves problèmes de communication et dont les membres ont du mal à communiquer, des troubles durables peuvent se développer. Par conséquent, une lourde responsabilité incombe aux personnes qui tentent de régler des litiges familiaux; autrement seraient susceptibles de s'aggraver dans le contexte émotionnel pénible d'une séparation ou d'un divorce.

7. Des recherches menées en Europe, en Amérique du Nord, en Australie et en Nouvelle-Zélande suggèrent que la médiation familiale est mieux adaptée que des mécanismes judiciaires plus rigides au règlement des problèmes sensibles d'ordre émotionnel qui entourent les litiges familiaux. On a observé que la conclusion d'accords, par la voie de la médiation, contribue de manière déterminante à la création et au maintien de relations de collaboration entre les parents et les enfants divorcés: la médiation réduit à la fois les conflits et favorise la persistance de contacts entre les enfants et leurs deux parents. Les parents qui sont capables de prendre leurs propres décisions sur le sujet des arrangements relatifs à la résidence de leurs enfants et au sujet des contacts entre les enfants et le parent non résident sont mieux à même de faire fonctionner ces arrangements que les parents qui les ignorent ou de les rompre. L'on sait que de nombreux parents rencontrent de graves difficultés pour respecter les décisions qui sont imposées par l'autorité judiciaire ou l'autorité compétente, causant ainsi des litiges supplémentaires et une situation insatisfaisante.

les enfants, alors que les décisions atteintes par accord entre les parents ont une meilleure capacité à résister à l'épreuve du temps, protégeant ainsi les intérêts supérieurs des enfants.

8. En outre, si l'on parvient à des accords lors de la médiation, il est possible que la complexité et la durée de toute procédure judiciaire ultérieure en soient réduites. Cela peut avoir pour effet de réduire les coûts financiers associés au processus de divorce, et en particulier les coûts liés aux frais des procédures judiciaires. La réduction des coûts ne devrait en conséquence pas être considérée comme le principal motif de promotion de la médiation en tant que mode alternatif de règlement des litiges. La réduction des coûts, lorsqu'elle est réalisée, devrait plutôt être considérée comme un bénéfice important.

9. En tout état de cause, bien qu'il ne soit pas aisé de fournir des preuves empiriques d'un consensus sur le fait que réduire les conflits et améliorer la communication au sein des familles qui sont brisées par la séparation des époux ou le divorce aboutit à des bénéfices significatifs, tels que la réduction des coûts sociaux et psychologiques et se reflètent dans un bien-être accru, dans la santé physique et mentale, dans le travail et les résultats scolaires. Au contraire, des litiges non résolus peuvent causer une tension sévère, qui, à son tour, peut miner ou mettre en danger la stabilité de la famille séparée, les nouveaux attachements entre adultes, le remariage et la vie de la belle-famille.

10. Tenant compte de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, le Comité d'experts sur le droit de la famille (CJ-FA) a pris note:

- a. des principes et normes régissant le traitement des enfants, les lois, politiques et pratiques qui les concernent et les relations avec eux, qu'elles soient institutionnelles ou non;
- b. de l'importance de la vie familiale pour les enfants et de la nécessité d'apporter un large soutien social aux deux parents, qui partagent les responsabilités liées à l'éducation des enfants;
- c. du fait qu'en cas de conflit il est préférable pour les familles d'essayer de parvenir à un accord avant de porter l'affaire devant une autorité judiciaire ou une autre instance compétente;
- d. de la nécessité d'affirmer l'importance de considérer les enfants comme des personnes jouissant des droits de l'homme et de faciliter l'exercice de ces droits en veillant à ce que les enfants soient informés – directement ou par l'intermédiaire d'autres personnes – des procédures familiales qui les concernent et puissent y participer, notamment lors des procédures portant sur des matières concernant l'exercice des responsabilités parentales, par exemple sur le lieu de résidence des enfants et le droit de visite. Les opinions exprimées par les enfants devraient être dûment prises en compte;
- e. de la nécessité d'encourager la médiation et d'autres modes de règlement des litiges.

11. Au cours des travaux qui ont mené à l'élaboration de la recommandation, on a constaté que les inquiétudes suscitées par la multiplication des divorces incitaient les États à instaurer ou à préconiser divers modes de règlement amiables des litiges. Ces modes ne sont pas tous qualifiés de "médiation familiale", même si leurs buts et objectifs peuvent être semblables. Parmi ces modes de règlement des litiges figurent, par exemple, la conciliation, le conseil en conciliation, le conseil familial, le médiateur familial. Ces processus peuvent avoir un certain nombre de caractéristiques en commun avec la médiation familiale: par exemple, ils impliquent d'ordinaire le fait de réunir les parties entre elles pour leur permettre de parler de leurs difficultés et litiges; ils impliquent normalement un professionnel expérimenté.

facilitant les discussions; et leur but est d'aider les parties à atteindre des solutions à l'amia

12. Pour étudier les divers aspects et questions concernant le recours à la médiation en tant que mode de règlement amiable des litiges, des informations ont été demandées membres du Conseil de l'Europe et un rapport a par la suite été établi à l'intention du CJ-F

a. Dans l'ensemble, la médiation familiale en tant que mode alternatif de r des litiges en matière familiale est relativement récente dans de nombreux Eta n'existe pas dans certains Etats.

b. Dans certains Etats, le recours à la médiation familiale est prévu p séparation et le divorce. Dans tous les pays, la médiation est principalement des conclusion d'accords concernant les enfants (notamment en matière de garde et de visite), mais presque partout, elle peut aussi être utilisée pour régler d'autres litiges ceux qui portent sur les questions financières et les biens.

c. La médiation est considérée comme un processus dans lequel le s'engagent volontairement. En Norvège, il est obligatoire de rencontrer un médiat d'engager des procédures de séparation ou de divorce ou comme condition préala procédures judiciaires concernant les responsabilités parentales, la garde ou le visite.

d. Dans tous les pays, les parties conservent le droit d'avoir recours à des juridiques indépendants, mais en général les avocats n'assistent pas à la médiation.

13. Il semblerait que partout où la médiation familiale a été ou est instaurée, elle évc même façon. La médiation peut avoir lieu dans le cadre d'une procédure juric extrajudiciairement.

14. Dans les Etats où la médiation a été instaurée, dans la majorité des cas les énoncés dans la recommandation sont déjà respectés. Cette recommandation encourage le instituer et renforcer les modes de règlement des litiges à l'amiable et la médiation, et l'opportunité de leur appliquer les principes de la recommandation.

15. Les litiges familiaux ont un certain nombre de caractéristiques spéciales qui doi prises en considération durant la médiation:

a. il existe d'ordinaire des relations interdépendantes et qui vont se poursu le temps. Outre le fait de permettre le règlement des litiges en cours, le proc règlement du litige devrait faciliter des relations constructives dans le futur;

b. les litiges familiaux impliquent généralement des relations émotion personnelles dans lesquelles les sentiments peuvent exacerber les difficultés ou de véritable nature des conflits et des désaccords. Il est d'habitude considéré comme : que ces sentiments soient reconnus et compris par les parties et par le médiateur;

c. les litiges qui surgissent dans le processus de séparation et de divorc impact sur les autres membres de la famille, notamment les enfants qui peuvent n inclus directement dans le processus de médiation, mais dont les intérêts doi considérés comme étant d'une suprême importance et en conséquence pertinent cadre du processus.

16. Cette recommandation considère la médiation comme un processus dans lequel un n'est pas directement intéressé dans les questions faisant l'objet du litige, facilite la discuss

les parties de manière à les aider à résoudre leurs difficultés et à parvenir à des accords. La médiation n'est pas un processus nouveau – elle a été utilisée depuis longtemps dans les traditions communales pour le règlement des litiges au sein de communautés et de systèmes familiaux, et plus récemment dans les sociétés occidentales pour le règlement des litiges intra-familiaux. L'on considère que la médiation possède un certain nombre de caractéristiques spécifiques. En particulier, le médiateur n'a pas le pouvoir d'imposer une solution aux parties; il devrait de la fois neutre et impartial. Le rôle du médiateur est d'aider les parties à négocier ensemble et à parvenir à leurs propres accords communs. L'on n'attend pas du médiateur qu'il donne des conseils juridiques, lesquels demeurent les attributions propres aux avocats indépendants qui peuvent être désignés par chaque partie pour représenter leurs intérêts individuels. Le rôle du médiateur n'est pas d'influencer le processus par lequel on parvient à une décision, ni d'exercer une pression sur l'une quelconque des parties afin d'obtenir un accord particulier. Les accords obtenus sous la pression sont plus susceptibles d'être ignorés et révoqués.

17. C'est également parce que le fait pour les parties de s'engager librement dans la médiation constitue un principe important que celles-ci doivent avoir la volonté de régler leurs litiges sans biais de la médiation. La recherche a démontré que le fait d'exercer une pression pour encourager la médiation contre le gré de l'une ou de toutes les parties n'est pas efficace et peut même accroître l'hostilité. Rendre obligatoire pour les parties la rencontre avec un médiateur en vue d'une médiation est conforme à la pertinence et les bénéfices de la médiation est conforme à ce principe.

18. Il est à présent communément accepté que les processus juridiques plus traditionnels sont pas bien adaptés au règlement de questions sensibles et émotionnelles dans les litiges familiaux, et que la médiation offre une approche plus constructive.

19. Nonobstant l'utilité de promouvoir les règlements amiables, le développement de la médiation et d'autres modes alternatifs de règlement des litiges ne devrait pas porter atteinte au droit de tout citoyen d'avoir accès à la justice. Dans chaque pays, l'autorité judiciaire ou l'autorité compétente est chargée de protéger les citoyens et de veiller à ce que les principes de justice et de régularité des procédures soient toujours appliqués à tous les aspects du droit de la famille.

20. Compte tenu de l'internationalisation croissante des relations familiales, il est important de créer un mécanisme de coopération entre les Etats et d'encourager le recours à la médiation et d'autres modes de règlement des litiges lorsque les parents vivent ou envisagent de vivre dans des pays différents, pour régler toutes les questions concernant les enfants et en particulier pour résoudre les conflits qui pourraient surgir en matière de garde et de droit de visite transfrontalières.

21. La médiation a été utilisée comme méthode privilégiée de résolution des conflits dans de nombreux litiges internationaux, notamment entre gouvernements. En principe, on a de bonnes raisons de penser que la médiation se prête au règlement des litiges familiaux de droit international. La médiation internationale est assez peu courante en Europe, encore qu'un grand nombre de médiateurs français ait une grande expérience de la médiation dans les affaires d'enfants d'un pays concernant plusieurs pays européens et que des médiateurs dans d'autres Etats possèdent leur expertise dans ce domaine. En Amérique du Nord, on utilise couramment la médiation pour régler des litiges nés à l'occasion d'un divorce et concernant deux Etats américains ou le Canada et les Etats-Unis et le Canada, bien que la législation et les procédures en matière de divorce soient différentes, et beaucoup peut être tiré de cette expérience en Europe.

### **C. Commentaires sur les principes**

#### *Principe I: Champ d'application de la médiation*

22. Comme son nom l'indique, la médiation familiale concerne principalement les litiges intra-familiaux.

entre membres d'une même famille. Cela n'empêche pas les Etats d'instituer, s'ils le souhaitent, des mécanismes de médiation destinés au règlement des litiges entre l'Etat et les particuliers. Cependant, lorsque la médiation ne concerne pas la sphère privée, l'Etat devrait prendre en compte les intérêts des enfants et remplir l'obligation de protection qui lui incombe à leur égard. Dans l'état de cause, le médiateur devrait s'assurer que l'enfant ne court aucun risque (voir paragraphe ci-dessous) et que l'enfant est informé de la médiation dans les cas appropriés (voir paragraphe ci-dessous).

23. La notion de famille est large, puisqu'elle dépasse la cellule familiale fondée sur du sang ou du mariage, pour laisser une plus grande latitude aux Etats et leur permettre les situations familiales prévues par leur législation interne.

24. Il est généralement accepté que tous les aspects d'un conflit familial devraient être envisagés pendant la procédure de médiation. Pour assurer une mise en œuvre appropriée de la médiation, les Etats sont libres de déterminer les questions ou cas spécifiques couverts par la médiation familiale. Certains Etats, par exemple, peuvent souhaiter limiter la médiation aux aspects du litige susceptibles d'être portés devant une autorité judiciaire. Les problèmes concernant la séparation et le divorce.

25. La médiation dans la séparation et le divorce inclut notamment les litiges relatifs:

- à la garde: où et avec qui l'enfant doit vivre (on se réfère de plus en plus à la notion de garde par le biais du terme "résidence");
- au droit de visite: les contacts que l'enfant peut avoir avec le parent qui ne vit pas quotidiennement avec lui, ou avec des membres de la famille proche comme les grands-parents (on se réfère de plus en plus à la notion de droit de visite par le biais du terme "contact");
- aux questions patrimoniales: les actifs disponibles, et la manière de les répartir entre les parties en tenant compte des besoins et de la situation de chacune après le divorce. Les dispositions concernant le domicile conjugal et son contenu.

Toutefois, pendant la médiation portant sur ces questions, les parties peuvent négocier d'autres arrangements et conclure des accords concernant l'éducation et la santé des enfants et les relations avec la famille élargie.

26. Les Etats voudront peut-être limiter l'utilisation de la médiation familiale à certaines circonstances en vue d'éviter des injustices ou de protéger un ou plusieurs membres de la famille. Des recherches montrent que la médiation peut se révéler inadaptée lorsque des incidents de violence domestique ont eu lieu ou que l'un des partenaires a menacé la sécurité de l'autre. Les discussions menées dans le cadre de la médiation devraient toujours se dérouler dans une atmosphère de sécurité, en l'absence de toute crainte de représailles et de toute intimidation.

#### *Principe II: Organisation de la médiation*

27. Il est largement admis que la médiation est un mode alternatif de règlement des litiges et que chaque partie doit choisir librement. Des études montrent que, si la médiation est imposée, elle peut donner lieu à des accords qui ne sont pas nécessairement le fruit d'une prise de conscience consensuelle. De tels accords sont susceptibles d'être moins durables.

28. D'autre part, on constate que de nombreuses personnes ne savent pas ce que signifie le terme de médiation ni ce que le processus entraîne; elles ne se demandent donc pas si la méthode est adaptée à leur cas et cherchent d'autres moyens de régler leur litige. Elles

promouvoir l'utilisation de la médiation, les Etats pourraient souhaiter améliorer les procédures d'information en général et/ou les méthodes de communication d'informations dans certains domaines particuliers. Les Etats pourraient souhaiter prévoir une obligation pour les parties de rencontrer un médiateur, qui leur expliquera le processus de médiation et ses avantages. La recherche suggère qu'une telle réunion peut être bénéfique et que les parties apprécient l'opportunité que leur offre une telle réunion de résoudre les litiges à l'amiable. Néanmoins, l'essence de la médiation repose sur son caractère volontaire et sur le fait que les parties elles-mêmes tentent de parvenir à un accord, et si les parties refusent ou se sentent incapables de procéder à la médiation, il est contre-productif d'essayer de les y obliger.

29. En vertu de ce principe, les Etats sont libres d'organiser la médiation comme ils le souhaitent, mais dans la mesure du possible ils devraient veiller à ce que des mécanismes soient mis en place pour maintenir les normes à un niveau acceptable.

30. Dans de nombreux pays, les services de médiation sont assurés par le secteur public ou le secteur privé, qui collaborent ou, au contraire, sont en concurrence directe. A l'heure actuelle, certains Etats tels qu'Andorre, la Finlande, la Norvège, la Pologne, la Slovaquie et la Suède ont certains cas, l'Allemagne ont la responsabilité de fournir les services de médiation. Dans d'autres Etats, cette responsabilité incombe aux municipalités. Dans tous ces Etats, un service de médiation est fourni gratuitement.

31. Dans certains Etats tels que l'Autriche, la France, l'Allemagne et le Royaume-Uni, la médiation est principalement organisée par des particuliers ou des organismes indépendants de l'Etat. Ces médiateurs ne relèvent pas des tribunaux mais peuvent être rattachés aux services d'assistance sociale et aux services de la jeunesse. Tous les honoraires doivent être payés par les parties elles-mêmes. Le cas de l'Angleterre et du pays de Galles est intéressant car la loi sur le droit de la famille (The Family Law Act 1996) prévoit qu'une aide judiciaire financée par l'Etat est accordée aux parties remplissant certaines conditions de ressources et que les agences de médiation qui souhaitent offrir une médiation financée par l'Etat doivent poser leur candidature à cette fin par le biais du bureau de l'aide judiciaire. En France, l'aide judiciaire est disponible pour financer la médiation demandée par le tribunal.

32. Quelle que soit la manière dont la médiation est organisée, elle doit être accessible à tous sans discrimination fondée sur la race, la couleur, la langue, la religion ou l'ethnie. Cela implique de demander la mise à disposition de la médiation dans un éventail de langues ou la disposition de médiateurs interprètes. Les différences culturelles doivent également être comprises et respectées.

33. Par ailleurs, le Comité d'experts sur le droit de la famille (CJ-FA) a étudié les questions relatives à la sélection, à la formation et aux qualifications des médiateurs; il est convaincu que les médiateurs devraient disposer de qualifications et d'une expérience préalables, liées aux besoins des parties qu'ils sont appelés à traiter, et bénéficier d'une formation spécifique en matière de médiation. Cependant, on a fait remarquer qu'il est souhaitable que les critères de qualification et d'expérience préalables soient souples, encore que les médiateurs soient le plus souvent des travailleurs sociaux, des psychologues ou des juristes.

34. Dans la mesure du possible, les Etats devraient faire en sorte que soient mises en place des procédures adaptées de sélection, de formation et de qualification des médiateurs, et que soient fixées les normes devant être suivies par les médiateurs. De telles procédures existent dans certains Etats. Comme il y a deux questions séparées – la sélection, la formation et les qualifications d'une part, et l'établissement de normes d'autre part –, tous les Etats ne possèdent pas des procédures pour les deux questions.

35. Les caractéristiques de la formation varient selon les pays, mais l'on tend de plus en plus à prendre en considération la formation qui inclut l'enseignement des connaissances théoriques et pratiques.

spécialisées, et également l'opportunité d'une pratique supervisée par un expert. Dans de nombreux pays, les systèmes d'agrément et d'enregistrement professionnel de médiateurs familiaux ont été mis en place. Des projets concernant l'éducation et la formation sont en cours tant dans le secteur public que dans le secteur privé dans certains Etats.

36. Certes, la médiation n'est pas encore considérée comme une profession distincte dans tous les pays, mais de nombreux Etats élaborent des règles de bonne pratique et des codes de déontologie. Il est probablement prématuré de mettre en place des exigences plus précises en la matière. La médiation n'est pas plus largement pratiquée au niveau européen. Toutefois, dans le cadre de l'action des Etats visant à veiller à une organisation efficace et professionnelle de la médiation familiale, rien n'empêche les Etats qui le souhaitent d'adopter des dispositions réglementaires relatives aux activités et la conduite professionnelle des médiateurs.

### *Principe III: Processus de médiation*

37. Il est maintenant largement admis que la médiation devrait être menée conformément à certains principes qui la distinguent d'autres interventions ou modes de règlement des litiges. Le principe III précise dans une certaine mesure les lignes directrices.

38. L'"impartialité" du médiateur suppose que le médiateur ne prend pas parti et ne favorise pas l'une des parties au détriment de l'autre. Le point de vue de chaque partie doit être respecté, bien que le médiateur soit chargé de veiller à ce que l'une des parties ne soit désavantagée parce qu'elle craint des représailles ou est menacée de violences. Le médiateur devrait conduire le processus de manière à effacer, autant que faire se peut, tout déséquilibre de pouvoirs entre les parties, et devrait chercher à prévenir tout comportement de l'une des parties tendant à la manipulation, à la menace ou à l'intimidation. A la différence d'un avocat qui agit pour l'une des parties et représente le point de vue de cette partie, le médiateur n'est lié à aucune des parties; aucune relation professionnelle ou personnelle ne doit exister ou avoir existé entre le médiateur et les parties.

39. La "neutralité" du médiateur suppose que le médiateur n'impose pas de solution aux parties et ne les incite pas à parvenir à un règlement particulier. Il appartient aux parties de parvenir à un accord sur des décisions communes, le rôle du médiateur étant de faciliter ce processus. Les parties peuvent prendre les décisions qu'elles considèrent appropriées à leur situation spécifique. L'on reconnaît ainsi la capacité des parties de parvenir à leurs propres accords sur les questions concernant de la manière qui leur convient le mieux. Cependant, il ressort clairement du paragraphe 49 que lorsqu'il est demandé aux tribunaux d'entériner ou ratifier un tel accord, il sera nécessaire que les tribunaux vérifient si un tel accord est conforme à la législation en vigueur et ne viole pas les intérêts légitimes des parties.

40. La médiation devrait être menée en privé et les discussions devraient être confidenciales. Le médiateur ne devrait dévoiler à quiconque aucune information divulguée dans le processus de médiation sans obtenir le consentement exprès de chaque partie ou dans les cas permis par le droit national. La question de savoir si un médiateur a le droit de témoigner devant un tribunal est laissée à l'appréciation du droit national. Le médiateur n'est pas tenu de présenter des rapports officiels sur le contenu et les discussions ayant eu lieu pendant la médiation, encore que l'autorité judiciaire ou une autre autorité compétente attende de lui qu'il leur présente un rapport agréé par les parties notant les accords conclus.

41. Habituellement, l'on s'attend à ce que les parties s'entendent pour que les discussions ne soient pas faites aux discussions et négociations dans quelque procédure judiciaire ultérieure. Cette confidentialité réfère normalement à une telle confidentialité par le terme "privilège". Le privilège appartient commun aux parties, et non pas au médiateur ou au processus. Il peut être levé par les parties. Le médiateur peut être obligé de témoigner durant une procédure judiciaire. Les médiateurs



fortes chances d'être liés à des codes de conduite professionnels relatifs à la confidentialité, c'est aux parties qu'appartient le privilège. Il s'agit là d'une question que les Etats souhaitent examiner à la lumière des législations nationales et des normes déontologiques.

42. Il est généralement accepté que, si des obstacles au règlement doivent être surmontés, une divulgation libre et franche est nécessaire dans la médiation. C'est pourquoi il est important que les limites de la confidentialité soient comprises dès le début. Au début de la médiation, les parties devraient être informées de ce que la confidentialité ne peut pas être absolue. Les décisions prises au cours de la médiation qui indiquent qu'un enfant a subi ou risque de subir un traitement peuvent être divulguées par le médiateur et les parties peuvent être encouragées à chercher l'aide de l'agence ou de l'autorité appropriée. Dans de telles circonstances, l'intérêt supérieur de l'enfant et son bien-être prennent la priorité sur les considérations relatives à la confidentialité. Les Etats membres peuvent souhaiter spécifier d'autres circonstances ou situations dans lesquelles la confidentialité devrait être levée.

43. Pendant la procédure de séparation et de divorce, les parties peuvent bénéficier des services de professionnels autres que les médiateurs et les avocats. Il importe donc que les parties connaissent les autres services pouvant leur apporter un soutien et des formes d'aide par exemple le conseil conjugal. Ayant à l'esprit le développement significatif des modes alternatifs de règlement des litiges, le médiateur devrait connaître les différentes possibilités et en informer les parties s'il y a lieu.

44. Il semble qu'il y ait un consensus professionnel pour reconnaître que les médiateurs devraient être sensibles à la question de la violence domestique. Les médiateurs s'assurent en plus de l'existence de mécanismes pour vérifier l'effectivité d'une relation abusive avant de donner leur accord à la médiation. Si une partie vit dans la crainte de l'autre, les positions des parties dans la négociation seront inégales et le médiateur pourra souhaiter mettre fin au processus de médiation. Toutefois, des preuves apportées par la recherche suggèrent que le fait qu'il y ait eu de la violence ait été une caractéristique de la relation dans le passé n'exclut pas automatiquement la médiation soit un processus approprié. Les Etats souhaiteront examiner cette question à la lumière de la législation nationale relative à la violence domestique.

45. Etant donné que le plus souvent la médiation vise à la conclusion d'accords concernant les enfants, les médiateurs devraient, tout en respectant leur impartialité et leur neutralité, consacrer une attention particulière au bien-être et à l'intérêt supérieur de l'enfant et devraient rappeler aux parents qu'il est nécessaire d'informer et de consulter les enfants au cours des changements en cours, et que les litiges familiaux et les conflits prolongés ont des conséquences très néfastes pour les enfants. Dans certains pays, les médiateurs associent les enfants au processus de médiation, généralement à la fin pour qu'ils soient informés des arrangements auxquels ils vont arriver avec leurs parents. Dans certains Etats, des dispositions prévoient que les enfants participent à la médiation si l'on estime que cela est dans leur intérêt. On insiste de plus en plus sur la nécessité d'entendre l'avis de l'enfant dans les procédures qui le concernent; et certaines structures de médiation fournissent des services d'assistance pour aider les enfants, ou des "centres de médiation" où les enfants peuvent rencontrer leurs parents si ces rencontres sont problématiques. Les Etats devraient être libres d'encourager la création de services d'aide aux enfants et aux jeunes parents se séparant (voir également les paragraphes 55 et 59 ci-dessous).

46. Durant ses délibérations, le Comité d'experts sur le droit de la famille (CJ-FA) a examiné les limites du rôle du médiateur, en particulier en ce qui concerne la communication d'informations juridiques et de conseils juridiques. Il est convenu qu'une distinction doit être opérée entre le conseil et l'information, et qu'il est approprié que les médiateurs fournissent une information juridique si cela est demandé ou considéré être approprié au cours du processus de médiation. Le fait de fournir une information juridique implique le maintien d'une relation d'impartialité avec les parties. L'information est donnée comme une ressource sans qu'il soit tenté de recommander une option particulière.

façon d'agir sur la base de ladite information. Par exemple, il peut être utile pour les parties de connaître les démarches juridiques pouvant être entreprises pour régler les litiges si les accords peuvent être obtenus durant la médiation ou encore quels facteurs peuvent être pris en considération par le juge lorsqu'il prend une décision relative à la garde, au droit de visite ou aux obligations alimentaires.

47. En revanche, le fait de donner des conseils est en contradiction avec l'un des principes de la médiation, à savoir l'impartialité. Les conseils incluent une évaluation des circonstances particulières et la recommandation d'une action spécifique. Les avocats fournissent à leurs clients l'information juridique et un conseil juridique mais les médiateurs compromettent leur neutralité et leur impartialité s'ils donnaient des conseils juridiques. Les avocats et les médiateurs ont un rôle complémentaire et les médiateurs suggèrent, si nécessaire, que les parties recherchent le conseil juridique auprès de leurs avocats qui sont formés en vue de recommander des actions qui sont dans le meilleur intérêt de chaque partie. Dans les Etats où la médiation est bien développée, les médiateurs conseillent généralement aux parties de ne pas demander un conseil juridique indépendant avant l'obtention de quelque accord juridique contraignant.

48. La recommandation ne contient aucune disposition concernant la durée de la médiation. Elle dépendra du nombre, de la nature et de la complexité des points en litige. Toute médiation devrait normalement être assez brève et ne pas prendre la forme d'un accompagnement continu ou à long terme par un professionnel. En général, le médiateur et les parties s'accrochent aux questions à examiner et sur le nombre des rencontres qui pourraient avoir lieu. Il appartient à chaque Etat de décider s'il convient de réglementer la durée du processus de médiation et de veiller à ce que la médiation ne puisse pas être utilisée par l'une des parties comme un moyen dilatoire de la procédure de divorce.

#### *Principe IV: Le statut des accords de médiation*

49. Dans la plupart des pays, les accords conclus au terme de la médiation sont enregistrés et des exemplaires sont remis aux parties, qui peuvent les communiquer à leur avocat. En général, les accords ne sont pas juridiquement contraignants, encore qu'il existe actuellement de notables différences entre les pays concernant cette question. Même dans les pays où ces accords sont juridiquement contraignants (par exemple en Allemagne et en Norvège), ils ne sont généralement pas exécutoires, à moins qu'ils n'aient été entérinés par l'autorité judiciaire ou une autre autorité compétente. L'une des méthodes pour se conformer à ces principes consisterait en l'incorporation des accords par l'autorité judiciaire ou une autre autorité compétente des résultats de la médiation dans sa propre décision. Avant d'entériner ou de ratifier l'accord, l'autorité judiciaire ou une autre autorité compétente doit vérifier qu'il respecte la législation en vigueur et qu'il ne porte pas atteinte aux intérêts légitimes de l'une quelconque des parties, et notamment que l'intérêt supérieur de l'enfant est protégé.

50. Des études menées au Royaume-Uni et dans d'autres pays montrent que des parties utilisant la médiation sont déçues lorsque leur accord n'a pas le même poids ou la même valeur qu'une solution imposée par les tribunaux. Il est donc recommandé aux Etats de faire connaître la possibilité d'une approbation de tels accords par une autorité judiciaire ou une autre autorité compétente dans le cadre de leur propre droit de la famille. A cet égard, il devrait être recommandé au médiateur d'aider les parties à rédiger une déclaration sur leur accord de telle manière que celle-ci soit acceptable par l'autorité judiciaire ou une autre autorité compétente en tant que document "juridique" pertinent aux fins de ratification et d'approbation.

51. Si les parties choisissent de ne pas faire entériner leur accord par une autorité judiciaire ou une autre autorité compétente, celui-ci aura le même statut juridique que tout autre contrat privé et ne perdurera qu'aussi longtemps que les parties l'appliqueront. En revanche, si l'accord a été approuvé par une autorité judiciaire ou une autre autorité compétente à la demande de

l'une des parties peut engager une action devant cette autorité si l'autre partie ne respecte pas les termes de l'accord.

52. En recommandant aux Etats de faciliter l'approbation des accords de médiation par une autorité compétente et de fournir des mécanismes d'exécution de tels accords, on a noté que la mise en place de tels mécanismes pouvait contribuer de manière significative à la crédibilité et au respect de la médiation.

53. Les mécanismes destinés à assurer l'approbation de l'accord par l'autorité judiciaire ou une autre autorité compétente ne devraient pas conduire à des retards ou dépenses excessives.

*Principe V: Relation entre la médiation et les procédures devant l'autorité judiciaire ou une autre autorité compétente*

54. Le terme "autre autorité compétente" a été inclus dans la recommandation en ce qui concerne les autorités judiciaires dans la mesure où les pouvoirs appartenant aux tribunaux sont également exercés dans certains Etats, exercés par des autorités administratives pour certains types de procédures familiales.

55. S'agissant du droit d'accès aux tribunaux, il est possible pour les parties à la médiation de renoncer à l'exercice de ce droit pour autant qu'une telle renonciation soit univoque et volontaire (voir le paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et la jurisprudence relative à cet article).

56. Ce principe réaffirme la conviction que la médiation devrait être un processus entièrement autonome. En tant que telle, elle peut donc se dérouler avant, pendant ou après la procédure judiciaire, mais il est communément admis qu'elle est plus efficace si elle a lieu avant la procédure ou à son début. La médiation des litiges est généralement plus difficile si le conflit s'est aggravé et si les litiges durent depuis longtemps. Avant que les procédures judiciaires ne débutent, il est probable que les parties aient adopté des positions fixes sur des litiges qu'elles ont du mal à résoudre ou sur lesquels il est difficile de faire des compromis, et elles peuvent être plus enclines à accepter des accords.

57. Si la médiation se déroule pendant la procédure judiciaire, cette procédure est interrompue, ce qui constitue un ajournement temporaire ou une suspension du processus. Si la médiation est un processus volontaire, chaque partie devrait normalement donner son accord à la suspension de la procédure judiciaire. Cela évite qu'une partie n'utilise la médiation comme un moyen dilatoire dans la procédure judiciaire. Des délais inutiles dans le processus d'élaboration d'une décision sont considérés comme dommageables, en particulier pour les enfants. Les retards entraînent également une augmentation des coûts financiers des parties et de l'Etat.

58. Cependant, lorsque la procédure est suspendue dans le but de permettre aux parties de rechercher une médiation, l'autorité judiciaire ou une autre autorité compétente conserve le pouvoir de prendre, à tout moment, des décisions urgentes pour protéger les parties, leurs enfants et leurs biens.

59. Lorsque la procédure est interrompue, il devrait exister des mécanismes garantissant que l'autorité judiciaire ou une autre autorité compétente est informée de la fin de la médiation. Le médiateur rend compte de l'issue du processus et des accords conclus, et que cette autorité s'assure que ces accords protègent les intérêts supérieurs des enfants.

60. Les juges et les tribunaux doivent conserver le pouvoir de décision finale dans les procédures judiciaires et peuvent être appelés à examiner les faits, à prendre des décisions et à imposer une solution qui protège et respecte les droits individuels de l'homme.

supérieur de l'enfant et assure l'accès à la justice.

61. Après l'issue de la procédure, que des accords aient été obtenus par le biais de la r ou que des décisions aient été imposées par l'autorité judiciaire ou une autre autorité cor de nouveaux litiges peuvent survenir, des litiges antérieurs peuvent surgir à nouveau c l'une ou toutes les parties peuvent chercher à modifier les arrangements existants en ra changement de circonstances. Dans ces cas, il peut être approprié de revenir à la médiati recourir à la médiation pour la première fois, de manière à essayer d'obtenir un règlen recours à une nouvelle procédure judiciaire. A tout moment, le recours à la médiation de volontaire.

62. Rien dans ce principe n'implique que le tribunal ait le droit de nommer un médiateur

*Principe VI: Promotion de et accès à la médiation*

63. En établissant ce principe, on a reconnu que dans la plupart des pays la médiation comprise ou mal utilisée. Des enquêtes montrent que les personnes interrogées jugent le r des litiges à l'amiable préférable à une action en justice, mais peu d'entre elles ont enten des services de médiation ou des médiateurs.

64. En vue d'améliorer la connaissance et la compréhension de la médiation, les Etats promouvoir des mécanismes destinés à informer le public par le biais de pro d'information, de documents écrits et des médias. Il est particulièrement important de ve que les avocats et les autorités judiciaires ou une autre autorité compétente compre processus de médiation et puissent fournir des informations fiables aux parties qui voudr être utiliser cette méthode.

65. Des informations sur les structures de médiation sont disponibles dans la plupart mais des campagnes nationales d'information n'ont été organisées qu'en Andorre et en No Angleterre et au pays de Galles, la loi sur le droit de la famille de 1996, *The Family Law Act* requiert la présence de la partie souhaitant engager une procédure de divorce à une d'information durant laquelle des informations orales, écrites et autres seront fournies certain nombre de questions, y compris la médiation. Il sera également possible, si u recherche l'aide judiciaire pour sa représentation légale, de requérir sa présence à une réu un médiateur, de manière à examiner si le cas se prête à la médiation et d'expliquer le pro médiation et ses avantages potentiels. La présence à de telles réunions pourrait être obli; Les Etats sont libres d'examiner les avantages présentés par de telles procédures.

66. Si la médiation est introduite en tant que mode alternatif de règlement des li principe fondamental veut qu'elle soit disponible pour quiconque souhaite y recourir. L pourraient promouvoir l'accès à la médiation, par exemple en finançant directement les s de médiation ou en fournissant l'aide judiciaire aux parties sur la même base que procédures judiciaires.

*Principe VII: Autres modes de règlement des litiges*

67. La recommandation reconnaît clairement que la médiation n'est pas le se permettant de résoudre un litige à l'amiable et de manière consensuelle. D'autres modes in

- a. la conciliation, ou le conseil en conciliation, terme souvent employé synonyme de médiation. La conciliation est un processus consistant en une d méthodique, dirigée par un tiers neutre appelé conciliateur;
- b. le conseil familial peut aider les partenaires à s'entendre sur les modal

séparation, encore que le terme de “conseil familial” désigne plus souvent un processus dans lequel un tiers neutre aide les parties à comprendre et surmonter leurs difficultés de maintenir ou de rétablir une relation.

68. Comme il convient d'encourager les méthodes de règlement des litiges qui évitent le recours aux tribunaux et aux contentieux, la recommandation indique que les États devraient examiner l'opportunité d'appliquer les principes de la médiation, tels qu'ils sont énoncés dans la recommandation, à ces autres modes amiables de règlement des litiges. Cependant, on ne doit pas suivre simultanément deux processus de règlement des litiges, car cela pourrait provoquer des interférences, la confusion des parties, et ainsi miner les avantages des différents processus.

*Principe VIII: Questions internationales*

69. Ce principe tient compte de la multiplication des litiges familiaux – notamment de ceux qui concernent la garde et le droit de visite – comportant un élément d'extranéité. Il recommande également que dans ces cas la médiation internationale devrait être considérée comme un processus approprié.

70. Pendant les débats, les situations suivantes ont été examinées:

- a. la définition des modalités d'exercice du droit de visite;
- b. le droit de visite auprès d'un enfant qui a été restitué après un déplacement;
- c. les cas liés au refus de restituer l'enfant après la décision d'une autorité judiciaire;
- d. les cas dans lesquels il y a opposition de l'enfant au droit de visite ou au droit de garde.

71. La médiation internationale devrait être considérée comme un processus approprié de nature à permettre aux parents d'organiser ou de réorganiser la garde et/ou le droit de visite et de régler des différends consécutifs à des décisions, lorsque les parents vivent dans des pays différents. De tels litiges sont souvent les plus difficiles à résoudre en raison de leur caractère transfrontière et de la participation de plus d'une autorité judiciaire ou d'une autre autorité compétente.

72. La médiation familiale pourrait servir à définir les modalités d'exercice du droit de visite, notamment des sauvegardes et garanties assurant que dans les cas de droit de visite transfrontière, l'enfant sera retourné à la fin de la période de visite, avant toute décision lorsque les parents ou comptent vivre dans des pays différents.

73. La médiation pourrait aussi être utile dans les situations suivantes:

- a. lorsque la reconnaissance ou l'exécution de la décision relative à la garde est refusée par le tribunal de l'Etat requis (il s'agit de l'Etat vers lequel l'enfant a été restitué) pour l'un des motifs énoncés dans un instrument international (par exemple l'un des motifs visés à l'article 10 de la Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants de 1980) et que le parent demandeur a sollicité l'introduction d'une nouvelle action (article 5, paragraphe 4, de la Convention relative à la garde des enfants);
- b. lorsque le demandeur (le parent qui a la garde de l'enfant) accepte le droit du tribunal de l'Etat requis de reconnaître et d'exécuter la décision relative à la garde.

demande à l'autorité centrale de cet Etat de saisir le tribunal pour qu'il lui accorde de visite (article 11, paragraphe 3, de la Convention relative à la garde des enfants)

74. Tous les principes de médiation contenus dans cette recommandation s'appliquent à la médiation internationale. A ces principes s'ajoutent des considérations spécifiques dans les litiges internationaux:

a. il peut y avoir de bonnes raisons pour lesquelles les parties peuvent recourir à la médiation dans un Etat donné (pays et/ou culture d'origine, par exemple). Lorsque cela est possible, les parties devraient être libres de choisir le lieu de la médiation. Les Etats devraient examiner les questions et coopérer afin d'assurer les nombreuses possibilités de médiation pour les parties confrontées à des litiges transfrontières. Il pourrait qu'un troisième Etat offre un territoire plus neutre pour la médiation lorsque les parties résident dans différents Etats;

b. les médiateurs internationaux devraient être tenus de suivre une formation supplémentaire spécifique, car la médiation internationale présente des aspects particuliers. Les médiateurs internationaux devront prendre en considération les systèmes de droit de la famille des Etats où les parents résident ou vont résider de façon habituelle et les principes fondamentaux consacrés dans les instruments internationaux relatifs à la garde, au droit de visite et à l'enlèvement d'enfant. En outre, il y aura lieu de tenir compte des circonstances particulières que rencontrent les parents qui concluent des accords sur les modalités d'exercice du droit de visite lorsque l'exercice de ce droit implique de traverser des frontières nationales et de parcourir de grandes distances, et de la crainte d'un enlèvement ressentie par le parent qui a la garde de l'enfant, crainte qui peut être exacerbée lorsque le parent qui a la garde vit dans un autre Etat et est soumis à d'autres autorités. Tous les risques et les conséquences propres à l'enlèvement d'enfant devront également être pris en considération. Les médiateurs internationaux devront également tenir compte des différences culturelles propres aux pays dans lesquels les parties vont résider, et qui peuvent intervenir à la fois de la manière dont les parties conçoivent leurs responsabilités parentales et de leurs réactions aux changements de circonstances. Il sera également tenu compte des différences culturelles exercées par les membres de la famille au sens large, notamment par les parents, sur les accords concernant le droit de visite et sur la manière d'élever les enfants. Il sera nécessaire que les médiateurs internationaux fassent preuve de souplesse (en utilisant diverses méthodes comme la "médiation par navette", la vidéoconférence, etc.) pour assurer la médiation entre des personnes séparées par de grandes distances, et qu'ils possèdent les connaissances des langues étrangères ou la compétence et la flexibilité leur permettant d'utiliser à bon escient les compétences d'interprètes et d'autres spécialistes lorsque cela s'avère nécessaire dans une affaire particulière.

75. La médiation internationale peut nécessiter différentes formes de médiation, comme la "médiation par navette". La "médiation par navette" se réfère à la façon dont le médiateur agit comme intermédiaire, se rendant d'une partie à l'autre, lesquelles parties demeurent physiquement éloignées. Le médiateur peut transmettre des messages entre elles ou négocier activement entre les parties. Cela constitue une méthode habituelle dans la médiation internationale. Cependant, il existe des désavantages, en particulier si le médiateur procède à l'ensemble de la négociation, ce qui risque de compromettre sa neutralité et son impartialité.

76. Dans certains cas, il peut être nécessaire d'organiser une réunion de médiation en vidéoconférence ou de faire appel à plus d'un médiateur. La médiation jointe peut offrir de nombreux avantages lorsque existant un conflit particulièrement important ou des circonstances particulières, comme c'est souvent le cas dans les litiges internationaux.

77. En matière de droit de visite transfrontière, la médiation internationale présente

avantages par rapport à d'autres procédures:

- elle confie aux parents eux-mêmes la responsabilité d'élaborer les concernant la garde et le droit de visite;
- elle facilite le travail du juge dans des affaires qui peuvent être très compl
- elle réduit le coût de la procédure judiciaire.

78. En cas de déplacement sans droit ou de rétention abusive d'un enfant, la médiation être déconseillée tant que la procédure concernant le retour de l'enfant est en cc instruments internationaux imposent l'obligation de rendre l'enfant immédiatement procédure ne doit donc subir aucun retard. Cependant, dans une telle procédure, la r pourrait être utilisée à des fins dilatoires. En outre, un Etat membre qui a fait usage de l'offerte au principe VI.b ne devrait normalement pas, dans un tel cas de déplacement sans de rétention abusive d'un enfant, exiger du parent dont le droit a été violé de rencontrer un médiateur avant qu'il soit statué sur la restitution de l'enfant. De plus, la médiation peut ne pas être appropriée car le déplacement sans droit ou la rétention abusive de l'enfant porte préjudice à l'égalité des parties dans la négociation. Après la fin de la procédure de restitution, la médiation pourrait être utile pour rétablir les négociations en vue de trouver des solutions permettant de poursuivre le droit de visite dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

79. Par conséquent, il conviendrait de promouvoir la médiation internationale, sans toutefois la rendre obligatoire. Si l'on veut encourager les parents à utiliser la médiation pour résoudre les conflits présentant un caractère transfrontière, il convient de multiplier les informations concernant les possibilités offertes et aux avantages liés à la médiation internationale et d'encourager la coopération entre les médiateurs dans les différents Etats.

---

[1] Le conseil en conciliation est une médiation qui inclut des conseils

Haut de page

---

Documents liés

Réunions

- [616 Réunion des Délégués des Ministres](#) / 21 janvier 1998

Documents connexes

- [Rec\(98\)1F](#) / 21 janvier 1998

