Lex Electronica

Volume 28. Numéro 5 | 2023

L'humanité face aux conflits actuels
Nouveaux défis pour la médiation

Forum mondial de médiation, 2022 | XIe Conférence

Actes de colloque

Sous la direction de Riccardo Cappi et Mylène Jaccoud

Table des matières

INTRODUCTION 14

Riccardo CAPPI & Mylène JACCOUD 14

Conflict Transformation through Digital Mediation: A Study of Brazil's Judiciary Courts 18

Fernanda Alves CURBAGE 18

1. Ontological, epistemological and methodological view 21

2. Unraveling Individual and Structural Conflicts: A Path towards Emancipation 22

3. Deciphering the Mediation Process: A Brazilian Perspective 23

3.1. Actors and the “fourth part” 25

3.2. Digital communication and rethinking mediation process in the digital age 27

4. Digital turn in Brazil 29

4.1. Brazilian Judicial Public System of Mediation 30

4.2. Emancipation, conflict transformation and transformative justice 31

4.3. Comparative Analysis: two different Judicial Public Systems of Online Mediation 33

5. Conclusion 35

References 35

MEDIACIÓN DIGITAL: EL PAPEL DEL MEDIADOR EN EL E-COMMERCE 39

Luis Lauro Herrera BERNAL 39

1. EL COMERCIO ELECTRÓNICO 42

2. ONLINE DISPUTE RESOLUTION 45

3. HERRAMIENTAS DE MEDIACIÓN DIGITAL 46

4. IMPACTO QUE TIENEN LOS MEDIADORES PROFESIONALES EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO 48

5. EL USO DE HERRAMIENTAS DE MEDIACIÓN DIGITAL EN MÉXICO 49

6. RESULTADOS Y CONCLUSIONES 49

REFERENCIAS 51

La automatización de la mediación a través de la inteligencia artificial: un reto para el estatuto del mediador (mediador-robot vs. mediador-humano) 53

Nuria Belloso MARTÍN 53

Introducción 55

1. Punto de partida. Tres experiencias de mediación realizadas por un robot y dificultades que se deducen de las mismas 58

1.1. La dificultad de diferenciar una negociación automatizada de una mediación automatizada 61

1.2. La dificultad de mantener la neutralidad y la imparcialidad en una mediación automatizada 62

2. Mediador-robot vs. mediador-humano. Más allá de una mera descripción de ventajas e inconvenientes de cada modalidad 63

2.1. Ventajas e inconvenientes de ambas modalidades de mediador 63

2.2. ¿Viabilidad legal de la mediación automatizada? 65

3. Conclusiones 66

Bibliografía 68

A FORMAÇÃO E A CERTIFICAÇÃO DE MEDIADORES EM PORTUGAL: UM MODELO ADAPTADO À NOVA ERA DIGITAL 71

Micael RIBEIRO 71

Introdução 74

1. A formação e a certificação de mediadores em Portugal 75

1.1. A Portaria n.º 345/2013, de 27 de novembro e a acreditação de entidades formadoras em Portugal 76

2. A era digital e a formação em mediação 79

3. Conclusões 81

Referências Bibliográficas 82

Increased Access Means Decreased Formality In Mediation 83

Nicholas SCHMITT & Samantha ADLER 83

1. Introduction. Advantages of The Digital Turn in Mediation 86

1.1 Possible Dangers of Mediation, Diminished Formality and Where It Can Lead 86

1.2 Professor Delgado's Warnings — Informality, Diminished Safeguards, No Oversight, and Lack of Shared Norms Lead to Unfair Outcomes 86

1.3 Professor Delgado's Fears Are Partly Realized 87

2. Does Online Mediation Exacerbate Professor Delgado's Concerns? Further Diminished Trust, Reduced Social Norms, Increased Polarization 88

3. What Our Experience Has Shown Us About the Digital Turn in Mediation; The Dangers Can Be Real 89

4. What Can Mediators Do to Minimize or Prevent These Damages? Some Recommendations for Future Practice 90

Bibliography 91

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y MEDIACIÓN 93

Fabio Daniel STRAINI 93

Notas características, ventajas y desventajas 95

Desafíos 96

PUNTOS CRÍTICOS 97

Diseño de algoritmos. Un problema que trae aparejado la utilización de la IA en los procesos de mediación 97

Crisis de los principios y garantías del proceso de mediación 97

Honorarios profesionales y costos 98

Escasa fuerza legislativa 99

Insuficiente práctica profesional 99

Pluralidad de protocolos. Análisis 99

CONCLUSIONES 102

A mediação como mecanismo de governança ambiental e efetividade do ODS 16 104

Simone Alves CARDOSO & Thais Brito CIRNE 104

1. Introdução 107

2. Agenda 2030: o objetivo 16 e a necessidade de os Estados buscarem por ferramentas de resolução de conflitos que possibilitem a paz sustentável e inclusiva 107

3. A evolução da governança ambiental para efetividade da paz por meio da mediação 110

4. O uso da mediação como mecanismo de resolução de conflitos ambientais 112

5. Conclusão 119

Bibliografia 119

LA PANDEMIA, LOS CAMBIOS SOCIALES Y LOS CONFLICTOS AMBIENTALES: ¿LA MEDIACIÓN EN EL AIRE? 122

Samira Iasbeck de OLIVEIRA SOARES 122

Introducción. 124

1. Los conflictos ambientales y el coronavirus: ¡por una nueva forma de convivir! 124

2. La visión del mediador de conflictos: ¿cuál es su utilidad frente a una pandemia? 126

3. La cultura/filosofía de la mediación en la regulación de la prestación y utilización de los servicios públicos de limpieza urbana y manejo de residuos sólidos durante la PANDEMIA DE COVID-19 en la capital brasileña. 128

CONCLUSIONES 131

BIBLIOGRAFÍA 132

Gestion des conflits agro-pastoraux et préservation de la biodiversité : Quelle place pour la médiation environnementale dans la commune de Bassila (Bénin)? 136

Raoul Taofick FOUSSENI 136

Introduction 138

1. Les acteurs locaux face à une nouvelle ruralité : entre conser-vatisme agricole et développement de l'élevage de bovins 140

1.1 D'une société agricole simple et homogène à l'avènement de la communauté des éleveurs de bovins 140

1.2 Typologie de conflits entre agriculteurs autochtones et éleveurs immigrés dans la commune de Bassila 142

2. La médiation environnementale : une solution à la gestion des conflits et la protection de la biodiversité ? 144

2.1. La conception tronquée d'une médiation institutionnalisée : l'Agence nationale de gestion de la transhumance (ANGT) 145

2.2 Une neutralité assouplie pour une médiation territoriale protectrice de la biodiversité 147

Conclusion **149**

Bibliographie **150**

Mediation in family cases across the eu and beyond. Is a new harmonized approach to europe's policy for solving family conflicts needed? **152**

Julia RADANOVA 152

1. Introduction 155

2. Family disputes in the context of the Mediation Directive **155**

3. Best practices for solving family disputes 157

3.1 US state-adopted models 157

3.2 Canada 159

3.3 Australia 161

4. Challenges for family dispute resolution processes in the EU and possible solutions **163**

Concluding remarks **164**

Bibliography **165**

A Case Study: Neutrality Posture of the Mediator in Intercultural Mediation **168**

Raginee POLOOGADOO 168

1. INTRODUCTION **170**

1.1 Who is a mediator? 170

1.2 Motivation for research 170

2. THEORETICAL FRAMEWORK: MEDIATION **171**

2.1 What is mediation? 171

2.2 Defining Mediation 171

3. THEORETICAL VIEW: NEUTRALITY **173**

3.1 What is neutrality? 173

3.2 Definition of neutrality in Mediation 174

3.3 Theoretical perspectives on the meaning of neutrality 175

3.4 Empirical perspectives on the meaning of neutrality 176

3.5 Critics of Neutrality 177

4. MEDIATION AND CULTURE LANDSCAPE **178**

4.1 What is culture? 178

4.2 Defining culture 179

4.3 Cultural differences and mediation 179

5. RESEARCH QUESTIONS **181**

6. SUMMARY OF FINDINGS **181**

6.1 Discussion of Findings 182

7. CONCLUSION **184**

References **186**

A call for a new intercultural competence playbook in mediating social transformation **195**

Rory GOWERS 195

1. Introduction **198**

2. Present Historical Perspective **198**

3. Intercultural Competence Wanting **200**

A few home truths are in order 200

4 . Building intercultural mediator competency **202**

5. Building a third-culture bridge example **202**

6. Design Lessons **203**

7. Implications for practice **207**

8. Conclusion **210**

BIBLIOGRAPHY 213

Mediação de conflitos de consumo: que expectativas? **216**

Elionora CARDOSO 216

1. Introdução **219**

2. Evolução do tema em Portugal **220**

3. O papel da mediação nos conflitos de consumo **221**

4. A relevância dos Julgados de Paz na mediação em Portugal **222**

5. Conclusões finais **223**

Bibliografia **224**

MEDIATION IN TRADE MARK DISPUTES. The benefits of mediation in the battles of the trade marks **225**

Lyubka VASSILEVA-KARAPANOVA 225

1. Introduction **227**

2. TRADE MARKS BASICS **228**

2.1 Trade mark – definition and function 228

2.2 The main specifics of the trade mark protection 229

2.2.1 As a general rule, the right over a trade mark is obtained by registration 229

2.2.2 Rights 229

2.2.3 Limitations of the scope of protection 229

2.2.3.1 Sign 229

2.2.3.2. Territorial scope of protection 230

2.2.3.3. Limitations in time 230

2.3. The "genuine use requirement" 230

3. TYPES OF TRADE MARK DISPUTES AND THEIR **231**

3.1. category of disputes 231

3.1.1 Opposition 231

3.1.2. Cancelation proceedings (revocation and invalidation of a trade mark) 233

3.2 Infringements 235

3.2.1 Trade mark infringement 235

3.2.2 Disputes arising from infringements of contracts related to trade marks, such as licensing or coexistence agreements 237

4 BENEFITS FROM MEDIATION IN TRADE MARK DISPUTES 237

5 EXAMPLES OF SETTLED TRADE MARK DISPUTES 240

5.1 A WIPO Trade mark Mediation in the Area of Construction (Opposition) 240

5.2 Ringo Starr versus Pacific Holdings and Momentum Management (Opposition) 240

5.3. A WIPO Online Trademark Mediation in the Area of Consumer Goods (Cancelation Proceedings) 241

5.4 Apple Corp. v/s Apple Computer (Infringement) 241

6 CONCLUSION 243

References 243

Des défis à relever pour une utilisation fonctionnelle de la médiation dans la relation de soin : perspective franco-québécoise 245

Laure BAGLINIÈRE 245

Introduction 247

1. Une médiation au fort potentiel malgré un contexte de soin peu favorable à son utilisation 247

1.1 Un contexte de soin parfois peu favorable à l'utilisation de la médiation 248

1.2 Une médiation au fort potentiel de régulation des rapports dans la relation de soin 250

2. Une médiation en santé sous-utilisée en dépit d'un engouement certain des législateurs québécois et français 251

3. Quelles recommandations pour l'avenir de la médiation dans le champ de la santé ? 253

3.1 Un renouvellement nécessaire du champ d'application de la médiation par une approche centrée sur la qualité et la sécurité des soins 253

3.2 Un maintien de la proximité du médiateur au sein de l'établissement de santé 255

3.3 Un médiateur en santé érigé en figure centrale du processus 256

Conclusion **258**

Bibliographie **259**

GOVERNANÇA PÚBLICA – MEDIAÇÃO NA GESTÃO DO SERVIÇO **266**

GOUVERNANCE PUBLIQUE - MÉDIATION DANS LA GESTION DES SERVICES **266**

Hélio Silva de Vasconcelos MENDES VEIGA 266

1. Introduction **269**

1.1. Objetivo 269

1.1.1 Antecedentes de práticas na mediação 270

1.1.2 Contexto de aplicação de novo paradigma. 270

1.1.3 Proeminência de procuradorias com as instituições da justiça 271

2. Procuradorias mediadoras **271**

2.1 Procuradoria mediadora de conflito 271

2.1.2 Procuradores são detentores de funções essenciais à Justiça 271

3. Resultados e síntese do exposto no 11ª Fórum Mundial de Mediação **272**

3.1 O paradigma de judicialização de conflitos sobrecarrega magistrados 272

3.1.1 Profícuas intervenções do Conselho Nacional de Justiça Brasileiro 273

3.1.2 Governança pública é sinônimo de razoabilidade administrativa 273

3.1.3 Profícua utilização das ferramentas tecnológicas 274

3.1.4 Agente público inconteste influenciador digital da mediação 275

3.1.5 Audácia de Enxergar à Frente - Em terra de cego quem tem um olho é rei 275

3.1.6 Responsabilidade inescusável do Estado 276

3.1.7 Epilogo 276

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 277

Justiça Restaurativa: possibilidades de aplicação no Brasil **279**

Ivone Hiromi Takahashi SARAIVA 279

1. Introdução **281**

2. A Justiça Restaurativa no Brasil – Evolução **282**

3. Três experiências de implantação da Justiça Restaurativa no Brasil **285**

3.1.Caso São José dos Campos: Projeto Agentes de Mudança e Facilitadores de Práticas Restaurativas 285

3.2. Uma prática restaurativa comunitária – Exemplo de São Caetano Sul 287

3.3. Uma prática de Justiça Restaurativa em uma empresa privada 288

4. Algumas decisões sobre Justiça Restaurativa no Judiciário brasileiro **289**

5. Conclusões **291**

Referências bibliográficas 293

Mediação como ampliação de acesso à justiça. A mediação no direito brasileiro **297**

José Celso MARTINS 297

Introdução 300

1. Justificativa **301**

1.1 A mediação no direito brasileiro 303

2. Mediação - conceito **304**

2.1 Das condições objetivas para mediação 309

3. Da mediação como acesso à Justiça **311**

4. Conclusão **314**

Referências Bibliográficas 315

Towards institutionalizing international mediation **317**

Vassilena GASHPAROVA 317

Introduction 320

1. Judicial and Diplomatic Mechanisms for International Dispute Settlement **320**

1.1 Judicial Mechanisms 321

1.1.1 Arbitration 321

1.1.2 Judicial Settlement 322

1.2 Non-Judicial and Diplomatic Mechanisms 323

1.2.1 Negotiation, Consultations and Exchange of Views 323
1.2.2 Fact-Findings and Inquiries 323
1.2.3 Conciliation 324
1.2.4 Good Offices 324
1.2.5 Mediation 325
2. Historical overview of international mediation 325
2.1 Mediations and Good Offices by UN Secretaries-General of the UN 326
2.1.1 Cuban Missile Crisis Mediation 327
2.1.2 Bahrain Archipelago Inquiry and Mediation 327
2.1.3 Iraq–Iran Mediation and Fact-Finding 327
2.1.4 Post-Election Violence Mediation and Conciliation in Kenya 328
2.1.5 Falkland Islands Mediation 329
2.2 Mediations by Third States, Religious Institutions, and Dignitaries 329
2.2.1 Camp David Mediation and Conciliation between Egypt and Israel 329
2.2.2 Iranian Hostage Crisis Mediation between the United States and Iran 330
2.2.3 Beagle Channel Conflict Mediation between Argentina and Chile 331
3. Towards a Permanent International Mediation Body 332
Conclusion 336
Bibliographical references 336

INTRODUCTION

Riccardo CAPPI[1] & Mylène JACCOUD[2]

1 Université de l'État de Bahia.

2 Université de Montréal.

[1] Nous sommes heureux de présenter les Actes du colloque de la XIe Conférence du Forum mondial de médiation qui s'est déroulée virtuellement du 24 au 27 octobre 2022 et qui avait pour thème : « L'humanité face aux conflits actuels : nouveaux défis pour la médiation ».

[2] Le Forum mondial de médiation (FMM) est une organisation internationale à but non lucratif qui s'est donnée pour mission de développer et de partager à travers le monde des informations, des savoirs et des compétences au sujet de la médiation. Concevant la médiation comme étant interdisciplinaire – voire transdisciplinaire – et intersectorielle, le FMM s'efforce d'établir et de renfoncer les ponts entre les milieux de pratiques et espaces académiques, mais aussi de susciter une synergie entre des acteurs de la médiation ancrés dans des conditions et des contextes géo-sociopolitiques et culturels diversifiés.

[3] La mission du FMM est notamment assurée par l'organisation d'une conférence internationale qui se déroule tous les deux ans dans un pays différent[3]. Les conférences sont structurées autour de tables rondes qui réunissent des conférenciers et des conférencières invité.e.s à discuter d'enjeux centrés sur une thématique spécifique, d'une série d'ateliers constitués à partir des propositions libres évaluées par un comité scientifique et d'une formation pratique.

[4] La XIe Conférence a été organisée par l'Université de Lisbonne en partenariat avec le Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal. Le thème général de la conférence a été discuté dans le cadre de trois tables rondes[4].

[5] La première, « La médiation est-elle adaptée aux transformations sociales ? » a donné lieu à de riches réflexions sur l'adaptabilité de la médiation face aux conflictualités ancrées dans les profondes mutations que traversent nos sociétés à l'échelle mondiale ou nationale. En effet, on peut se demander si la médiation est une approche appropriée pour faire face aux conflits liés aux crises climatiques et sanitaires, aux conflits armés intraétatiques, aux inégalités sociales croissantes, aux flux migratoires, aux crises des systèmes démocratiques, aux nouvelles formes de mobilisation et de revendications (notamment par les médias sociaux), aux expressions de la « radicalisation » – sur le plan politique et religieux, par exemple –. La médiation doit-elle être reconfigurée, voire substituée, par de nouveaux mécanismes de régulation et de résolution des conflits dans un tel contexte de conflictualité ? Doit-on revisiter le processus, les finalités de la médiation ou la formation des médiateurs ? La médiation est-elle transformée par ces nouvelles conflictualités ou est-ce elle qui peut véritablement les transformer ?

[6] La deuxième table ronde a porté sur la place et la contribution de la médiation dans la gestion des conflits croissants entre États, communautés, corporations et citoyens dans la sphère environnementale. À nouveau, on a voulu se demander si la médiation

3 Le Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal est investi dans la co-organisation des conférences du FMM depuis 2016. En plus de la XIe Conférence, il a co-organisé la Xe (Luxembourg, 2019) et la IXe (Québec, 2017) Conférence du FMM.

4 Les lectrices et les lecteurs peuvent consulter le site <https://www.wmf-fmm.org/> de la conférence pour connaître les détails qui concernent les conférenciers et les conférencières invité.e.s aux tables rondes et leurs interventions, ainsi que le programme détaillé des présentations dans les ateliers.

pouvait contribuer à trouver de nouveaux parcours ou choix pour négocier la « question environnementale », en favorisant par exemple la confiance et la communication entre ces différents acteurs, ou en constituant un outil pour la recherche de nouvelles solutions.

[7] Enfin, nous avons proposé – lors de la troisième table ronde – une réflexion sur la place de la médiation dans le « virage numérique ». L'intégration des technologies numériques dans toutes les activités de la société, renforcée pendant la pandémie, affecte les pratiques de communication, de négociation et de résolution de conflits. La mise en œuvre de la médiation par le biais de l'environnement technologique pose de nombreuses questions, à la fois théoriques et pratiques. La médiation est-elle conçue différemment selon l'environnement technologique dans lequel elle se déroule ? Quels sont les effets de ces « nouvelles technologies » sur la médiation ? Y a-t-il rupture ou continuité entre la médiation « traditionnelle » et la médiation numérique ? Le nouvel environnement entraîne-t-il une transformation des principes de la médiation ?

[8] Un espace d'expression et d'échanges a été offert aux participant.e.s dans le cadre de 47 ateliers au cours desquels les enjeux de la médiation en lien avec la thématique générale de la XIe Conférence ont pu se poursuivre. Ces ateliers ont aussi permis aux participant.e.s d'élargir les discussions à une panoplie de questions qui touchent la médiation, et ce, dans des champs de pratique très variés de la médiation. Enfin, la conférence a également compté sur un temps de formation dédié – ce n'est pas une surprise – aux pratiques de la médiation numérique, mettant en lumière ses enjeux, forces et limites, sur différents plans – relationnel, émotionnel, éthique, juridique, économique, entre autres[5].

[9] Les Actes de la XIe conférence publiés dans ce numéro de la revue *Lex Electronica* regroupent 19 contributions rédigées dans les trois langues officielles du FMM, soit le français, l'anglais et l'espagnol. Compte tenu du fait que la Conférence était organisée par l'Université de Lisbonne, nous avons accepté des contributions d'auteurs et d'autrices lusophones.

[10] Ce numéro réunit des présentations qui couvrent divers aspects théoriques, pratiques, normatifs et politiques d'enjeux attachés à la thématique générale de la Conférence. Six textes portent sur la médiation dans son rapport au virage numérique. Diverses questions y sont soulevées : l'adaptation des normes de formation des médiateurs ,ainsi que celle du rôle et de la fonction du médiateur dans le processus de médiation numérique, les forces et les limites de l'usage de l'IA dans l'application de la médiation, ainsi que la délicate question de la portée de la médiation numérique sur l'accès à la justice et au processus de résolution des conflits. Trois textes traitent du recours à la médiation dans les conflits environnementaux. Ces contributions convergent vers l'idée que la médiation s'avère un outil indispensable de gestion des conflits environnementaux, mais nécessite des ajustements en raison de la spécificité de la conflictualité environnementale. Un des auteurs pose d'ailleurs les conditions nécessaires pour que la médiation environnementale garantisse la pacification des conflits engendrés par la crise de la biodiversité et de l'accès aux ressources en

5 La formation a été co-animée par Me Céline Vallière (Québec) et Rui Pinto de Almeida (Portugal), deux praticiens de la médiation.

prenant l'exemple du Bénin. Les autres contributions s'aventurent vers des champs diversifiés de la médiation : l'interculturel, le familial, le commercial, l'international, le gouvernemental, le pénal, le judiciaire et le domaine de la santé. Elles présentent un riche éventail de savoirs, de pratiques, mais aussi de questionnements sur des sujets aussi variés que la posture et les compétences des médiateurs, les fondements éthiques et juridiques de la pratique de la médiation, de l'accès à la justice, des droits des citoyens, des avantages de la médiation, des conditions de renforcement de la médiation dans certains secteurs d'activités (famille, santé, commerce, consommation, relations internationales) par le biais d'outils de communication (écoute, approche humaniste), mais également de politiques et d'instruments juridiques.

[11] En fin de compte, ces actes de colloque sont assez représentatifs de l'ensemble des interventions transculturelles qui ont jalonné les quatre jours de la Conférence. Les interventions et les débats ont traité des conditions structurelles et culturelles – nécessaires – de la médiation; ils ont exploré les arrangements institutionnels et la transformation des conditions techniques de la médiation. En dépit du fil conducteur et transversal de l'exigence de la reconnaissance de l'autre dans les pratiques de médiation, différentes conceptions de la médiation sont apparues, selon qu'il s'agit de tendre vers une solution ponctuelle et un accord, ou encore, de produire un sentiment de justice ou même de transformer une façon d'être dans les relations interpersonnelles. Dans la mouvance des conflictualités contemporaines, on peut se demander si nous sommes confrontés à un épuisement ou à une diversification paradigmatique de la médiation. Quoi qu'il en soit, la médiation constitue un moyen toujours perfectible de faire face à l'inertie de la « force pure » comme moyen de « gérer » les conflits, pour laisser place à des modalités toujours plus créatives d'inclusion, d'écoute et de construction collective d'un monde où il est possible de ne pas mourir… ni de faim ni de haine.

CONFLICT TRANSFORMATION THROUGH DIGITAL MEDIATION: A STUDY OF BRAZIL'S JUDICIARY COURTS

Fernanda Alves CURBAGE[6]

6 Candidate for a PhD in International Politics and Conflict Resolution FEUC/CES University of Coimbra, Portugal. fernandacurbage@ces.uc.pt

RÉSUMÉ

Cette étude vise à examiner les caractéristiques de la médiation en ligne au sein des systèmes publics, en se concentrant sur deux éléments essentiels : la progression technologique provoquée par la pandémie de Covid-19 qui a conduit à une numérisation presque complète du système judiciaire brésilien et les implications ultérieures d'une politique d'émancipation. transformation des conflits. La recherche engage l'ontologie et l'épistémologie socioconstructivistes du sud comme perspectives, menant ainsi une enquête empirique sur les modifications, les aspects et l'efficacité de la médiation dans deux districts judiciaires de São Paulo, au Brésil, en particulier les villes de Piracicaba et Campinas. Le document souligne le rôle de la médiation dans le domaine du règlement des litiges en ligne (ODR) dans le système juridique brésilien, servant à améliorer l'accès à la justice, à accélérer les changements de communication et à remédier aux limites de la médiation numérique tout en garantissant l'implication active de toutes les parties dans le processus. procédure.

En outre, l'étude évalue de manière critique l'utilisation de la médiation en tant qu'outil essentiel dans les systèmes juridiques nationaux et internationaux à l'ère du système judiciaire numérique. Pour y parvenir, une réévaluation complète des principes fondamentaux de la médiation est entreprise et juxtaposée aux défis observés dans ces contextes régionaux, mettant ainsi au jour divers sujets qui nécessitent une exploration plus approfondie. En résumé, cette étude offre une compréhension approfondie des modalités et des pratiques régionales de la communication numérique dans la médiation, la posant comme une approche pionnière pour améliorer l'efficacité des pratiques de résolution des conflits et favoriser la transformation sociale, culturelle et académique.

MOTS-CLÉS

Médiation numérique; Judiciaire; Émancipateur; Communication

ABSTRACT

This study aims to examine the characteristics of online mediation within public systems, focusing on two pivotal elements: the technological progression instigated by the Covid-19 pandemic that led to an almost full digitalisation of Brazil´s judicial system and the subsequent implications of an emancipatory conflict transformation. The research engages social constructivist ontological and epistemology of the south as perspectives, thereby conducting an empirical inquiry into the modifications, aspects, and efficacy of mediation across two judicial districts in São Paulo, Brazil, specifically the cities of Piracicaba and Campinas. The paper underscores the role of mediation within the sphere of online dispute resolution (ODR) in Brazil's legal system, serving to enhance access to justice, expedite communicational changes, and address the limitations of digital mediation while ensuring the active involvement of all parties in the proceedings.

Furthermore, the study critically assesses and evaluates the use of mediation as a vital tool in national and international legal systems during the digital judiciary age. To

achieve this, a comprehensive re-evaluation of the core principles of mediation is undertaken and juxtaposed with the challenges observed in these regional settings, thus unearthing various topics that necessitate further exploration. In summation, this study offers an insightful understanding of the modalities and regional practices of digital communication in mediation, positing it as a trailblazing approach to enhancing the efficacy of conflict resolution practices and furthering social, cultural, and academic transformation.

KEYWORDS

Digital mediation; Judicial; Emancipatory; Communication.

1. ONTOLOGICAL, EPISTEMOLOGICAL AND METHODOLOGICAL VIEW

[12] The core of this research is conflict resolution, emphasizing the application of conflict transformation through digital mediation in Brazil´s judiciary Courts of Justice. The invitation question addresses how the principles of conflict transformation can be effectively implemented within an institutionalized entity as a State. One way to assess the effectiveness of this approach is to determine if it can facilitate accurate and independent decision-making through digital legal interventions. This would position it as a modern method for incorporating the Epistemology of the South developed for Boaventura Sousa Santos, with the main idea of "construction and validation of knowledge born in struggle, of ways of knowing developed by social groups as part of their resistance against the systematic injustices and oppressions caused by capitalism, colonialism, and patriarchy". (SANTOS, 2016, p.11). Instead of solely prioritizing the resolution aspect, comprehensive conflict transformation must investigate the structural and root causes of conflict, such as the modern domination of capitalism, colonialism, and patriarchy.

[13] The ontological perspective in peace studies refers to philosophical perspectives on the nature of reality, particularly in relation to conflict and peace. These perspectives provide insight into what exists in the world and what we should focus of our studies.

[14] From an ontological perspective, this article adopts a social constructivist ontology, aspiring to propose a conflict resolution system rooted in an emancipatory perspective. This perspective fosters individual consciousness through a bottom-up view of actions and advocates for "an intercultural understanding of the law" (SANTOS, 2020, p.588).

[15] Social constructivism as a theoretical framework facilitates understanding peace and conflict as social constructs are mounded by the norms, beliefs, and practices of actors within the global system (GUZZINI, 2013, p.59). Hence, this implies that the manner in which actors comprehend peace and conflict, as well as their motivations for resolving disputes, are shaped by their interactions and encounters with one another. Consequently, the question arises: What is dealing with conflict in the Brazilian judiciary court? And how does the Brazilian judiciary system manage conflicts?

[16] To address these questions, a qualitative content analysis methodology using statistical and legal content analysis (analysis of legal communication and ordinances of regulatory bodies National Council of Justice - CNJ and its members, the Courts of Justice - TJSP) is employed. The aim is to validate the Public Policy for Appropriate Handling of Conflicts and its impact on digital mediation.

[17] The data analysis will be carried out by investigating the statistical data published by the regulated body CNJ, focusing on the search for technical and practical information on how the different locations produced accommodations in the face of the transition process to digital mediation. Further, the effectiveness of digital mediation as a tool that promotes equality and social justice in conflict situations, fostering the transformation of conflict into social peace, will be assessed.

[18] If the data corroborate expectations, it will be possible to validate the hypothesis that the Public Policy for the Appropriate Handling of Conflicts contributes to the perception of social justice, through the digital empowerment of citizens, guaranteeing the potential transformation of the judicial system at national and international level. At the end of this process, the claim is to structure the implantation of an internal populational transformation, and with this, it could achieve some sustainable and qualitative local peace.

2. UNRAVELING INDIVIDUAL AND STRUCTURAL CONFLICTS: A PATH TOWARDS EMANCIPATION

[19] Throughout history, humans have gained experience and wisdom in navigating conflicts within their relationships, creating a amount of knowledge that is woven into our daily lives. In line with, the conflicts can be understood as the behavioural situation between actors with incompatible goals (BARTOS & WEHR, 2002, p. 28-29). Corroborating this, *David P. Barash* posits that the objectives of conflicts remain consistent across any stage of human development., as said "in the common needs and habits of men who live in fellowship under the same sky favor a speedy issue of such conflicts and, this being so, the possibilities of peaceful solutions make steady progress" (BARASH, 2018, p.11). In such scenarios, one party inevitably imposes constraints on the other through expressions of complaint and refusal.

[20] Approaching from a pragmatic viewpoint, asserts that since all actors and organisations are embroiled in conflicts, however, what varies in the analysis/perception is the unique role an individual plays within differing conflict types (KRIESBERG, 2021, p.34).

[21] For instance, the vital aspect of the ethnology of conflict remains the codependence of individuals and structures. Nevertheless, the assumption of an intricate relationship between individuals and structures is the fundamental element of conflict ethnology. This article primarily embraces an individualist ontology of conflicts, as well explained by *Jonathan Mercer* as a "Culture, norms, and group emotion can be causally but not ontologically reduced to individuals. These structures are neither identical to nor wholly autonomous from the individuals who constitute them." (MERCER, 2014, p.521)

[22] In essence, the cornerstone of progressive social change rests on modulating the dynamics of human interaction, social conflicts, and destructive cycles of violence. As already proposed before, we must foster cycles of relational dignity and respectful engagement to break cycles of destructive violence.

[23] The main idea proposed is that implementing cycles of relational dignity and respectful engagement can lead to positive outcomes and foster healthy relationships; as *Lederach* insightfully states, "The flows of fear destroy. Those of love edify. That is the challenge: how to move from that which destroys toward that which builds. I call this constructive social change." (LEDERACH, 2005, p.43).

[24] Such transformation necessitates more than just suffering the adverse effects of conflict; it requires individuals to engage in it as participants and creators actively; as *Simmel* suggests, the aim is to transition the subject from being a passive recipient of a culture steeped in conflict, into an active contributor and cultivator (SIMMEL, 1904). To move forward, a constructive attribution must be assigned to the conflict. This active participation in the conflict opens the door to an emancipatory process, which is at the heart of constructive social change.

3. DECIPHERING THE MEDIATION PROCESS: A BRAZILIAN **PERSPECTIVE**

[25] Examining the intricacies of conflict dynamics and resolution strategies requires an in-depth understanding that encapsulates the socio-cultural, political, and economic landscapes shaping conflict and peace. In the broad spectrum of social constructivism and the Epistemologies of the South, Brazilian judicial mediation presents a rich, context-specific approach to conflict resolution.

[26] Moving beyond the access to justice or the implementation of procedural justice (EBNER & ZELEZNIKOW, 2015, p. 152), conflict management within the Brazilian judiciary must incorporate a broader range of considerations. In fact, the resolution of conflicts encompasses a broader range of considerations beyond just these factors.

[27] It necessitates both principled advocacy and effective measures for conflict resolution, which are fundamental responsibilities of the Judiciary State System, as sad by the Brazilian Constitutional in the preamble, as said:

> "We, the representatives of the Brazilian people, gathered in the National Constituent Assembly to establish a Democratic State, aimed at ensuring the exercise of social and individual rights, freedom, security, well-being, development, equality, and justice as supreme values of a fraternal, pluralistic, and prejudice-free society, founded on social harmony and committed, in the internal and international order, **to the peaceful resolution of disputes**, we promulgate, under the protection of God, the following CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL." (BRAZIL, 1988, p.01)

[28] This is because conflict, by its dualistic nature, can both construct and destroy, thereby necessitating skilled and judicious resolution. Furthermore, sustainable peace (Ramsbotham et al., 2007, p.206) should not be considered a destination or an end but rather an opportunity for individuals and communities to engage in an interconnected and holistic worldview and work towards a planetary vision of peace (MORIN, 2003, p.175).

[29] For that, the transformative concept of 'everyday peace' (MAC GINTY, 2014) offers the view of peace not as an abstract, distant ideal, but as a lived, daily experience that intertwines with people's routine activities, social interactions, and understanding of justice (Sharp, 2012).

> “Everyday peace involves a series of social practices such as avoidance, a system of manners, telling and blame deferring that, taken together, constitute a sur- vival strategy that individuals and groups use to avoid difficult situations. It involves a fleetness of foot, quick calculations, and a good deal of dissembling. That is, people might believe one thing but say another simply to avoid or defuse a tense situation. This indicates insincerity, but if the insincerity is for socially good purposes, then it can be justified. Indeed, all societies have scripted social interchanges (just think of interactions with the waitstaff in a restaurant). In a deeply divided society, however, the script becomes important as individuals pursuing everyday peace strategies will avoid contentious topics in conversation and rely on the script of manners and civility to chart a way through interchanges.” (MAC GINTY, 2021, p. 9-10)

[30] Embracing this perspective helps to instrumentalise and constructing peace narratives that resonate with the lived realities of individuals and communities, offering a broad and human perspective and recognizing the significant role that ordinary citizens play in promoting peace and sustainable development. This view underscores the importance of using “Freidian listening”[7] as a basis for communication in the process of conflict resolution.

[31] Hence, highlighting the importance of conflict transformation from a systemic perspective emphasises that everyday peace is a key component of peace processes, focusing on the promotion of social justice, equity, and inclusion as fundamental elements of peacebuilding (KÖRPPEN, ROPERS, & GIESSMANN, 2011). In this regard, Brazilian judicial mediation, a dialogue-based conflict resolution mechanism, mirrors the principles of everyday peace in several ways, especially aligns through active participation, mutual respect, and negotiation.

[32] In this context, the concept of mediation, as per Bercovitch, refers to the process of resolving disputes between conflicting parties through the intervention of a neutral third party; he posits that:

> “mediation is an aspect of the broader process of conflict management, in which all parties have interests and are prepared to expend resources to achieve these, and that mediation involves the intertwining of interests, resources, and positions in an attempt to influence outcomes. This relationship is critical for analysing the dynamics of conflict and assessing the prospects of successful mediation.” (BERCOVITCH, 2009, p.353)

[33] In this context, the mediator helps to facilitate communication and negotiation between the parties, enabling them to reach a mutually acceptable solution to their conflict. This form of alternative dispute resolution (ADR) emphasises improving relationships and resolving disputes in a peaceful e cooperative manner.

7 The term "Freirean listening" was not coined by Paulo Freire himself, yet Freire's emphasis on dialogue, respect, and mutual understanding in educational relations is well-known. This positions the concept of "listening" as being intrinsic to a significant portion of his works, as refered by Freire: "Dialogue is the meeting of men, mediated by the world, to pronounce it, thus not being exhausted in the I-you relationship." (FREIRE, 1967, our translation).

[34] Simultaneously, for *Lederach,* the view of conflict mediation as a means of fostering cooperation and collaboration, emphasises the active participation of the parties and the importance of finding a solution acceptable to all. (LEDERACH, 2014, p.12). A social constructivist approach to mediation emphasises the relational subjectivity, reflexiveness, and contextual understanding of which reality is socially constructed.

[35] It aligns well with Santos's concept of the 'epistemology of the South', which challenges the hegemony of Western knowledge systems and advocates for an appreciation of diverse, localised knowledge systems. It paves the way for a more inclusive, participatory, and grounded understanding of conflicts and their resolution.

[36] This robust foundation facilitates effective conflict resolution, these definitions furnish a robust foundation for applying social constructivism and epistemology of the South to uncover conflict root causes and understanding the involved parties, motivations and perspectives, thereby facilitating effective and qualitative conflict resolution, as Santos posits:

> Only mediation can subvert the separation between the processed conflict and the real conflict, a separation that dominates the procedural structure of the capitalist State's law and that is mainly responsible for the superficialization of social conflict in legal expression (SANTOS, 1998, p. 23).

[37] Further, these definitions admitted that the influence of society made the meanings and definitions flexible, and also the definition can evolve. The Brazilian judicial mediation is proposed as a communicational, emancipatory and informative methodology. It encourages the resolution by self-compositional conflicts with the assistance of an impartial and independent mediator, who helps understand the positions, the interests and explore feasible solutions. This approach reassigns responsibility for decision-making to the involved parties and aims to the restoration of communication.

[38] In conclusion, to apply efficiently the approach proposed, it is necessary to shift the perspective of conflict, from focus to how we manage it. For example, this perspective might examine how actors in a particular conflict understand the root causes of the conflict and the potential resolutions. It would also examine how these understandings evolve as actors interact with one another and experience the consequences of their actions. This ontological view assists us in understanding the currently underway accommodations in the Brazilian Judiciary and what lies in the future.

3.1. ACTORS AND THE "FOURTH PART"

[39] However, the reality of the Brazilian judicial system is made by a positivist and analytical understanding of conflict and conflict resolution. Consequently, public policies are primarily data-driven, focusing on numbers, statistics, and probabilities[8]. These procedural mechanisms created a pessimistic view of the judicial procedural

8 The data of the report "Justice in Numbers 2021" of the CNJ (National Council of Justice), base year 2020, the Judiciary ended the year with 75.4 million cases in progress (also called pending cases), waiting for some definitive solution. (Brasil, 2021).

engagement, with ripple effects across different spheres: the general population who demands from the Judiciary, state agents and lawyers.

[40] The general population, the primary consumers of the judiciary, play a vital role in shaping demand and expectations from the mediation process. However, often fails to find fulfilment of their social justice needs, instead encountering a system characterised by codes and numerical identifiers (For example, free justice, public defender, unaccompanied by a lawyer, priority procedure, urgency, secrecy of justice).

[41] The continuation of this perception of the efficiency of justice not only reduces their conflicts to mere data points but also produces violence for their individuality based on their legal predicaments. At the end of this process, the general population's perspectives are shaped by socio-cultural norms, past experiences with the judiciary, and their understanding of justice and fairness. This perspective has increasing with datas from Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário, da FGV Conhecimento, inform that machine learning is presente in 77% dos sistemas (CIAPJ/ FGV, 2022, p. 256), for tarefas descritivas and de preditivas.

[42] The state agents, such as the judges, are overwhelmed with an unlimited demand for treatment and achieve new cases, straining their capacity to handle and process them with the correct possible treatment effectively. Similarly, the judicial servants do their best to manage cases in the face of excessive caseloads. Furthermore, finally, attorneys and public defenders struggle to provide justice for their clients while being caught in a competitive legal marketplace.

[43] The result is the fluent cycle in which population conflicts, the object of lawsuits, are reduced to numbers of a conflictive and chaotic society. So, using the word Fabiana Marion Spengler:

> The jurist's task, therefore, is to look into the conflicting reality of society and find institutional formulas created to enable the treatment of the conflict without the pretence of resolving it (which is known and practically happens) but of treating it, mainly concerned with offering viable means to do so. (SPENGLER, 2007, p.396, our translation)

[44] The realist perspective is based on a failed system that, despite our collective creation and maintenance, has proven to be unsatisfactory, blaming each other for our unsuccessful lives. So, with the aim of do not contribute to this failed system, I posit that mediation offers a beacon of hope - a chance to salvage the judicial system through a holistic and local approach. Holistic mediation considers all situation aspects, including the mind, body, spirit, context, impact, and consequences. Readiness for holistic decision-making has three criteria: perception, cognition, and personal development. The holistic approach could move society towards limiting harm and promoting happiness, well-being, and justice. (LEWIS & UMBREIT, 2015, p.15)

[45] Further, knowing the fundamental role of which part is the beginning of some explanations about why the Judiciary has a central role in dealing with social conflicts, and the proposal here is mapping these actors in these processes. For example, if a

state perceives itself as a defender of human rights and democracy, it will likely intervene in a conflict to protect these values, regardless of its material interests.

[46] Similarly, the norms and identity of actors involved in a conflict can shape the outcome of peace negotiations, as they will negotiate based on their beliefs about what is acceptable and what is not. This view holds that actors construct and reconstruct their understandings of peace and conflict through their interactions and experiences.

[47] Overall, studies of peace and conflict resolution from an ontological constructivist perspective emphasise the importance of understanding actors' subjective experiences and perspectives to comprehend the complex dynamics of peace and conflict fully. However, from the digital perspective, the received for a "fouthy part" on this relationship, which is a technological part, generates a consequence of bringing a new mindset; they need a new process for resolving conflicts, which means not only new tools but also different principles and values.

[48] Further, Rabinovich-Einy (2006) and Rainey (2014) considered it necessary to adapt the conceptions and principles of mediation to a digital environment so that the mediator can conduct the process with this new element. (RABINOVICH-EINY, 2006; RAINEY, 2014). The digitisation of the legal system and these present development opportunities for the creation of innovative management strategies and a possible reorientation of the political choices made by the Brazilian State concerning access to justice to restore its redistributive and transforming role. It is important to note that the technological transformation in procedural law goes beyond the mere instrumental use of technology and automation of existing processes. Instead, it has the potential to create new, tailored approaches that better provide adequate, fair and appropriate solutions (NUNES & PAOLINELLI, 2021, p.155).

3.2. DIGITAL COMMUNICATION AND RETHINKING MEDIATION PROCESS IN THE DIGITAL AGE

[49] Over the past several years, the internet has transformed from merely being a tool for various professions to significantly altering the dynamics of our interpersonal relationships. As such, it is prudent to engage in a discourse surrounding this "digital turn" era since it is a central subject to our everyday relations.

[50] The traditional mode of analogical communication typically occurs in a context where the speaker knows the audience, the location, and the purpose of the conversation, characterised by a clear understanding of the parts of communication. However, digital communication often lacks these defining characteristics and is often more interpersonal in nature. If we consider someone's post on social media platforms (Instagram, Twitter or LinkedIn) raises the question of the existence of a definite recipient for the message. In most cases, the answer would likely be negative. The conclusion is that this leads to an increased sharing of personal emotions and feelings on the internet. The internet has become a ubiquitous aspect of our lives, influencing how we consume, share, work, live and feel.

[51] As a result, interpersonal communication has been greatly facilitated, leading to a reinforcement of emotions and affections. However, this development is not without

challenges. Knowing all this, using the traditional mediation definitions as a method of resolving disputes outside of the conventional judgment system, using a third-party mediator to help parties come to a mutual agreement became a problematic definition when we brought the “digital turn” to the lens of this analysis.

[52] The traditional concept of mediation must be reimagined to encompass the changing landscape of communication and conflict resolution. Digitization has not only changed how we communicate, but it has also influenced our modes of expressing and handling conflicts. As such, there is a need to reassess the process and principles of mediation, bearing in mind the reality of our highly digitalized and interconnected world.

[53] The digitization of mediation, often referred to as Online Dispute Resolution (ODR), introduces several new elements to the mediation process. Firstly, it enables geographical flexibility, allowing parties from different regions or countries to participate in mediation without the necessity for physical presence. Secondly, it provides time flexibility, making the process more convenient for all parties involved.

[54] However, digital mediation also brings about new challenges. One such challenge is the potential loss of non-verbal communication, which can be a crucial aspect in understanding the sentiments and intentions of the disputants. Mediators will need to adapt to these conditions and develop new skills to manage online communication effectively.

[55] Additionally, the issue of digital divide poses another challenge. Not everyone has equal access to technology or the internet. Therefore, it is crucial to ensure that digital mediation does not exclude those who lack the necessary resources to participate in an online environment.

[56] Moreover, the digital age presents a shift in the understanding of privacy and confidentiality. As the internet blurs boundaries, issues around data security and protection come to the fore. It is crucial to ensure that digital mediation respects the privacy rights of the parties and protects their information.

[57] Moreover, the rise of social media platforms and the increased sharing of personal feelings and emotions online, brings in another layer of complexity. The increased public nature of disputes, particularly those occurring on social media, can escalate conflicts and complicate their resolution. Mediators, therefore, need to be equipped to handle these dynamics and guide parties towards constructive dialogue and resolution.

[58] Furthermore, as our online and offline lives increasingly intertwine, there is a need to explore the intersections between them in the context of conflict resolution. The emotional impacts of online conflicts can spill over into offline spaces, and vice versa, creating complex layers of disputes that mediators need to navigate.

[59] In conclusion, the digital turn necessitates a transformation of mediation to accommodate the realities of our digital world. This process will involve updating the definitions, principles, and techniques of mediation, enhancing digital literacy and competency among mediators, and ensuring the inclusivity, fairness, and effectiveness

of the digital mediation process. Moreover, it requires ongoing research and discourse to understand the continually evolving digital landscape and its impacts on conflict resolution.

4. DIGITAL TURN IN BRAZIL

[60] The changes in the judiciary system in Brazil started with the introduction of the electronic judicial process (PJe[9]) in 2006, which enabled the courts to replace physical, paper-based processes with electronic ones and become increasingly pronounced in recent years. Some transformations have been making revolutions as digital mediation, in 2016, the creation of the "100% Digital Court" in 2020 and Resolution 358/2020 from CNJ, which regulated the creation of technological solutions for resolving conflicts through the Judiciary via conciliation and mediation, are just some of the many measures aimed at de-judicialization that make use of internet technologies and digital platforms.

[61] These changes could be divided into three stages: first, the digitization of procedures; second, the automation of tasks; and third, the transformation of methods of operation and work (NUNES, 2021, p.57). Overwise, the "digital turn" in conflict resolution refers to the increasing use of technology in the administration of justice and the judicial process, helping advanced tools such as online dispute resolution platforms, virtual courts, and electronic case management systems to lead to more efficient and accessible justice for citizens. It is a real technological change in the law and procedural law, inducing an instrumental transformation and changing the rationality of the justice system, its institutions, and the performance of its agents and intervenient.

[62] However, envisions a future where the Judiciary operates with incredible speed and transparency, and this ed to the broader conversation around the role of technology in the modernization of the judiciary Court and the potential benefits it can bring. The "digital turn" can change from analogue to digital communication materialises the integration of technology in all aspects of society, Julia Hoffmann (2014) highlights privacy concerns and the potential for the rapid spread of misinformation.

[63] However, despite these challenges, digital technology still has untapped potential and can revolutionize how people communicate, connect, and create more meaningful and impactful connections (between individuals, organizations and communities). In the long term, the digital turn could also facilitate more participatory justice. Technology can enable greater public involvement in judicial processes, for example, through public consultations on legal reforms or policy changes. This can promote a more democratic and inclusive judiciary.

[64] Further, communication should be seen as an interactive process that could lead to emancipation, and the judiciary system should develop strategies based on sustainable

9 Modality of procedural processing, created by Law 11.419/2006, in which acts are performed exclusively by electronic and remote means. As this is an innovative experience, there will be permanent exchange and feedback between the Council and the courts as soon as they adopt and implement the system. (FUX, 2021, p. 24).

forms of peace, a general ability to bring people together and drive positive change in the world that we must focus on for fundamental conflict transformation to occur.

[65] In conclusion, while the digital turn in Brazil's judiciary presents both challenges and opportunities, it can transform the justice system into a more efficient, accessible, and transparent institution.

4.1. BRAZILIAN JUDICIAL PUBLIC SYSTEM OF MEDIATION

[66] The Brazilian Federal Justice system has been designing and studying online mediation procedures since the creation of mediation law in 2015, and the National Council of Justice (Resolution n. 270 de 2018) authorized digital platforms to resolve disputes. In this context, they gained full strength from the forced "virtual scenario" caused by the COVID-19 situation.

[67] The outbreak of the pandemic in 2021 and the adverse health situation in Brazil caused strict health protocols to be established, leading to a reality of social distancing. In response, the National Council of Justice (CNJ) introduced a range of measures aimed at promoting access to digital justice and embodied in a series of Resolutions[10] 331, 332, 334, 335, 345, 354, 358, and 372, which seek to promote access to digital justice, published by the CNJ in 2020.

[68] The integration of these factors results in the conclusion that digital mediation has gained significant momentum due to the COVID-19 pandemic, becoming a highly appealing option for the judicial system as it provides convenient, effective, and practical solutions.

[69] Further, from a mediation perspective, should this new relational dynamic between human and digital conflict resolution be studied from the perspective of "digital turns" or from the user's view?

[70] The Epistemology of the South (SANTOS, 2016), advocates for recognizing the knowledge and experiences of the Global South, often marginalized or rendered invisible by dominant Western-centric perspectives. It calls for equal recognition of other forms of knowledge that can provide different ways of understanding and interpreting the world.

[71] Applied to digital mediation in Brazil, this framework prompts a shift away from merely focusing on implementing digital tools based on Western models. Instead, it emphasizes understanding and integrating the unique socio-cultural context, local knowledge, and experiences of Brazil, into the design and implementation of digital mediation platforms.

[72] For that, we aim to apply the Epistemology of the South to point out some problematics as access to digital communication and vulnerabilities from a Brazilian perspective. Knowing these discrepancies explains the approach of "digital turn" in the

10 All the CNJ Resolution could be found on: https://atos.cnj.jus.br/atos

field of mediation, and your direct impact on all the actors is notable but has not had the same intensity.

[73] To understand these perspectives, a simple analysis of the mediator's field of work propose in this article helps to explain. In other words, a mediator must understand all the digital aspects and bases to after could work with it. Although the digital communication that we have today (until now) in digital mediation is not designed for promoting dialogues, we must change it first, if we want, to do a real digital mediation.

[74] For instance, addressing the digital divide is an essential factor in ensuring equal access to justice. By incorporating the Epistemology of the South, the digital mediation process could be adapted to local contexts, considering factors like the level of digital literacy, availability of stable internet connections, or alternative offline methods of communication that might be more accessible in rural areas.

[75] Further, we need to change how digital communications are made if we insist on using digital mediation in public systems. Moreover, believe that some accommodations already exist in Brazil as the hybrid form and the local platforms. The realistic truth is that digital communications (until now) are not designed to promote full and complete dialogues. The transition to digital mediation should not ignore the potential vulnerabilities of users. The increased reliance on digital platforms may expose users to new types of vulnerabilities, such as data privacy breaches, misinformation, and online harassment. Digital mediation platforms must be designed with robust security measures and processes to mitigate these risks and ensure that users feel safe and secure while using these platforms.

[76] Paulo Freire said, "In the absence of basic knowledge, it is impossible to 'interpret the world'; therefore, there is no basis for exercising citizenship" (FREIRE, 1974), underlines the importance of providing education and training to empower individuals, so ensuring a basic understanding of digital tools and their implications, users will be better equipped to navigate the digital mediation process and engage in meaningful dialogues.

[77] In summary, the Epistemology of the South provides a guiding framework for implementing digital mediation in Brazil that is inclusive, respectful, and responsive to local conditions and realities. It emphasizes the need for digital mediation to be more than just a translation of face-to-face mediation into a digital format, but rather an evolution that considers the unique characteristics of the digital environment and its impact on communication and human relationships.

4.2. EMANCIPATION, CONFLICT TRANSFORMATION AND TRANSFORMATIVE JUSTICE

[78] Notwithstanding, conflict transformation is codependent on social and political shifts with one common aspect: the moment of action of decision-making. Thus, explore conflict mediation in a judiciary field as a means to promote a concept of "sociology of absences", drawing on Boaventura Sousa Santos's model as the way of: "turning absent subjects into present subjects as the foremost condition for identifying and

validating knowledges that may reinvent social emancipation and liberation." (SANTOS, 2019, p.19).

[79] In the proposed judicial mediation, we understand there is an "ecology of learning" (Santos, 2014) where decision-making is directed to the agent who has an emancipated position. Thus, using mediation as a citizen tool promotes the union of knowledge and, simultaneously, the interrelationships with individual and collective life cycles.

[80] Therefore, assuming that conflict mediation focuses on local needs, perceptions, and people, we can promote sustainable peace, starting with individual citizenship, where individual transformation (the individual himself and his conflicts) and evolving planetary citizenship, where inter-transformation individuals exist in society (MORIN, 2003).

[81] The planetary peace approach proposed by Edgar Morin focused on the development of communication as a primary theoretical element. In addition, the current digitalized reality, where information and data become the new currency exchange, and this communicative view as a capacity and ability highlights the shrinking of the world per se, according to Morin: "the world becomes more and more a whole. Each part of the world is, more and more, part of the world and the world, as a whole, is more and more present in each of its parts. This happens not only for nations and peoples but for individuals." (MORIN, 2000, p.67, our translation).

[82] Adding to these foreign notions, the technology of information is becoming a vital assessment, so a further question is maintaining this basis of applicability, especially natural consciousness (SANTOS, 2020, p.18), in the sense of becoming a way of expressing transformative justice (MORRIS, 2000) as healing humanity, safety, and wellness at local and plural levels. Ruth Morris conceptualized transformative justice as:

> an open door to the community, to the past, and to a happier future for all concerned by a problem. Transformative justice recognizes the wrongs of all victims and recognizes also that sooner or later, we are all both victims and offenders. But it doesn't use that truth to excuse the harm to any current victims (MORRIS, 2000, p.3).

[83] It focuses on addressing the underlying causes of harm and seeks to create possibilities for healing, growth, and positive change, for everyone involved. Incorporating the digital turn in the justice system, particularly in judicial mediation, can greatly amplify the potential of transformative justice, allows for the exploration and resolution of conflicts at a personal and community level, contributing to a culture of peace and collective belonging.

	Piracicaba/SP	Campinas/SP
Triage Case	By e-mail or **WhatsApp**	By e-mail
Contact Information	by E-mail, **WhatsApp** (written or audio), in last a pre-session on **Microsoft Teams.**	By e-mail
Send Documentation + Schedule a Mediation + Invitation letter	E-mail (with link) and **WhatsApp** (with link)	By e-mail (with link)
Mediation	Microsoft Teams*	Microsoft Teams*
Reschedule	Possible, in session for a mediator by a **phone call** with the leader of Sector	Not possible
Limitation on Time	60 min. Could be rescheduled for another date.	45min. Closed agenda. Determined for the judge or Chief of Cejusc
Edition of Agreements terms	By the mediator (implemented **One Drive** to share docs with CEJUSC Court)	**By the clerk court**
Payment for Mediator	**Voluntary** actuation. There is regulamentation for payment but isn't implemented.	**Voluntary** actuation. There is regulamentation for payment but isn't implemented.
Supervision and feedback	Isn't send.	It's sent **by e-mail** after the mediation. Closed questions, if it was a deal or not.
Internship and training for new mediators	Internship, with big number of participants. Training and educative integrations are incentivized after the mediations.	Internship with a smaller number of participants

Table1 – Practices on Mediations. Developed by the author.

[84] Through this process, individuals become not only active participants in resolving their own disputes but also agents of change in their communities and society at large.

[85] However, because we can see that the levels of communitarian violence are increasing, this article intends to expand the scope of transformative justice to include structural violence and emphasize family conflict. Even though justice is not inflexible, it adapts to the times. It promotes listening to reality and individual conflicts; the individual becomes a member of the society he inhabits.

[86] For this purpose, we managed to emancipate the individual and make him produce free decisions. The proposal is to integrate this transformative aspect at the State level, changing the system from punitive logic and control to a love, plural and retributive system. Furthermore, through conflict resolution through mediation, mundane, everyday affairs can promote the culture of planetary and collective belonging.

4.3. COMPARATIVE ANALYSIS: TWO DIFFERENT JUDICIAL PUBLIC SYSTEMS OF ONLINE MEDIATION

[87] Being part of a mediation process could also be understood as a political statement**,** the space where "I" and "other" are confronted and heard. In this sense, bringing the mediation institute into the digital sphere requires rethinking the way communication happens (in this private environment).

[88] While considering the transition to digital mediation, it's essential to account for cultural differences and access to technology. For instance, we can observe a wide range of diverse experiences in implementing online mediation within the judicial system. We can contrast two of Brazil's cities with a similar socio-economic and cultural context.

[89] Further, the goal of digital mediation is not just to adapt the relationship but to promote connections, exchanges, and discussions. So, bring these public numbers of judicial cases and the CEJUSC (Judicial Center for Conflict Resolution and Citizenship). To show that there is massive work to be done.

[90] The process of online mediation in Brazilian courts is relatively straightforward. The parties involved in judicial disputes are invited to participate in an online mediation session by the judge, and the court schedule is appointed with a mediator and provides a platform. The mediator guides parties through the process, including opening statements, negotiation, and reaching a final agreement (or not).

[91] Brazil's decentralised approach allows for a higher degree of customisation according to the specific characteristics and requirements of each region. This can be particularly beneficial in a country with significant regional diversity like Brazil. The online platform used for the mediation is variable according to each State in Brazil because the States have autonomy for regulating their own procedures. The security and confidentiality in the meetings are contested as everyday life in an online methodology, but since 2018, Resolution n.270 from CNJ ty improved this security and also guaranteed, by force of law, the impossibility of record and the further use as evidence in

[92] The main benefit of online mediation in Brazilian courts is the increased mobility it provides; parties are no longer limited by geographic barriers and can participate in mediation from anywhere with internet access. This has made the conflict resolution process faster and more convenient, especially for those living in remote areas or with mobility issues. Another advantage of online mediation is the reduced costs involved. Traditional in-person mediations often require the parties to travel and incur additional expenses; in online mediation, these costs are eliminated, making it a more cost-effective alternative.

[93] The critical until now remains in a structural aspect of conflict transformation, which means the implementation of online mediation in Brazil has been a positive development for the legal system; however, the number of CNJ show that “local digital improvement” works better in a small population than in a large one in the public mediation system. Proving that different characteristics of online mediation in public systems exist and should be studied profoundly.

[94] In conclusion, online mediation in Brazilian courts has been a valuable tool for conflict resolution and offers increased mobility and reduced costs; nevertheless, real conflict transformation depends on a plural alternative to in-person mediation. Knowing that we should priorities and understand what is normal, usual, current for the local population and after implementation!

5. CONCLUSION

[95] Realize that we must go beyond, not just understanding the object of mediation, but also be involved with it on a deep and inner level. The Brazilian judicial system, with the introduction of digital mediation platforms, represents a significant shift towards making justice more accessible and efficient. While the benefits are numerous, there are also challenges to overcome, such as issues related to access, digital literacy, and the need for digital platforms that are designed to facilitate genuine dialogue and mutual understanding.

[96] The analysis suggests that adopting a socio-constructivist and emancipatory approach to conflict resolution can contribute to a more effective and transformative mediation process. However, it is crucial to recognise that mediation is relational and therefore, no single approach can claim to be fully emancipatory. The specific cultural and socio-political context must be taken into account and acknowledged.

[97] In this newly developed model of the digital Judiciary, the insertion of mediation as an essential instrument in the national and international legal culture was remarkable. However, mediation is a relational process; therefore, no mediation is fully emancipatory or responsible by itself, especially in the case of Brazil, which demands a de-colonial approach.

[98] Looking ahead, the task for the Brazilian Judiciary is to continue advancing their digital mediation systems while also addressing the disparities in access and capabilities. It is a delicate balance to maintain between leveraging the advantages of technology and acknowledging the limitations that it can impose.

[99] Therefore, understanding that the problem is not the conflict but how we deal with it, must be seen as an ongoing journey towards a justice system responsive to changing societal needs and contexts. In this journey, it is important not only to recall and recognize our ancestral culture of peace but also to construct or reconstruct it in a way attuned to our contemporary realities and challenges. This is the path towards a justice system that not only resolves conflicts but also transforms them into opportunities for learning, growth, and reconciliation.

[100] In conclusion, before proposing our own methodology or school of mediation, we must understand that there is a need for cultural awareness first, so what then be able to construct or reconstruct our culture of peace (remember our ancestrally, our own culture of peace). In an emerging aspect, we must promote in countries of the South Principle of Emancipation to up front to the coloniality of power.

REFERENCES

ADLER-NISSEN, R. and V. POULIOT, "Power in practice: Negotiating the international intervention in Libya", 2014, *European Journal of International Relations*, V20, N4, pp. 889–911. https://doi.org/10.1177/1354066113512702.

AHMED, S., *The Cultural Politics of Emotion*, 2ª ed, Edinburgh University Press, 2014.

ARAÚJO, S. “Epistemic (in)social justice. Can the right include without homogenising?” *Multiculturalism and Law,* Centro de Estudos Judiciátios da Universidade de Coimbra. 2022. pp. 09-15, online, https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/100187/1/A%20in_justica%20social%20epistemica.pdf.

BAELE, S. J., Lewis, D. Hoeffler, A., Sterck, O. C., and Slingeneyer, T. “The Ethics of Security Research: An Ethics Framework for Contemporary Security Studies”, 2018, I*nternational Studies Perspectives*, V19, N2, pp. 105-127, online, https://doi.org/10.1093/isp/ekx003.

BARASH, D. P. A*pproaches to peace: a reader in peace studies*, 4ª ed, New York, Oxford University Press, 2018.

BARTOS, O. J. and Wehr P. E. *Using conflict theory,* Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

BRAZIL. *Constitution of the Federative Republic of Brazil*, 1988, online, https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRAZIL, NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE, *Justice in Numbers Report, Brasília*, 2021, online, https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio- justica-em-numeros2021-12.pdf.

BERCOVITCH, J. “Mediation and Conflict Resolution”, in Bercovitch, Kremenyuk, & Zartman (eds.), *The Sage handbook of conflict resolution*, London, Sage Publications, 2009, pp. 340-357.

BERCOVITCH, J. *Theory and practice of international mediation: selected essays*, Routledge, 2011.

BIRKS, M., and Mills, J. *Grounded theory: a practical guide*. Sage Publications, 2015.

EBNER, N., and Zeleznikow, J. Fairness, “Trust and Security in Online Dispute Resolution”, 2015, *Journal of Public Law and Policy*, V36, N2, pp. 143-160, online, http://digitalcommons.hamline.edu/jplp/vol36/iss2/6.

FREIRE, P. *Education as the Practice of Freedom*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1967.

FREIRE, P. *Pedagogy of the Oppressed.* New York, Herder and Herder, 1970.

FUX, L. “100% digital judgment and the vocation of modern jurisdictional activity.” In FUX, Ávila and Cabral (eds.), *Technology and Multiport Justice Theory and Practice*, Editora Foco, 2021, pp. 66 -78).

GEWURZ, I. G. “(Re)designing mediation to address the nuances of power imbalance.”, 2001, *Conflict Resolution Quarterly*,V19, N2, pp. 135-162, online, https://doi.org/10.1002/crq.3890190203.

GUZZINI, S. *Power, Realism and Constructivism*, 1ª ed., Routledge, 2013.

HOFFMANN, J. "Conceptualizing communication for peace.", 2014, *Peacebuilding*, V2, N1, pp. 100-117, online, https://doi.org/10.1080/21647259.2013.866461.

KATSH, M. E. and Rabinovich-Einy, *Orna, Digital justice: technology and the internet of disputes*, 1ª ed, New York, Oxford University Press, 2017.

KESSLER, O. "On Norms, Communication and the Problem of Practice.", in Kessler, O, Hall, R. B., Lynch, C. and Onuf, N. (eds.), *On Rules, Politics and Knowledge: Friedrich Kratochwil, International Relations and Domestic Affairs.* Palgrave Macmillan, 2010, pp. 84-101.

KRIESBERG, L, "Connecting theory and practice in the peace and conflict studies field" in Byrne et al., eds, *Routledge companion to peace and conflict studies*, London, Routledge, Taylor & Francis Group, 2020, pp. 35-44.

LEDERACH, J. P. *The moral imagination: the art and soul of building peace*, New York, Oxford University Press, 2005.

LEDERACH, J. P. *The little book of conflict transformation*, New York, Good Books, 2014.

LEWIS, T., and Umbreit, M. "A Humanistic Approach to Mediation and Dialogue: An Evolving Transformative Practice", 2015, *Conflict Resolution Quarterly*, V33, N1, 20 pp. 3-17. 2015, online, https://doi.org/10.1002/crq.21130.

MAC GINTY, R, *Everyday Peace*, Oxford University Press, 2021.

MERCER, J. (2014). "Feeling like a state: social emotion and identity". International Theory, V6, N3, pp. 515-535, online, https://doi.org/10.1017/s1752971914000244.

MORIN, E. T*he seven knowledges necessary for the education of the future. Brasília*, Publisher Cortez, 2000.

MORIN, E. *Earth-Homeland*, Porto Alegre, Publisher Sulina, 2003.

MORRIS, R. *Stories of transformative justice*. Canadian Scholars' Press, 2000.

NUNES, D. "Technological Turn in Procedural Law and stages of the use of technology in procedural law: would it be possible to adapt the procedure by technology?", in Nunes and Lucon (eds.), *Artificial Intelligence and Procedural Law: the impacts of the technological turn in procedural law*, Salvador, Juspodivm, 2021, pp. 17-32.

RABINOVICH-EINY, O. "Technology's Impact: The Quest for a New Paradigm for Accountability", 2006, in *Mediation Harvard Negotiation Law Review*, V11, N253, pp. 253- online, https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/haneg11&div=7&id=&page.

RAINES, S. S., Poitras, J., and Pokhrel, S. “Mediation as a Profession: Challenges that Professional Mediators Face”, 2013, *Conflict Resolution Quarterly*, V31, N1, pp. 79-97, online, https://ssrn.com/abstract=2356429.

SALOMÃO, L. F. (ed). *Technology applied to the management of conflicts within the scope of the Judiciary*. 2ª ed. Rio de Janeiro, CIAPJ/FGV, 2022, online, https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio_ia_2fase.pdf

SANTOS, B. de S. *Epistemologies of the South: justice against epistemicide*, Routledge. 2016.

SANTOS, B. de S. O fim do império cognitivo a afirmação das epistemologias do sul, 1ª ed., Grupo Autêntica, 2019.

SANTOS, B. de S. *Toward a new legal common sense: law, globalization, and emancipation*, 3ª ed, Cambridge University Press, 2020.

SIMMEL, G. *The Sociology of Conflict*. 1904, American Journal of Sociology, V9, N4, pp. 49-525, online, http://www.jstor.org/stable/2762175.

SPENGLER, F. M. T*he state-jurisdiction in crisis and the institution of consensus: for another culture in the treatment of conflicts*, Doctoral Thesis, 2007, online, http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2478

SUSSKIND, R. E. *Online courts and the future of justice*. Oxford, Oxford University Press, 2019, online, http://dx.doi.org/10.1093/oso/9780198838364.001.0001.

MEDIACIÓN DIGITAL: EL PAPEL DEL MEDIADOR EN EL E-COMMERCE

Luis Lauro Herrera BERNAL[11]

11 Facultad de Derecho y Criminología, UANL. luisl.herrerab@gmail.com

RESUMEN

El comercio electrónico e Internet ofrecen oportunidades sin precedentes, la explosiva expansión del uso de Internet hace posible que las empresas puedan ampliar sus mercados y prestar servicios a grandes grupos de consumidores electrónicos. En una sociedad donde las operaciones comerciales pueden generar problemas y disputas, esto mismo llega a suceder en aquellas transacciones en línea. Con la llegada de las nuevas tecnologías los procesos antropológicos y sociales se han adaptado al cambio y los entornos digitales. Las comunidades digitales son igual de complejas que las reales, y pueden llegar incluso a mayor conflicto al no contar con una interacción personal. Los mecanismos alternativos de solución de controversias a través de medios electrónicos, conocidos popularmente como ODR, por sus siglas en inglés (*Online Dispute Resolution*), son una corriente de los *Alternative Dispute Resolution Mechanisms* (mecanismos alternativos de solución de controversias, ADR, por sus siglas en inglés). Estos se han posicionado como una tendencia dentro de las comunidades virtuales sobre todo dentro del comercio electrónico o *e-commerce* en donde los conflictos entre el cliente y la empresa son habituales en el día a día. Internet ha transformado el marketing y los negocios en las empresas, cada día millones de personas abastecen sus necesidades gracias a empresas que han otorgado valor a sus actividades tanto de provisión como distribución, y pueden interactuar con el cliente en tiempo real. A través de la tecnología, las empresas implementan herramientas y estrategias digitales que les permite lograr sus objetivos. Se realizó un estudio cualitativo en un nivel documental bibliográfico, con el objetivo de estudiar el impacto que tienen los mediadores profesionales en la resolución de conflictos derivados del comercio electrónico. Tras la revisión documental se encontraron diferentes herramientas de mediación digital implementadas como cibertribunales, magistrados virtuales, cámaras de comercio digitales, y buzones de resolución electrónica de disputas del consumidor, estas herramientas pueden ser de carácter externo e independiente, con árbitros imparciales quienes resolverían los conflictos entre empresas y consumidores.

PALABRAS CLAVE

Mediación digital, *E-commerce*, Mecanismos alternativos de resolução de litígios

ABSTRACT

Electronic commerce and the Internet offer unprecedented opportunities, the explosive expansion of Internet use makes it possible for companies to expand their markets and serve large groups of electronic consumers. In a society where commercial operations can generate problems and disputes, the same can be found in those online transactions. With the advent of new technologies, anthropological and social processes have adapted to change and digital environments. Digital communities are just as complex as real ones and can lead to even greater conflict by not having personal interaction. Alternative dispute resolution mechanisms through electronic means, popularly known as ODR for its acronym in English (Online Dispute Resolution), are a current of (Alternative Dispute Resolution Mechanisms) ADR for its acronym in English, have positioned themselves as a trend within the virtual communities especially within

electronic commerce or e-commerce where conflicts between the client and the company are common on a day-to-day basis. The internet has transformed marketing and business in companies, everyday millions of people supply their needs thanks to companies that have given value to their activities of both provision and distribution where they can interact with the client in real time. Through technology, companies implement digital tools and strategies that allow them to achieve their objectives. A qualitative study was carried out at a bibliographic documentary level, with the aim of studying the impact that professional mediators have on the resolution of conflicts in electronic commerce. After the documentary review, different digital mediation tools were found, such as the implementation of cyber courts, virtual magistrates, digital chambers of commerce and mailboxes for electronic resolution of consumer disputes. These tools can be external and independent, where impartial arbitrators are appointed. who would resolve conflicts between companies and consumers.

Keywords

Digital mediation, E-commerce, Alternative Dispute Resolution Mechanisms

1. EL COMERCIO ELECTRÓNICO

[101] En la actualidad, el desarrollo de las tecnologías de información y telecomunicación se encuentran a la vanguardia. Sin embargo, no fue hasta la década de los noventa que con el auge del Internet se desarrollaron diversas vertientes y beneficios para la sociedad globalizada, generando el desarrollo del comercio electrónico. Este pilar marcó el nacimiento de oportunidades, aumentando la eficiencia en la gestión de negocios, tanto en procesos de transacciones como en lo relativo a la cadena de suministros y mejor atención del cliente (OCDE, 2019).

[102] El comercio electrónico abre camino en el desenvolvimiento de mejores relaciones comerciales presentes y futuras entre los consumidores, empresas o gobiernos. El auge de las nuevas tecnologías y la expansión de las telecomunicaciones, fortalecieron los procesos de globalización e interdependencia económica, y con ello nuevas formas de oferta y demanda, con las cuales ambas partes realizaron sus transacciones a través del uso de las nuevas tecnologías, principalmente del internet, desarrollando entes empresariales digitales y consumidores digitales (OROPEZA, 2018).

[103] Dicho lo anterior, este comercio mantiene su base en el comercio tradicional, además de seguir las convicciones de la economía clásica (oferta-demanda; precios; libre mercado, entre otros). Es importante acentuar que el comercio electrónico es aquella compra, venta, transferencia, servicio, intercambio de productos o cualquier otra actividad comercial realizada a través de los medios electrónicos y la red (*World Wide Web* o Internet) (ROBAYO, 2020).

[104] Existen distintos tipos de comercio electrónico que permiten que el mismo se desarrolle, favoreciendo que más usuarios se unan a este tipo de comercio, entre los cuales se encuentran:

- **Negocio a negocio (*Business to Business*):** Esta relación surge de la relación comercial entre dos empresas, es decir, una empresa es la encargada de proporcionarle bienes o servicios a otra empresa, para efectuar esto las empresas hacen uso de servidores o programas electrónicos conectados al servicio de internet para realizar el intercambio.

- **Negocio a cliente (*Business to Consumer*):** La empresa participa de forma directa con el cliente ofreciéndole un producto o servicio determinado; en este tipo de *e-commerce* los negocios hacen uso de portales de ventas en las cuales los usuarios pueden conocer de los productos o servicios que la empresa ofrece.

- **Cliente a negocio (*Consumer to Business*):** En esta relación el cliente comienza el proceso a través de una oferta a la empresa mediante el uso de las nuevas tecnologías de comunicación exponiendo sus preferencias, costo a pagar, u ofreciendo datos estadísticos sobre lo que la empresa presenta.

- **Cliente a cliente (*Consumer to Consumer*):** Los involucrados son clientes que adquirieron los productos o servicio final, sin embargo, ya no requieren del mismo por lo cual proceden a establecer relación con otro cliente que desea adquirir el producto (SILVA, 2009).

[105] Por otro lado, se encuentra el internet de las cosas (IoT), este concepto forma parte fundamental en el desarrollo del comercio electrónico, debido a que hace referencia a la conexión existente entre los objetos que cotidianamente utilizamos con el internet, este enlace se encarga de realizar intercambios y procesar información sobre el entorno físico que rodea al usuario para ofrecerle un bien o servicio. Es decir, tiene como objetivo fundamental facilitar la información de la situación real del usuario a las cadenas de suministros de las empresas, para que estas puedan ofrecer un bien o servicio (BARRIO, 2018).

[106] Al desarrollar dicho concepto desde un punto de vista más técnico, en el internet de las cosas o IoT; los objetos físicos se convierten en objetos activos en los procesos empresariales, todo esto se integra a una red de información, donde el usuario podrá interactuar en tiempo real a través de la tecnología de la información, la cual está conectada a la red para consultar el estado o cualquier dato requerido, cuidando la seguridad y privacidad del usuario. Esto describe un escenario en donde la conectividad y capacidad de procesamiento de información se extiende a diversos objetos, dispositivos, sensores o elementos utilizados en nuestra vida cotidiana, ejemplo de ellos los requeridos para los automóviles, edificios, termostatos, monitores de rendimiento deportivo, entre otros (BARRIO, 2018).

[107] El desarrollo de *e-commerce* alrededor del mundo ha crecido con el pasar del tiempo, sin embargo, el panorama mundial cambió en su totalidad con la llegada del Coronavirus o Covid-19. El confinamiento vivido a finales del 2019 despertó nuevas necesidades entre los usuarios, y con ello la búsqueda para satisfacerlo. En los últimos años, el comercio electrónico ha escalado, los consumidores digitales a nivel mundial realizaron alguna compra *online* en 2020; es decir, se ha elevado por lo menos un 85%. Los porcentajes de compradores *online* aumentaron alrededor del mundo de distintas formas:

Porcentaje de Usuarios *Online* en 2020

Región	Porcentaje de usuarios que compraron *online* en 2020
Asia	86 %
Australia	79 %
Europa	83 %
Norteamérica	78 %
Sudamérica	86 %
Otras regiones	85 %

Fuente: (STACKSCALE, 2022)

[108] En México, el comercio electrónico se ha desarrollo de manera significativa permitiendo observar un aumento en la preferencia de los mexicanos sobre los procesos online. El uso de las nuevas tecnologías ha transformado los procesos de ventas y/o transacciones a través del uso de las plataformas digitales, haciendo más eficiente el proceso de compraventa entre los ahora usuarios digitales y las empresas. Sin embargo, el mundo tuvo un episodio epidemiológico que orilló a la población a someterse al confinamiento por el virus COVID- 19, durante este periodo, los sectores con menor afectación fueron aquellos relacionados con el sector educativo, financiero y los relacionados con seguros, gracias a la accesibilidad para realizar los procesos por medios electrónicos (INEGI, 2022).

[109] La economía digital se centra en la contribución que genera el surgimiento de negocios digitales. En la economía digital se presentan situaciones como:

- Aquellos relacionados con los servicios financieros (métodos de pago con amplias alternativas, medios digitales, financiación colectiva);
- Nuevas formas de contratación de servicios;
- Productos que se pagan mediante los ingresos de la publicidad;
- Productos gratuitos que se pagan con la información de los consumidores de productos digitales, recolectada en bases de datos y vendida a terceros que pagan por ella;
- Bienes públicos digitales gratuitos, y financiados solamente por donaciones (INEGI, 2022).

[110] En este sentido, el comercio electrónico suele encontrarse ante retos, conflictos y disputas que tienen diferente enfoque para resolverse, entre ellos, la Online Dispute Resolution (ODR) o mediación digital; podemos observar cómo esta forma de resolución de disputas se ha vuelto aún más relevante en el contexto del comercio electrónico. A medida que las transacciones en línea y las relaciones comerciales digitales continúan aumentando, también lo hacen los desafíos y conflictos potenciales que pueden surgir entre las partes involucradas.

[111] La ODR ofrece una solución eficiente y efectiva para abordar estos conflictos en un entorno en línea. Las plataformas de ODR pueden facilitar la comunicación entre las partes en conflicto, proporcionando un espacio seguro para discutir y negociar, lo que puede conducir a acuerdos mutuamente satisfactorios.

[112] Se pueden aprovechar las ventajas del IoT y la economía digital, utilizando datos y análisis para identificar patrones de disputas y áreas de mejora en el comercio electrónico.

2. ONLINE DISPUTE RESOLUTION

[113] El uso de las nuevas tecnologías ha traído consigo diversas utilidades, facilitando los procesos de comunicación entre los particulares alrededor del mundo, estos se han ido incorporando con el pasar del tiempo a diversos ámbitos. Sin embargo, al desarrollar un medio de comunicación tan dinámico como el internet y la web, no evita que se susciten situaciones de conflicto o controversias entre dos o más individuos.

[114] Las *Online Dispute Resolution* (ODR) o resolución de disputas en línea es entendido como aquel método utilizado para resolver controversias entre dos o más partes, utilizando medios electrónicos. Actualmente existen diversos procesos o mecanismos en las ODR, entre los cuales se destacan la negociación, mediación, conciliación y el arbitraje. No obstante, estos procesos al incluir el uso de nuevas tecnologías han transformado su estructura de manera positiva, debido a que han desbloqueado las ventajas que traen consigo al implementar la tecnológía en procesos, favoreciendo que sean visibles los beneficios, y en su caso, enriqueciendo el proceso, permitiendo que este sea más flexible, tan eficaz como económico; convirtiendo a las ODR en métodos idóneos para la solución de conflictos cuya controversia surge de los procesos del comercio electrónico en situaciones de transacciones de gran volumen o por la escasa cuantía en procesos (NAVA & BRECEDA, 2015).

[115] Los procesos de ODR generalmente se aplican en aquellas problemáticas que surgen de los procesos del comercio electrónico, así como en otras transacciones que se realizan en páginas web o cualquier suceso ocurrido en el ciberespacio. Regularmente, durante el uso de estos métodos en este tipo de espacios las partes se encuentran en distintos puntos geográficos; por lo cual resulta conveniente hacer uso de la misma herramienta, es decir, del internet para solucionar las controversias que surgieron por dicho medio (SÁEZ DE HEREDIA, 2008).

[116] En México, el uso de sistemas digitales para la resolución de disputas se encuentra en sus inicios, sin embargo, las implementaciones de estos sistemas no tienen un gran reconocimiento ni se centran exclusivamente en la solución de conflictos originados por el comercio electrónico. Por otro lado, la institución encargada de la defensa de los derechos del consumidor, la prevención de abusos en procesos de comercio, y de garantizar las relaciones de consumo justos entre consumidores y proveedores en el país, conocida como la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), cuenta con un servicio electrónico para la resolución de conflictos denominado CONCILIANET. En este portal electrónico, se utilizan herramientas digitales para llevar a cabo el proceso de solución de controversias, siendo este una alternativa para que el usuario pueda solucionar el conflicto de forma más rápida y eficaz. CONCILIANET permite la interacción entre consumidor/proveedor que resulten afectados durante los procesos de comercio, ofreciéndoles llevar a cabo un procedimiento de conciliación a través de vías digitales, con el fin de encontrar una solución adecuada al conflicto (NAVA & BRECEDA, 2015).

3. HERRAMIENTAS DE MEDIACIÓN DIGITAL

[118] La medición es un mecanismo alternativo para la solución de controversias, para su desarrollo incorpora un profesional especializado en la resolución de conflictos. Este profesional participa de forma activa en el proceso, incentivando la interacción entre dos o más personas que se encuentren involucradas, con el objetivo de apoyarlas durante el proceso hasta su culminación, y encontrar una solución a sus diferencias. Para esto, es necesario que este tercero se encuentre capacitado en las técnicas de comunicación intercultural, debido a que el entorno en el que se desempeña se encuentra en constantes cambios, es decir, colabora con personas de distintas generaciones, edades, clases sociales, géneros, nacionalidad, preferencias y costumbres diversas, además de que cuentan con un tiempo limitado; pero requieren de una respuesta rápida y eficaz, lo cual representa un reto para el especialista (LUZ, 2018).

[119] Por otra parte, la aplicación de la mediación digital comparte similitudes con el proceso de mediación tradicional, solo que para llevar a cabo la primera es necesario utilizar como medio las herramientas electrónicas en línea. A través de estos medios se acondicionará una sala virtual que será instalada por el centro de resolución de conflictos, compartiendo el acceso a los usuarios; en el desarrollo del proceso el mediador apoyará e incentivará la comunicación entre las partes. Existen plataformas digitales que prestan sus servicios para llevar a cabo la mediación en línea, entre las cuales se pueden destacar: *The Mediation Room, Square Trade y Web Mediate*. Por otro lado, algunos centros acondicionan la plataforma para el servicio de multiventanas que permite llevar a cabo diversos procedimientos ODR, para resolver las controversias entre las partes involucradas (LUZ, 2018).

[120] En la actualidad, en el desarrollo de la mediación digital la comunicación se lleva a cabo principalmente por vía correo electrónico o *e-mail*. Durante el proceso, los usuarios podrán hacer llegar documentos, archivos, videos, entre otras herramientas adecuadas que sean de utilidad para el proceso. La mediación online, mantiene sus bases en el proceso tradicional, durante el proceso el mediador realizará (CORTI & ROSSI, 2015):

- Fase 1: Bienvenida al procedimiento; presentación del mediador; explicación del proceso; definición de normas que regirán el proceso; discurso de apertura; disposición para resolver preguntas o en su caso, aclarar dudas sobre el proceso, determinando el plazo para que las partes hagan llegar sus inquietudes;

- Fase 2: El mediador incentiva a las partes a que participen realizando una síntesis de la problemática o controversia desde su perspectiva, solicitando a la vez toda aquella información relevante sobre el tema, además de solicitar a las partes las posibles alternativas para solucionar el conflicto;

- Fase 3: Durante esta etapa el profesional se informará sobre la postura de las partes, así como de sus alternativas, posteriormente, les comunicará cuando haya culminado para dar lugar a que se realice una comunicación entre las partes e intercambien posturas, permitiendo que las mismas, en caso de ser necesario, formulen preguntas;

- Fase 4: El mediador fijará en la agenda una fecha predeterminada para comunicar a las partes todas las actuaciones, haciendo un resumen de los puntos básicos del proceso;

- Fase 5: Finalmente, el mediador se encargará de estimular a las partes para que ofrezcan alternativas creativas, solicitando por lo menos dos acuerdos que resulten satisfactorios para ambas partes (CORTI & ROSSI, 2015).

[121] Por otra parte, para el desarrollo de los procesos de mediación en las *e-commerce* se requiere del uso de diversos tipos de tecnologías, cuyos complementos permiten el desarrollo del proceso. Estas herramientas cumplen con el principal objetivo de facilitar el proceso, sin embargo, el enfoque de cada una varía, estas se dividen en tres tipos distintos:

- tecnologías de apoyo (*IT Supported*) ;

- tecnologías de mejora (*IT Enhanced*) ;

- tecnologías habilitadoras (*IT Enabled*).

[122] Las tecnologías mencionadas son necesarias y fungen con objetivos distintos, sin embargo, su propósito principal es facilitar el desarrollo del proceso, además de servir como medio de comunicación accesible entre las partes. Los ADR son la base de los ODR, su propósito primordial es encontrar una solución alterna a las controversias de las partes, solamente que estas últimas se desarrollan en conjunto con las nuevas tecnologías.

[123] Las tecnologías de apoyo o *IT Supported* pueden ser entendidas como aquellas que permiten que los procesos transcurran de manera eficaz y eficiente, recurriendo al uso de los teléfonos inteligentes o teléfonos móvil, aplicaciones como el correo electrónico (Gmail, Hotmail, Outlook o derivados) y mensajes de texto (SMS). Estas tecnologías serían utilizadas por el mediador para incentivar la comunicación entre las partes en cualquier fase del procedimiento, las cuales aunque no hayan sido elaboradas para el proceso de mediación, se adecuan al proceso como herramientas de comunicación o gestión, facilitando el desarrollo del proceso (POBLET, NORIEGA, SUQUET, GABARRÓ, & REDORTA, 2010).

[124] Por otro lado, se encuentran las tecnologías de mejora de la mediación *IT Enhanced* estas además de apoyar el desarrollo del proceso, permiten que el proceso sea más dinámico, es decir, añaden elementos nuevos al proceso a medida que este los vaya requiriendo según los objetivos o necesidades tanto de las partes como del propio mediador. El uso de estas tecnologías ayuda a concientizar a las partes utilizando aplicaciones como PowerPoint u otros medios visuales (POBLET, NORIEGA, SUQUET, GABARRÓ, & REDORTA, 2010).

[125] Por ultimo, las tecnologías habilitadoras de la mediación *IT Enabled* son aquellas que se encargan de llevar a cabo la estructura del proceso. Las herramientas electrónicas, como lo hemos mencionado anteriormente, representan estás

innovaciones que si bien es cierto no se desarrollaron con el objetivo de ser aplicadas en la mediación online, sino para facilitar la comunicación de la población según su conveniencia; al ser herramientas útiles, se han aplicado en diversos ámbitos, entre ellos las ODR. Las herramientas habilitadoras comprenden toda aquella tecnología que permite llevar a cabo los procesos, ejemplo de ello: formularios web, control de flujo de comunicación cibernética, voz IP, chat en línea, correo electrónico, entre otros. Con base en lo anterior, estas herramientas son fundamentales para el desarrollo del proceso, debido a que sin estas la comunicación no podría llevarse a cabo, y el proceso no podría ser digitalizado (PRENSKY, 2001).

4. IMPACTO QUE TIENEN LOS MEDIADORES PROFESIONALES EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

[126] El mediador tiene como objetivo solucionar el conflicto existente entre dos o más involucrados. Por ello es necesario que estos profesionales mantengan la formación necesaria para desarrollar su papel en el proceso, es decir, deberá conocer, no sólo el procedimiento de mediación, sino también la metodología de negociación basada en intereses (TALAVERA, 2011).

[127] La nueva tecnología ha innovado con diversas técnicas, facilitando el desarrollo de procesos y actividades cotidianas, sus beneficios son variados. Por otro lado, representan un nuevo reto para los expertos en el tema de la mediación, debido a que estos, basándose en sus conocimientos, tienen que adaptar las nuevas tecnologías a sus técnicas y procesos a la hora de llevar a cabo la mediación, por lo cual tendrán como objetivo principal adecuar las nuevas tecnologías que emplearán en el proceso. En caso de utilizar una plataforma *online*, deberá conocer el manejo de esta al igual que sus herramientas, esto será fundamental a la hora de llevar el proceso, ya que sus funcionalidades permitirán que el proceso sea eficaz. Sin embargo, entre los retos que encuentra el mediador al momento de incorporar las nuevas tecnologías está el de generar una atmosfera de confianza entre los usuarios, cuya falta podría ser un impedimento para la interacción de las partes durante el proceso (TALAVERA, 2011).

[128] La parte interesada en iniciar el proceso de mediación *online* lo pondrá en marcha utilizando un sistema de gestión de expedientes, adecuado para el proceso, a través de la web y llenando un formulario con datos básicos, fundamentales para iniciar. La gestión de la mediación online se conducirá a través del portal virtual habilitado para el proceso, desde el momento en que se presentó el respectivo formulario hasta la culminación del proceso; para esto el portal virtual debe contar con una sala de videoconferencia segura para darle seguimiento, garantizando la eficacia y cronicidad del proceso, manteniendo la privacidad de las partes, evitando la suplantación de identidad (LUZ, 2018).

[129] Los mediadores, antes, durante y para finalizar el proceso, deberán conocer la plataforma, además de asegurarse de contar con todos los elementos, electrónicos y tecnológicos, necesarios en el proceso para utilizarlos correctamente. De este modo evitan que se produzca un vicio durante el proceso o se produzca una complicación en

el sistema debido a un mal manejo, programa, claves, usuarios u cualquier otra complicación durante el proceso que impida tener acceso (LUZ, 2018).

5. EL USO DE HERRAMIENTAS DE MEDIACIÓN DIGITAL EN MÉXICO

[130] El proceso de la mediación digital en México aún es un tema novedoso del cual no se ha conseguido mucha información, sin embargo, recalcamos que mantiene los cimientos de la mediación tradicional. En nuestro contexto actual, el proceso de mediación en la resolución de conflictos es un confrontamiento voluntario entre dos o más partes para llegar a un acuerdo benéfico. Los procesos son extrajudiciales, es decir, se evita llevar los procesos a la corte, con el fin de que las partes diriman sus controversias sin tener que acudir a un proceso tardado (ARMAS, 2003).

[131] En México, como lo mencionamos anteriormente la Procuraduría encargada de la protección del consumidor PROFECO, habilitó una plataforma con el fin de solucionar los conflictos que se llegasen a suscitar entre el consumidor y el proveedor, y evitar acudir a los órganos judiciales. De acuerdo con lo anterior, las partes tendrán que realizar una serie de pasos para realizar el proceso:

- Registro: Los usuarios accederán a la plataforma en donde procederán a registrarse, elegirán un nombre de usuario y contraseña que les generará un perfil donde en cada momento podrán vigilar su proceso.

- Identificación: La plataforma pedirá al usuario que acredite su personalidad y proporcione datos generales (nombre, apellidos, domicilio, teléfono), además este deberá adjuntar una identificación oficial (vigente) digitalizada por ambos lados.

- Captura de queja: El usuario llenara un formato por medio del cual hará conocedora a la PROFECO del conflicto, esto es relevante para esclarecer el conflicto, además podrá adjuntar las pruebas que considere importantes para el proceso, estos documentos podrán ser adjuntados al momento de llenar la solicitud en el formato correspondiente (png, jpg, pdf, tiff o jpeg).

- Respuesta: A través del portal electrónico, por un término no mayor de 10 días, la PROFECO habilitará una sala digital en días y horas hábiles, invitando a las partes involucradas a comparecer a una audiencia sobre el conflicto.

- Audiencia: El día de la audiencia se habilitará una liga de acceso para que las partes puedan acceder sin ningún problema, solo el consumidor, proveedor y el conciliador designado comparecerán en el proceso, con el objetivo de encontrar una solución adecuada al problema (PROFECO, 2022).

6. RESULTADOS Y CONCLUSIONES

[132] Después de la pandemia generada por el COVID-19, han cambiado las formas en las que nos relacionamos los unos con los otros, esto incluye la manera en la que

hacemos transacciones comerciales. Las relaciones creadas a través del comercio electrónico al igual que aquellas que se dan en ambientes más cercanos, generan conflictos y disputas que necesitan ser solucionadas por una parte imparcial. Las comunidades que se forman en ambientes virtuales suelen ser igualmente complejas; aquellas que se crean en contextos de tiempo real. Se ha encontrado a lo largo de este estudio, que los MASC que se dan en contextos virtuales suelen tener herramientas específicas para llevar a cabo mediaciones exitosas entre los interesados.

[133] En el mundo existen cada vez más sitios especializados que brindan servicios de mediación digital, esto incentiva la modernización de la justicia y la necesidad de profesionales especializados en la mediación. Además, la mediación digital conlleva a la implementación de cibertribunales, magistrados virtuales, cámaras de comercio digitales y buzones de resolución electrónica de disputas del consumidor, estos podrán ser de carácter externo e independiente, y contarían con árbitros imparciales quienes resolverían los conflictos entre empresas y consumidores.

[134] Sin embargo, la mediación digital puede tener ciertas implicaciones y limitaciones como falta de comunicación no verbal; uno de los principales desafíos de la mediación digital es la incapacidad de percibir señales no verbales, como el tono de voz, expresiones faciales y lenguaje corporal.

[135] Por ejemplo, en una conversación digital, alguien podría enviar un mensaje sarcástico o irónico; pero sin señales no verbales, el receptor podría interpretar el mensaje de manera literal y malinterpretar la intención detrás de las palabras.

[136] También se pueden encontrar con una limitación en la retroalimentación inmediata, en una negociación comercial a través de mensajes de texto, los retrasos en las respuestas pueden ralentizar el proceso y dificultar el cierre rápido de acuerdos. Así como la ambigüedad en la interpretación o las dificultades en la empatía que son más fáciles de llevar en una mediación presencial.

[137] Por otro lado, los negocios que acceden a la resolución alternativa de conflictos en línea tienden a tener mayor fidelidad y niveles de satisfacción, además de la necesidad constante de trasladarse a los procesos en línea. Ahora, si bien encontramos diferentes alternativas y estilos de mediación online como cibertribunales, magistrados virtuales, cámaras de comercio digitales y buzones de resolución electrónica de disputas del consumidor y diferentes métodos de aplicación en la mediación; al estudiar el caso mexicano se encontró que aunque ha habido avances en cuanto a cómo se llevan este tipo de procesos, no se halló información que explique o describa la existencia de centros o sitios de mediación especializada que auxilien en la resolución de disputas online a excepción de aquellas sugeridas por organismos del gobierno mexicano.

[138] En este sentido, a México le queda mucho camino por delante, en primera instancia, para superar la brecha digital que se vive en el país y, en segunda instancia, para que las personas tengan más acceso a sistemas de resolución de conflictos *online* que les permitan lograr la solución de conflictos que surjan en entornos comerciales de manera más rápida y pacífica.

REFERENCIAS

ARMAS, M. (2003). La mediación en la resolución de conflictos. Obtenido de Universitat de Barcelona. Departament MIDE.

BARRIO, M. (2018). INTERNET DE LAS COSAS. Obtenido de Editorial REUS: https://www.editorialreus.es/media/pdf/primeraspaginas_9788429020380_internetdelascosas.pdf

BLACKSIP. (2020). Reporte de Industria: El e-commerce en México 2020. Obtenido de BlackSip: https://imt.com.mx/wp-content/uploads/2020/11/Reporte-industria-2020-MX.pdf

CORTI, G., & ROSSI, M. (2015). LA MEDIACIÓN “ON LINE”. Obtenido de https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/834/corti-med-online.pdf?sequence=1&isAllowed=y

INEGI. (11 de Febrero de 2022). VALOR AGREGADO BRUTO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO 2020. Obtenido de INEGI: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2022/vabcoel/vabcoel2020.pdf

LUZ, B. B. (2018). La mediación en entornos electrónicos. Obtenido de REVISTA DEL INSTITUTO DE CIENCIAS JURÍDICAS DE PUEBLA, MÉXICO: https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v12n41/1870-2147-rius-12-41-343.pdf

NAVA, W., & BRECEDA, J. A. (2015). México en el contexto internacional de solución de controversias en línea de comercio electrónico. Obtenido de Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas: https://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v15/v15a19.pdf

OCDE. (2019). Panorama del Comercio Electrónico: Políticas, Tendencias y Modelos de Negocio. Obtenido de Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), París: https://www.oecd.org/sti/Panorama-del-comercio-electro%CC%81nico.pdf

OROPEZA, D. (2018). El Comercio Electrónico y Principios Económico-Comerciales. Obtenido de Instituto de Investigaciones Juridicas- Universidad Nacional Autónoma de México: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4667/4.pdf

POBLET, M., NORIEGA, P., SUQUET, J., GABARRÓ, S., & REDORTA, J. (2010). Libro Blanco de la Mediación en Cataluña. Obtenido de Tecnologías para la mediación en línea: estado del arte, usos y propuestas: https://ddd.uab.cat/pub/caplli/2010/169380/libro_blanco_mediacion_a2010cap16iSPA.pdf

PRENSKY, M. (2001). Digital Natives, Digital Immigrants. Obtenido de On the Horizon: http://www.marcprensky.com/writing/Prensky%20

PROFECO. (2022). ¿Qué es Concilianet? Obtenido de Gobierno del México: https://concilianet.profeco.gob.mx/Concilianet/comoconciliar.jsp

ROBAYO, D. M. (2020). El Comercio Electrónico: Concepto, Características e Importancia en las Organizaciones. Obtenido de Bogotá: Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia: https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/20171/3/2020_LC_El%20comercio%20electronico_Robayo_VF.pdf

SÁEZ DE HEREDIA, R. A. (2008). Mediación en línea. Obtenido de Revista de Mediación: https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/06/Revista-Mediacion-01-02.pdf

SILVA, R. (2009). BENEFICIOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO. Obtenido de PERSPECTIVAS: https://www.redalyc.org/pdf/4259/425942160008.pdf

STACKSCALE. (26 de Abril de 2022). Crecimiento y estadísticas del eCommerce (2022). Obtenido de https://www.stackscale.com/es/blog/crecimiento-estadisticas-ecommerce/

TALAVERA, J. A. (2011). La figura del Mediador en la Mediación online. Obtenido de Thomson Reuters: http://www.graduadosocial.org/archivos/mediacion_online.pdf

LA AUTOMATIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN A TRAVÉS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: UN RETO PARA EL ESTATUTO DEL MEDIADOR (MEDIADOR-ROBOT VS. MEDIADOR-HUMANO)

Nuria Belloso MARTÍN[12]

12 Nuria Belloso Martín es Catedrática de Filosofía del Derecho en el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos -UBU- (España). Especialista en Mediación Civil y Mercantil. Formadora en Cursos de MASC. Miembro de la Conferencia de Universidades para el estudio de la mediación y el conflicto (CUEMYC). nubello@ubu.es

RÉSUMÉ

La projection de l'automatisation (application de l'intelligence artificielle) aux procédures de médiation est analysée. De la brève présentation de trois expériences de médiation réalisées par un robot, certaines difficultés peuvent être déduites de l'application de l'IA aux procédures de médiation. En plus de préciser que la médiation en ligne ou télématique n'est pas une médiation automatisée, le travail s'attache à passer en revue deux de ces difficultés. Le premier, la confusion qui existe actuellement entre négociation automatisée et médiation automatisée (appeler « médiation » ce qui est en réalité une négociation) ; la seconde, la difficulté de maintenir la neutralité et l'impartialité de la part du robot-médiateur dans une médiation automatisée (neutralité et impartialité - qui constituent un des principes fondamentaux du statut du médiateur - et qui sont affectées dès que les systèmes automatisés de "négociation"/"médiation", proposer la solution réponse aux parties). Une comparaison sera établie entre le robot-médiateur vs. médiateur humain, soulignant les avantages et les inconvénients des deux types de médiateur, ce qui souligne la nécessité d'analyser la viabilité juridique de la médiation automatisée. Les changements apportés par l'automatisation de la médiation remettent en question le statut du médiateur - qui prévoit les droits et devoirs du médiateur - qui nécessitera sans délai une révision.

MOTS-CLÉS

Automatisation, Robot-médiateur, Humain-médiateur, Intelligence artificielle

RESUMEN

Se analiza la proyección de la automatización (aplicación de la inteligencia artificial « IA ») a los procedimientos de mediación. A partir de la breve presentación de tres experiencias de mediación realizadas por un robot, se deducen algunas dificultades de la aplicación de la IA a los procedimientos de mediación. Además de clarificar que una mediación *online* o telemática no es una mediación automatizada, el trabajo se centra en revisar dos de estas dificultades. La primera, la confusión que actualmente hay entre una negociación automatizada y una mediación automatizada (denominando "mediación" a lo que en realidad es una negociación); la segunda, la dificultad de mantener la neutralidad y la imparcialidad por parte del mediador-robot en una mediación automatizada (neutralidad e imparcialidad -que constituyen uno de los principios básicos del estatuto del mediador- y que quedan afectadas en cuanto los sistemas automatizados de "negociación"/"mediación", ofrecen la respuesta de solución a las partes). Se establecerá una comparativa entre el mediador-robot vs. mediador-humano, apuntando ventajas e inconvenientes de ambas modalidades de mediador, lo que pone de manifiesto la necesidad de analizar la viabilidad legal de la mediación automatizada. Los cambios que conlleva la automatización de la mediación suponen un reto para el estatuto del mediador -que contempla los derechos y deberes del mediador- que, sin tardar mucho, exigirá una revisión.

PALABRAS CLAVE

Automatización, Mediador-robot, Mediador-humano, Inteligencia artificial

INTRODUCCIÓN

[139] En el ordenamiento jurídico español, con respecto a las formas alternativas de resolución de conflictos (ADR, por sus siglas en inglés), estamos inmersos en un periodo de cambios tan significativos que podría afirmarse que estamos ante un cambio de paradigma. Tal mudanza deriva tanto de un proyecto de ley como de una declaración sin valor normativo.

[140] Con respecto al primero, el 12 de abril de 2022 el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (PLMEP) que fue remitido al Congreso de los Diputados, y publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 22 de abril de 2022. Eficiencia *procesal*, eficiencia *organizativa* y eficiencia *digital* se configuran como tres ejes de lo que pretende ser una renovación del ahora denominado "Servicio Público de Justicia" a las nuevas necesidades organizacionales, legislativas y tecnológicas. Cuando ya se auguraba inminente la promulgación de esta ley, a finales del mes de mayo, el presidente del Gobierno convocó la celebración de elecciones generales -que se han celebrado el 23 de julio de 2023 - lo cual provocó que los proyectos de ley que estaban tramitándose -como es el caso que nos ocupa- no hayan podido concluir su aprobación. Tal circunstancia abre un periodo de incertidumbre con relación a cuál será el futuro (si se aprobará el texto como estába, si se aprobará con cambios sustanciales con respecto al proyecto de ley que hemos manejado o, si finalmente se abandonará)[13].

[141] Este proyecto de ley aporta tres claves para lograr tal eficiencia -distinta de la eficacia- en el servicio público de justicia: la modificación de ciertas leyes procesales, la transformación digital de la Administración de Justicia y, el más revolucionario, su título I, que introduce los medios adecuados de solución de controversias (MASC). Se introducen estos MASC como obligatorios, como requisito de procedibilidad para acudir a los tribunales. Se contemplan siete diferentes modalidades de negociación previa a la vía jurisdiccional, entre las cuales se encuentra la mediación. Concretamente: i) la mediación, en los términos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles; ii) la conciliación judicial, notarial o registral, regulada en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; iii) la negociación directa entre las partes o a través sus abogados; iv) la conciliación privada; v) la opinión neutral de experto independiente; vi) la oferta vinculante confidencial; vii) la reclamación extrajudicial previa en los casos de acciones individuales promovidas por consumidores o usuarios frente a empresas o profesionales con los que hubieren contratado. Los MASC supondrán un cambio no sólo para lo que venía siendo el funcionamiento tradicional de los tribunales y para los operadores jurídicos, sino también para los ciudadanos, en su mayor parte, aún desconocedores de la mediación y de los demás MASC.

[142] Como es sabido, la mediación supone la intervención de un tercero imparcial (el mediador) llamado a ayudar a los protagonistas del conflicto a encontrar una solución a

13 La mayoría de los estudios coinciden en destacar luces y sombras del proyecto de ley. Durante el periodo de discusión del PLMEP - por tanto, con posibilidades de mejorar el texto legal-, se han formulado numerosas alegaciones y se han apuntado contradicciones en el mismo con el fin de depurarlo y que la seguridad jurídica no se vea mermada. Si tales alegaciones estaban siendo atendidas o si se estaban introduciendo mejoras en el mismo, queda para un futuro posible, ya que, como he mencionado, la convocatoria de elecciones ha paralizado su proceso final de aprobación.

su problema, pero sin imponer tal solución. Es decir, el mediador es un facilitador, participa activamente en la solución del conflicto, pero únicamente para facilitar la comunicación entre las partes enfrentadas, ya que tendrán que llegar a la solución de su disputa a través de una suerte de negociación asistida. La Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, que regula la mediación en España, en su artículo 1, la ha definido como aquel método de resolución de controversias que se configura en torno a la intención voluntaria de dos o más partes de alcanzar, con la intervención del mediador, un acuerdo que ponga fin a su conflictividad. Siendo esto así, no resulta nada extraño que el procedimiento de mediación venga sujeto a un elenco de principios informadores: voluntariedad, libre disposición de los derechos en conflicto, igualdad de partes, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, flexibilidad organizacional, lealtad, buena fe y respeto mutuo.

[143] No me detengo ahora en algunas de las alegaciones que se han formulado al mencionado proyecto de ley, a fin de mejorarlo[14]. Pero tampoco puedo sustraerme a poner de manifiesto una crítica al texto. Se trata de la minusvaloración que se hace de la mediación, en la medida en que se la coloca al mismo nivel que los demás MASC que se enuncian, sin tomar en consideración que la mediación viene avalada por una normativa internacional (europea), nacional y autonómica -en algunos casos, con leyes de segunda generación-, por una formación rigurosa y reglada de los mediadores, y que cuenta con una experiencia dilatada, contrastada y superior a los demás MASC que el PLMEP contempla.

[144] También resulta paradójico que, aunque se dedica un título de la ley a la digitalización de la Administración de Justicia, no se hace referencia a los usos de la inteligencia artificial ni en la función jurisdiccional en general, ni tampoco con relación a los MASC. Ello hace pensar que el texto legal resultaría obsoleto incluso antes de su aprobación.

[145] La segunda novedad es la contenida en la Carta de Derechos Digitales, aprobada por el Gobierno de España en 2021, apartado 6, "XXVII Garantía de los derechos en los entornos digitales", en cuyo punto 3 se dice: "3. Se promoverán mecanismos de autorregulación, control propio y procedimientos de resolución alternativa de conflictos, con la previsión de incentivos adecuados para su utilización con arreglo a la normativa vigente." Que se confíe en las ADR para gestionar la amplísima conflictología que deriva ya actualmente del entorno digital, supone un impulso para estos mecanismos, a la vez que es una declaración de intenciones. Basta pensar en los numerosos conflictos que, en el ámbito civil, pueden surgir por la herencia o el testamento digitales.

[146] Junto a estas dos novedades, para situar el tema a tratar, conviene partir del estado de la cuestión de la mediación en el sistema jurídico español. En los últimos años y, especialmente, a raíz de la pandemia, se ha extendido el uso de la digitalización en la mediación, y ello a través de dos vías: por un lado, con la mediación electrónica y, por otro, con la mediación mediante inteligencia artificial (IA). Ello lleva a

14 Entre otras, la propia denominación de medios adecuados de solución de controversias MASC no es pacífica: ¿adecuados con respecto a qué? ¿para qué? ¿más adecuados comparados con qué? ¿se refiere a que son más adecuados que el proceso judicial?) o ¿a que entre los MASC hay que buscar el adecuado según el tipo de conflicto de que se trate? y si es así, ¿quién decide por cuál MASC conviene optar?

distinguir entre diversos tipos de ADR, relacionados entre sí, pero, a la vez, dotados cada uno de ellos de unas peculiaridades: resolución extrajudicial de conflictos en línea- ODR (online dispute resolution) (negociación, arbitraje, etc.); la mediación; la mediación electrónica y, por último, la mediación que utiliza sistemas de inteligencia artificial (IA) (ORDELIN FON, 2021, pp. 357-382). Los interrogantes que se suscitan son numerosos tales como: ¿se ha evolucionado de una e-mediación (mediación online) a una i-mediación (mediación inteligente)? Los robots, avatares y otros sofwares, ¿llegarán a poder ofrecer, a las partes que participan en una mediación, el mismo nivel de confianza que actualmente ofrecen los mediadores seres humanos?

[147] Para evitar confusiones, además de subrayar que se ha producido una evolución de las Alternative Dispute Resolutions (ADR) a las *Online Dispute Resolution* (ODR), hago hincapié en que no se identifica esta última, la mediación electrónica u online, con la mediación que utiliza IA. La mediación electrónica es el proceso de mediación llevado a cabo a distancia, en forma virtual, en que el mediador y las partes utilizan medios electrónicos para comunicarse. Se desarrolla vía Internet en lugar del tradicional ambiente físico en el cual el procedimiento se lleva 'cara a cara'. En cambio, en la mediación a través de una IA, no hay un mediador como persona física (que sí hay en los ODR y en la mediación electrónica). El mediador electrónico no es una persona física. El poder decisor recae únicamente en un sistema de inteligencia artificial, el cual resuelve la disputa mediante una interfaz a través de unos parámetros y registros almacenados de miles de situaciones previas reales o hipotéticas. Se suele caracterizar como una mediación sin mediador (físico). Esta modalidad de mediación encuentra su modelo, en el caso español, en el Real Decreto por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, aprobado en el Consejo de Ministros del viernes 13 de diciembre de 2013. Se trata de la modalidad del denominado "procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos" para la reclamación de cantidades inferiores a los 600 euros (regulada en el art. 24 de la Ley 5/2012).

[148] Una vez expuesto el estado de la cuestión, se comprende que la aplicación de la IA a la mediación suscite numerosos interrogantes. El esquema clásico de la mediación, tenía un procedimiento que, aunque flexible, estaba definido y se había considerado adecuado para ir separando necesidades de intereses hasta llegar al núcleo del conflicto y, a partir de ahí, ir trabajando con las partes en el diálogo y gestión de acuerdos parciales hasta llegar a un acuerdo final, de manera que tal *iter*, se ve claramente afectado. Ello lleva a preguntarse sobre cuáles son los efectos de las "nuevas tecnologías" en las prácticas de mediación; sobre si existen elementos de ruptura o continuidad entre la mediación "tradicional" y la mediación digital; o sobre si la inclusión de la mediación en este nuevo entorno conlleva una transformación de ciertos principios fundacionales. No pretendo aquí responder a todas estas cuestiones. Es evidente que la IA ha llegado a las vidas y actividades de los seres humanos y nos va a acompañar de manera cada vez más acentuada en la próxima década. Por tanto, se trata de intentar aprovechar lo que tenga de bueno para, en este caso concreto, facilitar el trabajo del "facilitador" (valga la redundancia), es decir, del mediador.

[149] La incorporación de la IA puede afrontarse desde dos perspectivas: una de naturaleza asistencial y, otra, decisoria. La primera, la de carácter asistencial, supone

concebir la inteligencia artificial como una ayuda o instrumento al servicio de una mejor justicia. En este sentido, el uso de la IA puede facilitar "el empleo de criterios objetivos que permitan seleccionar a los mediadores que tengan un perfil más apropiado para el caso concreto; también para sopesar la utilidad y conveniencia de someterse a un procedimiento de mediación o, incluso, plantear un abanico de hipótesis estandarizadas que pudieran servir de solución al conflicto (como podría darse, por ejemplo, con los cruces de ofertas que es propio del Derecho de Seguros)". Dicha incorporación instrumental de la IA a la mediación, con las debidas garantías de funcionamiento, resulta deseable en cuanto se la concibe como una herramienta más de soporte y ayuda para el mediador, pero sin llegar en ningún caso a sustituirlo o reemplazarlo. La segunda perspectiva, la de incorporar la inteligencia artificial con carácter decisional, supondría reemplazar la figura del mediador, persona humana, por una especie de "mediador" robot o avatar donde se otorgue a la IA la facultad de mediar y decidir por sí misma (JIMÉNEZ CARMONA, 2022). Buena parte de los riesgos y amenazas que se han señalado con respecto al uso decisional de la IA en cuanto a la actividad judicial, son plenamente aplicables a la mediación (sesgos, black box, escasa innovación y creatividad, falta de contextualización, de consecuencialismo y otras muchas) (BELLOSO MARTÍN, 2021, p.327-401), lo que lleva a rechazar ese enfoque decisional.

[150] Ello no significa que la primera posibilidad, la tarea de auxilio que la IA pueda desarrollar con respecto al mediador, esté exenta de dificultades. Así, se corre el peligro de poner demasiado el acento en el "cómo", es decir, en el procedimiento, de lo que se podría extraer la equívoca conclusión de que, cuanto más automatizado, más sinónimo de ahorro de costes, de tiempo y simplicidad para las partes. Ello significaría dejar de lado lo importante, el "qué" de la mediación (la gestión del verdadero conflicto) y, sobre todo, a través de "quién" (el mediador), como si se pudiera sustituir fácilmente la inteligencia humana por una inteligencia artificial (ALEXANDRE, 2017).

[151] Por ello, en este trabajo me propongo comparar el mediador-robot con el mediador-humano. Para ello, me centraré en el análisis de dos cuestiones. Tomaré como punto de partida tres experiencias de mediación realizadas por un robot - aunque en puridad no lo son las tres- para poner de relieve dos dificultades que se ponen de manifiesto cuando se trata de la mediación a través de una IA. La primera, la dificultad de diferenciar una negociación automatizada de una mediación automatizada; la segunda dificultad es que una mediación automatizada pueda respetar la neutralidad y la imparcialidad. La segunda cuestión de la que me voy a ocupar es la de comparar la función que desarrollaría en una mediación, por un lado, el mediador-robot y, por otro, el mediador-humano.

1. PUNTO DE PARTIDA. TRES EXPERIENCIAS DE MEDIACIÓN REALIZADAS POR UN ROBOT Y DIFICULTADES QUE SE DEDUCEN DE LAS MISMAS

[152] Comienzo precisando que por mediador-robot entiendo aquel procedimiento de mediación en el cual la función que le es atribuida a una persona natural, a un ser

humano, pasa a ser desempeñada por una IA, es decir, por un programa o herramienta de software diseñada para tal función.

[153] Me centro en este aspecto porque los procedimientos (bien sean electrónicos o automatizados) parecen estar minusvalorando el rol esencial del profesional mediador, al que se le deja en un segundo plano, eclipsado por aspectos procedimentales. Estamos ante dos modos de inteligencia muy diferentes, y estas diferencias son especialmente relevantes en cuanto a la labor que debe desarrollar el profesional mediador. El gran desafío de la IA es el de intentar emular el funcionamiento del cerebro humano, lo cual hasta ahora no se ha conseguido. Una IA no puede emular el aspecto cognoscitivo, ni la corporeidad, ni la inteligencia emocional, ni la capacidad de entender o comprender, ni la capacidad de resolver problemas que tiene un ser humano. Una IA no tiene intencionalidad, no contextualiza, carece de pensamiento crítico, carece de una ética y unos valores. Como ha apuntado el historiador Yuval Noah Harari, la IA es "una inteligencia sin conciencia" (HARARI, 2018, p.378).

[154] La formación del mediador, las habilidades, las técnicas, la empatía, la resiliencia, la neutralidad e imparcialidad, todas esas características y requisitos que, hasta hace poco eran imprescindibles, ahora son eclipsados por las bonanzas que conllevan los avances tecnológicos. Lo que planteo en este trabajo es establecer una comparativa entre las características que acompañan a un mediador-humano con respecto a las de un mediador-robot. Alguna experiencia se ha concretado en que el mediador-humano sea sustituido por un programa informático o por una plataforma electrónica de negociación. Mi interés se centrará en la persona mediadora (no tanto en el procedimiento).

[155] En el ámbito propiamente jurídico, ya se viene trabajando sobre la denominada justicia predictiva y justicia algorítmica, e incluso sobre el denominado juez robot, como la aplicación de la IA a las funciones de juzgar, que aporta rapidez, precisión y supone un ahorro de costes. No voy a extenderme ahora en la vertiente jurídica (BELLOSO MARTÍN, 2018, p.327-401), y me limitaré exclusivamente al ámbito de la mediación (ORTIZ GÓMEZ & MUÑOZ PÉREZ, 2019).

[156] Comenzaré haciendo referencia a un caso de mediación realizada por un robot, con la finalidad de apreciar esa frontera nebulosa entre mediación y negociación automatizadas. En segundo lugar, diferenciaré los dos tipos de inteligencias (la de un ser humano frente a la de una IA). Por último, llevaré a cabo un análisis comparativo entre cómo desarrollaría su tarea un robot-mediador frente a un ser humano-mediador, lo que me permitirá reflexionar sobre su viabilidad jurídica y procedimental.

[157] La primera experiencia es la de una empresa canadiense especialista en negociación electrónica, iCan Systems, que se convirtió en la primera compañía en resolver un contencioso en un tribunal público de Inglaterra y Gales utilizando un robot como mediador. Según la publicación británica *Law Gazette* (2019), *Smartsettle ONE*, una herramienta de IA sustituyó a un mediador y, en menos de una hora, resolvió una disputa que había durado tres meses sobre una factura de 2.000 libras que estaba pendiente de cobro solicitada por un entrenador a un cliente por cursos personales. Para resolver la reclamación las partes usaron un servicio online del juzgado en el cual

no lograron un acuerdo y después se les programó una audiencia. Tras un intervalo, se les propuso utilizar esta herramienta. Las partes usaron un sistema de ofertas y contraofertas que se identifican con banderas de colores verde y amarillo. Usando algoritmos, el robot aprende las tácticas de las ofertas de las partes y las ayuda a lograr un acuerdo sin revelar sus propuestas secretas. Esto lo hace el sistema para evitar a las partes enviar una propuesta que no va a ser aceptada por la otra.

[158] No han faltado voces críticas con respecto a este sistema. Algunos juristas argumentan que, aunque este tipo de tecnología puede ser apropiada para ayudar en pequeñas reclamaciones de carácter financiero, "en el caso de litigios multimillonarios son necesarias las habilidades de un negociador experimentado con importantes dotes de persuasión para convencer a los implicados de que hagan cosas que no quieren hacer". "Un mediador con experiencia es capaz de entender qué les preocupa en realidad a los clientes y, a partir de ahí, intenta pensar en un acuerdo. Hay factores que ayudan a salvar las diferencias" (HYDE, 2019; CANTO, 2020).

[159] Una segunda experiencia es la desarrollada por un grupo de mediadores australianos que ha creado el software Amica, una herramienta online con inteligencia artificial para solucionar divorcios sin necesidad de acudir a los juzgados. En concreto, la aplicación está diseñada para descongestionar la elevada carga de asuntos que la jurisdicción civil soporta en el país.

[160] La plataforma está pensada para ayudar a aquellas parejas que desean interrumpir su convivencia en supuestos poco complejos, a llegar a un acuerdo amistoso a la hora de repartir los bienes conyugales. El sistema emite una propuesta tras analizar el algoritmo distintos aspectos, tales como la cantidad de activos a repartir, otros acuerdos previamente alcanzados por otras parejas en situaciones similares, o aplicando los criterios habitualmente tenidos en cuenta por los tribunales en este tipo de disputas (FAES, 2020). Se subraya que *Amica* no divorcia a las parejas, sólo las ayuda, las guía para alcanzar un acuerdo económico extrajudicial de manera ágil.

[161] Una tercera experiencia es la de *Peacebuilder* (constructor de la paz). Se presenta como un combinado de IA y mediación para solucionar conflictos sin llegar a los juzgados. Esta nueva plataforma en internet de *Peacebuilder*, una empresa emergente (*start-up*) está impulsada por la Universitat Oberta de Catalunya (UOC). Sirve para resolver conflictos en línea (ODR), por ejemplo, en disputas entre divorciados, vecinos, clientes descontentos y empresas, y compradores por Internet. Ayuda a los individuos y las asociaciones a encontrar los medios más efectivos para la resolución de sus discrepancias a través de la inteligencia artificial y un grupo de expertos en resolución de conflictos (RODRÍGUEZ, 2021).

[162] Su funcionamiento es sencillo: El usuario tiene que descargar un formulario y responder a diez preguntas sobre su conflicto (cobran casi 30 euros por descargar el cuestionario, y casi 50 euros si el usuario quiere ser atendido por videoconferencia por un profesional). Después, unos especialistas analizan el caso, le envían un dosier y recomiendan una mediación o una negociación, según el tipo de conflicto de que se trate para, a partir de ahí, empezar a buscar una solución. Concretamente, son siete pasos:

la persona accede a la página web y realiza el pago para la evaluación de su conflicto.

el usuario explica el conflicto a través de un formulario que se cumplimenta y envía on line.

el algoritmo con ayuda de la inteligencia artificial realiza un análisis del conflicto y recomienda una metodología para trabajarlo.

al usuario se le comunican las conclusiones por e-mail junto con un listado de profesionales que él puede seleccionar.

el usuario puede, previo pago, acceder a una videoconferencia (caucus) informativa con el profesional que seleccione para que le informe en detalle sobre el diagnostico de su conflicto, la estrategia y protocolo de actuación a seguir.

el usuario acepta, aporta la información de la otra (u otras) partes y se invita a la otra parte a usar la plataforma para resolver el conflicto o disputa.

cada usuario pagará los costes del proceso y el profesional programará la agenda de trabajo conforme a la metodología elegida.

[163] Se señalan varias ventajas si se utiliza *Peacebuilder*: participación personal en la resolución del conflicto; ayuda a los individuos a desarrollar herramientas para futuras discrepancias; ahorra tiempo y dinero; evita el desgaste emocional común de los juzgados, y favorece que las partes cumplan sus compromisos al haberlos negociado ellas mismas.

1.1. LA DIFICULTAD DE DIFERENCIAR UNA NEGOCIACIÓN AUTOMATIZADA DE UNA MEDIACIÓN AUTOMATIZADA

[164] De estas tres experiencias, se suscitan numerosos interrogantes: ¿Se puede considerar que se ha realizado un procedimiento de mediación a través de una IA? ¿O más bien se trata de negociación mediante la IA? ¿O es un híbrido? En puridad, excepto la propuesta de *Peacebuilder*, que incorpora un sistema híbrido (intervención de una IA inicialmente para que después intervenga un mediador-humano), las otras dos no se podrían considerar mediación, sino negociación mediante IA. El procedimiento que siguen es similar. A partir de los datos introducidos en el sistema (negociaciones sobre temas similares y acuerdos alcanzados) la IA hace propuestas, acercando posiciones hasta que las partes en conflicto las acepten. El sistema (programa de IA) debe ser capaz de obtener los suficientes recursos y conocimientos para poder ir construyendo propuestas y nuevas soluciones, que deberá ser aprobada o rechazada por las partes. En el supuesto de que la solución sea rechazada por un solo agente, se inicia un nuevo proceso de negociación, donde se intenta llegar a un nuevo acuerdo. Cuando ambos agentes aceptan la solución, se entiende que el proceso ha terminado con éxito.

[165] Todo ello pone de relieve una de las grandes dificultades a las que los mediadores deben enfrentarse: sigue persistiendo la duda de cómo establecer la frontera entre la mediación y la negociación automatizadas. Tanto para los justiciables como para los operadores jurídicos que no conozcan en profundidad la mediación, esta confusión seguirá persistiendo.

[166] Hay quienes como Franco Conforti consideran que este procedimiento es una especie de negociación asistida (CONFORTI, 2015, p.7). Otros, como Bueno de Mata, señalan que sí se puede hablar de mediación, apuntando que el sistema funciona "a través de una base de datos de casos similares y utilizando criterios de ponderación para las dos partes, designaría una propuesta de acuerdo, que finalmente ratificarían las partes; en el caso contrario, el sistema seguiría dando respuestas hasta llegar a una solución aceptada por ambas partes, sin un límite concreto de intentos al no especificarlo la normativa" (BUENO DE MATA, 2015). Asimismo, como ha señalado Bonet, un robot podrá actuar como mediador, "principalmente advirtiendo de las ventajas generales y concretas de un pacto de mediación, así como los inconvenientes de lo contrario, y, sobre todo, por la posibilidad de hacer una predicción del resultado en caso de acudir a la vía judicial automática" (BONET, 2018).

1.2. LA DIFICULTAD DE MANTENER LA NEUTRALIDAD Y LA IMPARCIALIDAD EN UNA MEDIACIÓN AUTOMATIZADA

[167] Ya se han realizado experimentos que demuestran que la IA, interactuando con las personas, detecta sus vulnerabilidades y patrones de comportamiento, aprende automáticamente, y puede acabar guiando a los seres humanos hacia determinadas acciones y respuestas en su toma de decisiones. Un equipo de investigadores de Data61 de CSIRO, la rama digital y de datos de la agencia científica nacional de Australia, ideó un método sistemático para encontrar y explotar vulnerabilidades en las formas en que las personas toman decisiones, utilizando una especie de sistema de inteligencia artificial llamado 'red neuronal recurrente' y aprendizaje de refuerzo profundo. Para probar su modelo, llevaron a cabo tres experimentos en los que los participantes humanos jugaron contra un ordenador. En cada experimento, la máquina aprendió de las respuestas de los participantes e identificó y apuntó vulnerabilidades en la toma de decisiones de las personas. El resultado final fue el aprendizaje automático para guiar a los participantes hacia acciones específicas. Muestra que las máquinas pueden aprender a dirigir la toma de decisiones humana a través de sus interacciones con nosotros (WHITTLE, 2021).

[168] Por ello, la mediación realizada por un robot suscita la duda de si no contradice la esencia de la mediación, es decir, que la solución consensuada sea fruto de la voluntad de las partes. La respuesta es objeto de debate.

2. MEDIADOR-ROBOT VS. MEDIADOR-HUMANO. MÁS ALLÁ DE UNA MERA DESCRIPCIÓN DE VENTAJAS E INCONVENIENTES DE CADA MODALIDAD

[169] Una de las inquietudes principales de la aplicación de la IA al procedimiento de mediación es qué implica y cómo afecta al estatuto del profesional mediador. Las características del mediador, las funciones que desarrolla el profesional mediador y el enfoque por el que se opte en un proceso de mediación ayudarán a entender las diferencias entre el mediador-humano y las que pueda llevar a cabo el mediador-robot.

[170] Un mediador, además de ser neutral e imparcial, debe tener una serie de conocimientos y destrezas para saber manejar las emociones, el/ los procesos de duelo, tener talante y estrategias para habilitar y ejercitar la comunicación, usar las técnicas más adecuadas y relevantes, saber reconducir el diálogo, evitar bloqueos, entre otras, para conseguir mediar. Además de las habilidades innatas que posea el mediador, resulta imprescindible la formación recibida que le habrá proporcionado (legislación, habilidades psicológicas y sociales, escuelas y técnicas de mediación) para conducir con éxito una mediación. Pero es que, además, esas características y habilidades no se proyectan de forma lineal y uniforme en un proceso de mediación, ya que el conflicto entre las personas mediadas experimenta distintos grados de intensidad, puntos de enquistamiento, bloqueo, disminución de intensidad del conflicto para después volver a una escalada, en definitiva, es un ciclo vivo, al que el mediador-humano deberá irle modulando sus pautas orientadoras. Es decir, la naturaleza del conflicto cambiará varias veces durante la misma sesión, lo que exige que el mediador vaya ajustando su orientación a las personas mediadas en función de las necesidades. Puede iniciar con una orientación más directiva, evolucionar después hacia una mediación más negociadora y acabar aplicando una mediación de orientación transformadora. Además, el enfoque que el mediador considere más adecuado para aplicar al conflicto de que se trate (modelo negociador de Harvard, modelo circular narrativo de Sara Cobb, el modelo transformativo de Bush y Folger, entre otros), orientará el procedimiento de mediación que se siga, así como las técnicas y recursos que utilice el mediador.

2.1. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE AMBAS MODALIDADES DE MEDIADOR

[171] Además de los impedimentos de tenor legal, conviene revisar si, por sus características y funcionalidades, sería viable un mediador-robot, para lo que se destacan las ventajas e inconvenientes. Como ventajas, esta modalidad de mediador-robot presenta las siguientes:

- Aporta una base de datos amplia y completa con la normativa, legislación, doctrina, jurisprudencia, estadísticas y acuerdos de mediación a la vez que es capaz de consultarla y gestionarla en pocos segundos. Respetando la confidencialidad de cada procedimiento de mediación, podrá acceder a los acuerdos y estadísticas, saber qué tipo de conflictos se presentan, porcentaje de acuerdos, tipos de acuerdos, etc.

- Ofrece mayor exactitud y precisión en la gestión y resolución de conflictos para los que se requiera acudir a tablas y baremos (indemnización de daños, resarcimiento económico, reclamaciones de carácter económico de baja cuantía).

- No requiere una capacidad directiva ni dotes de persuasión.

- Tiene un comportamiento lineal a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

- Está libre de prejuicios (más allá de las que el programador le haya insertado) y libre de emociones.

[172] Por su parte, el ser humano-mediador se caracteriza por:

- Poseer una formación, unas técnicas y destrezas que van más allá de un mero compendio de legislación, de doctrinas y de jurisprudencia. Las habilidades no sólo son psicológicas (a un robot se le pueden introducir tratados de psicología y todas las teorías psicológicas), sino emocionales. La inteligencia emocional solo la posee un mediador-humano.

- Tener capacidad para entender qué preocupa en realidad a las personas mediadas, lo que facilita que lleguen a un acuerdo. La intuición, la percepción a través de los sentidos, incluso de la manera cómo narran las personas mediadas sus diferencias, puede ser más revelador que el propio contenido del discurso. Es improbable que una IA, incorpórea, pueda tener una sensibilidad para percibir.

- Contextualizar, interpretar los conflictos y orientar a las personas mediadas en sus litigios a partir de una comprensión de la realidad económica, política, social. Actualizar continuamente ese contexto, inscribiendo la comprensión del conflicto en el contexto.

- Saber modular su rol de facilitador al de evaluador según los diferentes problemas y momentos. Un procedimiento de mediación es vivo, fluido, exige que el mediador esté atento para identificar cómo podría ser útil en las diferentes fases: reducción de intensidad del conflicto; evaluación o directivas; transformadora o resolución de problemas (percepción que muy difícilmente podría tener una IA, más allá de una identificación a partir del uso de determinadas palabras o lenguaje por parte de las personas mediadas).

- Utilizar la razón y las reglas de la lógica desmontando las falacias que las partes mediadas puedan alegar en su argumentación. Las falacias lógicas son fallas de razonamiento. Cuando se llega a una conclusión o defendemos un argumento sobre la base de un proceso de razonamiento viciado, se incurre en una falacia.

- Conocer las técnicas para sustituir el diálogo por la mera comunicación (la IA puede lograr comunicación, pero no diálogo), para suplir aspectos que forman parte de un procedimiento de mediación como es la construcción de la confianza, la generación de empatía, detección de emociones, y otras.

[173] De los aspectos indicados, se pone de manifiesto que habrá algunas actividades que desarrolla un mediador-robot que se puedan considerar paralelas a las que realiza un mediador-humano. Por ejemplo, la presentación de diversas propuestas por parte del programa podría guardar paralelismo con las preguntas y repreguntas que en el proceso de mediación pudiera llegar a realizar el mediador-humano.

[174] En cualquier caso, si se opta por recurrir a este mecanismo de gestión de conflictos, las personas mediadas ya deberían conocer (y aceptar) que el robot va a carecer de esas actitudes que caracterizan a los seres humanos, de manera que las partes, de antemano, deben ser capaces de discernir, o al menos intuir, las carencias, por un lado, y la potencialidad por otro, que un mediador robot va a tener, a diferencia de un mediador humano. Sin embargo, no es así, ya que buena parte de los ciudadanos y de los justiciables desconocen si son legales y viables las decisiones individuales automatizadas.

2.2. ¿VIABILIDAD LEGAL DE LA MEDIACIÓN AUTOMATIZADA?

[175] De la descripción del mediador y de las experiencias que se han ido presentando, se podría estar pensando que el/la mediador/a sea una persona natural. Recurriendo a la normativa reguladora de la mediación en España, Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, en su título III en el que se regula el "Estatuto del mediador", precisamente inicia en el "Artículo 11 Condiciones para ejercer de mediador" que comienza: "1. Pueden ser mediadores las personas naturales […]". Por tanto, mientras la normativa no cambie, no se puede admitir una mediación realizada exclusivamente de forma automatizada, es decir, en la que una IA supla al mediador humano. Por otro lado, el rol que se le atribuye legalmente al profesional mediador es el de facilitador, pero no es un rol propositivo, como resulta de los modelos de mediaciones automatizadas que hasta ahora existen.

[176] Hay diversos textos e Informes que defienden la supervisión y decisión humana en cualquier tarea. En este sentido, los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) han adoptado la primera norma mundial sobre la ética de la inteligencia artificial (IA) UNESCO. Conferencia General, 41st, 2021: la "Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial", la cual sienta las bases de las herramientas que ayudarán a supervisar la aplicación de la IA. Así, sobre la decisión y supervisión humana, en el apartado 36 se establece:

> **[1]** Puede ocurrir que, en algunas ocasiones, los seres humanos decidan depender de los sistemas de IA por razones de eficacia, pero la decisión de ceder el control en contextos limitados seguirá recayendo en los seres humanos, ya que estos pueden recurrir a los sistemas de IA en la adopción de decisiones y en la ejecución de tareas, pero un sistema de IA nunca podrá reemplazar la responsabilidad final de los seres humanos y su obligación de rendir cuentas. Por regla general, las decisiones de vida o muerte no deberían cederse a los sistemas de IA.

[177] Asimismo, y tomando como referencia la normativa supranacional de la Unión Europea, el artículo 22 del Reglamento General de Protección de Datos UE (2016) 679,

sobre "Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles", en su apartado 1 dice: “Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”. Sin embargo, a continuación, en el apartado 2, ese derecho se vacía: “2. El apartado 1 no se aplicará si la decisión: […] b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, […]”.

[178] De este tenor cabe deducir que, al igual que se prohíben las decisiones judiciales automatizadas -a menos que el derecho del país de que se trate lo haya regulado- tampoco el derecho europeo se opone a una introducción del robot mediador, siempre que esté “autorizado por el Derecho… del Estado miembro”. En resumidas cuentas, legalmente no cabe admitir decisiones totalmente automatizadas, sino que siempre deberán de ser supervisadas por un ser humano. En esta misma línea de oponerse a una plena automatización en la actividad decisional, se ha manifestado la Carta de derechos digitales, aprobada por el Gobierno de España en julio de 2021 (no tiene carácter normativo sino orientativo de estrategias a seguir).. Concretamente, en el Capítulo XXV, titulado "Derechos ante la IA", en su apartado tercero, señala que: "Las personas tienen derecho a solicitar una supervisión e intervención humana y a impugnar las decisiones automatizadas tomadas por sistemas de IA que produzcan efectos en su esfera personal y patrimonial". Por tanto, los acuerdos que se adopten en mediación automatizada, deberían "guiarse" por esta orientación. Eso no significa que, según evolucione la tecnología, y con las debidas cautelas, se experimente una evolución hacia un sistema híbrido (mediador-robot y mediador-humano). La experiencia habida en derecho comparado sobre las negociaciones asistidas o conciliaciones automatizadas, hacen pensar en su viabilidad, aunque circunscrita a unas determinadas áreas de conflictos.

3. CONCLUSIONES

[179] Velocidad en la resolución de los conflictos, reducción de costos, ayuda a los mediadores para que comprendan mejor las necesidades e intereses de las partes, aumento de la transparencia e imparcialidad en el procedimeinto, son algunas de las ventajas de la mediación que, con la llegada de la IA, se van a potenciar. Sin embargo, como cualquier tecnología, va también acompañada de unos riesgos y desafíos a los que habrá que dar respuesta, tales como el desafío de la privacidad, de la protección de los datos, datos, de la transparencia, de al trazabilidad, de la explicabilidad, de la auditabilidad, de manera que hay que regular y sancionar los malos usos, y establecer los sistemas de auditoría de algoritmos y de ajuste normativo. Los usos de la iA en la mediación son diversos, desde su aplicación en chabots que ayuden a las partes a comunicarse entre sí de manera más eficiente, hasta el análisis de datos (por ejemplo, en el seguimiento de los acuerdos, una vez que se haya llegado a un acuerdo de mediación). La utilización de otros asistentes de esta naturaleza en la redacción de acuerdos de mediación, como los programas generativos "Transformer" AI, entre los

que está ChatGPT, se destacan en esta línea. Al hilo de lo expuesto, presento tres conclusiones principales:

[180] Primera. Para conflictos en determinadas áreas (mercantiles, civiles, contencioso-administrativo) en los que los acuerdos sean de carácter estrictamente económico (bien sea sobre reparación de daños o liquidación de sociedades) y que se basan en baremos o tablas prefijadas, el mediador-robot puede desplegar su potencialidad y poner de manifiesto las ventajas que conlleva (ahorro de tiempo, eficiencia, certeza, seguridad). Ahora bien, hay que señalar que este tipo de reclamaciones, como las de carácter financiero, no pueden ser consideradas como mediación propiamente. Las plataformas de gestión y resolución de reclamaciones, principalmente en el ámbito de consumo (compras de productos por internet, reclamaciones de gestión de viajes a compañías aéreas o de ferrocarril), en algunos casos, podría tratarse de una negociación, en otras, de un arbitraje o, incluso, de una decisión unilateral sobre el importe de la reclamación (derecho de los consumidores), pero no de mediación.

[181] Además, con relación a otro tipo de conflictos como los familiares, el rol del mediador como garante de los intereses de las personas más vulnerables -como las personas mayores, menores o personas con discapacidad- exigirá una ponderación de intereses en juego (frecuentemente, se estará ante un concepto jurídico indeterminado, como el de la protección del "interés superior del menor") que hace prever las dificultades que un mediador-robot tendría para valorar, contextualizar y ponderar qué acuerdo sería el mejor para proteger al menor. No se trata únicamente de llegar a un acuerdo, sino de valorar las consecuencias de ese acuerdo en el largo plazo. Por ejemplo, un robot-mediador no podría ir más allá de ejecutar un programa, de realizar un cálculo estadístico y de probabilidad, a partir de la padronización de otros acuerdos adoptados y de los datos con los que se haya entrenado y aprendido.

[182] Segunda. Ni funcional ni legislativamente es posible un mediador-robot (sistema automatizado), es decir, un procedimiento de mediación totalmente automatizado (aunque sí cabría una negociación automatizada). Lo que sí resulta viable jurídicamente es que la IA realice tareas de auxilio y de ayuda al mediador. De ahí que el estatuto del mediador, en esencia, deberá mantener las características esenciales que se vienen exigiendo en cuanto a la formación especializada de quien vaya a ejercer la labor de mediador como también de procedimiento, además de ajustarse al código ético-deontológico de la profesión. Ello no es obstáculo para que, en determinadas tareas, tanto la digitalización (mediación online) como la automatización (auxilio por parte de la IA) puedan servir para facilitar las tareas que desarrolla el mediador y auxiliar el desarrollo de un procedimiento de mediación. Sería conveniente una regulación al respecto -dentro del marco de flexibilidad que caracteriza un procedimiento de mediación-, de manera que aporte seguridad jurídica tanto a las personas mediadas como al propio mediador.

[183] Tercera. Un sistema automatizado de mediación no podría seguir rigiéndose por una normativa y unos deberes del mediador, establecidos ahora en la ley de mediación citada, de 2012, en el título "Estatuto del mediador". Este mediador artificial requeriría una regulación específica que aplicara los controles que se exigen para la IA, y que cumpliera con las normas estándar de transparencia y explicabilidad, así como del

control del riesgo. De ahí que el "estatuto del mediador" tiene que hacer frente a estos cambios, y delimitar bien sus diferencias con el negociador automatizado, por un lado, y con el mediador humano, por otro. De lo contrario, resultará obsoleto y no responderá a las expectativas de las partes mediadas que requieren flexibilidad en el procedimiento, pero también, seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXANDRE, L. La guerre des intelligences, Intelligence Artifielle versus Intelligence Humaine, Editions JC Lattès, 2017.

BELLOSO MARTÍN, N. "Los desafíos iusfilosóficos de los usos de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales: a propósito de la decisión judicial robótica vs. decisión judicial humana", en Nuria BELLOSO MARTÍN (Directora); Rafael Mario Iorio Filho y Adriano Moura da Fonseca Pinto (Coordinadores), Sociedad plural y nuevos retos del Derecho, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 327-401.

BONET, J. "Un robot ya podría dictar resoluciones judiciales" (11/10/2018). https://economia3.com/2018/10/11/159300-jose-bonet-robot-ya-podria-dictar-resoluciones-judiciales/

BUENO DE MATA, F. "Mediación electrónica e inteligencia artificial", Actualidad Civil, N1, Editorial Wolters Kluwer, 2015.

CARMONA, J. "La Mediación Mercantil Ante los Nuevos Retos de la Inteligencia Artificial: Una Visión Comparada Entre los Ordenamientos Jurídicos Español e Italiano", Revista internacional Consinter de Direito, 2022. DOI: 10.19135/revista.consinter.00015.24 https://revistaconsinter.com/index.php/ojs/0001524

CANTO, P. "Inteligencia artificial, ¿útil en una mediación?", 2020. https://www.diariodemediacion.es/inteligencia-artificial-util-en-una-mediacon/

FRANCO CONFORTI, O. D. "Mediación electrónica (e-mediacion)", Diario La Ley, nº 8519, 2015, p.5-13. HARARI, Y. N. *21 lições para o Século 21*, São Paulo, Companhia das Letras, 2018. HYDE, J. "Mediator claims online dispute first to be settled by algorithm", The Law Society Gazette, (25/02/2019)

https://www.lawgazette.co.uk/news/mediator-claims-online-dispute-first-to-be-settled-by-algorithm-/5069393.article

ORDELIN FONT, J.L., "El uso de la inteligencia artificial en la mediación: ¿quimera o realidad?", IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, Vól.15, Nº48, julio-diciembre 2020-2021, p. 357-382. https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/707

ORTIZ GÓMEZ, E. & MUÑOZ PÉREZ, Y. “Inteligencia Artificial en la Mediación: El Robot Mediador”, *Blog Diario del Mediador*, (12/09/2019). https://www.diariodelmediador.com › 2019/09 › intelig...

RODRÍGUEZ, L. “Peacebuilder: inteligencia artificial y mediación para solucionar conflictos sin llegar a los juzgados” (17/08/2021). https://www.uoc.edu/portal/es/news/actualitat/2021/220-spinuoc-peacebuilder.html

WHITTLE, J. “AI Can Now Learn to Manipulate Human Behavior”, The Conversation (12 february 2021). https://asiatimes.com/2021/02/ai-can-now-learn-to-manipulate-human-behavior/

PÁGINAS WEB

https://www.expansion.com/economia-digital/innovacion/2019/08/17/5d582c38468aeb19508b45b1.html

https://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/10740205/08/20/Un-robot-que-hace-divorcios-la-mediacion-ya-acude-a-la-inteligencia-artifical.html

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad» (Dictamen de iniciativa), publicado el 31 de agosto de 2017. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IE5369&from=BG

Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). https://www.privacy-regulation.eu/es/22.htm

Así salva la mediación su profesión ante la amenaza de la Inteligencia Artificial (14/10/2022). https://www.grupoaseguranza.com/noticias-de-mediacion/asi-salva-mediacion-profesion-ante-amenaza-inteligencia

Se resuelve un caso de mediación usando inteligencia artificial por primera vez (29/03/2019).https://metodosderesoluciondeconflictos.wordpress.com/2019/03/29/se-resuelve-un-caso-de-mediacion-usando-inteligencia-artificial-por-primera-vez/

La era del juez robot: ¿estamos preparados para que una máquina dicte sentencia?” (12.01.2020) (https://www.elmundo.es/papel/historias/2020/01/12/5e1b3954fdddff131d8b459b.html);

“Estonia se prepara para tener “jueces robot” basados en inteligencia artificial” (12.06.2019) https://www.thetechnolawgist.com/2019/06/12/estonia-se-prepara-para-tener-jueces-robot-basados-en-inteligencia-artificial/“

La progresiva humanización de los jueces robots. En el futuro, los algoritmos resolverán los conflictos judiciales y las personas solo tendrán que revisar y refrendar la

decisión" (04.01.2021).https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/01/03/legal/1609698938_129547.html

UNESCO. Conferencia General, 41st, 2021: la Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial. SHS/BIO/REC-AIETHICS/2021: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455_spa

A FORMAÇÃO E A CERTIFICAÇÃO DE MEDIADORES EM PORTUGAL: UM MODELO ADAPTADO À NOVA ERA DIGITAL

Micael RIBEIRO[15]

15 Coimbra Business School I ISCAC, Politécnico de Coimbra, Portugal. micaelribeiro126@gmail.com

RÉSUMÉ

Nous vivons à une époque de changement social constant et, comme dans d'autres domaines empiriques, la médiation tend à s'adapter aux nouvelles circonstances dans lesquelles se déroule son champ d'application. L'environnement pandémique plus fréquent entre 2020 et 2021 a été un moteur de la numérisation dans différents domaines, et le domaine de la médiation n'a pas fait exception. Mais les médiateurs sont-ils dotés des outils et des compétences professionnelles nécessaires pour relever les défis de la médiation en ligne ? Le Portugal, comme d'autres pays européens, a mis en place son système de certification des médiateurs. La directive 2008/52/CE a stimulé l'adoption de modèles de formation et de certification dans toute l'Europe. Mais à cette époque, le monde numérique était encore une réalité avec moins de développement qu'aujourd'hui. Des doutes ont même été exprimés quant à l'existence de la médiation en ligne en raison des difficultés que pourrait engendrer la médiation par voie télématique, en partie à cause de la distance qu'elle imposait au dialogue entre les parties. La pandémie a encouragé l'utilisation d'outils numériques et les médiateurs du monde entier ont commencé à mener des médiations à l'aide d'outils télématiques. Ce que nous avons l'intention d'étudier dans cet article est le modèle de certification et de formation des médiateurs mis en œuvre au Portugal, en essayant de comprendre s'il intègre les compétences numériques requises d'un médiateur lorsqu'il opère dans un environnement électronique. Ces compétences doivent-elles être exigées de tous les médiateurs ou doivent-elles faire partie d'un plan de formation spécifique ? Telles sont quelques-unes des questions que nous analyserons dans ce travail.

MOTS-CLÉS

Médiation, Formation, Certification, Médiateurs, Digitalisation

RESUMO

Vivemos numa época de mudanças sociais constantes e, tal como em outros âmbitos empíricos, a mediação tende a ajustar-se ao novo circunstancialismo em que decorre o seu campo de aplicação. O ambiente pandémico vivenciado de forma mais presente entre 2020 e 2021 constituiu uma força motriz para a digitalização em diferentes âmbitos, e o campo da mediação não foi exceção. Mas será que os mediadores estão equipados com as ferramentas e competências profissionais para os desafios da mediação online? Portugal, tal como outros países europeus, implementou o seu sistema de certificação de mediadores. A Diretiva 2008/52/CE impulsionou a adoção de modelos de formação e certificação em toda a Europa. Mas nessa altura, o mundo digital era ainda uma realidade com menos desenvolvimento diante do que se verifica atualmente. Houve mesmo dúvidas sobre a existência de mediação em linha devido às dificuldades que a condução de uma mediação por meios telemáticos poderia causar, em parte em virtude da distância que imprimia no diálogo entre as partes. A pandemia encorajou a utilização de ferramentas digitais e mediadores em todo o mundo começaram a conduzir mediações através de ferramentas telemáticas. O que pretendemos estudar neste artigo é o modelo de certificação e formação de mediadores implementado em Portugal tentando compreender se este integra as competências digitais exigidas a um mediador, quando opera num ambiente eletrónico.

Deverão essas competências ser exigidas a todos os mediadores ou deverão fazer parte de um plano de formação específico? Essas são algumas das questões que analisaremos neste trabalho.

PALABRAS-CHAVE

Mediação, Formação, Certificação, Mediadores, Digitalização

INTRODUÇÃO

[184] O conflito é algo inevitável, mas também promotor eventual do fortalecimento das relações sociais. Pode, na verdade, ser compreendido como um mecanismo de transformação, no sentido de que é através dele que as partes podem construir um relacionamento menos conflitual e prevenir novas discussões futuras.

[185] A mediação, como meio de resolução de conflitos assente no diálogo e na cooperação das partes em conflito, onde o mediador exerce o papel de facilitador, competindo-lhe ajudar os sujeitos em disputa a encontrarem a melhor solução para o seu litígio, pode, desta forma, contribuir para o fortalecimento das relações sociais.

[186] Nas palavras de Juan Carlos Vezzulla, o mediador é "somente a parteira que ajuda a dar à luz os reais interesses que possibilitarão o acordo final" (Juan Carlos Vezzulla, 2001, p. 40).

[187] Esse meio de resolução extrajudicial de litígios tem vindo a ser crescentemente aplicado por constituir uma via mais fácil, eficaz e duradoura de solucionar conflitos, permitindo um acesso célere e económico, onde os mediados celebram acordos que, na maioria das vezes, vão de encontro às pretensões de ambos os intervenientes.

[188] Esse mecanismo reveste carácter autocompositivo, isto é, os sujeitos ativos são os próprios sujeitos em conflito, cabendo-lhes decidir o seu conflito.

[189] Em Portugal, o diploma que regula atualmente a mediação em geral é a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, que transpõe num segundo momento (e após a primeira transposição concretizada pela Lei n.º 29/2009, de 29 de junho), a Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial, tendo tido como objetivo essencial "facilitar o acesso à resolução alternativa de litígios e (…) promover a resolução amigável de litígios, incentivando o recurso à mediação e assegurando uma relação equilibrada entre a mediação e o processo judicial" (artigo 1.º).

[190] Quer a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril (doravante apenas referida por Lei da Mediação), quer a Diretiva 2008/52/CE não tiveram especial enfoque na mediação eletrónica ou na promoção da digitalização da justiça, ainda que não a tenham afastado. No âmbito do contexto pandémico, vivido de 2020 a 2021, verificou-se um aumento do recurso a meios eletrónicos para levar a cabo as sessões de mediação com as partes, pelo que se justifica neste momento o estudo sobre a capacitação dos mediadores para realizarem mediações em ambiente eletrónico, designadamente se a

[191] formação que possuem, bem como as exigências formativas vigentes em Portugal, respondem às especificidades que a "mediação online" encerra, constituindo este o objetivo essencial deste trabalho[16].

16 Agradece-se à Professora Cátia Marques Cebola, minha orientadora de dissertação no Mestrado em Solicitadoria do ISCAC - Politécnico de Coimbra, o trabalho de revisão e todas as sugestões de melhoria a este trabalho.

1. A FORMAÇÃO E A CERTIFICAÇÃO DE MEDIADORES EM PORTUGAL

[192] Nos termos do artigo 4º, n.º 2, da Diretiva 2008/52/CE, é estabelecido que "os Estados-Membros devem incentivar a formação inicial e contínua dos mediadores, a fim de garantir que a mediação seja conduzida de modo eficaz, imparcial e competente relativamente às partes".

[193] Neste sentido, e com o objetivo de promover a qualidade da mediação, o princípio da competência está consagrado no artigo 8.º da Lei da Mediação, permitindo aos mediadores obter formação teórica e prática nesta área, designadamente através de cursos ministrados por entidades formadoras certificadas pelo Ministério da Justiça.

[194] Paralelamente, nos termos do artigo 24º, n.º 1, da Lei da Mediação podemos ler ainda que "Constitui formação especificamente orientada para o exercício da profissão de mediador de conflitos a frequência e aproveitamento em cursos ministrados por entidades formadoras certificadas pelo serviço do Ministério da Justiça definido em portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça". O princípio da competência incita, desta forma, a que haja uma formação apropriada ao desempenho da atividade profissional dos mediadores.

[195] Importa referir que, em Portugal, a generalidade dos profissionais que desempenham funções de mediador fazem-no de forma complementar com outras atividades, não se dedicando exclusivamente à prática da mediação (cfr. Mariana França Gouveia, 2015).

[196] Em Portugal, a formação deve ser realizada por entidades formadoras certificadas pelo Ministério da Justiça, nos termos da Portaria n.º 345/2013, de 27 de novembro, e deve conferir aptidões teórico-práticas específicas que garantam a qualidade da mediação, seja nos sistemas públicos seja no exercício da atividade privada.

[197] As ações de formação ministradas a mediadores de conflitos por entidades formadoras não certificadas, isto é, que não são acreditadas com base na Portaria n.º 345/2013, de 27 de novembro, não proporcionam formação regulamentada para o exercício da profissão de mediação.

[198] Entende-se por certificação de uma entidade formadora, o ato pelo qual se confirma que uma entidade detém competências, meios e recursos adequados para desenvolver atividades formativas na área da mediação, de acordo com o estabelecido na predita Portaria em análise [artigo 2.º, alínea *a*)]. Consequentemente, sem um curso de mediação ministrado por entidade certificada não é possível a integração na lista de mediadores privados, organizada pelo Ministério da Justiça nos termos da Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro, conforme exige no seu artigo 3.º, n.º 1.

[199] Desse modo, apesar de o legislador não aludir explicitamente alguma consequência para o facto de o mediador não obter as competências apropriadas ao exercício da sua atividade, "a verdade é que os mediadores que não frequentem ações

de formação ministradas por entidades certificadas não podem integrar a lista de mediadores organizada pelo Ministério da Justiça, tal como se define na Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro, artigo 3.º, n.º 1, alínea b) e, consequentemente, os acordos por si obtidos não terão força executiva nos termos do artigo 9.º, n.º 1, alínea e)", da Lei da Mediação (Cátia Marques Cebola, 2015, p. 60).

[200] No ponto seguinte deste trabalho, analisaremos o regime de acreditação das entidades formadoras para ministrar cursos de mediação em Portugal, diante da importância que, no nosso ordenamento jurídico, essa exigência evidencia.

1.1. A PORTARIA N.º 345/2013, DE 27 DE NOVEMBRO E A ACREDITAÇÃO DE ENTIDADES FORMADORAS EM PORTUGAL

[201] Nos termos do artigo 3º da Portaria n.º 345/2013, a certificação das entidades formadoras de curso de mediação é garantida em Portugal pela Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ) que deve respetivamente:

- "Definir e desenvolver as metodologias, os instrumentos e os procedimentos que assegurem o funcionamento do sistema de certificação das entidades formadoras;" [alínea a)]
- "Definir indicadores de avaliação qualitativa e quantitativa do desempenho das entidades formadoras certificadas;" [alínea b)]
- "Cooperar com as entidades requerentes, nomeadamente informando as sobre a organização do respetivo processo de certificação;" [alínea c)]
- "Gerir e tratar a informação relativa ao sistema de certificação de entidades formadoras;" [alínea d)]
- "Promover as ações necessárias ao acompanhamento, monitorização, regulamentação e garantia de qualidade do sistema." [alínea e)]

[202] Por sua vez, o artigo 5º da supracitada Portaria refere que a entidade obtém a certificação se verificados os seguintes requisitos:

- "Encontrar-se regularmente constituída e devidamente registada no registo competente" [alínea a)];
- "Não se encontrar em situação de suspensão ou interdição do exercício da sua atividade na sequência de decisão judicial ou administrativa" [alínea b)];
- "Ter a sua situação tributária e contributiva regularizada, respetivamente, perante a administração fiscal e a segurança social" [alínea c)];
- "Inexistirem situações por regularizar respeitantes a dívidas ou restituições referentes a apoios financeiros comunitários ou nacionais, independentemente da sua natureza ou objetivos" [alínea d)].

[203] Importa referir que se a entidade tiver cometido crime punível nos termos do Código Penal ou em legislação avulsa no cumprimento efetivo de uma pena de multa ou pela prática de conduta punida como contraordenação só pode obter a certificação, após o decurso de um ano, contado a partir do trânsito em julgado da decisão condenatória, nos termos do artigo 5.º, n.º 2, alíneas a) e b), do referido diploma.

[204] Como podemos depreender da leitura do artigo 6º, n.º 1, da Portaria n.º 345/2013, a certificação garante que a organização formativa cumpre os requisitos de qualidade em termos de estrutura e organização interna para o exercício da atividade formativa nas áreas da mediação e planeamento e desenvolvimento da formação.

[205] As entidades formadoras têm deveres que devem cumprir escrupulosamente. Com base no artigo 12.º da Portaria n.º 345/2013, deve a entidade formadora:

- "Comunicar à DGPJ quaisquer alterações aos elementos fornecidos no âmbito do requerimento de pedido de certificação, ou outro;" [alínea a)]
- "Comunicar à DGPJ a realização de ações de formação para mediadores de conflitos, previamente à sua realização;" [alínea b)]
- "Cooperar com a DGPJ no âmbito das suas atribuições nos termos da presente portaria." [alínea c)]

[206] Analisando, por sua vez, o artigo 12.º, n.º 2, é de verificar que a entidade formadora é responsável pela implementação do plano de estágios, que inclui a possibilidade de estágio nos sistemas públicos de mediação tutelados pelo Ministério da Justiça, cuja duração, número de vagas disponíveis e outras condições são definidas, anualmente, por deliberação do diretor-geral da DGPJ.

[207] Todos os anos, até ao último dia de abril, as entidades formadoras certificadas devem apresentar à DGPJ um relatório relativo aos cursos de mediação de conflitos ministrados no ano civil anterior, que contenha, segundo o artigo 10.º da Portaria n.º 345/2013:

- "Avaliação do cumprimento dos objetivos e resultados planeados para a formação" [alínea a)];
- "Resultados de avaliação do grau de satisfação dos formandos, bem como de coordenadores, formadores e outros colaboradores" [alínea b)];
- "Resultados relativos à participação e conclusão das ações de formação, desistências e aproveitamento dos formandos" [alínea c)];
- "Resultados da avaliação do desempenho de coordenadores, formadores e outros colaboradores" [alínea d)];
- "Medidas de melhoria a implementar, decorrentes da análise efetuada"; [alínea e)].

[208] O incumprimento das exigências prévias à certificação ou de algum dos deveres da entidade formadora certificada determina, em virtude da gravidade das situações e a possibilidade da sua regularização, a revogação da certificação.

[209] "Quando se verifique uma situação de incumprimento, passível de regularização, é concedido à entidade certificada um prazo até 30 dias para que a regularize", nos termos artigo 13.º, n.º 2 da Portaria n.º 345/2013.

[210] Caso não se verifique algum tipo de incumprimento relativo ao agora exposto,

[211] "a revogação da certificação só é determinada quando a entidade certificada não regularize a situação que lhe deu origem, dentro do prazo concedido para o efeito pela DGPJ" segundo o artigo 13º, n.º 3 da Portaria n.º 345/2013, de 27 de novembro.

[212] A caducidade da certificação, esplanada no artigo 13º, n.º 4, ocorre quando se verifique alguma das seguintes situações:

- "Extinção da entidade formadora certificada" [alínea a)];
- "Manifestação da entidade formadora de que não pretende continuar o exercício da atividade de formação" [alínea b)];
- "Ausência de atividade formativa em dois anos consecutivos" [alínea c)].

[213] Após a análise da Portaria n.º 345/2013, de 27 de novembro, é possível retirar as seguintes conclusões:

- A certificação de entidades de formação de curso de mediação é garantida pela DGPJ;
- Ao longo do diploma legal, são referenciados os requisitos basilares para que uma entidade seja acreditada para realizar as formações de mediação pretendidas;
- São elencados os deveres que a entidade certificada deve cumprir e, também, é referida a obrigatoriedade que esta tem no que toca à realização dos relatórios sobre os cursos que ministra com vista a uma melhoria dos serviços e dos cursos lecionados para que estes estejam de acordo com as necessidades de quem os frequenta.

[214] Por último, no mesmo diploma legal, também se alude aos motivos que podem levar à caducidade da certificação da entidade.

[215] De um modo geral, e na minha opinião, creio que a Portaria n.º 345/2013, de 27 de novembro vai de encontro ao que se propôs e cumpre com o seu objetivo de "simplificar procedimentos e permitir às entidades formadoras um planeamento mais adequado e flexível dos cursos que pretendam ministrar, desde que sejam

salvaguardados critérios mínimos de adequação da formação ao exercício da atividade de mediador", como é referido da sua epígrafe.

2. A ERA DIGITAL E A FORMAÇÃO EM MEDIAÇÃO

[216] Apesar das ferramentas de ODR (Online Dispute Resolution) datarem o seu surgimento nos anos 90, com a expansão do comércio eletrónico, graças à globalização da internet e às relações contratuais virtuais, a sua utilização ficou ainda mais vincada quando começou a ser usada "para outros tipos de litígio, como partilhas de bens em divórcios e inventários em conflitos sucessórios." (Carolina Stange Azevedo Moulin, 2021, p.2).

[217] Um dos últimos momentos de crise vividos mundialmente, a pandemia ocasionada pela Covid-19, demonstrou que qualquer serviço público ou privado pode criar condições para prestar serviços não só de forma presencial, mas também de forma online.

[218] A mediação de conflitos evidenciou, igualmente, essa capacidade adaptativa e, também durante a pandemia, houve a necessidade de se utilizarem meios digitais para fazer face ao que se estava a passar, de modo a resolver os conflitos que surgiam. Assistiu-se, então, a um incremento da digitalização dos sistemas de mediação em todo o mundo.

[219] As alterações e inovações tecnológicas não alteraram a essência da mediação e, assim sendo, "as técnicas da mediação off-line também podem ser aplicadas nas resoluções dos conflitos on-line, pois não se alteram pelo uso da tecnologia" (Rosalina Moitta Pinto da Costa, 2021).

[220] A mediação levada a cabo por meios telemáticos em Portugal tem de respeitar os princípios estruturantes da mesma. O mediador deve assegurar que sejam cumpridos os princípios da voluntariedade, confidencialidade, igualdade e da imparcialidade, independência, competência e da responsabilidade e da executoriedade explanados na Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

[221] No entanto, também passará a ser da competência do mediador assegurar que as partes em litígio reúnam as condições necessárias para que se façam as sessões de mediação, tais como serem portadores de equipamentos tecnológicos adequados e com acesso à internet rápida e estável.

[222] Para além da formação necessária para se ser mediador, também será pertinente frequentar formações que permitam uma maior facilidade na utilização dos meios tecnológicos a aplicar, bem como ajudar qualquer das partes que esteja com alguma dificuldade no decorrer da mediação.

[223] Desse modo, creio que é imprescindível que, aquando da formação dos mediadores, sejam lecionados conteúdos que envolvam a digitalização na mediação, tais como uma formação que permita obter conhecimentos sobre uma plataforma

online de videoconferência e formação na área comportamental e leitura de sinais corporais, de modo que o mediador consiga perceber se a mediação está a ser realizada por ambas as partes sem qualquer problema.

[224] A realização de mediações online também pode ser uma forma de aumentar os números de casos que recorrem a este meio. Na minha opinião, o facto de ser possível a realização de uma mediação online pode permitir que as partes se libertem mais pois, dependendo dos casos, não há uma necessidade de estarem reunidos na mesma sala, facilitando o diálogo. Como indica Casey Lide, "[o] processo permitirá uma maior flexibilidade, soluções mais criativas e decisões mais rápidas" (Casey Lide, 1996, p. 219).

[225] O facto de se realizarem mediações de forma online pode permitir uma maior facilidade na resolução de conflitos transfronteiriços que surgem entre cidadãos de diferentes países ou diferentes Estados dentro de um país (Ruha Devanesan e Jeffrey Aresty, 2012, pp. 263-305). Pegando no exemplo da mediação familiar e nas palavras de Rosane Pinho, “no que tange à aplicação da mediação transfronteiriça, nos diplomas internacionais, podemos dizer que em 2012 foi elaborado um Guia das Boas Práticas em Mediação, nos termos da Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980” (Rosane do Socorro Couto Pinho, 2019, p. 90). Ora, seria uma boa forma de vincar a digitalização da mediação, se houvesse uma nova redação de um Guia de Boas Práticas, onde a mediação online fosse igualmente prevista e regulamentada.

[226] Isto é, com os meios tecnológicos atuais, existe uma maior aproximação global, pois também é uma forma mais rápida e económica para a resolução do litígio em questão. Para além de que também consegue oferecer uma maior flexibilidade na solução dos conflitos.

[227] Apesar de ser um meio mais fácil para a resolução de conflitos, não se pode descorar o facto de haver uma necessidade de adaptar também essa digitalização aos casos em que uma das partes ou ambas evidenciem necessidades especiais, nomeadamente dificuldades auditivas e/ou de visão.

[228] A digitalização da mediação deve ser um processo integrativo, isto é, deve ser utilizado por qualquer cidadão, independentemente da idade, profissão, etnia e condições de saúde.

[229] A mediação online também tem desvantagens ou perigos, tal como a garantia do cumprimento do princípio da confidencialidade. Estando os intervenientes da mediação de forma online, é necessário que haja uma forma de garantir que não existam terceiros não intervenientes na mediação, mas ocultamente presentes na sessão. Deve ser uma das funções do mediador garantir e zelar pela confidencialidade. Nunca se conseguirá garantir a total confidencialidade das sessões online, mas o que deve fazer o mediador é exortar as partes que estejam de boa fé, devendo garantir ambientes seguros e de confiança, bem como reforçar que, independentemente de poderem captar imagens sem autorização, essa informação não pode ser usada como prova num futuro e eventual processo judicial, por força do artigo 5.º da Lei da Mediação no caso português.

3. CONCLUSÕES

[230] Uma das funções do mediador é facilitar a comunicação das partes, devendo reger-se por um procedimento ativo, imparcial e neutro com respeito pelos princípios legais à qual está obrigado e vinculado.

[231] Depois da análise da Lei da Mediação portuguesa, é possível retirar algumas conclusões, nomeadamente, o facto de que existem algumas incongruências na lei, começando pelo princípio da competência e da responsabilidade do mediador, presente no artigo 8º, onde o legislador refere que o mediador "pode" frequentar ações de formação que lhe permita adquirir conhecimentos para o bom desempenho da atividade de mediação. Na minha opinião, o legislador não deveria permitir que a interpretação da norma, por parte do mediador, suscitasse dúvidas no que toca à obrigatoriedade de uma formação contínua, sendo essa a ideia que o vocábulo "pode" transmite. Para que o princípio da competência fosse inteiramente cumprido, deveria existir uma obrigatoriedade de formação contínua (defendendo esta ideia veja-se Cátia Marques Cebola, 2015, pp. 59-60).

[232] Ainda neste contexto, refere o artigo 26º, alínea h), da Lei da Mediação, que o mediador deve zelar pelo seu nível de formação e qualificação, porém essa norma deveria ser de caráter forçoso e não apenas um dever que o mediador pode ou não cumprir, sem que nada lhe aconteça. Dessa forma, não só deveria ser obrigatória a participação em formações como também deveria existir uma sanção para os mediadores que não cumprem esse dever.

[233] É de criticar o facto de a Lei n.º 29/2013, de 29 de junho não prever a formação contínua dos profissionais, não só porque seria uma mais-valia para os profissionais que iriam adquirir conhecimentos e técnicas, o que levaria à melhor resolução dos casos, mas sobretudo porque iria servir para credibilizar esse meio de resolução de litígios.

[234] No que toca à digitalização da mediação, esta deve continuar a reger-se pelos princípios tradicionais que a constituem. É certo que existem novas preocupações relativas a este ponto, tais como o cumprimento do princípio da confidencialidade.

[235] É de extrema importância que a formação dos profissionais passe por essa nova etapa, de modo que estes adquiram as ferramentas necessárias não só para obterem o resultado esperado e ajudar a quem recorre à mediação como também assegurar que a confiança existente entre o mediador e os mediados não seja colocada em causa devido à tecnologia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CEBOLA, CÁTIA MARQUES, "Regulamentar a Mediação: um olhar sobre a nova Lei de Mediação em Portugal", 2015, *Revista Brasileira de Direito*, 11(2), pág. 53-65.

COSTA, ROSALINA MOITTA PINTO DA, "Os Novos Paradigmas Da Mediação On-Line", *Revista de Direito Brasileira*, 2021.

MOULIN, CAROLINA STANGE AZEVEDO, "Métodos de resolução digital de controvérsias: estado da arte de suas aplicações e desafios", *Revista Direito* GV, v. 17 n. 1: jan.-abr. (38), 2021.

DEVANESAN, RUHA; ARESTY, JEFFREY. "ODR and Justice: an evaluation of online dispute resolution's interplay with traditional theories of justice." In: Abdel Wahab, Mohamed S.; Katsh, Ethan; Rainey, Daniel (ed.). Online dispute resolution: T*heory and Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, Eleven International Pub., 2012. p. 263-305.

LIDE, E. CASEY, "ADR and Cyberspace: The Role of Alternative Dispute Resolution in Online Commerce, Intellectual Property and Defamation", Vol. 12:1, OHIO STATE JOURNAL ON DISPUTE RESOLUTION. Pág. 219 (1996).

PINHO, ROSANE DO SOCORRO COUTO, Dissertação de Mestrado "A Mediação Familiar Transfronteiriça na Regulação das Responsabilidades Parentais", 2019, pág. 90

GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, "Curso de Resolução Alternativa de Litígios", Almedina, 2015

VEZZULLA, JUAN CARLOS, "Mediação: Teoria e Prática - Guia para Utilizadores e Profissionais", Ministério da Justiça - Direcção-Geral da Administração Extrajudicial, 2004.

INCREASED ACCESS MEANS DECREASED FORMALITY IN MEDIATION

Nicholas SCHMITT[17] & Samantha ADLER[18]

17 Community Mediation Services, Queens New York. nschmitt@mediatenyc.org

18 New York Peace Institute, New York New York. sadler@nypeace.org

RÉSUMÉ

L'un des plus grands avantages du « tournant numérique » en matière de médiation, vanté par beaucoup, est l'accès accru qu'il peut offrir aux utilisateurs de la médiation. Cet accès pourrait inclure une personne handicapée qui n'a pas besoin de se déplacer dans des endroits peu pratiques ou inaccessibles ou un parent seul occupé qui peut désormais faire de la médiation depuis son domicile. Il ne fait aucun doute que la médiation numérique peut permettre à davantage de personnes de participer. Avertissement : ce document ne traite pas des nombreux utilisateurs qui pourraient ne pas avoir accès à un accès Internet cohérent ou de haute qualité ou à un appareil leur permettant d'accéder à Internet. Même lorsque les utilisateurs disposent d'un tel accès, le « tournant numérique » de la médiation et cet accès accru entraînent certains effets secondaires négatifs ; l'une des principales est une diminution associée de la formalité – du moins dans les contextes non commerciaux. Une diminution du formalisme peut conduire à une diminution de l'engagement dans le processus, à une augmentation du langage incendiaire, à une augmentation des conflits au sein du groupe et hors groupe au cours de la session, à l'acceptation de résultats moins équitables par le côté avec moins de pouvoir et à une plus grande probabilité que les parties mettront fin au processus avec peu ou pas de préavis. Le professeur Delgado a été l'un des premiers auteurs à souligner que la médiation offre un processus moins formel, et donc potentiellement moins équitable, en particulier dans le cas de la médiation et de l'arbitrage en matière de divorce. La médiation en ligne a accru ces dangers. Certains, dont le professeur Ebner, ont écrit sur les dangers potentiels du processus de médiation numérique.

Cet article explorera ces dangers et certains moyens possibles pour les atténuer dans le monde numérique. Certains de ces moyens incluent des moyens d'accroître la confiance, d'établir des relations et de minimiser les malentendus et la malhonnêteté, afin de garantir qu'un accès accru ne se traduise pas par une diminution de la qualité de la médiation ou ne conduise pas à des résultats moins équitables pour les utilisateurs de la médiation dans le virage numérique.

MOTS-CLÉS

Médiation, Virage numérique, Race/Origine ethnique, Formalité, En ligne

ABSTRACT

One of the greatest advantages of the "digital turn" in mediation, touted by many, is the increased access it can provide to users of mediation. That access could include a person with a disability who need not travel to places that are inconvenient or inaccessible or a busy single parent who can now mediate from their homes. There is no question that digital mediation can allow more people to participate. A disclaimer: this paper does not discuss the many users who might not have access to consistent or high-quality internet access or a device that allows them to access the internet. Even where users have such access, there are some negative side effects to the "digital turn" in mediation and of this increased access; a main one is an associated decrease in formality—at least in non-commercial settings. Decreased formality can lead to

decreased engagement in the process, an increase in inflammatory language, an increase in in-group vs. out-group conflicts within the session, acceptance of less fair outcomes by the side with less power, and a greater likelihood that parties will end the process with little or no notice. Professor Delgado was one of the first writers to note that mediation provides a less formal, and therefore potentially less fair process, particularly in divorce mediation and arbitration. Taking mediation online has increased those dangers, some, including Professor Ebner, have written on the potential dangers of the digital mediation process.

This paper will explore those dangers and some possible means to attenuate them in the digital world. Some of those means include ways to increase trust, build rapport, and minimize misunderstandings and dishonesty, to ensure that increased access does not become a decrease in the quality of mediation or lead to less fair outcomes for users of mediation in the digital turn.

KEYWORDS

Mediation, Digital Turn, Race/Ethnicity, Formality, Online

1. INTRODUCTION. ADVANTAGES OF THE DIGITAL TURN IN MEDIATION

[236] One of the most significant advantages of the "digital turn" in mediation, is the increased access it provides to mediation users. A person with a disability need not travel to places that are inaccessible or difficult to reach in order to mediate a dispute. A busy single parent need not find childcare or use limited funds to pay for it. A worker with an inflexible schedule or alternative hours need not try to find time off work. People do not need to be in the same room or on the same continent in order to reach an agreement or have that important conversation.

1.1 POSSIBLE DANGERS OF MEDIATION, DIMINISHED FORMALITY AND WHERE IT CAN LEAD

[237] The authors of this work, each of whom works in the community mediation setting and runs mediation programs, have seen the positive impacts of this increased access across all types of cases, in disputes between community members, lower-level court cases with unrepresented parties, and even higher-level court cases with sophisticated parties and representation. However, there are potential negative consequences that lead to this increased access. One of these negative consequences is the decreased formality of the remote mediation space, whether synchronous using a video platform, or asynchronous via email, text, or chat platform.

[238] Mediation is already a more informal process than a court setting, which is part of the appeal and part of the use value of mediation. However, informality can lead to decreased engagement, decreased trust, decreased buy-in to the process, an increase of in-group versus out-group conflict, an increase in the use of inflammatory language, and potentially the acceptance of less fair outcomes by parties with less power. Professor Noam Ebner and others have written on these topics, always using the model of facilitative interest-based mediation as a lens through which they see these topics.

1.2 PROFESSOR DELGADO'S WARNINGS — INFORMALITY, DIMINISHED SAFEGUARDS, NO OVERSIGHT, AND LACK OF SHARED NORMS LEAD TO UNFAIR OUTCOMES

[239] Professor Richard Delgado has been writing about the potential dangers of the informal process in dispute resolution since 1985, particularly regarding civil rights cases. However, his concerns did not stop there and included concerns around many other types of mediation cases, for example, divorce and matrimonial cases. His fear was that the lack of formal processes and safeguards might help perpetuate racial or class prejudices; those who are already at a disadvantage due to structural racism and limited access to legal representation will be further disadvantaged and face diminished bargaining power in the informal mediation process. (DELGADO, 1985, p. 1360, 1361) Beyond that, Delgado argued one of the main pillars of and advantages of ADR is that it is confidential, and yet that confidentiality could also help perpetuate unjust outcomes against those groups of people since no one can review the process for fairness after the fact. Finally, Professor Delgado was concerned that private dispute resolution could lead to the erosion of public rights because the enforcement mechanisms and remedies

are not the same as those that can be provided by the courts. (DELGADO, 1985, pp. 1361 et seq.)

[240] Professor Delgado firmly believed that the formal procedures and safeguards enshrined in the court systems in the United States also helped to blunt racist or supremacist viewpoints that litigants who were not members of marginalized groups might hold. Many Americans, he argued, suffer from a moral dilemma where their personal beliefs butt up against publicly held beliefs of what "equality" and "justice for all" is. He argued that in informal mediation, Americans might revert to their personally held beliefs instead of publicly held beliefs of "equality". In the court system, this moral dilemma is resolved differently in different situations, which he called "situation specific factors". For example, some of those factors like the rigorous rules and requirements of appellate courts might exacerbate unequal treatment in the justice system, while taking an oath or the systematic way in which evidence must be presented and rebutted before a judge might lead to more equal treatment and to greater deterrence against prejudice and bias. (DELGADO, 1985, pp. 1369-1385; MAMO 2020, p. 4)

[241] Mediation, missing many of the balancing "situation specific factors", created potential peril and required that the parties have shared norms in order to have equality in the process. (DELGADO, 1985, p. 1388) However, for the parties to have shared norms, they must have shared experiences, shared values, and similar viewpoints. In a system where structural inequality has limited the ability of marginalized and non-marginalized groups to interact, how could they have these shared norms? Professor Delgado feared that whether or not they could, they did not. For all these reasons, he was hesitant and feared the privatization of the justice system through ADR. (DELGADO, 1985, pp. 1403-04)

[242] Professor Andrew MAMO has also written on the dangers or tensions of ADR, especially when attempting to use ADR to address racial and class disparity, within the courts or without. Professor MAMO argues that using the traditional, facilitative, interest-based approach to mediation, especially in redressing social injustice, is a bad fit (MAMO, 2020, p. 26). Applying this model could often confuse or incorrectly equate the rights of minorities and the interests of the majority, sometimes subordinating rights to interests (MAMO 2020, pp. 35-37). He makes an implicit suggestion for a potentially different approach to these types of disputes that we will address later in the paper (MAMO, 2020, pp. 44-49).

1.3 PROFESSOR DELGADO'S FEARS ARE PARTLY REALIZED

[243] To some extent, Professor Delgado's fears may have come to pass. Other writers have worried about outcomes for women in divorce mediation, especially in the context of mandatory divorce mediation, and some studies suggest that women might do objectively worse in mediation (in terms of total dollars) than in the court system—despite the fact that women are much happier with mediated outcomes. Additionally, studies in small claims courts in both New Mexico and Maine suggest that female and "minority" (defined in the studies as non-white) litigants did not do as well in small claims mediation as their counterparts who continued through the small claims process. (LaFREE & RACK 1994, 767-98; McEWAN & MAIMAN, 1981, pp. 237 et seq.) There are some shortcomings to these studies. These studies use money as the determining

factor of what was a "fair" or "unfair" outcome. Some could argue that using money to determine the fairness of an outcome is itself a default to the majority or a situation-specific factor that advantages white people.

[244] Non-monetary agreements can have other meaningful impacts that are worth more than money, rebuilding relationships or obtaining respect for instance. Take for example a case where a black plaintiff sues a white contractor for failure to perform work on his home. The white contractor may not want to reimburse the black man in money—this could be for money reasons or race reasons. However, that white contractor may agree to complete or redo the work to the plaintiff's satisfaction. If the black plaintiff had a case, he may have won money, but it's also possible that the black plaintiff takes the agreement to complete or redo the work as a sign of respect when he had previously believed the contractor had disrespected him. The studies fail to incorporate the worth of those agreements.

[245] However, if Professor Delgado's beliefs are supported, has taking mediation online made those dangers even more likely or pervasive? If so, does the apparent similarity to in-person mediation hide those dangers from mediators and others? Or, in other words, are there situation specific factors that we are missing? If so, what do we do about it? A final question worth thinking about: does increased access lead to decreased formality? Or, is there some other variable potentially at play?

2. DOES ONLINE MEDIATION EXACERBATE PROFESSOR DELGADO'S CONCERNS? FURTHER DIMINISHED TRUST, REDUCED SOCIAL NORMS, INCREASED POLARIZATION

[246] Often called the "love hormone," Oxytocin is a key component in social bonding. Neurological studies have shown that people communicating through a computer, even when on video, produce less oxytocin than when communicating in person. Follow-up studies have shown that people are slower to trust when they have only met or worked together via phone, chat, email, and even video. That trust is also more fragile, and easier to break no matter how long those people work together. (XU. CENFETELLI & AQUINO 2012, pp. 340-350)

[247] Additionally, studies have shown that the more removed people are from communicating face-to-face, the more likely they are to deceive others for their own gain. If using face-to-face communication as the control group, people selling stocks via video were more likely to lie about the performance of a stock, those selling via phone were even more willing to deceive, and those selling via text or chat were most willing of all to deceive. When confronted with deceit, people who were deceived were just as upset as those who were deceived in person. (GRONDIN & LOMANOWSKA 2019)

[248] Moreover, in a study conducted about effective bargaining strategies on Craigslist, "nice" words were much less effective, as was using "win-win" strategies, than was the use of hard bargaining or aggressive tactics. (JEONG & MINSON ET AL., 2019)

[249] When combining the lowered social bonding ability, the fragility or lack of trust, the greater likelihood of deception and the increased need for hard bargaining tactics, in situations where people are very unlikely to trust each other to begin with, such as in a mediation, it leads to significant challenges. Parties may be more likely to make more rigid demands, use inflammatory language, be less willing to make concessions and be more willing to abruptly end sessions. In addition to these potential challenges, the possibility that members of marginalized groups will accept less fair outcomes is present.

3. WHAT OUR EXPERIENCE HAS SHOWN US ABOUT THE DIGITAL TURN IN MEDIATION; THE DANGERS CAN BE REAL

[250] Since the pandemic, the turn toward remote and digital mediation has been in superdrive. The organizations that the co-authors work for have been performing solely remote mediation for nearly three years via video platforms, texting platforms, and telephone calls. Between the two of us, we have administered, debriefed, mediated, and coordinated, hundreds of cases in those three years. Here is some of what we have seen in that time:

- Parties logging on from the car while driving,
- a party logging on from their job as a toll booth operator while working their shift,
- a party doing grocery shopping or washing their dishes,
- a party logging on while not wearing a shirt, in a sheer nightgown, or while lying in bed.

[251] We have seen a decrease in the parties' willingness to hear each other or accept the other party's reality. We have seen parties end the session without warning, click off their video, hang up without notice, and refuse to respond to emails or chats. We have seen a small increase in anchored positions and anchored offers as "take or leave it" or "take it or drop dead" as expressed by one participant.

[252] What we have seen has not yet impacted settlement rates among parties in New York State. This may be a reflection of additional work and preparation pre-mediation we have done, work that did not need to be done before the acceleration of the digital turn in mediation, but it could also be a reflection of Professor Delgado's fear: that people are accepting outcomes that are less fair.

[253] Without more research, it is impossible to know if the differences we see are causing different outcomes than in-person mediation, but it is a worry that is worthy of further consideration. An additional caveat, any further research would have to take into consideration cultural differences and the extent to which those are acknowledged in the mediation setting or exploited to support the dominant ideology.

[254] Also, whether remote mediation is the sole variable leading to these developments needs to be further researched, as the pandemic mixed with the rush to move mediation online, has created other variables that could be causing these developments, including shared and individual trauma from the pandemic that has had a lasting impact on people, and that our governments have failed to help process, treat or alleviate.

4. WHAT CAN MEDIATORS DO TO MINIMIZE OR PREVENT THESE DAMAGES? SOME RECOMMENDATIONS FOR FUTURE PRACTICE

[255] From Delgado's work, it seems that some of the best ways to prevent added prejudice would be to only mediate cases among members of the same groups, or where that isn't possible, to ensure that the mediator is a member of the "out-group". In one of the studies cited above, when the mediator was a member of a minority, the disparity between mediated agreements and court decisions disappeared. (LaFREE & RACK 1994, 778) Given that the disparities disappear it would make sense to put such rules in place, but making such rules work is onerous, and raises potential equity and fairness concerns. To some extent implementing these rules stands against the spirit of mediation.

[260] However, we do have some practical suggestions for mediators working online:

- If mediating via text, the mediator should incorporate a phone or video call early into their pre-mediation process to help build rapport and trust between the participants.

- The mediator should work with parties before the session to encourage being timely, appearing in a private distraction-free space, and installing and using blurred backgrounds (false backgrounds seem to have a distracting and flat effect, an effect that blurred backgrounds are less likely to create). This change can help the parties stay engaged, which means a greater ability to use reason, and prevent the other participant or the mediator from making judgments–predisposed or otherwise about the other participant.

- The mediator should become an expert in whatever platform they use, in order to assist in troubleshooting, but also to be willing and able to use the platform as a scapegoat. Being able to proactively problem-solve technology with a participant can prevent or blunt any judgments from the more technology-savvy participant.

- As mediators, we must become aware of our own biases and prejudices. This will make us less blind to the bias and prejudices of others and more able to determine if the mediation, or our actions in the mediation, are adding to an imbalance of power or unfair outcomes.

- Finally, we should uphold empathy, and focus on the encounter, with less focus on resolution. Focusing on the dialogue and the encounter, and approaching both parties with empathy, can do more to help diminish the possibility of unfair outcomes than any other thing we can do as mediators. Or, in other words, we should be

more transformational in our approach to online mediating (the solution that Professor MAMO recommends).

[261] More recently, Professor Delgado has written that given the erosion of trust and protections in the legal system, at least in the United States, ADR might be less dangerous than it once was. This is not an endorsement of the field, in his view, but rather a denouncement of the legal field as it currently stands in the U.S. (DELGADO 2017 635–636).

[262] Our intent is not to propose that mediation or remote mediation are not useful tools for the resolution of disputes or the holding of space for dialogue. Rather, our intention is to point out pre-existing weaknesses in the structure of mediation that can be exacerbated by the digital turn and to begin a conversation about what needs to happen next.

[263] As we look towards a more extreme digital future where there is potential for a mediation to be hosted by an AI mediator, even more questions are raised. If we cannot adequately protect against these dangers now, how can a machine, programmed with all the data available to it—much of it from or supporting the dominant ideology—ever hope to help protect against these dangers? Do we want to move towards a more digital-heavy mediation future or away from it? What would a more hybrid approach look like?

[264] Our final recommendation comes from Hannah Arendt's famous work, *The Human Condition*, and that is "to think what we do." As this field, like so many others, enters a new digital age, there is room to evolve in a positive way to meet the needs of all people, but we must be thoughtful mediators and give careful consideration to our process at each next phase of the mediation digital era.

BIBLIOGRAPHY

ARENDT, H., "The Human Condition", 1958 p. 25.

DELGADO, R., "The Unbearable Lightness of Alternative Dispute Resolution: Critical Thoughts on Fairness and Formality", 2017, 70 *S.M.U. L. REV*. pp. 611, 635–636

DELGADO, R. et al., "Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution", 1985 *WISC. L. REV*. pp. 1359-1401.

EBNER, N. and ZELEZNIKOW J. "Fairness, Trust and Security in Online Dispute Resolution", 2015 *Hamline University's School of Law's Journal of Public Law and Policy*: Vol. 36: Iss. 2, Article 6. Available at: http://digitalcommons.hamline.edu/jplp/vol36/iss2/6

EBNER, N. "ODR and Interpersonal Trust, in Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution", 2012.

GRONDIN, F., & LOMANOWSKA, A. M., JACKSON, P. L. “Empathy in Computer-Mediated Interactions: A Conceptual Framework for Research and Clinical Practice”, *Clinical Psychology: Science and Practice*. e12298 https://doi.org/10.1111/cpsp.12298

HOHENSTEIN, J., MALTE JUNG, M. “AI as a moral crumple zone: The effects of AI-mediated communication on attribution and trust”, *Computers in Human Behavior*, 2020, 106: 106190 DOI: 10.1016/j.chb.2019.106190

JEONG, M., MINSON, J., YEOMANS, M., GINO, F. “Communicating with Warmth in Distributive Negotiations Is Surprisingly Counterproductive”, *Management Science*, Volume 65, Issue 12

LAFREE, G., RACK, C. “Effects of Participants' Ethnicity and Gender on Monetary Outcomes in Mediated and Adjudicated Civil Cases,” 1994 *Law & Society*, Vol. 30, No. 4, 767-98.

MAMO, A., Against Resolution: Dialogue, Demonstration, and Dispute Resolution (August 9, 2020). *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Forthcoming, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3634908 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3634908

McEWAN C. & MAIMAN R., “Small Claims Mediation in Maine, An Empirical Assessment”, *Maine Law Review* 1981, pp. 237 et seq

MORGAN, N., “Can You Hear Me? How To Connect With People In a Virtual World”, 2018 *Harvard Business Review Press*

XU, D.J., CENFETELLI, R.T. & AQUINO, K. “The Influence of Media Cue Multiplicity on Deceivers and Those Who Are Deceived”, 2012*J Bus Ethics* 106, 337–352

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y MEDIACIÓN

Fabio Daniel STRAINI[19]

19 Abogado (Universidad Nacional de Córdoba) – mediador (matrícula otorgada por el Ministerio de Justicia de la Provincia de Córdoba, Argentina) - magíster en Derecho Internacional Público (Universidad Nacional de Córdoba).

RÉSUMÉ

L'objectif de cet article est d'exposer les problèmes qui découlent de l'utilisation des nouvelles technologies dans le domaine de la médiation, dans le but de susciter des débats sur les conditions de leur utilisation. La présentation est divisée en deux parties, dans la première, nous passons en revue les notes caractéristiques, les avantages et les inconvénients de ces technologies, en examinant également les défis posés par leur mise en œuvre, tandis que, dans la seconde ; Nous approfondissons l'analyse de quelques points critiques concernant son utilisation dans le domaine de la médiation. Compte tenu de l'ampleur du traitement des questions liées aux différents outils technologiques, nous nous sommes concentrés sur l'intelligence artificielle, estimant qu'elle mérite un traitement urgent, compte tenu des conséquences qui peuvent découler de son utilisation.

MOTS-CLÉS

Algorithme, Émergence, Éthique, Paradoxe, Challenge, Soft-law

RESUMEN

La intención de este trabajo, consiste en exponer las problemáticas que derivan del uso de las nuevas tecnologías en el campo de la mediación, con la finalidad de generar debates sobre las condiciones de su utilización. La ponencia se divide en dos partes, en la primera, pasamos revista sobre las notas características, ventajas y desventajas respecto de estas tecnologías, examinando, además, los desafíos que plantea su implementación, mientras que, en la segunda; nos adentramos en el análisis de algunos puntos críticos en cuanto a su utilización en el ámbito de la mediación. En atención a la amplitud que implica el abordaje de temáticas que se vinculan con las distintas herramientas tecnológicas, hemos puesto el foco en la inteligencia artificial, en la creencia de que amerita un tratamiento urgente, dadas las consecuencias que de su uso pueden derivar.

PALABRAS CLAVE

Algoritmo, Irrupción, Ética, Paradoja, Desafío, Soft-law

[265] La pregunta disparadora es la siguiente: *¿Qué lugar ocupa la mediación ante el cambio digital?*, y para su tratamiento nos centraremos en la inteligencia artificial[20] (IA), por considerar que representa uno de los mayores desafíos tecnológicos en la actualidad, y que se extiende, por ende, a la mediación.

[266] En lo que sigue, hacemos un breve repaso de sus principales características, para luego plantear algunos desafíos que pueden surgir de su aplicación.

NOTAS CARACTERÍSTICAS, VENTAJAS Y DESVENTAJAS

[267] Creemos conveniente resaltar algunas implicancias de la IA en su aplicación a la resolución de conflictos.

[268] En una controversia tradicional intervienen tres (3) partes, los litigantes y el juez o árbitro, si esta es de naturaleza adversarial, o entre estos directamente con la asistencia del mediador, para los supuestos de disputas canalizadas mediante procedimientos no adversariales.

[269] Con la irrupción de la IA, se agrega una nueva parte, la tecnología, cuyo objetivo debería ser ayudar al mediador a mejorar su eficiencia. En ese sentido, ya existen recomendaciones para el uso de la IA en conflictos, brindadas por organizaciones que trabajan en la temática, por ejemplo, el "Consorcio Internacional para la Resolución de Conflictos en Línea[21]".

[270] El mecanismo de funcionamiento de la IA es el uso constante de datos y algoritmos para responder a los cambios y aprender de la experiencia, y cuando este sistema se aplica a la mediación, nos encontramos con ventajas y desventajas, que debemos examinar cuidadosamente.

[271] En cuanto a sus ventajas. Tenemos que en virtud de la gran masa de datos e información que procesa, la IA es capaz de brindar sugerencias a los mediadores, diagnosticar o predecir distintos escenarios futuros sobre la marcha de un conflicto, interpretar información, realizar evaluaciones, entre otras actividades, las cuales son muy difíciles que puedan ser llevadas a cabo por humanos en tiempo real.

[272] En lo que respecta a sus desventajas, podemos citar las siguientes. Nos encontramos frente a un poder desbalanceado, porque aquellos que manejan los datos y las máquinas, evidentemente están en mejores condiciones que el simple ciudadano, que carece al momento de tomar una decisión de todo ese flujo informativo. No tenemos certeza sobre la existencia de un control estricto respecto de la calidad de los datos que procesa la IA. Con la utilización de estas tecnologías, se pierde la inmediatez

20 En adelante, la denominaremos: IA.

21 https://icodr.org

entre las partes, uno de los principios angulares de la mediación[22], adentrándonos de esta manera, a un proceso de carácter impersonal y distante.

DESAFÍOS

[273] Enumeradas, aunque de un modo no exhaustivo, las ventajas y desventajas que conlleva el uso de la IA en los procesos de mediación, se nos abre la puerta a una serie de nuevos desafíos que tendremos que atender, y a la mayor brevedad, ya que el ritmo de los avances tecnológicos es tan acelerado, que corremos el riesgo de que nuestros protocolos de trabajo queden desactualizados de manera temprana.

[274] Si bien excede el marco de esta presentación hacer una enumeración minuciosa de los desafíos que pueden surgir en un procedimiento gestionado mediante un sistema de IA, creemos haber identificado algunos de ellos, a saber.

[275] Confidencialidad de la información. Nos preguntamos: ¿quién garantiza la confidencialidad de los datos que utilizan los soportes de IA?

[276] No tenemos una respuesta clara a este problema, es un campo fértil de estudio en el futuro, fundamentalmente para las agencias gubernamentales.

[277] Veracidad de los datos. Otro aspecto, consiste en la validación de la información que es subida a los programas de IA, creemos, al igual que lo expresado respecto de la confidencialidad, que se deberán elaborar protocolos en tal sentido, con estricto control estatal.

[278] Protección del sistema. Constituyen una problemática constante los jaqueos a las plataformas que contienen información sensible de usuarios, imaginemos por un instante lo que sucedería si se filtraran datos sobre controversias administradas por sistemas de IA, cómo afectaría ello la confianza en la privacidad del proceso, que es uno de los pilares de la mediación.

[279] Definición de los ámbitos de utilización. En orden a las complejidades enumeradas precedentemente, se tendrá que determinar la clase de controversias que pueden ser sometidas a las plataformas que utilicen IA, y cuáles se deberán excluir.

[280] Control de calidad. En los procesos tramitados con formato presencial, los centros de mediación llevan estadísticas de los resultados obtenidos, como del desempeño de los mediadores que han intervenido, frente a ello, nos preguntamos: *¿está previsto un control de resultados en los sistemas de resolución de conflictos administrados por IA?*, y de ser así *¿quién debería ejercer el mismo, los humanos, o la propia IA?*

[281] Determinación de los roles profesionales. Por último, nos vemos en la obligación de formularnos otra pregunta: *¿Qué rol debe cumplir el mediador cuando el*

22 En efecto, el proceso de mediación no tiene como único objetivo el logro de un acuerdo. En el mismo orden de importancia podemos considerar como meta el restablecimiento de la comunicación directa y constructiva entre las partes, que se hace posible durante el transcurso de las reuniones conjuntas que convoque el mediador, quien aplicará las técnicas necesarias para lograrlo (Barmat – Rivero, 2001).

proceso es llevado adelante por una IA?, *¿queda relegado a ser un simple auxiliar administrativo?*, *¿podemos sostener que está ejerciendo la mediación en los términos en que la concebimos actualmente, o no?*, seguramente habrá más interrogantes en este sentido, en todo caso, será parte de nuestras acciones futuras dar respuestas a estas, y a otras preguntas que nos plantea la irrupción de esta tecnología.

PUNTOS CRÍTICOS

[282] Tal como lo adelantamos en el encabezamiento, uno de los objetivos de este trabajo, es el análisis de aquellos puntos críticos que nos plantea la utilización de la IA en los procesos de mediación. En ese orden, exponemos a continuación algunos de ellos, que hemos identificado, a saber:

DISEÑO DE ALGORITMOS. UN PROBLEMA QUE TRAE APAREJADO LA UTILIZACIÓN DE LA IA EN LOS PROCESOS DE MEDIACIÓN

[283] La IA funciona sobre la base de algoritmos que son diseñados y cargados con información a través de sofisticados sistemas informáticos.

[284] No tiene el mismo efecto práctico la utilización de plataformas de IA cuyos diseños hayan sido concebidos en sistemas culturales distintos al de los usuarios, desarrollados en entornos poco neutrales, o con sesgos ideológicos que en alguna medida alteren la neutralidad. Existen una gran variedad de temas que pueden resultar permeables a una solapada inoculación de prejuicios en ese sentido, pensemos, por ejemplo, en conflictos referidos al género, ideas políticas, creencias religiosas, diversidad de orientaciones sexuales, etc.

[285] Tenemos el desafío de evitar que, a través de los datos e información vertidos en la IA para su funcionamiento, se repliquen transferencias ideológicas con contenidos socialmente inaceptables sobre determinados temas.

[286] Estamos convencidos de que esta problemática constituye un campo fértil para trabajar en lo inmediato.

CRISIS DE LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS DEL PROCESO DE MEDIACIÓN

[287] Los principios y garantías del proceso de mediación han sido puestos en crisis, tanto con la irrupción de la IA como de otras tecnologías, por ejemplo, el uso de entornos virtuales para la celebración de audiencias *(Zoom, Meet, Whatsapp,* etc.*)*, se potenció de una manera exponencial en un lapso de tiempo muy breve, a raíz de la pandemia de Covid-19, que alteró sustancialmente nuestro modo de vida en los años 2020 y 2021, produciendo cambios conductuales que sobrevivieron en nuestras sociedades más allá de haber sido superada la crisis sanitaria, lo que se denomina como *“nueva normalidad”*.

[288] Si pasamos revista a cada uno de ellos[23], observamos que todos de alguna u otra forma han sido conmovidos con el uso de estas nuevas tecnologías.

[289] Analizando en profundidad, vemos que la comunicación directa entre las partes literalmente no existe cuando el proceso está canalizado mediante una plataforma de IA, y, en otros supuestos, como por ejemplo, las audiencias celebradas en salas virtuales como *Zoom, Meet*, etc., está mucho más limitada. La confidencialidad de las actuaciones en estos entornos no está garantizada, ya aludimos a las posibles filtraciones de información, y a la falta de control en ese aspecto.

[290] La neutralidad es propia de los seres humanos, no de las máquinas, que operan sobre la base de programas que le son impuestos, situación que nos obliga a controlar la carga la información en ellas, con el objeto de evitar la posible inoculación de ideologías susceptibles de condicionar la pureza del proceso.

[291] En lo referente al consentimiento informado, y a la satisfactoria composición de intereses, es difícil que tengan lugar cuando el proceso es instrumentado a través de una IA, ya que para acceder al uso de la misma, el usuario se somete a una especie de contrato de adhesión[24], por lo que no está en condiciones de negociar ningún aspecto de su participación, sus opciones quedan, por ende, acotadas a consentir la imposición de dicho mecanismo, o rechazarlo, configurándose así un estado de debilidad que no puede ser balanceado de otra forma.

HONORARIOS PROFESIONALES Y COSTOS

[292] Un tema no menor, es el impacto en el costo del proceso que implica el uso de una plataforma de IA. La cuestión se puede enfocar desde distintas perspectivas. Ubicándonos en el lugar de los usuarios, surgen preguntas: *¿el uso de la IA, vuelve más caro o más barato el servicio?* Desde el punto de vista del proveedor del servicio, que puede ser un centro de mediación judicial, un centro público no judicial, o un centro privado, surge el mismo planteamiento , esto es: *¿se tiene que pagar, además de los gastos corrientes, un costo adicional para contar con dicha tecnología, o el mismo se traslada al usuario?*

[293] Poniéndonos en la posición de los mediadores, es válido preguntarse si esta situación afecta en alguna medida la integridad de los honorarios profesionales.

[294] No debemos perder de vista que, al igual que el ejercicio de cualquier otra profesión, el mediador necesita percibir un honorario digno que además de garantizar el sustento económico, sea suficiente para cubrir los gastos que requiere el desempeño de la actividad, las capacitaciones para mantenerse actualizado, etc. Nos preguntamos, en un proceso asistido por una IA *¿Qué sucede con el honorario del mediador?, ¿se percibe íntegramente, sin alteraciones?, ¿se comparte con el propietario de la plataforma digital?*, por solo citar algunos ejemplos.

23 Neutralidad, confidencialidad de actuaciones, comunicación directa de las partes, satisfactoria composición de intereses; y consentimiento informado.

24 Si bien la definición de este tipo de contratos varía según el régimen legal de cada país; en términos generales se define como aquel contrato redactado por una sola de las partes, mientras que la otra, se limita a aceptarlo o rechazarlo, en su integridad.

[295] Como dijimos al principio de este apartado, no es una cuestión menor, y deberá ser analizada con mucho cuidado. No tenemos una respuesta clara a este problema, pero el hecho de concebir algunas preguntas, nos permite vislumbrar un escenario inquietante en un futuro que no es lejano.

ESCASA FUERZA LEGISLATIVA

[296] Al decir escasa fuerza legislativa, queremos significar que no existen, en general, en el ámbito interno de los países, leyes concretas que regulen el uso de la inteligencia artificial en sus distintas aplicaciones. Esta realidad, no puede ser suplida por el desarrollo de protocolos que puedan ser utilizados a modo referencial, que, si bien constituyen esfuerzos valiosos para generar algún tipo de regulación, los mismos no son de aplicación obligatoria[25].

[297] Se suele afirmar en materia jurídica que el derecho va siempre detrás de los hechos, y en el caso de la IA, tratándose de un fenómeno nuevo, los dispositivos legales seguramente se irán estableciendo a medida que el uso de esta herramienta se vaya generalizando[26]. Mientras tanto, existe toda una tarea por delante en lo que hace al diseño de proyectos legislativos sobre el tema.

INSUFICIENTE PRÁCTICA PROFESIONAL

[298] Otro aspecto a considerar, es la escasa práctica que los mediadores tenemos respecto del uso de dispositivos como la IA, es más, podemos decir que, salvo casos excepcionales, a la gran mayoría le es un tema completamente ajeno, por el momento.

[299] La utilización en materia de resolución de conflictos de esta herramienta no alcanzó todavía un gran nivel de masividad, por lo tanto, nuestros estudios y aproximaciones al tema son más especulativos que prácticos, situación que torna provisionales las conclusiones que podamos aportar.

PLURALIDAD DE PROTOCOLOS. ANÁLISIS

[300] Pasamos revista en lo que sigue, a distintos esfuerzos llevados a cabo con la intención de establecer ordenamientos para un uso ético de la IA, por parte de diversas organizaciones, y nuestra opinión sobre algunos aspectos de los mismos:

25 Los protocolos en cuestión, constituyen recomendaciones emanadas de organizaciones internacionales o instituciones académicas, algunos de los cuáles analizaremos *"ut-infra"*, por lo que no revisten el carácter de obligatorios, constituyendo lo que en el derecho internacional se denomina *"Soft-Law"*. No vamos a extendernos sobre las distintas definiciones que se le asignan a esta frase, ya que hay muchas, y no es el objetivo del presente un análisis pormenorizado del mismo, simplemente, acudiremos a dos de ellas para graficar adecuadamente lo que se pretende significar:

A).- Para el Diccionario panhispánico del español jurídico de la RAE (Real Academia Española), soft law es en el ámbito del derecho internacional privado: "Conjunto de normas o regla- mentaciones no vigentes que pueden ser consideradas por los operadores jurídicos en materias de carácter preferentemente dispositivo y que incluye recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, principios, etc. Influyen asimismo en el desarrollo legislativo y pueden ser utilizadas como referentes específicos en la actuaciones judicial o arbitral". En el derecho internacional público: "Actos jurídicos que sin tener fuerza vinculante obligatoria contienen las pautas inspiradoras de una futura regulación de una materia, abriendo paso a un posterior proceso de formación normativa".

B).- A su vez, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), lo define como "Cooperación basada en instrumentos que no son legalmente vinculantes, o cuya fuerza vinculante es algo más débil que la del derecho tradicional, como códigos de conducta, directrices, hojas de ruta, revisiones de pares".

26 Sin perjuicio de la normativa específica que cada Estado pueda establecer en el ámbito de su derecho interno, en materia de derecho internacional público, para asignarle carácter obligatorio a un dispositivo legal se requiere la celebración de un tratado, el cual resultaría aplicable para aquellas partes que lo ratifican *(art. 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)*.

[301] Una referencia, en términos generales[27], es el Acuerdo Mundial sobre la Ética de la Inteligencia Artificial[28] suscripto por los Estados miembros de la UNESCO en el mes de noviembre del año 2021, y todo el trabajo que sobre este tema viene llevando a cabo la "Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (COMEST)", como parte del referido organismo.

[302] Si bien este acuerdo tiene un espectro de temas muy amplio, y constituye, por ende, una guía que puede ser tomada en su integridad[29], rescatamos algunas secciones que pueden ser vinculadas de forma directa a los procesos de mediación.

[304] En ese orden, la parte III del protocolo está dedicada a los valores y principios que deben orientar el uso de la IA. En lo concerniente a los valores[30], observamos referencias concretas a la protección y promoción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana[31]; garantizando, además, la diversidad y la inclusión[32].

[305] En lo que respecta a los principios[33], tenemos dedicatorias especiales a temas como la seguridad y protección de los datos[34], equidad y no discriminación[35], derecho a la intimidad y protección de datos[36], supervisión y decisión humanas[37], responsabilidad y rendición de cuentas[38], entre otros aspectos sobre los cuáles no nos extenderemos

---

27 Es decir, que excede el marco estricto de la mediación, destinada a tratar las implicancias del uso de la IA en los distintos ámbitos.

28 https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455_spa

29 Fundamentalmente, porque todo su contenido puede ser aprovechado por los diferentes estamentos involucrados en la resolución de un conflicto *(mediadores, autoridades de centros de mediación, poder judicial, diseñadores de políticas públicas, etc)*.

30 Mira la sección Notas características, ventajas y desventajas

31 Apartado 16: "…Los derechos humanos y las libertades fundamentales han de ser respetados, protegidos y promovidos a lo largo del ciclo de vida de los sistemas de IA (…). Es necesario que las nuevas tecnologías proporcionen nuevos medios para promover, defender y ejercer los derechos humanos, y no para vulnerarlos…".

32 Apartado 19: "…La diversidad de las elecciones de estilo de vida, creencias, opiniones, expresiones o experiencias personales, incluida la utilización opcional de sistemas de IA y la concepción conjunta de estas arquitecturas, no debería restringirse durante ninguna etapa del ciclo de vida de dichos sistemas…".

33 Mira la sección Punto

34 Apartado 27: "…La seguridad y protección de la IA se propiciarán mediante el desarrollo de marcos de acceso a los datos que sean sostenibles, respeten la privacidad y fomenten un mejor entrenamiento y validación de los modelos de IA que utilicen datos de calidad…".

35 Apartado 28: "…Los Estados Miembros deberían esforzarse por promover un acceso inclusivo para todos, incluidas las comunidades locales, a sistemas de IA con contenidos y servicios adaptados al contexto local, y respetando el multilingüismo y la diversidad cultural…". Apartado 29: "…Los actores de la IA deberían hacer todo lo razonablemente posible por reducir al mínimo y evitar reforzar o perpetuar aplicaciones y resultados discriminatorios o sesgados a lo largo del ciclo de vida de los sistemas de IA, a fin de garantizar la equidad de dichos sistemas…".

36 Apartado 32: "…La privacidad, que constituye un derecho esencial para la protección de la dignidad, la autonomía y la capacidad de actuar de los seres humanos, debe ser respetada, protegida y promovida a lo largo del ciclo de vida de los sistemas de IA. Es importante que los datos para los sistemas de IA se recopilen, utilicen, compartan, archiven y supriman de forma coherente con el derecho internacional y acorde con los valores y principios enunciados en la presente Recomendación, respetando al mismo tiempo los marcos jurídicos nacionales, regionales e internacionales pertinentes…".

37 Apartado 35: "…Los Estados Miembros deberían velar por que siempre sea posible atribuir la responsabilidad ética y jurídica, en cualquier etapa del ciclo de vida de los sistemas de IA, así como en los casos de recurso relacionados con sistemas de IA, a personas físicas o a entidades jurídicas existentes. La supervisión humana se refiere, por tanto, no solo a la supervisión humana individual, sino también a la supervisión pública inclusiva, según corresponda…".

38 Apartado 43: "…Debería elaborarse mecanismos adecuados de supervisión, evaluación de impacto, auditoría y diligencia debida, incluso en lo que se refiere a la protección de los denunciantes de irregularidades, para garantizar la rendición de cuentas respecto de los sistemas de IA y de su impacto a lo largo de su ciclo de vida…".

en atención a la brevedad expositiva, resultando los mencionados precedentemente, lo suficientemente ilustrativos al respecto.

[306] Otro antecedente, específico en relación al tema en estudio; constituyen los aportes del "Consorcio Internacional para la Resolución de los Conflictos en Línea (ICODR)", creado en París, en el año 2017, por los miembros del Centro Internacional de Tecnología y Resolución de Disputas (NCTDR, por sus siglas en inglés), de la Universidad de Massachusetts, Estados Unidos.

[307] En efecto, dicha organización redactó un documento[39], titulado: "Normas de Resolución de Disputas en Línea (Estándares de ODR)", en el que se proponen determinados mecanismos para asegurar la calidad del proceso de mediación. Se hace referencia, específicamente, a cuestiones tales como: 1. accesibilidad; 2. responsabilidad; competencia o experiencia profesional; 4. confidencialidad; 5. igualdad de trato; 6. imparcialidad; 7. legalidad; 8. seguridad; y 9. transparencia.

[308] Un dato interesante que surge del protocolo en comentario, es que tiene previsto en el punto 2, referido a responsabilidad de los sistemas de ODR, la supervisión humana sobre las siguientes actividades, que transcribimos de manera literal: "…i) la trazabilidad de la originalidad de los documentos y del camino hacia el resultado cuando se emplea inteligencia artificial, ii) la determinación del control relativo otorgado a las estrategias de toma de decisiones humanas y artificiales; iii) los resultados y iv) el proceso de garantizar la disponibilidad de los resultados para las partes…".

[309] Desde nuestra perspectiva, y sin dejar de valorar la iniciativa, creemos que es muy difícil que las partes involucradas en un conflicto, y que deciden someterse a un proceso de mediación a través de una plataforma de IA, puedan tener efectivamente control o conocimiento respecto de la calidad del servicio, o sobre el cumplimiento por los operadores del sistema, de todos los recaudos enumerados precedentemente. Esa dificultad se traduce en una debilidad para el usuario, la que se agrava en caso de existir asimetrías económicas entre los actores de la controversia. Imaginemos, para graficar adecuadamente lo que estamos expresando, un reclamo efectuado por un simple consumidor dirigido a una empresa multinacional, canalizado a través de una IA, ante lo cual nos preguntamos: *¿existiría un balance entre las partes?, ¿tendría la posibilidad el usuario de controlar la calidad del servicio, y de sus operadores?, ¿se cumplirían los principios y garantías de un proceso de mediación?*, y la respuesta, a nuestro entender, claramente es NO.

[310] Cabe agregar, que existen protocolos emanados de diversas instituciones, pero el estudio de los mismos excede el marco del presente trabajo, y los límites impuestos en cuanto a la extensión del mismo. Sin perjuicio de ello, con lo analizado precedentemente, creemos haber exteriorizado los principales puntos de discusión sobre el tema.

39 https://odr.info/wp-content/uploads/2022/05/NCTDR_and_ICODR_ODR_Standards_2022.pdf

CONCLUSIONES

[311] Para finalizar, brindamos nuestras conclusiones, tan provisorias como el tema en estudio, que muta de manera constante, dificultando catalogar la naturaleza de esta nueva realidad, es decir, discernir si el aporte de la IA constituye una evolución o un peligro, o ambos a la vez.

[312] Una primera idea que surge es lo relacionado a los límites, esto es: *¿cuál sería la frontera de la intervención humana en un proceso de mediación asistido por una IA?*, ante lo cual aparece un abanico de posibles opciones, dependiendo del marco teórico donde estemos situados.

[313] En nuestra opinión, los protocolos citados precedentemente, nos brindan una orientación respecto del rol de los humanos en un proceso de esas características; que, si bien constituyen esquemas básicos, pueden servir como punto de partida para futuros desarrollos.

[314] Otra derivación, es evitar que se produzca una paradoja, que tendría lugar en el caso de que los problemas que se generen como consecuencia de la aplicación de la IA, sean resueltos por la propia IA, pasando los humanos en ese caso, a ser meros espectadores de un proceso ajeno, en el cual se limita nuestra capacidad para intervenir en la construcción de la realidad, configurándose así un escenario que la industria del cine ya anticipó en numerables ocasiones[40], sin pretender con esta referencia cinematográfica ser tildado de apocalíptico[41].

[315] Creemos, en definitiva, que toda la problemática que genera la irrupción de la IA en los procesos de resolución de conflictos, con especial énfasis en la mediación, que es el tema que nos ocupa, está atravesada por una dimensión ética que no podemos ignorar. Cuestiones como, los límites de la intervención humana, controles de calidad, garantías del proceso, entre otras, se reducen a problemas éticos y morales que debemos atender, y en un corto lapso de tiempo, en atención a la dinámica que los propios avances tecnológicos nos imponen.

[316] Es dable destacar, que ya existen esfuerzos dirigidos a humanizar y asignarle contenido ético al uso de la IA[42], estableciendo los alcances de las tecnologías convergentes[43], llevados adelante mediante iniciativas conjuntas entre instituciones y empresas[44]; por lo que entendemos, que tanto los mediadores, como todos aquellos que de alguna u otra forma están vinculados a los procesos de resolución de conflictos,

40 La saga MATRIX es un ejemplo de ello.

41 Las advertencias de Elon Musk y de Bill Gates, que son de público conocimiento, ya que han sido reproducidas por una infinidad de medios en este año 2023, por solo citar algunos ejemplos, resultan ilustrativas sobre el particular.

42 Este tema constituyó el eje principal de la 28º Asamblea General de la Pontificia Academia para la Vida (APV) celebrada en el Estado Vaticano en el mes de febrero del corriente año.

43 El concepto de tecnología convergente o convergencia tecnológica, define la combinación y sinergia en investigación, desarrollo y aplicación, integrando la inteligencia artificial, nano tecnología y robótica, a toda actividad relacionada con la vida humana *(opinión del bioeticista argentino, rabino Fernando Fishel Zslajen, en el marco del referido encuentro*).

44 https://www.infobae.com/sociedad/2023/02/23/el-debate-por-una-etica-en-las-tecnologias-convergentes-llega-a-la-academia-del-vaticano/

no deben permanecer al margen de estas discusiones, que evidentemente exceden trabajos individuales o aislados, requiriéndose la conformación de equipos multidisciplinarios que operen en esa dirección, de lo contrario, en lugar de protagonistas, seremos meros espectadores de acontecimientos sobre los que no tendremos poder de decisión, y que evidentemente impactarán en el ejercicio de nuestras actividades.

[317] Hasta aquí la exposición, que esperamos sea de interés para el lector, y funcione como disparador para generar debates y estudios sobre esta interesante temática.

A MEDIAÇÃO COMO MECANISMO DE GOVERNANÇA AMBIENTAL E EFETIVIDADE DO ODS 16

Simone Alves CARDOSO[45] & Thais Brito CIRNE[46]

45 Doutora em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos. Professora do curso de Direito da Universidade Católica de Santos/Brasil. Mediadora certificada pela Escola Paulista da Magistratura e ICFML. Membro do Grupo de Pesquisa de Mediação para Resolução de Conflitos Socioambientais e do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Vulnerabilidades da Universidade Católica de Santos.sacardoso75@gmail.com.

46 Doutoranda em Direito pela NOVA School of Law. Bolseira da Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT). Mediadora certificada pelo Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos (ICFML). Pesquisadora associada no NOVA Centre for Business, Human Rights and the Environment (NOVA BHRE) e no NOVA Dispute Resolution Forum (NOVA DRF). tbcirne@gmail.com

RÉSUMÉ

Selon les Objectifs de développement durable (ODD), à savoir l'ODD 16, les États doivent s'engager à promouvoir des sociétés pacifiques et inclusives, ce qui implique de garantir une prise de décision responsable, inclusive, participative et représentative à tous les niveaux. Il est donc nécessaire d'adopter des mécanismes de résolution des conflits et de recherche de consensus susceptibles de rendre l'ODD 16 efficace, grâce à une gouvernance efficace des problèmes environnementaux, favorisant des solutions inclusives et créatives. Dans cette perspective, l'article défend la médiation comme un outil habile pour promouvoir la paix à travers la coopération et le dialogue, soutenu par une méthodologie constructive qui génère un consensus dans la prise de décision par les différents acteurs impliqués. Cette approche est justifiée car, bien qu'il existe des pratiques juridictionnelles et arbitrales en matière d'environnement, elles restent rares et limitées. Cela se produit, entre autres facteurs, parce que cette pratique ne permet pas toujours d'aboutir à un processus de paix inclusif, dans lequel les agents directement ou indirectement impliqués dans le conflit, ou qui en subissent les conséquences, peuvent participer à la prise de décision et s'autonomiser avec des connaissances sur la transformation. de conflits environnementaux. Ainsi, la médiation apparaît comme un mécanisme valable et nécessaire pour parvenir à une solution adaptée au cas spécifique dans le contexte des conflits environnementaux.

MOTS-CLÉS

Conflits environnementaux ; Paix environnementale ; ODD 16 ; Gouvernance ; La médiation

RESUMO

Segundo os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), nomeadamente o ODS 16, os Estados devem empenhar-se em promover sociedades pacíficas e inclusivas, o que implica garantir a tomada de decisões responsável, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis. Desse modo, surge a necessidade de adotar mecanismos de resolução de conflitos e construção de consenso que possam dar efetividade ao ODS 16, por meio de uma governança eficaz dos problemas ambientais, que privilegiem soluções inclusivas e criativas. Nessa perspectiva, o artigo defende a mediação como ferramenta hábil para promover a paz por meio da cooperação e do diálogo, com suporte em uma metodologia construtiva que gere consenso na tomada de decisões dos diversos atores envolvidos. Essa abordagem se justifica pois, embora exista uma prática jurisdicional e arbitral em matéria ambiental, ela ainda é escassa e limitada. Isso acontece, dentre outros fatores, porque essa prática nem sempre concretiza um processo de paz inclusivo, em que os agentes direta ou indiretamente envolvidos no conflito, ou que sofrem os reflexos deste, possam participar da tomada de decisão e se empoderar de conhecimento quanto à transformação do conflito ambiental. Assim, a mediação se coloca como um mecanismo válido e necessário para o alcance de uma solução que seja adequada ao caso concreto no contexto dos conflitos ambientais.

PALAVRAS CHAVES

Conflitos ambientais; Paz ambiental; ODS 16; Governança; Mediação.

1. INTRODUÇÃO

[318] Desde a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, conhecida como Conferência de Estocolmo, uma centena de acordos foram discutidos e elaborados, dando origem a uma multiplicidade de regras internacionais e nacionais sobre o meio ambiente, o desenvolvimento económico, os direitos humanos e a segurança. Tais questões complexas exigem mecanismos apropriados para discutir e abordar os conflitos decorrentes dessa multiplicidade. Nesse sentido, prevenir, gerenciar e construir soluções envolvendo conflitos ambientais tornou-se um dos principais desafios do século XXI. E, nesse contexto, podemos imaginar a mediação.

[319] A concepção de acesso à justiça foi alargada nos últimos anos, deixando de significar acesso aos tribunais para ser entendida como alcance de uma solução efetiva para o conflito. Nesse contexto, os mecanismos alternativos de resolução de litígios, em especial a mediação, surgem como um caminho efetivo para alcançar essa solução.

[320] A justiça tradicional nem sempre consegue promover uma tutela adequada aos conflitos ambientais, por razões que vão desde a morosidade até o engessamento do processo que não cria um espaço favorável para que se encontre uma resposta adequada ao caso concreto. Da necessidade de se pensar em formas para alcançar essa resposta, enquadra-se a mediação. Nesse sentido, o objetivo deste artigo é analisar o uso da mediação no contexto de conflitos ambientais sob o cenário de governança e sobre a perspectiva da eficácia do ODS 16.

[321] Assim, este artigo divide-se em três partes. No primeiro item, abordar-se-á a Agenda 2030, especialmente a importância do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 16 para a consolidação da paz ambiental e do desenvolvimento sustentável. A governança ambiental será abordada no segundo item como um meio e processo necessário para enfrentar a complexidade e a multidimensionalidade das questões ambientais. Finalmente, no terceiro item, a mediação será indicada como uma ferramenta capaz de promover um processo de paz inclusivo, destacando suas características que permitem uma governança adequada em torno das disputas ambientais, com oportunidades de cooperação, construção de confiança e transformação de conflitos, para além de mencionar alguns dos desafios que se enfrenta ao utilizar esta ferramenta nesse tipo de situação.

2. AGENDA 2030: O OBJETIVO 16 E A NECESSIDADE DE OS ESTADOS BUSCAREM POR FERRAMENTAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS QUE POSSIBILITEM A PAZ SUSTENTÁVEL E INCLUSIVA

[322] A Agenda 2030, alicerçada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos tratados internacionais correspondentes, na Declaração do Milênio e no documento final da Cúpula Mundial de 2005, além de outros instrumentos, traz objetivos e metas que têm o papel de estimular ações que focam as pessoas, o planeta, a prosperidade, a paz e a parceria (ONU, 2015). Cabe ressaltar a inter-relação feita no preâmbulo da Agenda 30 em relação à paz e ao desenvolvimento sustentável, o que significa que não

pode haver este sem aquela e não há paz sem desenvolvimento sustentável (ONU, 2015).

[323] No sentido de reforçar a importância da paz como Direito Humano, a Assembleia Geral na 32ª sessão do Conselho de Direitos Humanos, realizada em 24 de junho de 2016, aprovou uma Declaração A/HRC/32/L.18 que reconheceu o Direito à Paz (ONU, 2016). Além disso, foi admitido que a paz não é apenas a ausência de conflitos, mas que também exige um processo participativo positivo, dinâmico, onde o diálogo é incentivado e os conflitos são resolvidos em um espírito de compreensão mútua e de cooperação que assegure o desenvolvimento socioeconómico.

[324] Nesse contexto, todas as partes interessadas foram convidadas a reconhecer em suas atividades a importância de praticar a tolerância, o diálogo, a cooperação e a solidariedade entre todos os seres humanos, povos e nações do mundo como meios para se promover a paz. As gerações atuais devem cuidar de si mesmas e das futuras gerações, aprendendo a viver juntas, em paz e com a mais alta aspiração de salvar as gerações vindouras do flagelo da guerra. No artigo 1º do documento consta a declaração de que todo mundo tem o direito de desfrutar da paz de modo a promover e a proteger todos os direitos humanos, em busca de se alcançar plenamente o desenvolvimento (ONU, 2016).

[325] Segundo os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) 16, os Estados devem empenhar-se em promover sociedades pacíficas e inclusivas, o que implica garantir a tomada de decisões responsável, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis. Outra meta importante para o processo de paz e que está contemplada no ODS 16 é a necessidade de fortalecer a participação dos países em desenvolvimento nas instituições de governança global.

[326] No campo de resolução de conflitos, seja no âmbito do Direito Ambiental Internacional ou no contexto interno dos Estados, os recursos naturais e o meio ambiente podem ser vistos tanto como uma fonte de tensão e conflito como uma fonte de cooperação entre as partes em disputa. Assim, desenvolver mecanismos que possam contribuir e trabalhar com o lado positivo do conflito, auxiliar na prevenção e resolução de conflitos que envolvem os recursos naturais e o meio ambiente tornou-se um desafio.

[327] Ao analisar o objetivo 16 da Agenda 2030, percebe-se a necessidade de os Estados buscarem por ferramentas de resolução de conflitos que possibilitem a paz sustentável e inclusiva. Assim, é necessária uma boa governança ambiental, nessa temática, que conjugue todas as variáveis e características que permeiam o contexto ambiental.

[328] A necessidade de os Estados cooperarem em busca de soluções comuns está atrelada a ideia de que a Terra e a humanidade têm um destino comum, pois formam uma única entidade. Sob um enfoque de uma perspectiva científica, está claro que os distintos componentes do meio ambiente formam parte de um único ecossistema global que tem uma dimensão planetária. Na perspectiva jurídica, este mundo ecologicamente

único está compartimentado em numerosos espaços estatais, mas que não deixam de estar conectados (BOFF, 2013; RUIZ, 2012).

[329] As possíveis soluções para problemas ambientais devem ter como eixo ou linha comum o desenvolvimento sustentável, pois o desequilíbrio leva a conflitos que podem conduzir, inclusive, ao enfrentamento armado. Assim, a manutenção da paz passa a ser uma necessidade na agenda do Direito Ambiental.

[330] Os conflitos ocorrem continuamente, e o que se pretende é que sejam resolvidos de forma construtiva para que a paz seja duradoura. A paz, por assim dizer, seria estável quando estabelecida por meio de acordos consensuais, construídos em longo prazo, dissociando-os da ideia de dominação de uma parte em detrimento da outra.

[331] A paz, dessa forma, pode ser classificada em duas dimensões extremas, no caso, a que deriva da imposição, em um dos polos, e, no outro, a que decorre do consenso (JOHNSON; JOHNSON, 2006).

[332] A paz imposta é baseada na dominação, no poder, na imposição, na superioridade militar e do poder económico ou, indiretamente, por meio da opressão estrutural, que pode ser estabelecida por meio de instituições sociais, como a educação, a religião e a mídia de massa, dentre outros, que criam condições políticas de desigualdade sistêmica, injustiça, violência e falta de acesso aos serviços sociais (JOHNSON; JOHNSON; TJOSVOLD, 2012).

[333] Já a paz consensual tem por base a construção de acordos que põem fim à violência e às hostilidades, além de estabelecer uma nova relação fundada na interação harmônica voltada ao alcance de objetivos mútuos, de maneira a obter uma justa distribuição de benefícios e também de uma identidade recíproca. A paz consensual envolve sentimentos de legitimidade e justiça, pois as partes têm a oportunidade de influenciar as decisões, comprometendo-se com a implementação da decisão construída (JOHNSON; JOHNSON; TJOSVOLD, 2012).

[334] Pensando na questão ambiental e na abordagem dos conflitos ambientais de modo a garantir um ambiente pacífico para suportar o desenvolvimento atual e garantir o futuro das próximas gerações, estamos diante de um sistema de interação constante e que frequentemente irá apresentar conflitos. Entretanto, para que haja uma estabilidade, essa paz precisa ser duradoura. A paz como objetivo do desenvolvimento sustentável precisa estar interligada com essas questões estruturais em busca do respeito ao meio ambiente.

[335] Desse modo, os Estados devem se empenhar em promover sociedades pacíficas e inclusivas (ODS 16), o que implica garantir a tomada de decisões responsáveis, inclusivas, participativas e representativas em todos os níveis.

[336] Para tanto, a mediação abre espaço para a solução dos problemas com base na governança, uma vez que ela defende a participação dos atores interessados naquele determinado conflito em nome de uma coexistência social harmoniosa. Trata-se de

uma participação ampliada, visando a solução dos conflitos, mediante a busca de consenso.

[337] Se a governança se orienta para a busca do consenso, pode ser traduzida, portanto, pela mediação de interesses diferentes. Nessa nova sistemática, a mediação é um dos principais instrumentos de governança e participação ampliada nos processos de decisão, capaz de efetivar o ODS 16.

3. A EVOLUÇÃO DA GOVERNANÇA AMBIENTAL PARA EFETIVIDADE DA PAZ POR MEIO DA MEDIAÇÃO

[338] O crescente interesse para o estabelecimento de formas de governança nas mais diferentes áreas do conhecimento é decorrente do processo de globalização[47]. Esse fenômeno provoca o aumento da interdependência dos povos, o que por via de consequência desencadeia diversos problemas que não permanecem aprisionados às fronteiras dos Estados.

[339] Para a solução integrada e comum de tais problemas, torna-se necessária a geração de novas fórmulas. Nesse contexto, a governança tornou-se uma expressão comum, desde o início do século XXI, nas áreas das Ciências Humanas, Sociais Aplicadas e afins, como sendo imprescindível para os processos de desenvolvimento, tanto económico, social e ambiental.

[340] Desse modo, surge uma preocupação crescente em estabelecer formas e mecanismos de gestão compartilhada do poder, de maneira transparente, onde Estados, Organizações Internacionais, empresas multinacionais e organizações da sociedade civil possam ter papel relevante (GONÇALVES, 2014, p. 83).

[341] No contexto ambiental, a expressão "governança" assume caráter específico, no final dos anos 80, para designar a capacidade exigida de organizações e governos para a gestão adequada do desenvolvimento sustentável, "adotando políticas sociais e ambientais mais rigorosas, e garantindo um papel mais ativo para cidadãos e agentes locais" (GONÇALVES, 2014, p. 84).

[342] Essa gestão adequada atende a magnitude transnacional das causas e efeitos dos problemas ambientais, que exigem que a proteção do meio ambiente seja preocupação de Estados, organismos e instituições internacionais, além da própria sociedade civil.

[343] Dessa forma, a questão é como gerir corretamente, ou sustentavelmente, o meio ambiente em um mundo globalizado. A cooperação entre os Estados tem sido a solução encontrada para defesa dos interesses comuns da humanidade. Os Estados devem cooperar para servir esse interesse na tentativa de conscientização de todos os

47 Pierik (2004, p. 454-455) define a globalização como um fenômeno multidimensional que encarna uma mudança na organização da atividade humana e o desdobramento do poder de uma orientação local e nacional para padrões globais, uma interconexão crescente em uma esfera global e uma consciência crescente dessa interconectividade.

atores envolvidos, acarretando a responsabilidade, perante a humanidade, de proteger o meio ambiente (BEURIER, 2010).

[344] Seguindo a linha de Ruiz e Daudi (2014), os Estados têm percebido a necessidade de cooperar em busca de soluções de problemas graves que afetam o meio ambiente comum.

[345] A cooperação, na temática da resolução de conflitos, é fundamental para atender a complexidade das disputas ambientais, de modo a permitir uma interação entre os atores envolvidos, que privilegie ações pacificadoras e geradoras de consciência em cada indivíduo do seu papel e responsabilidade pelo futuro do homem.

[346] A cooperação é um dos primeiros princípios do Direito Internacional Ambiental e foi proclamado na Declaração de Estocolmo de 1972, cujo artigo 24 afirma que "todos os países, grandes e pequenos, devem ocupar-se com espírito de cooperação e em pé de igualdade com as questões internacionais relativas à proteção e melhoramento do meio ambiente" (ONU, 1972). A Rio-92 também abordou, em vários de seus princípios, a necessidade de cooperação internacional.

[347] Nesse aspecto, a governança atende a necessidade de cooperação, pois segundo Biermann e Pattberg (2012), no âmbito nacional, o conceito de governança geralmente implica algum grau de autorregulação por parte de atores sociais, a cooperação público-privado na resolução de problemas sociais e novas formas de política multinível. Já a noção de governança global baseia-se em debates anteriores entre cientistas políticos que trabalham em questões nacionais e tentam aplicar desenvolvimentos semelhantes no plano internacional.

[348] Seguindo o raciocínio de Biermann (2012), o conceito busca diferenciar dois grandes usos do termo governança global. O primeiro utilizado analiticamente como uma descrição das transformações sociopolíticas atuais. O segundo conceito é usado normativamente como uma descrição do programa político que lida com os desafios da globalização.

[349] Bem orientam Gonçalves e Costa (2011, p.85) ao fazerem a distinção de governança em sentido amplo e restrito: "Em sentido amplo, governança refere-se à arquitetura do sistema onde está inserida". Já em termos mais restritos, Gonçalves e Costa (2011) apontam que a governança pode ser resumida em quatro dimensões, assim descritas:

> **[32]** Caráter instrumental, de meio e processo capaz de produzir resultados eficazes diante de problemas comuns; a participação ampliada; o predomínio do consenso e da persuasão nas suas práticas e a existência de um conjunto de normas e regras a sustentá-la.

[350] Os autores também mencionam a necessidade de se estabelecer arranjos institucionais capazes de gerenciar problemas comuns de forma consensual.

[351] Essa reorganização do poder, a interdependência e a interconexão na esfera global é perceptível no desenvolvimento e evolução das várias Conferências das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (1972, Estocolmo; 1992, Rio Janeiro; 2002, Joanesburgo; 2012, Rio+20), bem como na formação da Agenda 2030 que fundamentam a intersecção da governança global com as questões ambientais.

[352] Esse contexto exige que o processo de governança envolva uma gama de parceiros, incluindo organizações internacionais e sub-regionais, governos nacionais, estaduais, municipais, organizações não governamentais, setor privado e acadêmico.

[353] Dessa forma, os atuais problemas ambientais globais exigem uma nova forma de governar os desafios com complementaridade e coexistência entre o sistema tradicional de resolução de conflitos e a governança ambiental global.

[354] A percepção de problemas comuns e a necessidade de resolvê-los expõem a função social da governança global e justificam o surgimento de uma esfera ambiental de governança, envolvendo Estados, Ongs, empresas do setor privado e sociedade civil, voltada a debater as condições ambientais e encontrar soluções para os problemas dessa ordem. Para Gonçalves (2015, p. 102) "uma das características mais importante da governança ambiental global é a presença de múltiplos atores em seu processo de diagnóstico, construção, implementação e monitoramento".

[355] Nesse contexto, a delimitação clara da mediação como ferramenta de construção da paz é essencial para identificar e explicar como todos esses novos atores, mencionados na governança, podem contribuir para a transformação dos conflitos ambientais e consequente implementação do ODS 16.

4. O USO DA MEDIAÇÃO COMO MECANISMO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS

[356] A mediação é um mecanismo de resolução de conflitos onde as partes têm o seu diálogo facilitado por um terceiro imparcial – o mediador – com o intuito de, sempre que possível, alcançar um acordo que satisfaça os interesses de ambas[48]. A mediação é pautada por alguns princípios essenciais, dos quais destaca-se a flexibilidade – não obstante ser um processo estruturado que deve respeitar determinadas regras –; voluntariedade, na medida em que é uma escolha das partes iniciarem e permanecerem no processo de mediação; e confidencialidade.

[357] Dentre esses princípios, é possível considerar a confidencialidade como marca central da mediação, servindo como fundamento para a impossibilidade de o mediador relatar os acontecimentos deste processo, bem como o impedido de ser chamado como testemunha em futuro processo judicial – trata-se de um sigilo profissional. Além

48 A mediação é definida, pela Lei da Mediação Portuguesa – Lei 29/2013, de 19 de Abril, como "a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos". Ainda, no mesmo artigo, define mediador como "um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio"[2]. A referida lei está de acordo com o disposto na Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e Conselho no que diz respeito a aspectos da mediação em matéria civil e comercial.

disso, a confidencialidade permite que as partes estejam à vontade durante a mediação.

[358] Importa destacar o domínio do processo pelas partes (*empowerment*) como elemento fundamental da concepção de mediação, na medida em que "a mediação assenta na ideia de que é nas partes que reside a solução do problema, que é através delas – as donas do litígio – que se encontra a solução adequada e justa" (GOUVEIA, 2018, p. 48). As partes devem estar no centro da discussão e da iniciativa. Ainda, enquanto mecanismo de resolução de conflitos, a finalidade da mediação é alcançar a pacificação social, isto é, solucionar o conflito e restabelecer a paz social entre as partes. Note-se que esse objetivo se sobrepõe às questões de direito, estando, assim, a mediação assente nos interesses.

[359] O que se convencionou chamar de mediação ambiental é o uso do mecanismo da mediação acima elucidado no contexto dos conflitos ambientais. Em função da natureza e das características dessa espécie de litígios são necessárias algumas adaptações ao processo de mediação. Dentre essas características, tem-se a multilateralidade, isto é, são conflitos que envolvem múltiplas partes, com interesses diversos, cuja representação e defesa são, geralmente, difíceis.

[360] Além disso, nessa espécie de litígios estão em jogo tanto interesses públicos quanto interesses privados[49], o que exige uma ponderação cuidadosa, respeitando ambos interesses durante o processo de resolução de conflitos. Ainda, cabe destacar o caráter transnacional e global de grande parte dos conflitos em matéria ambiental. Com isso, o processo de mediação produzirá efeitos de alcance internacional, para além de haver necessidade de harmonizar elementos, perspectivas e regras internacionalmente conflitantes.

[361] A mediação que deu origem ao acordo assinado, em 04 de fevereiro de 2021, no caso do rompimento da barragem de Brumadinho, ocorrido em 25 de janeiro de 2019, no Brasil, é um exemplo de eficácia da mediação na construção de soluções para conflitos ambientais complexos com as características acima mencionadas. Nesse caso, a mediação garantiu que, em dois anos, fosse construído um acordo envolvendo uma multiplicidade de partes e interesses público e privado, que levaram a necessária governança das questões sociais, económicas e ambientais presentes no caso[50].

[362] Destaca-se, ainda, a possibilidade de coexistirem interesses atuais e futuros em um mesmo conflito, o que está ligado à ideia de sustentabilidade intergeracional[51].

49 "(...) os conflitos ambientais podem envolver numa só situação conflitual vários sujeitos, com objetivos e posições diversas, sendo comum confrontarem-se interesses públicos e interesses privados". (CASER & CEBOLA & VASCONCELOS, 2014, p. 7).

50 O Acordo, decorrente da mediação, visa reparar os danos decorrentes do rompimento das barragens da Vale S.A. em Brumadinho, que tirou a vida de 272 pessoas e gerou uma série de impactos sociais, ambientais e económicos na bacia do Rio Paraopeba e em todo o Estado de Minas Gerais. O acordo está disponível em: <https://www.mg.gov.br/pro-brumadinho/pagina/entenda-o-acordo-judicial-de-reparacao-ao-rompimento-em-brumadinho>.

51 Entende-se por sustentabilidade intergeracional a ideia de que um direito que deve ser garantido às gerações futuras nos mesmos moldes em que existe atualmente. (ARAGÃO, 2013).

Além disso, esses conflitos contêm especificidades técnicas e científicas complexas[52] que deverão ser observadas durante o processo de mediação.

[363] Em função da natureza do conflito e considerando as características acima mencionadas, o uso da mediação no contexto de disputas ambientais enfrenta alguns desafios. No entanto, dois deles parecem assumir proporções significativas e, por esta razão, serão destacados neste artigo. O primeiro deles é o desequilíbrio de poderes e o segundo é a necessidade de prestação de transparência, em contraponto à confidencialidade, que é marca registrada e fulcral da mediação.

[364] Nesse sentido, o desequilíbrio de poderes[53] coloca-se como um desafio, na medida em que o poder económico, político, de conhecimento, etc. costuma pautar as relações que dão origem aos conflitos ambientais, sendo o indivíduo ou comunidade vítima de abusos vulnerável diante das múltiplas formas de poder exercidas, geralmente, por uma empresa ou entidade (REES, 2010, p. 14).

[365] Há quem entenda que a mediação, enquanto mecanismo de resolução alternativa de litígios, não estará apta a balancear esses desequilíbrios de poder. Nessa linha, Owen Fiss (1984, p. 1077), um dos maiores opositores aos mecanismos de resolução alternativa de litígios, mesmo reconhecendo que o desequilíbrio de poderes também poderá distorcer decisões judiciais, acredita que o juiz estará em melhores condições para reduzir os impactos advindos dessa desigualdade.

[366] No entanto, acredita-se que estabelecer o equilíbrio depende da qualidade do mediador, da mesma forma que depende da qualidade do juiz. Não parece haver uma distinção quando se trata da capacidade de lidar com a situação do desequilíbrio de poderes. Assim, não é possível dizer que o judiciário estará, necessariamente, em melhores condições para restabelecer o equilíbrio (REES, 2010, p. 15), mas, na verdade, conseguir balancear os desequilíbrios depende da postura e das ações adotadas tanto pelo juiz quanto pelo mediador[54].

[367] Note-se, por exemplo, a possibilidade de grandes empresas cometerem violações de direitos ambientais e apresentarem, na via judicial, objeções processuais durante anos, fazendo com que o processo se torne caro e muito demorado para os reclamantes, dificultando que estes recebam a compensação/solução dos seus danos. Importa mencionar, ainda, a capacidade das grandes empresas de contratar grandes advogados, enquanto os reclamantes, em regra, terão menos recursos para investir na sua representação legal. Essa situação restringe consideravelmente o escopo de um juiz equilibrar as desigualdades, mesmo assumindo o desejo de fazê-lo (CLARKE & DAVIES, 1992, p. 72)[55].

52 "(...) frequentemente se colocam questões técnicas e científicas baseadas em estudos e pareceres relativos ao impacto no meio ambiente de determinada medida, que dificilmente são entendidas pelo cidadão comum em razão da sua complexidade, o que pode reclamar a participação de peritos externos ao conflito". (CASER & CEBOLA & VASCONCELOS, 2014, p. 8).

53 DOUSSA, John Von. "ADR: An Essential Tool for Human Rights | Australian Human Rights Commission", on-line: <https://www.humanrights.gov.au/about/news/speeches/adr-essential-tool-human-rights>.

54 Nesse sentido, PARKER, Tara. *"Human Rights Dispute Resolution: Protecting the 'Public Interest'"*, on-line: <https://cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/hosted/17464-rights_dr.pdf >.

55 RUGGIE, John. RUGGIE, John. *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*, (Geneva: United Nations, 7 April 2008), A/HRC/8/5, 20 Sept 2009, on-line: <http://www.businesshumanrights.org/SpecialRepPortal/Home/ReportstoUNHumanRightsCouncil/2008>, pp. 22 e 23.

[368] Na mediação, é possível – e assim deve ser – que o mediador adote algumas medidas para assegurar o equilíbrio entre as partes, dentre elas limitar, em números iguais, os consultores de ambas as partes, transmitir informações igualmente para ambas, estabelecer regras básicas, como o tempo de fala para cada uma das partes. Além disso, por envolver as partes diretamente no processo, a mediação permite que as vozes ativas das vítimas sejam um importante instrumento de redução de desigualdade. Por sua vez, a confidencialidade também se apresenta como um mecanismo de redução de desigualdades, na medida em que proporciona um ambiente mais seguro para expressar pontos de vista e abordar as questões subjacentes à disputa (CLARK & DAVIES, 1992, p. 74). Destaca-se, ainda, enquanto instrumento de mitigação da desigualdade entre as partes no processo de mediação, a possibilidade de representação ou acompanhamento por associações representativas dos lesados, ONGs e instituições[56].

[369] Portanto, observa-se que a existência de desequilíbrios de poderes é comum aos conflitos que envolvam direitos ambientais e deverão ser uma circunstância a se considerar independente do mecanismo de resolução de litígio, seja a via judicial ou a mediação. Por isso, o uso da mediação nos conflitos ambientais não deve ser afastado pela existência de desequilíbrios de poder. Em verdade, é preciso que o mediador seja capacitado para atuar diante de tais desequilíbrios, tendo conhecimento dos instrumentos de que pode se valer para restabelecer o equilíbrio entre as partes.

[370] O segundo desafio que se vislumbra no âmbito da mediação ambiental é a necessidade de prestação de transparência, especialmente considerando ser a confidencialidade um fator fundamental desse mecanismo de resolução de conflitos. A confidencialidade permite que as partes estejam à vontade para falar e negociar seus interesses, ao passo que assegura uma abordagem mais ampla de interesses e preocupações ligadas à causa principal, protegendo, ainda, a vítima da exposição a certos abusos ou efeitos adversos, salvaguardando direitos.

[371] Assim, como a confidencialidade, a transparência é um meio para atingir um fim específico, que no contexto da resolução de conflitos é: 1) permitir a confiança do público de que os resultados dos processos estão de acordo com o direito, bem como de que esses resultados não foram obtidos através da coação dos reclamantes[57]; 2) permitir que a sociedade como um todo se beneficie de um acúmulo de conhecimentos sobre as matérias ambientais, que são, essencialmente, de interesse público, disseminando, aprendendo e apoiando a prevenção de disputas (REES, 2010, p. 19).

[372] Essa última finalidade se aproxima da concepção de mudança sistêmica, isto é, promover mudanças sistêmicas prende-se com a ideia de extravasar o âmbito privado e alterar situações de forma mais ampla e indistinta. Os direitos humanos ambientais são, essencialmente, públicos. Assim, um litígio individual pode ter grande reflexo na

56 Isso parece ser oportuno em questões ambientais, na medida em que é possível ter a participação de associações representativas de determinadas comunidades, por exemplo. ZERK, Jennifer. "Corporate liability for gross human rights abuses. Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies", A report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights, on-line: < https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticeLawRemedies.pdf>.

57 Quanto ao primeiro aspecto, de acordo com Caroline Rees (2010, p. 19), há indícios de que quanto mais confiança pública uma instituição possui, menos é provável que exista transparência para provar que os resultados não estão prejudicando padrões.

vida de uma comunidade ou da sociedade em geral. Portanto, a resolução confidencial desta espécie de conflitos poderia implicar em uma substituição de ações que tratem o fenômeno de forma mais ampla. No contexto de questões ambientais, é o que poderia acontecer em situações onde se privaria a discussão acerca da deslocação de uma comunidade, por exemplo.

[373] Entende-se, porém, que a mudança sistêmica é, de fato, mais efetivamente alcançada através da mediação. Tem-se, a título exemplificativo, o caso das operações da Chevron no Delta do Níger, onde foi utilizada a mediação – facilitada por um terceiro local, com suporte especializado internacional – para ajudar a melhorar as relações com as comunidades locais. Foi feito um acordo sobre aspectos gerais de entendimento com as comunidades, incluindo como as queixas serão tratadas no futuro. Nota-se que, nessa situação, a mediação parece ser tanto produto quanto causa de mudanças no comportamento da empresa para lidar com as comunidades, focada em uma abordagem holística, voltada para a construção de relacionamento, investimento social e resolução de disputas com comunidades, capacitando as próprias comunidades a se tornarem parceiras[58].

[374] Nesse contexto, como forma de preencher a necessidade de transparência inerente por se tratar de questões de direitos humanos ambientais, sem deixar de respeitar a confidencialidade, as instituições podem prestar algum nível de transparência através da divulgação de resultados dos processos mediados, construindo, assim, uma reputação positiva e legitimidade. Esses resultados não precisam – e não devem – ser divulgados completamente. Ao contrário, é possível equilibrar as necessidades de confidencialidade e transparência revelando, por exemplo, determinados dados sem revelar a identidade dos indivíduos (STRUM & GADLIN, 2007, p.3). Nesse sentido, é possível publicar, ainda que de forma anônima, os principais elementos dos resultados, bem como relatórios e estudos de caso, por exemplo.

[375] Além disso, o equilíbrio entre enfatizar políticas públicas e garantir o respeito à confidencialidade pode ser feito através de pesquisa, investigações sistêmicas, publicação de relatórios públicos, reclamações representativas e educação[59], ou, ainda, de audiências públicas no curso do processo de mediação. Nota-se, portanto, que a presunção de confidencialidade de resultados passa a ser relativa na mediação ambiental (BRAITHWAITE, 2007, pp. 146-162), não implicando, porém, em uma transparência de resultados irrestrita.

[376] Essa situação é abordada no Projeto MARGov. A Governança Colaborativa de Áreas Marinhas Protegidas aconteceu, entre 2008 e 2011, no contexto de um conflito em relação ao uso e manejo de uma área marinha protegida, o Parque Marinho Luiz Saldanha, em Sesimbra, Portugal. No âmbito desse projeto, ocorreu um complexo processo de mediação ambiental, no qual foi desenvolvido um Modelo de Governança Colaborativa através da promoção de um diálogo construtivo em um contexto de

58 KOVICK, David; PLUMB, David. *"Engaging Stakeholders in the Niger Delta – May 2009 Update"*, on-line: <http://cbuilding.org/publication/article/2009/engaging-stakeholders-niger-delta-may-2009-update>.

59 PARKER, Tara. *"Human Rights Dispute Resolution: Protecting the 'Public Interest'"*, on-line: <https://cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/hosted/17464-rights_dr.pdf >.

conflito parcialmente escalonado. Nesse contexto, a confidencialidade foi mitigada em certos momentos, inclusive com a realização de audiências públicas, e mais rigorosa em outros.

[377] Por outro lado, a mediação tem muito com o que contribuir para uma governança global adequada, criando oportunidades de cooperação, construção de confiança e transformação de conflitos. Dentre as contribuições, destaca-se a possibilidade de resolução das questões de forma mais integrada, especialmente por se tratar de conflitos que, conforme já mencionado, envolvem múltiplos e distintos direitos e interesses. Isso significa que a mediação ambiental permite o alcance de soluções holísticas, que considerem todos os direitos envolvidos devidamente ponderados.

[378] Nesse sentido, a mediação abre espaço para soluções criativas que integrem todas as questões que o conflito principal revela. Isso acontece porque há uma maior elasticidade na compreensão das situações e, consequentemente, na atribuição de uma tutela, em função da informalidade que lhe caracteriza.

[379] Veja, por exemplo, a situação de realocação de uma comunidade em função de um projeto de construção ou mineração. É proibida, pelos padrões de direitos humanos, a realocação forçada sem a devida compensação. A lei possivelmente estabelecerá níveis de compensação para construções e terras agrícolas e é possível que a comunidade aceite esses valores. No entanto, em muitas situações, observa-se que, não obstante o pagamento da compensação legalmente estabelecida, ainda se constatam abusos. Isso porque a compensação pode ter sido distribuída de modo equivocado – desprivilegiando mulheres, por exemplo – ou os níveis de compensação apenas refletem o custo básico de uma casa ou a perda de um ano de lavouras em terras cultivadas. Assim, a compensação legalmente prevista pode ignorar o deslocamento de comunidades que os acompanha, a perda de acesso a locais religiosos ou culturais, o valor das terras não cultivadas, os ganhos futuros e a sustentabilidade dos meios de subsistência.

[380] Desse modo, muitas vezes as formas de reparação disponíveis em tribunais são restritas e objetivas, não valorando tão bem situações práticas do caso concreto. Na hipótese de ganho de causa pelos reclamantes, a tutela judicial será, tipicamente, uma compensação monetária, não obstante liminares para interromper atividades e algumas outras medidas sejam possíveis. Contudo, é geralmente apenas através da mediação que existem reais chances de explorar formas mais criativas de solução, incluindo opções como treinamento para empregos alternativos, acordando formas seguras de acessar áreas culturalmente significativas ou descobrindo como garantir que as mulheres não sejam prejudicadas[60].

[381] Outra contribuição a se destacar é a capacitação das pessoas impactadas e a inclusão desses grupos que podem correr risco de marginalização. A voz ativa de ambas as partes acerca dos seus interesses contribuirá, e muito, para a resolução efetiva do conflito.

60 PHILLIPS, F. Peter. "ADR and Human Rights: A Match?", on-line: < https://www.businessconflictmanagement.com/blog/2009/05/adr-and-human-rights-a-match/>.

[382] Ainda, diante das dificuldades de jurisdição e de lacunas legislativas (McGREGOR, 2015, p. 612)[61], especialmente no tocante à responsabilização no contexto de cadeias de produção, bem como quanto às incompatibilidades entre leis locais e padrões internacionais, exige-se abordagens criativas e colaborativas a fim de evitar que os indivíduos e comunidades fiquem expostos a riscos e não obtenham acesso à justiça.

[383] Nesse diapasão, a mediação de conflitos ambientais permite que haja diferentes percepções de "remédio"[62]. Com isso, é possível atribuir soluções mais adequadas à situação concreta, após ouvir dos reclamantes o que eles consideram como tutela para as suas próprias reivindicações. Isso porque, especialmente no contexto dos direitos ambientais, a tutela jurisdicional efetiva (*remedy*) poderá assumir formas variadas, que vão além da indenização reparatória do dano decorrente do abuso. Daí ser importante que a tutela do caso concreto se adeque às necessidades próprias de cada indivíduo ou comunidade, bem como à sua respectiva situação[63].

[384] Nota-se, portanto, a capacidade que a mediação possui de fornecer resultados diversos e múltiplos, adequados às violações de direitos ambientais, uma vez que existe um maior espaço para criatividade e inovação, já que pautada no diálogo e na construção de novas ideias oriundas da escuta de diferentes perspectivas[64].

[385] São, ainda, contribuições da mediação aos conflitos ambientais a ampliação do acesso à justiça, uma maior eficiência e flexibilidade, a participação ativa das vítimas, custos reduzidos, maior velocidade de resposta e uma possível intervenção antecipada, bem como um maior acesso a informações técnicas.

[386] Importa perceber que o que se compreende por justiça pode variar de acordo com cada indivíduo, na medida em que direitos e interesses se relacionam de modo diverso na vida de cada indivíduo[65]. A mediação ambiental parece oferecer o espaço necessário para o diálogo e reflexões que levarão ao alcance do acesso à justiça de acordo com cada caso concreto.

61 As empresas poderão atuar em países onde as leis nacionais entrem em conflito com os padrões internacionais de direitos humanos.

62 "The concept of remedy has its root in the Latin verb mederi meaning 'to heal'. The dictionary definition includes both a legal process that can provide for the righting of wrongs, and much broader ideas of rectifying, countering, repairing and restoring." (REES, 2010, p. 11)

63 O que não acontece nos tribunais judiciais, por exemplo, onde, normalmente, atua-se através de recursos limitados como liminar, ordem de restituição em espécie, indenização ou algo similar.

64 Além de grande parte das vítimas não acederem a um tribunal elas podem ter ideias mais amplas sobre o que constitui uma resposta adequada ao seu caso, como garantias de que um incidente ou dano ambiental não voltará a acontecer, reconhecimento e um pedido de desculpas, ou meios alternativos para restaurar seu sustento ou bem-estar; respostas que vão além da reparação financeira.
Nos Estados Unidos da América foi feita uma pesquisa onde descobriram que, em 1980, apenas 0,5% de todas as queixas, 7% de todas as reclamações e 11% de todas as disputas levaram a uma ação judicial. (MILLER & SARATM, p. 537).

65 Mike Perry (1998) afirma que "As people who feel harassed are very different from one another, their notions of justice vary. A realization of justice, therefore, must incorporate an individual's rights with his or her interests (…)".

5. CONCLUSÃO

[387] O cenário internacional, nos últimos anos, tem convergido no sentido de buscar encontrar caminhos que favoreçam o desenvolvimento sustentável e a cultura da paz. Nesse sentido, a ONU, através da Agenda 30, estabelece uma conexão necessária entre esses dois conceitos, nomeadamente a paz e o desenvolvimento sustentável. Assim, é preciso que haja uma gestão adequada do meio ambiente e, consequentemente, dos conflitos em que ele esteja em causa.

[388] Nesse contexto, a mediação ocupa um lugar legítimo e necessário enquanto ferramenta para restabelecer a paz através da cooperação e do diálogo, apoiada em uma metodologia construtiva que gera consenso na tomada de decisões dos múltiplos atores envolvidos. Essa abordagem se justifica porque, embora exista uma prática jurisdicional e arbitral em matéria ambiental, ela ainda é escassa e limitada, pois, entre outros fatores, nem sempre materializa um processo de paz inclusivo, no qual os agentes direta ou indiretamente envolvidos no conflito, ou que sofrem suas consequências, podem participar da tomada de decisões e se capacitar com conhecimento a respeito da transformação do conflito ambiental.

[389] Embora os processos de mediação devam ter cuidado para não produzir resultados contrários aos direitos fundamentais, eles parecem oferecer formas construtivas de navegar pelos espaços abertos que existem dentro dos parâmetros das normas básicas dos direitos ambientais. A capacidade desse mecanismo de apoiar a inclusão, participação, capacitação e atenção aos indivíduos e grupos vulneráveis representará uma contribuição adicional para o avanço dos direitos ambientais, sendo necessário, no entanto, mitigar os desafios que o seu uso gera.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandra. “Anotação ao Artigo 37da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, in Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada (coord. SILVEIRA, Alessandra. CANOTILHO, Mariana.), Almedina, 2013.

BEURIER, Jean-Pierre. Droit International de L’Environnement. Paris: Pedone, 2010.

BIERMANN, Frank; PATTBERG, Phillip. Global Environmental Governance Reconsidered. Londres: The MIT Press, 2012.

BOFF, Leonardo. La sostenibilidad: qué es y qué no es. Cantabria: Sal Terrae, 2013.

BRAITHWAITE, John. “Building Legitimacy Through Restorative Justice”, in T. Tyler (ed), Legitimacy and Criminal Justice: International Perspective, New York: Russell Sage, 2007, pp. 146-162.

CASER, Ursula; CEBOLA, Cátia Marques; VASCONCELOS, Lia. “A confidencialidade em mediação ambiental. A sua aplicação ao Projeto MARGov em Portugal”, in La Trama – Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos, Junho, 2014.

CLARKE, Gay R.; DAVIES, Iyla T. “Mediation - When is it not an Appropriate Dispute Resolution Process?”, in Australian Dispute Resolution Journal, 1992.

DOUSSA, John Von. “ADR: An Essential Tool for Human Rights | Australian Human Rights Commission”, on-line: <https://www.humanrights.gov.au/about/news/speeches/adr-essential-tool-human-rights>.

FISS, Owen. “Against Settlement”, in Yale Law Journal, vol. 93, número 6, maio de 1984.

GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. Governança Global e Regimes Internacionais. São Paulo: Almedina Brasil, 2011.

GONÇALVES, Alcindo. Governança Global e o Direito Internacional Público. In: JUBILUT, Liliana Lyra (Coord.). Direito Internacional Atual. Rio de Janeiro: Ellsevier, 2014.

GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. Governança ambiental global: possibilidades e limites. In: GRAZIERA, Maria Luiza Machado. Direito Ambiental Internacional: Avanços e Retrocessos - 40 Anos de Conferências das Nações Unidas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 149-158.

GOUVEIA, Mariana França. Curso de Resolução Alternativa de Litígios, 3ª ed., Editora Almedina, Lisboa, 2018.

JOHNSON, David. W.; JOHNSON, Roger. T. Peace education for consensual peace: the essential role of conflict resolution. Journal of Peace Education. [S.l.], v.3, p. 147-174, 2006.

JOHNSON, David W.; JOHNSON, Roger. T.; TJOSVOLD, Dean. Effective Cooperation, The Foundation of Sustainable Peace. In: DEUTSCH, Morton; COLEMAN, Peter T. Psychological Components of Sustainable Peace. Nova Iorque: Springer, 2012. p. 15-53.

KOVICK, David; PLUMB, David. “Engaging Stakeholders in the Niger Delta – May 2009 Update”, on-line: <http://cbuilding.org/publication/article/2009/engaging-stakeholders-niger-delta-may-2009-update>.

McGREGOR, Lorna. “Alternative Dispute Resolution and Human Rights: Developing a Rights-Based Approach through the ECHR”, in The European Journal of International Law, Vol. 26 no. 3, Oxford University Press, 2015.

MILLER, Richard E.; SARATM, Austin. “Grievances, Claims and Disputes: Assessing the Adversary Culture”, in Law & Society Review 15: 537.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano. Declaração de Estocolmo adotada de 5 a 16 de junho de 1972, on-line: <http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável (A/RES/70/1). 2015, on-line: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. (A/HRC/32/L.18) Declaración sobre el derecho a la paz. Consejo de Derechos Humanos 32º período de sesiones. 2016, on-line: <http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_32_L18.pdf>.

PARKER, Tara. "Human Rights Dispute Resolution: Protecting the 'Public Interest'", on-line: <https://cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/hosted/17464-rights_dr.pdf >.

PERRY, Mike. "A comment on ADR and Human-Rights Adjudication", in Dispute Resolution Journal, Vol. 53, Issue 2: 53, 1998.

PHILLIPS, F. Peter. "ADR and Human Rights: A Match?", on-line: < https://www.businessconflictmanagement.com/blog/2009/05/adr-and-human-rights-a-match/>.

PIERIK, Roland. Globalization and Global Governance: A Conceptual Analysis. In: HEERE, Wybo. P. (Org.). From Government to Governance: The Growing Impact of Non-State Actors on the International and European Legal System. Cambridge: T.M.C. Asser Press, 2004. pp. 454-462.

REES, Caroline. "Mediation in Business-Related Human Rights Disputes : Objections , Opportunities and Challenges", *Corporate Social Responsibility Initiative* Working Paper No. 56. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2010.

RUGGIE, John. Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights, (Geneva: United Nations, 7 April 2008), A/HRC/8/5, 20 Sept 2009, on-line: <http://www.businesshumanrights.org/SpecialRepPortal/Home/ReportstoUNHumanRightsCouncil/2008>.

RUIZ, José Juste. El régimen internacional para combatir el cambio climático en la encrucijada, In: CARNERO, Rosa Giles (Coord.). *Cambio climático, energía y derecho internacional: perspctivas de futuro*. Navarra: Aranzadi. 2012. pp. 37-49.

RUIZ, José Juste; DAUDI, Mireya Castillo. *La protección del médio ambiente en ámbito internacional y enlaunión europea*. Valência: Tirant lo Blanch, 2014.

STRUM, Susan; GADLIN, Howard. "Conflict Resolution and Systemic Change", in Journal of Dispute Resolution 1, 2007.

ZERK, Jennifer. "Corporate liability for gross human rights abuses. Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies", A report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights, on-line: < https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticeLawRemedies.pdf>.

LA PANDEMIA, LOS CAMBIOS SOCIALES Y LOS CONFLICTOS AMBIENTALES: ¿LA MEDIACIÓN EN EL AIRE?

Samira Iasbeck de OLIVEIRA SOARES[66]

66 Mediadora de Conflitos desde 2005, Consultora Jurídica em Meio Ambiente e professora de Direito Ambiental e de Mediação de Conflitos, Reguladora de Serviços Públicos da Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal (Adasa); Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Especialista em Democracia Participativa, República e Movimentos Sociais, pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Mestra em Ciência Ambiental, pela Universidade de São Paulo (USP); Membro Consultora da Comissão Especial de Mediação e Conciliação do Conselho Federal da OAB Gestão 2016-2019. Integrante e cofundadora do Grupo Avançado de Mediadores Institucionais (GAMEI); autora dos Livros "Licença Ambiental: uma contribuição para a concretização do princípio do desenvolvimento sustentável"; "Mediação de Conflitos Ambientais - Um novo caminho para a Governança da Água no Brasil?", "Eduardo e os detetives do ambiente" e "Mediação de Conflitos Ambientais, Governança da Água no Brasil, 2022" . Professora de mediação de conflitos e de direito ambiental; instrutora da Escola de Governo do Distrito Federal- EGOV e professora convidada da Fundação Dom Cabral - FDC. samiraiasbeck@gmail.com

RÉSUMÉ

Cet article vise à relier la pandémie et les conflits environnementaux du point de vue de la médiation en tant que pratique. Tout comme la pandémie nous invite à une forme de coexistence imprégnée de culture de médiation, les conflits environnementaux nous mettent depuis longtemps au défi de vivre dans le respect des différences, de l'altérité, de la collaboration et du dialogue. En plus de la contribution théorique, l'article présente des exemples d'utilisation d'outils et de valeurs de médiation dans des travaux réalisés pendant la pandémie, empêchant les impacts environnementaux négatifs dans la gestion des déchets solides à Brasilia, au Brésil.

MOTS-CLÉS

Conflits environnementaux, Médiation, Pandémie, Coronavirus, Déchets solides

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo relacionar la pandemia y los conflictos ambientales desde la perspectiva de la mediación como una práctica. Al igual que la pandemia nos invita a una forma de convivencia impregnada de la cultura de la mediación, los conflictos ambientales nos interpelan desde hace mucho tiempo a convivir con respeto a la diferencia, la alteridad, la colaboración y el diálogo. Además del aporte teórico, el artículo presenta ejemplos del uso de herramientas y valores de mediación en trabajos realizados durante la pandemia, previniendo impactos negativos ambientales en la gestión de residuos sólidos en Brasilia, Brasil.

PALABRA CLAVE

Conflictos ambientales, Mediación, Pandemia, Coronavirus, Residuos sólidos.

INTRODUCCIÓN.

[390] La propuesta es, en primer lugar, hablar de la pandemia y los cambios sociales que se derivaron de ella. En segundo lugar, se busca señalar las similitudes y diferencias con los conflictos ambientales. Por último, se apunta a destacar las características de la mediación que son adecuadas para enfrentar estas dos situaciones: la pandemia y los conflictos ambientales.

[391] Durante la pandemia, hizo falta resiliencia, colaboración, cuidado del otro y actuar a favor de la vida, conceptos muy importantes para la mediación. Sin embargo, ya no era posible mediar como antes, en salas cerradas y de forma presencial, siguiendo un procedimiento estructurado. Los problemas debían abordarse de manera rápida y preventiva. No pudimos reunir a las partes interesadas ni siquiera trabajar virtualmente en algunos de los problemas que podrían surgir.

[392] La mediación necesitaba reinventarse o el mediador necesitaba reinventarse basándose en lo que la mediación le había enseñado durante décadas. En ese momento, la resiliencia y la creatividad se hacen aún más importantes, no solo para la supervivencia de la humanidad, sino también para realizar cambios en la práctica de los mediadores.

[392] Desde el punto de vista de la práctica, los mediadores son profesionales con una gran capacidad reflexiva y, por lo tanto, utilizan preguntas (y otras herramientas) que pueden cambiar las percepciones de los involucrados en los conflictos.

[393] Después de proporcionar una base conceptual, el artículo invita a conocer los trabajos realizados con los fundamentos y valores de la mediación durante la pandemia en Brasilia, Brasil. Se propone que cada lector del artículo reflexione sobre si la pandemia ha hecho aún más visible la urgencia de difundir el uso de la mediación para resolver conflictos ambientales. ¿Los valores de la mediación de los conflictos ambientales se extenderán entre nosotros como el aire que respiramos?

1. LOS CONFLICTOS AMBIENTALES Y EL CORONAVIRUS: ¡POR UNA NUEVA FORMA DE CONVIVIR!

[394] El comienzo de 2020 estuvo marcado por la propagación del virus SARS-CoV-2019 en todo el mundo. Este nuevo tipo de coronavirus, en 2019, provocó un brote de neumonía en las ciudades chinas de Wuhan, Ezhou y Huanggang, las cuales fueron bloqueadas y cerradas en un intento fallido de evitar su propagación, esto no se logró y tampoco se evitó el creciente número de infectados en todo el mundo.

[395] Ante el avance de la situación, la Organización Mundial de la Salud declaró el estado de pandemia en marzo de 2020.

En Brasil, el primer caso conocido de una persona infectada fue en febrero de 2020, lo que estableció una alerta nacional por la necesidad de medidas sanitarias preventivas

para contener el contagio dentro del país. Con eso, vino la incertidumbre, el miedo, el distanciamiento social y el trabajo a distancia, y la vida cambió de repente.

[396] Fue un cambio drástico y repentino, similar a una guerra que estalla sin previo aviso. Era imposible no reflexionar sobre la pandemia de COVID-19 en todo lo que hacíamos. Ambos fenómenos, la pandemia y los conflictos ambientales, tienen mucho en común: no reconocen las fronteras de los países, no necesitan visas para entrar y provocan la muerte de miles de personas en todo el mundo.

[397] Quizás una diferencia es que los conflictos ambientales pueden compararse con una enfermedad crónica y lenta, mientras que el COVID-19, una enfermedad aguda y rápida (tal vez). Ambos apuntan a nuestra mortalidad, nuestra finitud.

[398] Otra diferencia es que los conflictos ambientales no tienen tanto protagonismo en los medios de comunicación, no tienen la notoriedad del pequeño virus y no son tan fácilmente identificados como tales, a pesar de que las pruebas para el coronavirus aún tienen mucho por mejorar. Por lo tanto, es necesario dedicar más tiempo a describir qué es el conflicto ambiental, cómo se presenta, por qué puede concebirse como una enfermedad crónica, cómo se trata y luego podemos retomar la relación entre este y la pandemia.

[399] Los conflictos ambientales se caracterizan por una tensión permanente entre nuestra forma de vida, orientada hacia el lucro y la producción cada vez mayor, por un lado, y la naturaleza con recursos y capacidad de apoyo limitados, por el otro. En su mayoría, nacen localmente; pero crecen exponencialmente, involucrando varios espacios políticos e intereses diversos, con objetos complejos en disputas difíciles y son impredecibles. Su impacto puede llegar a varios países. No reconocen fronteras (SOARES, 2010).

[400] Quizás uno de los mayores resultados de la tensión entre economía y naturaleza es el cambio climático. Durante las últimas décadas, ha servido como un gran despertar para que cambiemos nuestro estilo de vida, pero no estamos escuchando. No estamos escuchando el aumento del nivel del mar y la posibilidad de que las tierras pobladas desaparezcan bajo el agua; no escuchamos los cambios de temperatura; no escuchamos las inundaciones o sequías que cada año son más intensas; no escuchamos los diques que se rompen y miles de vidas que desaparecen en sus aguas y lodos.

[401] Ah, los conflictos por el agua, un recurso vital, pero tratado con gran abandono. Solo en 2021, los conflictos por el agua en el campo, en Brasil, suman 304 (trescientos cuatro), según la Comissão Pastoral da Terra, que monitorea los conflictos en el campo desde hace décadas (CPT, 2021). Sí, hay miles de vidas en peligro, involucrando a más de cincuenta y seis mil familias en Brasil (CPT, 2021). Nadie vive, planta o crea sin agua. Cuando falta agua, la gente necesita encontrar otra solución, muchos de ellos se mudan de lugar. Sí, estamos hablando de refugiados ambientales, y la gran mayoría busca refugio en los países vecinos.

[402] Los conflictos ambientales no reconocen límites impuestos por los hombres. No existen muros lo suficientemente altos para separar las masas de aire o impedir el avance del mar. No hay vigilancia fronteriza que pueda contener las cenizas de un volcán o los incendios. La humanidad organizó pretenciosamente el mundo a voluntad, el individualismo y la codicia provocaron una explotación ilimitada durante mucho tiempo, pero la naturaleza ya no puede soportar el modo de vida de la humanidad.

[403] ¿Y cómo hacerlo entonces? No es fácil enfrentar un conflicto ambiental, se requiere mucho más que conocimientos técnicos y científicos; leyes, tratados o protocolos no son suficientes. Requiere sensibilidad y diálogo, un cambio en la forma de percibir y estar en el mundo. La humanidad necesita descubrir, y rápidamente, cómo sobrevivir a los grandes desafíos de su existencia, garantizar una forma de vida respetuosa con la naturaleza y los demás seres. Es necesario aprender a convivir, reconocer que somos un solo pueblo, en un solo planeta, solidarizarnos.

[404] La pandemia provocada por el coronavirus nos hizo parar la producción y ralentizar la explotación de los recursos naturales y la contaminación generada. Venecia volvió a ver bancos de peces, el cielo de São Paulo dejó de ser gris, nos sorprendió. La necesidad del distanciamiento social, el estar solos nos hizo apreciar la compañía, la familia, la comunidad, los amigos; nos dio tiempo para reflexionar, sentir y reconocer lo más importante. Reencuadrar muchas palabras. La preocupación por el otro es también preocupación por uno mismo. Hay olas de solidaridad y cooperación entre vecinos y extraños, donaciones de mascarillas, alcohol. Estamos redescubriendo la alteridad. Es posible disminuir, es posible cambiar.

[405] La pandemia, al igual que los conflictos ambientales, nos lleva a la conclusión de que todos somos iguales, todos somos vulnerables, estamos en el mismo barco (planeta) y viviendo con incertidumbres. ¿Y? ¿Puede ser diferente un mediador de conflictos ambientales frente a una pandemia?

2. LA VISIÓN DEL MEDIADOR DE CONFLICTOS: ¿CUÁL ES SU UTILIDAD FRENTE A UNA PANDEMIA?

[406] Proponerse entender la mediación de conflictos como cultura y como práctica de gestión puede resultar sorprendente. Ser mediadora durante casi veinte años me hace pensar que era necesario detenerme y distanciarme de mi trabajo diario para comprender cómo la mediación puede ser útil para otros profesionales en otras funciones. Fue durante la pandemia que sentí y experimenté intensamente cómo mis dotes de mediadora posibilitaron un trabajo importante y obtuvieron el resultado esperado. Hablaré de ellos más adelante; pero es necesario hablar un poco sobre la perspectiva del mediador, las habilidades y la filosofía que nos brinda la mediación para enfrentarnos a la vida.

[407] La mediación es un término polisémico, puede significar un proceso para la resolución de conflictos, como lo prevé la Ley brasileña n.° 13140/2015. En este sentido, la mediación de conflictos es un proceso dialógico en el que el mediador, un tercero imparcial, trabaja la comunicación entre las personas, para que sean ellas

mismas las que decidan cómo resolver el conflicto que están viviendo. Así, la mediación tiene unos principios, unas reglas de procedimiento y éticas, además de la necesaria formación del mediador. La mediación también puede tener un significado más amplio, como una forma de vivir, de percibir el mundo. La cultura de la mediación va más allá del procedimiento. Valores como la convivencia con las diferencias, la resiliencia, el diálogo, el protagonismo, la colaboración y el cuidado del otro, experimentados en la práctica de la mediación de conflictos, se convierten en un aprendizaje difundido en las relaciones de los mediadores. Es desde esta cultura, desde los principios básicos de la mediación, desde los valores que conlleva, que asume este artículo. Pero no solo como algo ideológico o metafísico, sino también como una praxis, una forma de actuar en el mundo (WARAT, 2001; VEZZULLA, 2007; SOARES, 2023).

[408] No es fácil manejar los conflictos, no es fácil manejar los sentimientos, no es fácil relacionar con las personas. Pero el gran desafío fue enfrentar una pandemia, necesitando actuar como regulador del servicio público de manejo de residuos sólidos urbanos en la capital del país. Era necesario actuar, como servidor público, para que este manejo de residuos sólidos no fuera un elemento que intensificara los efectos de la propagación del coronavirus.

[409] ¿Cómo ve y actúa el mediador en el mundo? O, mejor dicho, ¿cómo puede ayudar la mediación en la pandemia?

[410] La mediación de conflictos como cultura y/o filosofía propone el protagonismo de los involucrados en la solución ejecutable de sus propios problemas, ya que servirá a los intereses de quienes realmente se verán directamente impactados por ella. Es decir, creer en las personas y en su capacidad para ser protagonistas de sus propias historias, creer en su autonomía (BUSH & FOLGER, 1996; SIX, 2001; WARAT, 2001; SOARES, 2010).

[411] El mediador es una persona que necesita saber manejar las diferencias, para verlas como algo natural en la vida. La capacidad de manejar los conflictos, tratándolos como algo que es parte de la vida, fuera del pensamiento dicotómico, cartesiano, binario, posibilita una mirada más amplia y aumenta las posibilidades de caminos de tratamiento. El mediador es un tercero, alguien que puede ver más allá de la solución del bien o del mal, de esto o aquello. El mediador va por el tercer camino, trabaja sobre la creatividad y la resiliencia (SIX, 2001; SOARES, 2010).

[412] El conflicto entendido como una tensión entre diferentes fuerzas, un proceso dialógico que permite la comprensión de los involucrados sobre su participación y cómo les gustaría manejar el problema que enfrentan, lo que puede generar innovación social y evolución personal (SOARES, 2010). El uso de herramientas de mediación por parte del gerente, tales como preguntas abiertas, circulares y estratégicas, trabaja para ampliar la visión del gerente, quien, cuando es capaz de llevar a cabo un diálogo articulado y consciente, encuentra soluciones creativas y respetuosas para administrar su equipo, para resolver problemas técnicos o incluso legales. En la mediación se utilizan muchos tipos de preguntas y la construcción de escenarios hipotéticos para reflexionar sobre cómo se llevaría a cabo realmente una posible solución,

anticipándose a los problemas. Es lo que los mediadores llaman "prueba de realidad". El gerente puede utilizar la "prueba de la realidad" para tomar decisiones estratégicas, anticipando posibles problemas, creando alternativas, ahorrando tiempo y recursos financieros (SOARES, 2022).

[413] Ser un profesional colaborador, resiliente, capaz de afrontar situaciones difíciles y crisis con emociones fuertes, reconociendo y valorando a las personas y su trabajo, innovando y creando soluciones diferenciadas. ¿Te imaginas lo que puede hacer un profesional así en una situación de pandemia? Así es el mediador. Veremos algunos ejemplos de su práctica a continuación.

3. LA CULTURA/FILOSOFÍA DE LA MEDIACIÓN EN LA REGULACIÓN DE LA PRESTACIÓN Y UTILIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE LIMPIEZA URBANA Y MANEJO DE RESIDUOS SÓLIDOS DURANTE LA PANDEMIA DE COVID-19 EN LA CAPITAL BRASILEÑA.

[415] Luego de la declaración de pandemia por parte de la OMS en Brasil, los gobiernos de la Unión, estados, Distrito Federal y municipios comenzaron a tomar medidas profilácticas y remediales para contener la propagación de la enfermedad en el territorio nacional. Entre las medidas tomadas por el Gobierno federal, se puede mencionar la publicación de la Ley n.° 13.979, de 6 de febrero de 2020, que dispone las medidas para enfrentar la emergencia de salud pública de trascendencia internacional derivada del nuevo coronavirus, responsable del brote que inició en 2019. Esta ley establece que las medidas previstas, cuando se adopten, deberán salvaguardar el ejercicio y funcionamiento de los servicios públicos y las actividades esenciales, consideradas así, aquellas que son indispensables para satisfacer las necesidades básicas y apremiantes de la sociedad.

[416] Posteriormente, se editaron varios decretos federales y locales, que incidieron en la prestación de servicios públicos de limpieza urbana y gestión de residuos sólidos urbanos, definiendo como esenciales los servicios de recolección y tratamiento de residuos sólidos (Brasil, 2020[1]), prohibiendo eventos que pudieran causar aglomeraciones (Brasil, 2020[2]), determinando la suspensión de las actividades de recolección selectiva y clasificación de residuos sólidos reciclables (Brasil, 2020[3]).

[417] Tales decisiones resultaron relevantes, al considerar los estudios que indicaban la posibilidad de que los residuos sólidos fueran diseminadores de la pandemia, debido a la capacidad de vida prolongada del virus en diferentes tipos de materiales desechados (KAMPF, G. et al. 2020; ABES, 2020).

[418] Al tratarse de un servicio público esencial, las normas regulatorias determinan que el prestador del servicio debe mantener la calidad, regularidad, continuidad y seguridad de los servicios públicos de limpieza urbana y manejo de residuos sólidos incluso en situaciones adversas, como la crisis sanitaria que se asienta en el mundo.

[419] Ante el escenario de pandemia y considerando las posibilidades de contaminación de los usuarios y trabajadores de estos servicios a través del contacto

con los residuos dispuestos para su recolección, fue necesario, por tanto, publicar una norma extraordinaria para el uso y ejecución de la prestación de servicios públicos de limpieza, urbanización y manejo de residuos sólidos, para que este servicio esencial se mantenga con regularidad y con seguridad sanitaria tanto para la población como para sus trabajadores.

[420] Para atender esa necesidad, Adasa - Organismo Regulador de Agua, Energía y Saneamiento Básico del Distrito Federal publicó la Resolución n.° 05, del 14 de abril de 2020, por la que se establecen condiciones excepcionales para la prestación y uso de los servicios públicos de limpieza urbana y manejo de sólidos residuos, mientras dure el período de enfrentamiento a la pandemia del COVID-19. Esta resolución incluye normas que deberán observar los equipos de trabajo durante el manejo de residuos, uso de instalaciones y equipos, así como sobre el uso de este servicio público por parte de los usuarios.

[421] El equipo de reguladores involucrado entendió que se necesitaba un trabajo rápido, creativo y consistente, ya que el virus tiene su "pedagogía cruel" (SANTOS, 2020). Todo el trabajo de investigación, sistematización de datos y seguimiento de fuentes fue posible gracias a una organización diferenciada y una buena gestión del equipo, adecuada para este fin, con el liderazgo de un mediador (ADASA, 2020[1]). El equipo involucrado tuvo que reinventarse en el trabajo remoto y mantuvo su sinergia, parodiando a Santos (2021) "regular sobre la pandemia es regular con la pandemia". Para gestionar y llevar a cabo el trabajo, se necesitaba cultura colaborativa, diálogo, resiliencia y adaptabilidad.

[422] Es importante pensar que la última crisis sanitaria de esta magnitud vivida por Brasil y el mundo, históricamente conocida como Gripe Española, ocurrió hace más de cien años. Así, la falta de preparación para actuar en desastres epidemiológicos de tal magnitud, como el provocado por el nuevo coronavirus, fue un desafío regulatorio, aun sabiendo que el impacto de la pandemia es desigual en los segmentos de la sociedad (SANTOS, 2021).

[423] La actuación del ente regulador en materia de manejo de residuos sólidos resultó en la publicación de la Resolución no. 05, de 14 de abril de 2020, además de campañas publicitarias y de articulación política.

[424] La resolución publicada estableció que el prestador de servicios deberá mantener la calidad, regularidad, continuidad y seguridad en la prestación de los servicios públicos de aseo urbano y manejo de residuos sólidos, durante todo el período de crisis sanitaria y calamidad derivada de la pandemia del COVID-19.

[425] Además de la preocupación por la continuidad del servicio, el prestador de servicios necesitaba adaptarse al nuevo escenario de pandemia, de aislamiento social y cambios en el comportamiento de la sociedad, lo que podría reflejarse en la generación de residuos.

[426] Estudios publicados al inicio de la pandemia estimaban un aumento en la producción de residuos domiciliarios entre un 15% y un 25% (ABRELPE, 2020). Por lo

tanto, la Agencia de Medio Ambiente de Portugal y la Entidad Reguladora de los Servicios de Agua y Residuos recomendaron aumentar la frecuencia de recolección, preferiblemente diaria.

[427] La norma se elaboró pensando siempre en una cierta flexibilidad para adaptarse a lo que, por más que se investigara, era de tal incertidumbre que se necesitaba una norma elástica con lineamientos que permitieran acomodación en la ejecución del servicio. Un claro ejemplo de esta adaptabilidad fue cuando la resolución definió que el prestador del servicio debe, en la medida de lo posible, realizar diariamente la recolección convencional de residuos sólidos domiciliarios en los lugares de mayor generación.

[428] Sin embargo, el perfil de generación de residuos sólidos provenientes de la recolección convencional en el Distrito Federal no cambió significativamente a lo largo de 2020, en comparación con 2019, y no fue necesario aumentar la frecuencia de la recolección convencional ni mayores esfuerzos por parte del prestador del servicio para mantener la regularidad y calidad de los servicios. La norma estaba preparada y lista para esta situación (SOARES, et al, 2021).

[429] En el ámbito de las acciones articuladas de varias instituciones locales, la Secretaría de Medio Ambiente, el Instituto Brasília Sustentável- IBRAM, ADASA y el Serviço de Limpeza Urbana - SLU lograron ampliar la difusión de las medidas de seguridad sanitaria previstas en la resolución, a toda la población, con lenguaje accesible y comunicación directa y práctica, a través de la campaña "Continue Acertando", que buscó fortalecer el manejo adecuado de los residuos por parte de la población en sus hogares, incentivó el mantenimiento de buenos hábitos de reducción, reutilización y reciclaje, permitió el aprendizaje de nuevas costumbres e impulsó el mantenimiento de hábitos de separación de residuos, para que, cuando regrese la recogida selectiva, no se produzca una disminución de la participación de la población en esta práctica.

[430] Los textos elaborados para la campaña fueron escritos en un lenguaje neutro o positivo, con el cuidado de brindar apertura y escucha al público, facilitando la recepción de las nuevas medidas necesarias a ser adoptadas por la población. Una comunicación impregnada de mediación permitió que el trabajo de las cuatro instituciones llegara a la gente, con respeto y preocupación de que la palabra utilizada pudiera llevar el significado de la campaña misma, valorando acciones positivas en la separación de residuos dentro del Distrito Federal, reduciendo resistencias y mejorando la imagen de los entes involucrados (BRASIL. GDF, 2020²). Se prepararon videos y se pusieron a disposición en YouTube, los cuales enseñaron, por ejemplo, cómo desechar adecuadamente los desechos como máscaras y guantes desechables y los desechos contaminados[67].

[431] Además de la resolución y la campaña "Continue Acertando", se ha impartido formación específica sobre herramientas de mediación de conflictos. En Brasilia, hay un trabajo de movilización de la comunidad para la recolección selectiva, en el que

67 https://sema.df.gov.br/continue-acertando/ acceso en 24/01/2023. https://www.youtube.com/watch?v=zTs3UEtcz-A&t=4s acceso en 24/01/2023.

profesionales de la limpieza pública van de puerta en puerta para hablar a los vecinos sobre la importancia de separar sus residuos y disponerlos correctamente. Durante la pandemia del COVID-19, la recolección selectiva estuvo suspendida durante parte de 2020, al igual que el trabajo de los movilizadores.

[432] Cuando retornó la prestación del servicio público, fue necesario brindar apoyo a los movilizadores para que pudieran regresar a sus labores, ante el temor, no solo del virus, sino de cómo serían recibidos por los vecinos. La contribución de la mediación de conflictos sería ofrecer recursos de comunicación para que la interacción de las personas fuera lo mejor posible, previniendo problemas y alcanzando el objetivo del trabajo (BRASIL. GDF, 2020[2]).

[433] Para esta capacitación se utilizaron técnicas de mediación para establecer la metodología de trabajo y en encuentros virtuales, entre ellas: cambio de roles, reencuadre del lenguaje, preguntas estratégicas y circulares, además de escucha activa/empática y síntesis y reencuadre (DIEZ & TAPIA, 2006).

[434] El uso de técnicas de mediación permitió el reconocimiento y valoración del trabajo del equipo de movilización, fomentando o profundizando los saberes técnicos que involucran la recogida selectiva (asumiendo un rol protagónico en su propio proceso de aprendizaje) y el ejercicio de la empatía en las interacciones con la población.

CONCLUSIONES

[435] La magnitud de la pandemia del coronavirus y la naturaleza de los conflictos ambientales tienen mucho en común. Ambos promueven una gran reflexión sobre nuestra forma de vida, ambos abruman y ponen en riesgo a la humanidad. Y ambos, cuando se entienden y manejan con herramientas de cultura y mediación, permiten la resiliencia de nuestra civilización.

[436] El uso aquí demostrado de la filosofía y herramientas de la mediación durante la pandemia y fuera de un proceso estructurado demuestra la eficiencia de los procesos y la capacidad de los mediadores profesionales de ir mucho más allá de su función entre cuatro paredes.

[437] La organización del ente regulador permitió el desarrollo rápido, flexible y adaptable de una norma reguladora sobre las condiciones excepcionales para la prestación y uso de los servicios públicos de aseo urbano y manejo de residuos sólidos a raíz de la pandemia del COVID-19, con un mediador en su equipo de reguladores.

[438] El escenario de incertidumbre y gran peligro para la salud pública se afrontó con trabajo regulatorio consistente basado en el trabajo científico y la investigación. Pero solo el trabajo técnico no sería suficiente sin la capacidad de gestionar un equipo motivado y colaborador que trabajara incansablemente en una situación tan caótica y diferente como el teletrabajo, incluso sobre incertidumbres tan grandes sobre el futuro.

[439] Además, el reglamento fue elaborado con el fin de ser flexible y adaptable a los escenarios que se presentaran, y con la rigidez necesaria en cuanto a los límites que debe cumplir el prestador del servicio público; De hecho, la Resolución ADASA n.° 05/2020 logró mantener la regularidad de la prestación del servicio, sin ningún problema significativo relacionado con el manejo de los residuos sólidos y limpieza urbana.

[440] El monitoreo de las fuentes de investigación sobre un posible cambio de rumbo y la inspección reglamentaria demostraron que la norma, que se evaluaba constantemente, se ajustaba a la realidad, sin necesidad de cambio o incidente que revelara lo contrario. Por lo tanto, la vigencia de la resolución y su aplicabilidad, sin necesidad de alteración y con la regular prestación del servicio público, demuestra que, aun en condiciones excepcionales, la acción normativa puede presentarse con calidad, garantizando la seguridad jurídica del sector. Además, la estabilidad normativa se debía únicamente a la claridad, apertura y flexibilidad del lenguaje utilizado en la norma.

[441] Asimismo, el uso de herramientas de mediación en la "Campanha Continue Acertando" y en la capacitación del equipo de movilización, reforzó la implementación de una gestión eficiente y eficaz de los residuos sólidos mientras la crisis de la pandemia. De esta forma, en ese momento y para la mirada del mediador, la mediación estaba en el aire y fuera de las paredes de su oficina. Ya nada será como antes.

[442] Queda por ver ahora, ¿aprender a vivir en la pandemia nos hará mirar los conflictos ambientales con el objetivo de una convivencia armoniosa entre nosotros y con el medio ambiente?

[443] De cada uno de nosotros, especialmente los mediadores, depende llevar los valores de la mediación de conflictos ambientales a nuestra forma de actuar cotidiana para que esté entre nosotros como el aire que respiramos. Así como lo hizo el mediador en Brasilia actuando como un regulador o gestor, durante la pandemia hizo vivir los valores de la mediación en su trabajo con la naturalidad del aire que respiraba.

[444] Con el tiempo, la humanidad contestará las preguntas del artículo. La esperanza es que muchos acepten la invitación de la mediación y sus valores para que los cambios sociales sean permeados por solidaridad, creatividad, resiliencia, colaboración, diálogo y alteridad. Por ahora, seguimos trabajando para ser el cambio que queremos ver en el mundo.

BIBLIOGRAFÍA

ABES - Associação Brasileira de Engenharia Sanitária. Recomendações para a Gestão de Resíduos e Situação de Pandemia por Coronavírus (COVID-19), marzo de 2020, en línea: http://abes-dn.org.br/?p=33224.

ABRELPE - Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais. (2020). Recomendações para a Gestão de Resíduos Sólidos Durante a Pandemia de Coronavírus (COVID-19), 20 de março de 2020, en línea: https://

www.cnm.org.br/cms/images/stories/comunicacao_novo/links/RecomendacoesABRELPE_COVID19_23mar.pdf.

ADASA - Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal. (2020¹). Nota Técnica n.º 04, de 09 de abril de 2020.

ADASA. Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal. (2020²). Resolução nº 05, de 14 de abril de 2020. Estabelece condições excepcionais de prestação e utilização dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos do Distrito Federal, enquanto durar o estado de emergência na saúde pública do Distrito Federal ou de calamidade pública em decorrência da pandemia da COVID-19, en línea: https://www.adasa.df.gov.br/images/storage/legislacao/Res_ADASA/2020/RESOLUCAO_N_05_DE_14_DE_ABRIL_DE_2020.pdf

ADASA - Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal. (2020³). - Despacho - ADASA/SRS/COFR, nº SEI 40727856, Brasília, 2020.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, en línea: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm.

BRASIL. Distrito Federal. Decreto Distrital nº 41.536, DE 1° DE DEZEMBRO DE 2020. Dispõe sobre os procedimentos de registro e apuração de casos de assédio moral ou sexual no ambiente de trabalho dos órgãos e entidades do Governo do Distrito Federal, en línea: http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/7c13a8f3346d4c23939e5aca0aeb7151/exec_dec_41536_2020.html#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2041.536%2C%20DE%201,do%20Governo%20do%20Distrito%20Federal.

BRASIL. GDF. Processo Administrativo SEI no. 00094-00004492/2020-26 . Serviço de Limpeza Urbana – SLU. 2020¹. Solicitação de colaboração institucional para aplicar a Mediação de Conflitos na Capacitação das Equipes de Mobilização para a Coleta Seletiva.

BRASIL. GDF. Processo Administrativo SEI no.00393-00000431/2020-89. Secretaria de Meio Ambiente – SEMA. 2020². "Continue Acertando - Reduza, Reaproveite, Recicle e Continue Acertando na Gestão dos seus Resíduos".

BRASIL. (2020¹). Decreto Federal nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamenta a Lei nº 13.979/ 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais, en línea: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10282.htm.

BRASIL. (2020²). Decreto Distrital nº 40.509, de 11 de março de 2020, dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo Coronavírus, e dá outras providências, en línea: https://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/ad0fae78af5f4e50b46c7357b7ee8597/Decreto_40509_11_03_2020.html#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2040.509%2C

%20DE%2011%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%202020&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20medidas%20para,coronav%C3%ADrus%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.

BRASIL. (2020[3]). Decreto Distrital nº 40.548, de 20 de março de 2020, dispõe sobre a suspensão dos serviços de coleta seletiva, triagem de resíduos recicláveis e compostagem no âmbito do Distrito Federal, en línea: https://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/0d2da99f97f047cfb567d3509a835e7e/Decreto_40548_20_03_2020.html.

BRASIL. (2020[4]). Decreto Distrital nº 40.583, de 01 de abril de 2020, dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo Coronavírus, en línea: https://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/e1aaf0ba1c0948d1aebcda7454c4a097/Decreto_40583_01_04_2020.html#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2040.583%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20ABRIL%20DE%202020%20(*)&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20medidas%20para,internacional%20decorrente%20do%20novo%20coronav%C3%ADrus.

BUSH, Robert Baruch y FOLGER, Joseph P. La Promessa de mediación: como afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de lo otros. Buenos Aires: Granica, 1996.

CPT, Comissão Pastoral da Terra. Listagem de Conflitos pela Água (2021) en línea: https://www.cptnacional.org.br/downlods?task=download.send&id=14255&catid=6&m=0

DIEZ, Francisco y TAPIA, Gachi. Herramientas para trabajar en mediación, Buenos Aires: Paidós, 2006.

ESA - The Environmental Services Association. (2020). ESA Welcomes 'Key Worker' Status for Waste Industry in Face of Coronavirus, 23 de março de 2020, Disponível em: https://waste-management-world.com/a/esa-welcomes-key-worker-status-for-waste-industry-in-face-of-coronavirus. Acesso em: 03/04/2020.

FEIL, Alex. Abertura da Mesa de Diálogo, Mesa de Diálogo- Diferentes Formas de aplicação da mediação e suas ferramentas dentro da Administração Pública, Curso de Formação de Mediadores para a Administração Pública, Escola de Governo do Distrito Federal, 2018.

KAMPF, G. et al. (2020). Persistence of coronaviruses on inanimate surfaces and their inactivation with biocidal agents. Journal of Hospital Infection, 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: https://www.journalofhospitalinfection.com/article/S0195-6701(20)30046-3/fulltext. Acesso em: 09/04/2020.

OMS – Organização Mundial da Saúde. (2020). Coronavirus disease (COVID-19), 9 de março de 2020, Disponível em: https://www.who.int/news-room/q-a-detail/q-a-coronaviruses. Acesso em: 03/04/2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A Cruel Pedagogia do Vírus. Coimbra: Edições Almedina, 2020. 32p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O futuro começa agora: da pandemia à utopia. Editora Boitempo, 2021. 432p.

SIX, Jean-François. Dinâmica da Mediação. Tradução de Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. Mediação de Conflitos Ambientais - Um novo caminho para a Governança da ÁGUA no Brasil?. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira y CAMPOS, César Augusto Cunha. Conciliar é legal? In: FREITAS, Vladimir de Passos Freitas. Juízes e Judiciário: história, casos e vidas, Curitiba: IBRAJUS, 2012.

SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira; et al. Regulando o impensável: a prestação e utilização dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos em decorrência da pandemia da covid-19. XII Congresso da ABAR, novembro de 2021.

SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. Mediação de Conflitos Ambientais - A Governança da ÁGUA no Brasil. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2022[1].

SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. Mediação de Conflitos como mecanismo de gestão institucional. En: PALMA, Luis María; BALLARINI, Luciano Alberto. Gestión judicial: ayer, hoy y siempre En memoria de Pelayo Ariel Labrada. 1a ed - Rosario: E-Justicia Latinoamérica, 2022[2], p. 159 – 166, en línea: https://ejusticialatinoamerica.wordpress.com/biblioteca-digital/publicaciones/gestion-judicial-libro-digital-en-memoria-pelayo-ariel-labrada/.

VEZZULLA, Juan Carlos. ¿Qué mediador soy yo?. Revista La Trama, v. 23, 2007.

WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador, Vol.I. Florianópolis: Habitus, 2001.

GESTION DES CONFLITS AGRO-PASTORAUX ET PRÉSERVATION DE LA BIODIVERSITÉ : QUELLE PLACE POUR LA MÉDIATION ENVIRONNEMENTALE DANS LA COMMUNE DE BASSILA (BÉNIN)?

Raoul Taofick FOUSSENI[68]

68 Docteur en sociologie, Maître de conférences contractuel à la Faculté des sciences sociales de l'Université de Strasbourg. tfousseni@unistra.fr

RÉSUMÉ

Cet article analyse la place de la médiation dans la gestion des conflits liés à l'accès aux ressources agro-pastorales entre les éleveurs de bovins et les agriculteurs dans la commune de Bassila au Bénin. Il s'appuie sur 30 entretiens semi-directifs réalisés entre juin 2021 et décembre 2022 auprès d'acteurs locaux. Si le mode de règlement déployé par les comités locaux de gestion de la transhumance mis en place par les pouvoirs publics s'apparente à la médiation, cette dernière est mobilisée de façon curative, montrant ainsi une conception tronquée de la médiation environnementale. Toutefois, la pacification des rapports sociaux doit reposer sur un usage préventif de cette médiation dans laquelle la neutralité peut être assouplie, pour favoriser l'élaboration collective de règles d'accès, de consommation et de préservation d'un « bien commun » qu'est la biodiversité. Si elle peut être conçue comme un système de régulation politique, la médiation doit également promouvoir l'intégration sociale et territoriale des éleveurs peul, grâce aux interactions quotidiennes avec les populations locales.

MOTS-CLÉS

Conflits agro-pastoraux; médiation environnementale; biodiversité; régulation politique; Bassila.

ABSTRACT

This article analyzes the role of mediation in the management of conflicts related to access to agro-pastoral resources between cattle breeders and farmers in the commune of Bassila in Benin. It is based on 30 semi-structured interviews conducted between June 2021 and December 2022 with local actors. While the method of settlement deployed by the local transhumance management committees set up by the public authorities is similar to mediation, the latter is mobilized in a curative manner, thus showing a truncated conception of environmental mediation. However, the pacification of social relations must be based on a preventive use of this mediation, in which neutrality can be relaxed, in order to encourage the collective elaboration of rules of access, consumption and preservation of a « common good » that is biodiversity. If it can be conceived as a system of political regulation, mediation must also promote the social and territorial integration of Fulani herders through daily interactions with local populations.

KEYWORDS

Agro-pastoral conflicts; environmental mediation; biodiversity; political regulation; Bassila.

INTRODUCTION

[445] Le terme de médiation connaît de plus en plus un succès fulgurant en réponse aux effets pervers de la juridisation et de la judiciarisation de la société moderne. En effet, l'intervention accrue de l'État dans la régulation des rapports sociaux par le droit positif montre ses limites dans la restauration sociale. Les règles de droit sont trop formelles et inadaptées à l'évolution des sociétés actuelles, en raison de la complexité et de la diversité des rapports sociaux (GUILLAUME-HOFNUNG, cité par BEN MRAD, 2002). Si elles permettent de rendre une décision en désignant une victime et un coupable le plus souvent sanctionné, elles occultent les contextes sociaux, culturels et politiques de commission de l'infraction. De ce fait, elles échouent souvent à établir ou rétablir du lien social entre les acteurs qui peuvent pourtant partager un environnement commun. Selon Fathi Ben Marad, la justice a un caractère universel et étatique alors que la médiation requiert des principes d'action particulariste, en traitant les situations conflictuelles sans occulter les contextes où elles se produisent. Si « la justice se rend, la médiation se prend, s'approprie », (GUILLAUME-HOFNUNG, cité par BEN MRAD, 2002, *op. cit*. p.16). Dans ces conditions, le recours à la médiation sonne comme une alternative au règlement judiciaire.

[446] Toutefois, la médiation peut très vite apparaître comme un concept fourre-tout, mobilisé parfois pour légitimer ou redorer le blason de certaines pratiques institutionnelles ou privées, dans tous les domaines de l'activité humaine. En France, par exemple, on observe depuis les années 1990 la multiplication des activités labellisées médiation sociale, dans le cadre du programme « Nouveaux services nouveaux emplois » lancé par le ministère de l'Emploi et de la Solidarité en 1997 (de MAILLARD, 2005). Ce programme ministériel vise un double objectif. Il s'agit, d'une part, de développer des initiatives de rétablissement du lien social et d'abaissement des tensions dans les communes, les transports urbains, dans les logements sociaux, etc. et, d'autre part, de créer de nouveaux emplois. Pour Jacques de Maillard (de MAILLARD, 2005), ces nouvelles fonctions sont à l'intersection entre une logique de sécurisation et une logique économique. Dans ce cadre, l'expérience des « grands frères » (ROCHICCIOLI, 1995), incarnés par des jeunes issus de banlieues, patrouillant dans les lignes sensibles de la Régie autonome de transports parisiens (RATP), vise à apaiser, par le dialogue, les tensions entre les machinistes et les usagers, même si ces pratiques sont souvent en décalage avec les principes de la médiation. Ainsi, apparaît-il que la médiation est utilisée pour désigner indistinctement des expériences relevant de la conciliation, de la transaction et même de l'arbitrage (BEN MARAD, 2002, p. 37). Or, elle renvoie à « un processus le plus souvent formel par lequel un tiers neutre tente, à travers la conduite d'une réunion, de permettre aux parties de confronter leurs points de vue et de rechercher avec son aide une solution aux litiges qui les opposent » (BONAFÉ-SCHMITT, 1992, p. 17). De façon plus large, la médiation apparaît comme un mode de gestion de la vie sociale (GUILLAUME-OFNUNG, 1995, p.74), et ne se limite pas à la résolution des conflits. Elle permet *in fine* de faire naître ou renaître des relations sociales (SIX, 1990).

[447] Si la fonction d'instauration ou de restauration du lien social dévolue à la médiation ne semble rencontrer aucune aporie, comment peut-elle servir de levier à la pacification des rapports sociaux dans le domaine de l'environnement, en ce qui

concerne spécifiquement la biodiversité ? Même si la médiation environnementale est encore peu développée dans beaucoup de pays, comme l'exemple de la France où elle n'a « ni d'existence institutionnelle, elle n'entre pas dans le cadre d'une procédure administrative, ne dispose pas de statut juridique [et]ne fait pas non plus l'objet d'un métier » (ALLAIN, 2005, p.136), comment peut-elle être mobilisée dans le cadre de la gestion des conflits autour de l'accès aux ressources environnementales ? Dans quelle mesure le recours à la médiation peut-elle également favoriser la protection de la biodiversité ?

[448] Pour répondre à ces questionnements, nous avons choisi d'interroger les modes de résolution des conflits impliquant les agriculteurs autochtones et les éleveurs de bovins immigrés dans la commune de Bassila au Bénin. En effet, depuis les années 1990, on observe une modification du paysage rural marqué par deux tendances. D'une part, l'immigration des éleveurs peuls et la pratique de la vaine pâture comme mode principal d'alimentation des troupeaux de bovins. D'autre part, l'accroissement des surfaces emblavées suite à l'intensification de l'agriculture, qui se traduit par une raréfaction d'espace de pâturage et de ressources fourragères. Dans ces conditions, les exploitations agricoles sont exposées à la destruction des troupeaux à l'occasion des transhumances et des pâtures. L'intégration limitée des deux types d'activités rurales et la coexistence difficile entre les immigrés peuls et les autochtones sont dévoilées par des conflits quotidiens souvent violents et mortels. La presse quotidienne fait d'ailleurs état d'affrontements à l'arme blanche, de destruction de biens matériels, d'exploitations agricoles, etc. aboutissant à des pertes régulières en vies humaines parmi les agriculteurs et les éleveurs[69]. Cette situation conflictuelle n'est pas spécifique au Bénin, et s'observe dans l'ensemble des pays de l'Afrique de l'Ouest et notamment du Sahel, au point que la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) parle des conflits agropastoraux comme « nouvelle menace sécuritaire dans la sous-région[70] ».

[449] Cet article repose sur une double hypothèse. D'une part, l'accroissement des conflits entre éleveurs et agriculteurs révèle une mobilisation tronquée de la médiation institutionnalisée dans la gestion des conflits. Celle-ci intervient dans la résolution des conflits agropastoraux, et n'intègre ni leur prévention, ni la protection de la biodiversité. D'autre part, l'efficacité de la médiation environnementale repose sur des initiatives d'origine locale. Pour étudier ces hypothèses, nous avons réalisé des entretiens avec les acteurs des espaces ruraux dans la commune de Bassila (Bénin), notamment dans l'arrondissement de Manigri, en juin 2021, janvier et décembre 2022. Nous avons interrogé des élus locaux, des éleveurs, des agriculteurs, et des chefs traditionnels. Au total 30 entretiens approfondis ont été réalisés. Les informations recueillies par entretien ont été complétées par des observations, à l'occasion de visites d'exploitations agricoles ou de campements d'éleveurs.

[450] Notre réflexion est structurée en deux parties. Dans un premier temps, nous analyserons la complexification des rapports sociaux dans la commune de Bassila,

69 Voir par exemple TV5 du 28 septembre 2021, en ligne : <https://afrique.tv5monde.com/information/benin-conflits-entre-agriculteurs-et-eleveurs>.

70 Propos du représentant spécial du secrétaire général de l'ONU, pour l'Afrique de l'Ouest et le Sahel, Mohamed Ibn Chambas, lors de la conférence de la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) sur le pastoralisme, tenue à Abuja en avril 2018.

consécutivement à la sédentarisation des éleveurs peuls. Dans un second temps, nous verrons que le mode institutionnalisé de gestion des conflits entre éleveurs et agriculteurs, qui s'apparente à la médiation environnementale, intègre très peu les préoccupations des acteurs, et se limite au règlement des conflits. Enfin, nous montrerons comment la mobilisation préventive de la médiation environnementale comme système de régulation politique et moyen d'établissement du lien social, peut être porteuse d'une pacification des rapports sociaux et de préservation de la biodiversité.

1. LES ACTEURS LOCAUX FACE À UNE NOUVELLE RURALITÉ : ENTRE CONSER-VATISME AGRICOLE ET DÉVELOPPEMENT DE L'ÉLEVAGE DE BOVINS

[451] Les études sur les espaces ruraux décrivent une dynamique interne favorisée par l'introduction d'innovations, qu'elles soient techniques, sociales, démographiques ou économiques. Il existe une interdépendance entre ces différents domaines, de sorte qu'un changement dans l'un d'entre eux entraîne la transformation des autres, et produit des effets sur les rapports sociaux et économiques. Cette théorie générale des sociétés rurales développée par Henri Mendras (1967) permet de situer l'apparition des conflits agropastoraux dans la commune de Bassila au tournant des années 1990, comme effet des transformations observées avec l'immigration et la sédentarisation des éleveurs peuls. Cette immigration fait passer progressivement la société rurale homogène, basée sur une agriculture vivrière de subsistance à une société socialement hétérogène avec le développement de l'élevage de grands ruminants.

1.1 D'UNE SOCIÉTÉ AGRICOLE SIMPLE ET HOMOGÈNE À L'AVÈNEMENT DE LA COMMUNAUTÉ DES ÉLEVEURS DE BOVINS

[452] Avant l'immigration peule dans la commune de Bassila, et spécifiquement dans l'arrondissement de Manigri, l'activité agricole était organisée autour de la production de céréales (maïs, sésame, mil, etc.) et de tubercules (igname et manioc) destinée à la subsistance. La composition sociale était homogène, constituée essentiellement du groupe socio-ethnique nagot, originaire d'Ilé Ifè au Nigéria. L'activité agricole était avant tout une affaire familiale. Chaque famille ou collectivité avait une ferme qui regroupait plusieurs ménages dont les chefs étaient des hommes descendant d'un même ancêtre éponyme. Les fermes étaient dirigées par le membre vivant le plus âgé de la collectivité. Celui-ci assurait l'organisation générale des activités agricoles. C'est ce que traduisent les propos d'un agriculteur de 50 ans, non scolarisé :

> Le petit frère de mon père, son grand frère, tout le monde se regroupait pour manger, plusieurs ménages se mettent ensemble pour manger. Nous travaillions ensemble. Quand la saison de défrichage arrive nous nous regroupions pour le faire ensemble, quand le moment de faire du buttage arrive, nous le faisions ensemble, mais chacun désherbait son champ avec l'aide de ses enfants. Nous commencions toujours avec les exploitations du patriarche pour avancer à tour de rôle selon une hiérarchie fondée sur l'âge […]. (entretien du 15 juin 2021).

[453] Le patriarche avait également une fonction de représentation. Il représentait toute la collectivité dans le village, prenait des décisions concernant la vie sociale et économique de la collectivité. Ces décisions concernaient le choix du conjoint, les négociations de la dot, et même l'organisation du mariage.

[454] Cette société rurale simple s'apparente à celle de l'Europe carolingienne que décrit Henri Mendras (*op. cit.*, p.43). La figure du patriarche, tout comme celle du seigneur, imposait une discipline de groupe. Dans l'Europe carolingienne, une relation d'homme à homme liait le seigneur et les agriculteurs qui cultivaient sa terre. De la même manière, le patriarche organisait la distribution des terres du domaine familial à chaque chef de ménage, et définissait le calendrier général de la saison. Toutefois, contrairement au seigneur, c'est plutôt une relation de sang qui liait le patriarche à ses subordonnés. Qu'il soit seigneur ou patriarche, la présence d'un leader était le gage du maintien de la cohésion sociale dans les sociétés rurales. C'est pourquoi, comme on le verra plus loin, la fin du patriarche sonne comme la fin des fermes familiales.

[455] C'est dans ce contexte social et économique que s'observe, au tournant des années 1990, la sédentarisation des éleveurs peuls dans l'arrondissement de Manigri. Il existe plusieurs légendes autour des origines et de l'identité peuls, sur lesquelles nous ne reviendrons pas dans le cadre de cet article. Mais la plupart établissent un lien originel entre le Peul et le pastoralisme (SEYDOU, 2018). Ainsi, les Peuls, encore appelés Fulbe, Halpular, Fulani ou Fellata, selon les pays, sont un groupe socio-ethnique d'éleveurs répandus dans une quinzaine de pays du Sahel et d'Afrique de l'Ouest, jusqu'au Cameroun, en République centrafricaine et au Soudan (SANGARE, 2019). Ce sont des éleveurs transhumants dont un certain nombre se sont sédentarisés face aux contraintes climatiques, environnementales et politiques. Les éleveurs peuls actuellement sédentarisés dans la commune de Bassila, notamment dans l'arrondissement de Manigri sont originaires de la commune de Tchachou dans le département du Borgou.

> Quand nous sommes partis de Tchatchou, nous nous étions d'abord installés à Béterou. Après un certain nombre d'années, il n'y avait plus d'herbe. Normalement quand tu fais trois ans en un lieu avec les bœufs, tu devrais quitter pour chercher d'autres aires de pâturage plus fournies. Quand tu élèves les bœufs, tu dois ne pas rester en un seul endroit, après trois ans l'herbe est pauvre et les insectes prédateurs se développent. Mais aujourd'hui nous nous sédentarisons car nous n'avons plus où aller. Nous sommes ici [à Manigri] depuis environ 30 ans. Nos enfants (doigtant, une fille étudiante à l'Université de Parakou, 26 ans), sont nés ici, ont été scolarisés et ont obtenu leur baccalauréat ici. (propos d'un chef de campement peul à Manigri, âgé de 52 ans et marié, entretien du 15 juin 2021).

[456] Malgré une homogénéité apparente, il existe de nos jours une différenciation interne au groupe peul. Deux types se retrouvent dans la commune de Bassila. Il s'agit des sédentaires et des transhumants.

[457] Comme le nom l'indique, les transhumants sont des éleveurs peuls sans campement fixe et souvent de passage. La transhumance implique un déplacement

saisonnier et un retour au point de départ. Les Peuls transhumants rencontrés dans la commune de Bassila sont des Mbororo, originaires du Niger ou du Nigéria. Ils sont donc des « étrangers », comparativement aux sédentaires, qui les désignent comme tels. Ils partent de leur pays au gré des saisons et traversent les frontières à la recherche de fourrage et de sources d'abreuvement pour leur bétail. Au Bénin, leurs responsables semblent ériger un campement unique dans le département du Borgou, à l'est de la commune de Bassila, d'où il coordonne les activités des bergers à travers le nord Bénin, traversant régulièrement la commune de Bassila et l'arrondissement de Manigri pour se rendre parfois au nord du Togo.

[458] L'implication des Peuls Mboros dans la violence transfrontalière n'est plus à établir. Des travaux sur leur présence en Afrique centrale, notamment au Cameroun et en République centrafricaine mettent l'accent sur leur participation aux bandes criminelles depuis les années 2000, et notamment dans le bandisme routier, opérant, entre autres, comme coupeurs de route, et preneurs d'otages, (SEIGNOBOS, 2011). Les Peuls sédentaires que nous avons étudiés rapportent d'ailleurs des faits de prise d'otage dont a fait l'objet un membre notable de leur communauté à Manigri. La victime, connue pour son capital économique important, avec un cheptel assez fourni, nous a décrit une scène terroriste en deux temps, conduite par les Peuls Mbororo. D'abord, elle a été menacée d'enlèvement, et ses bourreaux ont réclamé une somme de deux millions de francs CFA, qu'il a dû leur verser. Malgré ce paiement, le notable en question a été enlevé et déporté dans la forêt. Là encore, sa communauté aurait payé de nouveau une rançon de deux millions de francs CFA contre sa libération.

[459] Par opposition aux transhumants Mbororos, les sédentaires sont des Peuls du groupe sociolinguistique Batonou, originaire de Tchachou dans le département du Borgou, au nord du Bénin. Leur transhumance saisonnière s'est arrêtée il y plus d'une trentaine d'années, et leur installation définitive dans la commune de Bassila en général, et dans l'arrondissement de Manigri en particulier date des années 1980. À Manigri, ils y ont érigé une base sociale et économique assez importante autour de leurs campements. Chrétiens de l'Union évangélique du Bénin (UEB), ils pratiquent la monogamie et sont, pour la plupart, locuteurs de la langue locale nagot, et scolarisent leurs enfants. Au cours de nos enquêtes, nous avons rencontré plusieurs jeunes enfants Peuls revenir des écoles primaires et/ou des collèges du village. Ils pratiquent l'élevage de bovins, de petits ruminants et de la volaille, cumulativement à une agriculture vivrière. Les sédentaires ont donc un ancrage territorial. C'est pourquoi les conflits semblent davantage les opposer aux agriculteurs locaux, même si, comme on le verra plus loin, ils ne sont pas toujours propriétaires des bétails impliqués dans la destruction des exploitations agricoles.

1.2 TYPOLOGIE DE CONFLITS ENTRE AGRICULTEURS AUTOCHTONES ET ÉLEVEURS IMMIGRÉS DANS LA COMMUNE DE BASSILA

[460] La notion de conflit doit être entendue ici dans son ambivalence, car elle désigne deux phénomènes souvent confondus, c'est-à-dire une divergence et l'expression en acte de celle-ci par divers moyens coercitifs (THUDEROZ, 2015, p.76). Dans l'arrondissement de Manigri, les conflits sont récurrents entre éleveurs peuls sédentaires et agriculteurs autochtones, et se manifestent sous forme d'oppositions autour de l'accès aux ressources environnementales, débouchant parfois sur des actes

de violences humaines ou animales. Des témoignages lors de nos enquêtes ainsi que la presse nationale et internationale[71] font état d'affrontements récurrents à l'arme blanche entre des bergers et des agriculteurs, débouchant sur des pertes en vies humaines.

[461] On peut établir une typologie des sources de ces conflits. Il en existe deux types : les conflits d'origine agraire et les conflits d'origine hydrique. Ces différents types de conflits trouvent leur origine dans la congruence de deux phénomènes marquant la complexification des sociétés rurales au nord du Bénin. D'une part, les transformations du patriarcat ont entraîné l'éclatement des fermes agricoles familiales. À la fin de la dernière génération de patriarches, décédés dans les années 1990, les fermes familiales se sont éclatées en raison de l'émancipation des chefs de ménages.

> Aujourd'hui on ne s'entend plus comme avant, parce que nos patriarches ne sont plus et chacun s'occupe de ses affaires. Voilà la situation. (propos d'un agriculteur de 52 ans, entretien du 15 juin 2021 à Manigri).

[462] Motivés d'autre part par la rente des noix d'anacardiers introduite à la fin des années 1970, chaque chef de ménage s'est désolidarisé de l'entreprise familiale pour une exploitation propre. À cela s'ajoute la croissance démographique. À titre d'exemple, la population de la commune de Bassila est passée de 71 511 habitants en 2002 à 130 091 en 2013 (INSAE, RGPH4, 2013), soit une croissance de 45 % en onze ans. Dans ces conditions, on observe une extension des exploitations agricoles, avec pour conséquence la raréfaction des aires de pâturage et l'occupation des couloirs de transhumance, s'ils en existent.

[463] Les conflits d'origine hydrique découlent d'une surexploitation et d'une dégradation des cours d'eau. La plupart sont ensablés par le bétail pendant la vaine pâture, et finissent par s'assécher. L'assèchement des cours d'eau, qui plus est dans un contexte de diminution de la pluviométrie, devient une réelle contrainte pour les agriculteurs qui s'y approvisionnent pour leur consommation quotidienne dans les exploitations. Pour faire face à cet accès difficile à l'eau, des initiatives sont développées consistant par exemple à désensabler manuellement des nids de cours d'eau afin de régénérer la ressource. Dès lors, ces sources d'eau artificialisées sont convoitées par le bétail, qui s'en empare pour son abreuvage. On peut comprendre alors que des conflits éclatent autour des sources d'eau et se manifestent de façon violente et même dramatique.

[464] Toutefois, le type de conflit le plus récurrent est d'origine agraire. Il implique fréquemment des agriculteurs et des éleveurs dès lors que le bétail saccage les exploitations champêtres. Pour les agriculteurs de la ferme kpakpaliki[72], la destruction des champs par les bœufs est le principal fléau qui menace l'agriculture dans la commune de Bassila.

---

71 « Bénin : une bagarre entre éleveur et agriculteur vire à un affrontement communautaire meurtrier », publié le 15 juin 2020 par France24, en ligne : <https://observers.france24.com/fr/20200615-benin-peul-mokole-affrontement-communautaire-transhumance-malanville-nord>.

72 C'est l'une des rares fermes qui résistent à l'éclatement. Mais le mode d'organisation a été complètement modifié, chaque chef de ménage possède son exploitation et s'en occupe, contrairement à une collectivisation des moyens de production qui caractérisait les fermes sous le patriarcat.

> Les activités champêtres marchaient bien avant, mais maintenant ça ne marche plus. Ce sont les bœufs qui détruisent nos champs, la nuit, le jour. Nous souffrons au Bénin, contrairement au Togo. Vous voyez que les produits vivriers sont importés du Togo. Parmi nous ici (une foule) peu de personnes arrivent à récolter le maïs que nous semons pourtant, les bœufs ont tout détruit, il n'y a pas de champs qui ne soient détruits par les bœufs. Dans ces conditions n'est-on pas découragé ? Si tu vas emprunter de l'argent pour lancer une exploitation, ce sont les bœufs qui vont tout détruire. Même si tu fournis tes propres efforts pour mettre en place une exploitation, ce sont les bœufs qui vont tout détruire. On a tout essayé et nous ne savons plus quoi faire. (propos du patriarche de la ferme, âgé de 84 ans, entretien du 15 juin 2021).

[465] Face à cette situation, les réactions des agriculteurs sont incontrôlables. Leur premier réflexe est d'identifier le propriétaire du bétail ayant endommagé leurs exploitations. Mais cela n'est possible qu'en cas de flagrant délit, où le berger permet de remonter au propriétaire du bétail. Dans ce dernier cas, la réaction de l'agriculteur peut être violente en raison de la colère accumulée contre les Peuls pour des faits antérieurs similaires dont les auteurs n'ont pas pu être identifiés. Ainsi, certains agriculteurs interpellent violemment les bergers, déclenchant ainsi des affrontements parfois à l'arme blanche. Selon les agriculteurs les Peuls auraient un usage facile des armes blanches dont ils se servent pendant les pâtures. Des agressions de bétail à l'arme blanche ou par des fusils de chasse par des agriculteurs sont aussi observées, comme réponse au saccage des exploitations.

[466] Si ces conflits persistent, c'est leur mode de gestion qu'il faut interroger. Quels sont-ils et dans quelle mesure sont-ils susceptibles de pacifier les rapports sociaux entre les deux groupes d'acteurs partageant le même espace rural ? Comment la médiation peut-elle être mobilisée pour restaurer à la fois la paix sociale et la biodiversité ? C'est ce que nous verrons dans la deuxième partie de cet article.

2. LA MÉDIATION ENVIRONNEMENTALE : UNE SOLUTION À LA GESTION DES CONFLITS ET LA PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ ?

[467] Nous avons vu plus haut que les conflits opposant agriculteurs et éleveurs trouvent leurs origines dans les difficultés d'accès et de consommation de la biodiversité. Puisque ces conflits concernent les problématiques environnementales et d'aménagement du territoire, la médiation environnementale apparaît comme un outil de leur résolution. Elle peut être définie comme « un processus visant à instaurer un dialogue entre des institutions, des groupes d'intérêts ou des individus concernés par des problèmes environnementaux (gestion, valorisation, appropriation ou protection de ressources naturelles, de paysages, d'espèces ou de milieux) et/ou à rechercher des accords satisfaisants pour tous. Elle s'opère grâce à l'intervention d'un tiers extérieur, le médiateur, qui ne prend pas position sur le fond et ne tente pas d'influencer le résultat, dont la seule fonction est de faciliter les conditions d'un échange constructif » (FAGET, 2010, p.164). Toutefois, les pratiques observées dans le cadre de la gestion des conflits agropastoraux dans la commune de Bassila sont diverses, et parfois éloignées des principes même de la médiation.

2.1. LA CONCEPTION TRONQUÉE D'UNE MÉDIATION INSTITUTIONNALISÉE : L'AGENCE NATIONALE DE GESTION DE LA TRANSHUMANCE (ANGT)

[468] La mise en place d'un mode institutionnalisé de résolution des conflits agropastoraux est récente au Bénin. Elle est matérialisée par la loi n° 2018-20 du 23 avril 2019 portant code pastoral en République du Bénin. Apparue comme une alternative au recours à la justice, cette loi crée l'Agence nationale de gestion de la transhumance (ANGT). La gestion des conflits agropastoraux incombe désormais à l'ANGT et ses organes décentralisés à trois échelles. Il s'agit des comités villageois, des comités d'arrondissement et des comités communaux. Ainsi, les conflits doivent être traités selon une hiérarchie institutionnelle allant du village à la commune.

[469] Ce nouveau mode de gestion contraste avec le recours individuel à la police ou à la gendarmerie. Auparavant, les agriculteurs saisissaient directement la police de l'arrondissement dans le cadre d'une procédure judiciaire. Le protocole mis en place consistait à faire établir le constat de dommages causés aux agriculteurs par les services du Centre d'action régionale pour le développement rural (CARDER), une expertise à la charge de l'agriculteur et de l'éleveur en conflit. Au cours de nos enquêtes, les deux groupes d'acteurs, éleveurs et agriculteurs, ont dénoncé les tracasseries liées à ce protocole qui apparaissait à la fin très coûteux pour plusieurs raisons. D'abord, dans la plupart des cas, les dépenses engagées dépassent largement la valeur du préjudice et le montant de l'indemnisation du paysan, le cas échéant :

> […] Quand tu vas à la gendarmerie, tu risques de te faire saisir ta moto et rentrer à pied. Avant ton arrivée les Peuls sont déjà allés soudoyer les gendarmes avec 30 000 milles. Mais il faut que les instances publiques comme le CARDER viennent faire le constat. Avant que le CARDER se déplace il faudrait déjà verser 50 000fcfa. Moi finalement ils m'ont donné 25 000fcfa tout en suppliant. (propos d'un agriculteur de 25 ans, entretien du 16 juin 2021).

[470] Ensuite, il existe un sentiment de défiance prononcé chez les agriculteurs vis-à-vis de l'administration publique, représentée ici par la police, la gendarmerie ou le CARDER. Selon eux, les éleveurs propriétaires de bétails impliqués dans la destruction des exploitations agricoles accourent vers la police ou la gendarmerie[73] pour les soudoyer. Ainsi, la police ne donne pas suite au constat du CARDER, et les victimes présumées ne sont pas dédommagées. Dans ces conditions, les agriculteurs prennent des initiatives individuelles qui amplifient les conflits. Trois types de réactions sont observées. Il y a d'abord la protection de l'exploitation. Dès lors que l'agriculteur observe un mouvement de bétail en direction de son exploitation, il se met en opposition en chassant les animaux et en les dispersant. Le deuxième type de réaction consiste en un recueil d'éléments de preuve de la destruction. Cela peut consister à appréhender le berger, ou à saisir son matériel, ainsi que ses effets personnels. L'objectif est de le conduire auprès des autorités locales afin d'identifier formellement le propriétaire du bétail. Cette attitude ferait suite à des faits de saccage non élucidés faute d'identification du bétail impliqué. La troisième réaction est la plus violente et consiste en l'agression physique du berger ou du bétail. Elle peut aboutir à des

73 Ces deux institutions sont fusionnées depuis 2017. On parle désormais de la Police républicaine.

blessures graves ou à l'abattage d'animaux. Ce type de réaction débouche parfois sur des affrontements communautaires, dès lors que le berger fait recours à l'usage d'une arme blanche en riposte à son agression physique.

[471] Il apparaît ainsi que les pratiques de gestion antérieures par les institutions publiques ont contribué à dégrader les rapports entre éleveurs et agriculteurs. Elles ont entraîné des tensions auxquelles les différentes frustrations des agriculteurs ont fait le lit.

[472] Pour améliorer cette situation, le gouvernement du Bénin a fait le choix d'une gestion locale par les acteurs et pour les acteurs. Des comités de gestion de la transhumance sont donc mis en place au niveau de chaque village de l'arrondissement de Manigri. Chaque comité est composé d'un élu, d'un représentant des agriculteurs et d'un représentant des éleveurs. Son rôle est de traiter les conflits au niveau local. Lorsqu'il est saisi par un acteur, en général des agriculteurs dont les exploitations sont saccagées par le bétail, le comité se déplace avec les protagonistes pour établir un constat. Lorsque le saccage est avéré, le comité évalue les dégâts et fait dédommager la victime par le propriétaire du bétail. Dans beaucoup de cas, les agriculteurs saisissent directement le représentant des Peuls des campements les plus proches de leurs exploitations, sans passer par les comités de gestion mis en place au niveau local :

> En tant que responsable du campement des Peuls, c'est moi qui représente tous les éleveurs confrontés à ces problèmes. On me délègue pour aller supplier les agriculteurs. Nous avons mis sur pied un comité composé d'éleveurs et d'agriculteurs. Lorsqu'un agriculteur se plaint chez le délégué, celui-ci appelle le comité qui va faire le constat. En fonction du dommage causé le montant du dédommagement est fixé. Le montant varie de 10 à 200 000 fcfa. (Propos d'un responsable de campement peul, entretien du 16 juin 2021).

[473] En cas de non-satisfaction de l'une des parties, le comité d'arrondissement peut être saisi. Pour les acteurs, notamment les éleveurs, cette gestion locale semble plus efficace, et aboutit souvent à des accords.

[474] Toutefois, si cette démarche s'apparente à la médiation environnementale, elle s'en éloigne également au regard des principes mêmes de la médiation. D'abord, le comité de gestion peut apparaître comme un tiers qui n'est pas directement impliqué dans le conflit, mais il est composé d'éleveurs et d'agriculteurs susceptibles de prendre parti pour leurs congénères. Ensuite, des membres des comités peuvent aussi être directement et individuellement concernés par le conflit. C'est le cas par exemple lorsqu'un Peul membre du comité est propriétaire d'un bétail impliqué dans la destruction d'une exploitation champêtre. Cela s'est d'ailleurs produit, et le Peul responsable du bétail –en même temps interlocuteur des agriculteurs dans sa localité– ne s'est pas dénoncé prétextant tout simplement connaître le propriétaire du bétail. Dans ce cas, il cherche à se couvrir et à préserver ses intérêts, plutôt qu'à jouer un rôle de médiateur. L'extériorité et la neutralité du tiers dans la médiation semblent être remises en cause ici. Et les pratiques observées relèvent davantage de la négociation assistée, d'après le sens que donne Hubert Touzard (cité par Le MEHAUTÉ, 2022,

p. 54) à cette notion, en la définissant comme « une situation où des acteurs interdépendants cherchent par la discussion à mettre un terme à un différend, un conflit d'intérêt, ou même un conflit ouvert en élaborant une solution acceptable par tous ».

[475] Par ailleurs, il convient de souligner une gestion curative des conflits par les comités locaux, sans s'intéresser au traitement de leurs facteurs, encore moins à la protection de la biodiversité. Les nombreux exemples de résolutions de conflits agropastoraux que nous avons étudiés n'ont guère fait cas de préoccupation pour la protection de la biodiversité. Or, la médiation, dès lors qu'elle est utilisée de façon préventive, peut contribuer à réduire les conflits et à protéger l'environnement, comme nous le montrerons plus loin. Ces insuffisances relevées font également appel à une réflexion globale sur la notion même de médiation, et la neutralité du tiers dans la médiation environnementale.

2.2 UNE NEUTRALITÉ ASSOUPLIE POUR UNE MÉDIATION TERRITORIALE PROTECTRICE DE LA BIODIVERSITÉ

[476] Les limites relevées aux pratiques de médiation environnementale mises en place dans la commune de Bassila au Bénin ne sont pas spécifiques au cas étudié. Dans beaucoup de situations, le principe de neutralité n'est pas souvent respecté. L'étude de la médiation doit donc intégrer l'hybridité des pratiques, et prendre en compte la distinction établie par Jean-Pierre Bonafé-Schmitt (BONAFÉ-SCHMITT, 1997) entre « instances de médiation » et « actions de médiation ».

[477] En effet, la distinction entre ces deux concepts réside essentiellement dans la possibilité de respecter les principes de la médiation, en raison du mode de recrutement des acteurs, leur statut, leur mode de fonctionnement, et leurs modalités d'intervention. Dans cette perspective, les « instances de médiation » renvoient aux cadres institutionnels où se pratique la médiation selon les principes de neutralité, d'impartialité, d'indépendance et d'autorité du tiers (Le MEHAUTÉ, *op. cit*, p. 69-70). Pour Bonafé-Schmitt (*op. cit.*), ces principes fondent la légitimité du médiateur, aussi bien vis-à-vis des acteurs recourant à leur service que des autres acteurs de la régulation sociale. C'est l'exemple de la médiation judiciaire ou pénale et de la médiation familiale qui sont caractérisées respectivement par une « légitimé déléguée », tirée d'un texte ou d'une autorité judiciaire, et la « légitimité professionnelle » fondée sur des compétences professionnelles.

[478] Quant aux « actions de médiation », elles sont l'œuvre de nombreux professionnels, comme les policiers, les travailleurs sociaux, les concierges d'immeubles, etc. qui interviennent comme tiers dans la gestion d'un conflit pour rétablir la communication. Ils recourent à la médiation dans l'exercice de leur fonction et ne disposent d'autres types de légitimité que celle d'ordre social, c'est-à-dire celle que leur reconnaissent les acteurs en rapport avec la pertinence de leur intervention comme tiers dans un contexte particulier.

[479] Pour autant, ces actions de médiation peuvent produire des effets dans l'établissement ou le rétablissement de la communication et du lien social entre les acteurs en conflit, ou confrontés à un différend. C'est l'exemple des comités de gestion des conflits agropastoraux qui, comme nous l'avons vu plus haut, peuvent manquer de

neutralité, d'impartialité et d'indépendance, mais qui contribuent à apaiser les tensions entre les éleveurs et les agriculteurs. L'absence de neutralité ne doit donc pas être pensée de façon rédhibitoire. C'est ce qu'exprime d'ailleurs, Jean-Eudes Beuret (BEURET, 2006, p. 112) qui propose que la médiation environnementale soit avant tout une « médiation territoriale », qui consiste à « agir au sein d'un processus de concertation plus ou moins formalisé ou à susciter son émergence, pour catalyser la construction d'accords formels ou tacites qui contribuent à une gestion concertée de biens ou d'espaces inscrits dans un territoire, sans en influencer le contenu, cela entre plusieurs acteurs porteurs de demandes divergentes concernant l'utilisation et le devenir des objets concernés ». Pour l'auteur, il s'agit d'une « médiation-passerelle » où la neutralité est assouplie, mais conduite par des personnes issues de jeu d'acteurs, capables de se détacher de leur appartenance pour faciliter le dialogue, sans en déterminer le contenu.

[480] Toutefois, cette « médiation-passerelle » peut davantage être porteuse d'attention à la préservation de la biodiversité dès lors qu'elle émerge des acteurs locaux, capables d'élaborer des règles de gestion collective des ressources territoriales. À Manigri, des initiatives locales se sont développées en dehors des activités des comités installés par l'Agence nationale de la transhumance. Mises en place par l'Association des agriculteurs, ces initiatives visent à élaborer des règles de gestion des ressources naturelles pour prévenir les conflits, en prenant en compte les préoccupations des acteurs ruraux. À l'occasion de la réunion organisée à la maison des jeunes de Manigri en décembre 2022, trois points ont été discutés. Le premier, porté par les agriculteurs, concerne les risques liés à la consommation de produits stupéfiants et de drogues diverses par les bergers. En effet, les chefs de campements peuls recrutent de plus en plus de bergers originaires d'autres territoires pour faire paître leur bétail. Ceux-ci manquent de contrôle sur les animaux dès lors qu'ils sont sous l'effet de ces produits stupéfiants. L'idée est donc d'amener les responsables des campements à porter attention à l'état psychique des bergers. Les deux derniers points regroupent les préoccupations des éleveurs, concernant les couloirs de passage et les points d'abreuvage des troupeaux. Les éleveurs peuls appellent l'attention des agriculteurs sur la nécessité de respecter les couloirs de passage, espaces délimités pour la circulation du bétail des campements vers les aires de pâturage et d'abreuvage, afin de préserver les exploitations agricoles. Il s'agit également d'obtenir l'arrêt de l'utilisation de produits chimiques destinés à étourdir les poissons pendant la pêche. Car ces produits sont toxiques pour le bétail.

[481] Cette réunion a débouché sur l'engagement des deux parties à respecter les nouvelles restrictions pour une coexistence pacifique. Comme on peut l'observer, même si l'objectif de préservation de la biodiversité n'est pas primordial dans les échanges, il apparaît en filigrane dans l'interdiction de l'utilisation des produits chimiques dans la pêche. Cette résolution aura tout au moins l'avantage de protéger les espèces halieutiques et les plans d'eau.

[482] Mobilisée de façon préventive, la médiation environnementale peut apparaître, d'une part, comme un système de régulation politique (ALLAIN, 2005), car elle constitue l'occasion pour les acteurs d'élaborer des règles formelles ou tacites de gestion des objets environnementaux en conflit. D'autre part, conçue comme un processus

d'établissement de la communication et de création de lien, la médiation peut constituer un creuset d'intégration sociale et territoriale des éleveurs peuls à leur milieu d'accueil. En effet, en plus de leur participation financière et sociale à l'organisation de l'assemblée générale de l'Association locale de développement « Anoudé » et à d'autres cérémonies organisées par les populations autochtones de Manigri, les Peuls invitent régulièrement les dernières à partager des moments de convivialité à l'occasion de mariages et de baptêmes dans leurs campements. Ces interactions quotidiennes contribuent *in fine* à l'établissement de liens et à la prévention des tensions, comme le montrent Waters Bayer et Wolfgang Bayer (BAYER, BAYER, 1994) pour le cas du Nigéria. Nous avons pu d'ailleurs observer une diminution de cas de conflits dans les localités où les interactions sont plus intenses.

CONCLUSION

[483] Dans quelles conditions la médiation peut-elle contribuer à pacifier les rapports sociaux entre agriculteurs autochtones et éleveurs de bovins immigrés dans la commune de Bassila au Bénin ? Telle est la question traitée dans cet article. D'une société agricole homogène, les rapports sociaux se sont complexifiés dans la commune de Bassila avec la sédentarisation des éleveurs peuls. Cette coexistence est à l'origine de conflits émergeant dans un contexte d'intensification de l'agriculture et de raréfaction des aires de pâturage. Si le mode de gestion mis en place dans le cadre des comités locaux de gestion de la transhumance s'apparente à la médiation, il relève davantage d'une « action de médiation » en l'absence du tiers neutre, impartial et indépendant, qui contraste avec les « instances de médiation » déployées dans un cadre institutionnel et doté d'une légitimité déléguée et professionnelle, d'après la distinction établie par Jean-Pierre Bonafé-Schmitt (BONAFÉ-SCHMITT, 2012). Pour autant, l'absence de neutralité n'est pas rédhibitoire à la pratique d'une médiation environnementale préventive des tensions sociales et protectrices de la biodiversité. Elle doit s'appuyer sur des acteurs locaux capables de se détacher de leur appartenance sociale pour servir de vecteur de création de lien et d'établissement de la communication au sein même de leur communauté. Or, comme nous l'avons montré, la plupart des actions de médiation mises en place par les comités locaux de l'Agence nationale de gestion de la transhumance interviennent toujours à la suite de conflits, occultant ainsi leur dimension préventive. C'est ce qui explique, en partie, la persistance de conflits agropastoraux à l'échelle locale de la commune de Bassila, confirmant ainsi l'hypothèse d'une mobilisation tronquée de la médiation institutionnalisée. Lorsqu'elle est mobilisée de façon préventive, la médiation environnementale favorise l'intégration des préoccupations des acteurs confrontés à des différends autour de l'accès à la biodiversité. Quand elles sont d'origine locale, les initiatives de médiation fonctionnent comme un système de régulation sociale, par l'élaboration de règles communes sur le partage de l'accès aux ressources environnementales. C'est ce qui a été observé à la suite de la rencontre entre les éleveurs et les agriculteurs de Manigri, en dehors de tout contexte conflictuel, rencontre qui a permis aux différents acteurs d'échanger et d'établir de nouvelles règles pertinentes susceptibles de prévenir les conflits environnementaux. Si ces règles n'ont pas pour première vocation à préserver la biodiversité, leur mise en œuvre porte des germes d'un prélèvement responsable des ressources, comme c'est le cas avec l'interdiction de l'usage de produits chimiques pendant la pêche. Cette

décision collective fait suite à la requête des éleveurs de disposer de points d'eau sains pour l'abreuvement du bétail, mais elle favorisera également la préservation des espèces halieutiques.

BIBLIOGRAPHIE

ALLAIN, S., « La médiation environnementale comme système de régulation politique. Application au gouvernement de l'eau », dans J. FAGET (dir.), Médiation et action publique. La dynamique du fluide, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 2005, p. 135-150.

BAYER, W. et W. BAYER, « Interactions between Immigrant Fulani Cattle-Keepers and Indigenous Farmers in Nigeria's Subhumid Zone », (1994) 34:133/135 Cahiers d'études africaines, L'archipel Peul, p. 213-229.

BEURET, J-E., La conduite de la concertation. Pour la gestion de l'environnement et le partage des ressources, Paris, L'Harmattan, 2006, 342 p.

BOETSCH, G., « Écologie corporelle et identité masculine chez les pasteurs Peuls du Ferlo (Nord du Sénégal) », (2018) 16, p. 315-328

BONAFÉ-SCHMITT, J.-P., « Les médiations », Communication et organisation, 11|1997, mis en ligne le 26 mars 2012 : <http://journals.openedition.org/>.

BONAFÉ-SCHMITT, J.-P., La médiation une justice douce, Syros Alternatives, 1992

GUILLAUME-HOFNUNG, M., La médiation, PUF, 8e édition mise au point, Que sais-je, 2020, 127 p.

FAGET, J., Médiations. Les ateliers silencieux de la démocratie, Toulouse, ERES, « Trajets », 2010, 304 p.

INSAE, Synthèse des principaux résultats du RGPH-4 de la Donga, 2013.

MÉHAUTÉ (Le) N., Médiations environnementales : pour construire un monde commun, Toulouse, Éditions Erès, 2022, 396 p.

MAILLARD (de), J., « La médiation sociale ou les avatars d'une catégorie d'action publique. Les agents de "médiation" en action », dans J. FAGET (dir.), Médiation et action publique. La dynamique du fluide, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 2005, p. 187-199.

MENDRAS, H., La fin des paysans. Innovations et changement dans l'agriculture française, Paris, SEDEIS, 1967, 446 p.

ROCHICCIOLI, P., « Des "grands frères" pour les lignes dures de la RATP », Journal Libération, 13 février 1995.

SEYDOU, C., « Langue et identité. Légendes d'origine des Peuls », (2018) 83 Cahiers de littérature orale, p.78-99.

SANGARE, B., « Fulani People and Jihadism in Sahel and West African Countries », Observatoire du monde arabo-musulman et du Sahel, mars 2019, 16 p.

SEIGNOBOS, C., « Le phénomène Zargina dans le nord du Cameroun. Coupeurs de route et prises d'otages, la crise des sociétés pastorales mbororo », (2011) 3:239 Afrique contemporaine, p. 35 à 59.

SIX, J.-F., Le temps des médiateurs, Paris, 2d du Seuil, 1990, 288 p.

THUDEROZ, C., « Penser le tiers, penser le conflit », (2015) 2:24 Négociations, p. 73-86.

MEDIATION IN FAMILY CASES ACROSS THE EU AND BEYOND. IS A NEW HARMONIZED APPROACH TO EUROPE'S POLICY FOR SOLVING FAMILY CONFLICTS NEEDED?[74]

Julia RADANOVA[75]

74 The preparation of this article is financed under the research project "Mediation in family cases across the European Union. Is a new harmonized approach to Europe's policy in solving family conflicts needed?" (Research Council of Lithuania "Postdoctoral Internships", Project Number P-PD-22-169).

75 Dr. Julia Radanova is a postdoctoral trainee from the MRU Mediation and Sustainable Conflict Resolution LAB and a graduated (Ph.D.) from Mykolas Romeris University, Lithuania. radanova@imeus.bg

RÉSUMÉ

Cet article cherche à répondre à la question de la nécessité de réviser la politique européenne existante dans le domaine de la médiation familiale. L'autrice soutient qu'il est nécessaire d'avoir une méthodologie européenne unique pour gérer les conflits familiaux nationaux et transfrontaliers à travers leur renvoi à la médiation, qui servira de base à la révision de la politique européenne dans le domaine de la médiation familiale et déclenchera une discussion en vue de l'adoption d'une nouvelle directive sur le sujet. Cela s'explique par l'augmentation des taux de divorce dans l'UE selon le Parlement européen, la mobilité croissante des conjoints et la propagation des familles interculturelles, qui conduisent tous à un nombre croissant de conflits familiaux parfois pris entre diverses juridictions et lois applicables. Les révisions possibles visent à établir un modus operandi unifié par lequel les conflits familiaux nationaux et transnationaux sont gérés dans toute l'UE par le biais de leur renvoi à la médiation, à proposer des lignes directrices claires pour l'inclusion des enfants dans le processus de médiation conformément aux exigences de la Convention relative aux droits de l'homme. Child (1989), visant à établir des normes pour la médiation familiale obligatoire pour les pays qui optent pour un tel modèle et les qualifications professionnelles des médiateurs familiaux de l'UE. Une telle idée est ambitieuse dans la mesure où elle vise à établir des normes unifiées sur la manière dont la médiation familiale est pratiquée dans l'UE, sur la manière dont les enfants sont intégrés dans le processus et sur les exigences unifiées qui s'appliquent aux médiateurs familiaux de l'UE. L'auteur suggère que l'impact ultime de ce qui précède serait d'ouvrir le débat pour que les décideurs politiques de l'UE envisagent de mettre en place une méthodologie uniforme pour la médiation familiale, décrivant les processus spécifiques de médiation familiale obligatoire pour les États membres qui adhèrent à un modèle et révisent le modèle. Politique de médiation de l'UE dans le domaine de la justice familiale.

MOTS-CLÉS

Conflit familial, Médiation familiale, Médiation obligatoire, Cadre juridique de l'UE sur la médiation

ABSTRACT

This paper seeks to address the question of the need for revising the existing EU policy in the field of family mediation. The author argues there is a necessity for a single EU methodology for managing national and cross-border family disputes through their referral to mediation, which will serve as the basis for the revision of the EU policy in the field of family mediation and will trigger a discussion for the adoption of a new Directive on the subject. This is grounded in the increase in divorce rates in the EU according to the European Parliament, the growing mobility of spouses and the spread of cross-cultural families, all of which lead to a rising number of family disputes occasionally caught between various jurisdictions and applicable laws. Possible revisions aim to set up a unified *modus operandi* through which national and transnational family disputes are managed across the EU through their referral to mediation, to propose clear guidelines for child inclusion in the mediation process following the requirements of the Convention on the Rights of the Child (1989), to establish standards for mandatory

family mediation for those countries who opt-in for such a model and the professional qualifications for EU family mediators. Such an idea is ambitious in its pursuit to set unified standards on the manner through which family mediation is practiced in the EU, how children are integrated as part of the process, and what unified requirements apply to EU family mediators. The author suggests that the ultimate impact of the above would be to open the discussion for EU policymakers to consider setting up a uniform methodology for family mediation, outlining the specific processes for mandatory family mediation for Member States opting-in in a model and revising the EU mediation policy in the field of family justice.

KEYWORDS

Family conflict, Family mediation, Mandatory mediation, EU legal framework on mediation

1. INTRODUCTION

[484] Mediation has been part of Europe's policy on cooperation on civil and commercial matters since the beginning of the 21st century mainly as a tool for improving the general access to justice in daily life, including in the field of family cases. Various measures have been adopted in lieu of this political will to promote new ways of quasi-judicial mechanisms for settling the conflict. One such example is Directive 2008/52/EC on certain aspects of mediation in civil and commercial matters (the "Mediation Directive") which can rightfully be considered as the pillar that has led to the spread of mediation across the Union. Since the adoption of the Mediation Directive though the EU Parliament has recognized in its resolution of 12 September 2017 that the key goals of the Mediation Directive remain far from being achieved and that on average mediation is used in less than 1% of cases reaching court, except for Italy.

[485] Based on the above findings the EU Parliament in its Briefing Note "Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings" proposed two possible options for ameliorating the situation. One was a rewrite of art. 5.2 of the Mediation Directive that grants Member States the option to make mediation mandatory. The proposed revision would require parties to go through an initial mediation session with a mediator before a dispute could be filed with the courts in all new civil and commercial cases, including certain family and labour disputes. This "opt-out" approach was recommended because of its track record for uptake in the cases that reach mediation through it. Alternatively, the Briefing Note proposed a more precise use of Article 5.2 to achieve the Mediation Directive's balanced relationship by requiring the Member States to measure whether they are achieving a balanced relationship between court cases and mediation, and if not, to determine why not. Regardless of the specific recommendations given, it should be noticed that they fail to specifically tackle family cases and address those in ways that are specifically designed to meet the different needs encountered therein. This article shall focus on the latter with an argument that the Mediation Directive in the field of family disputes no longer (if ever) fulfills the need for solving the growing number of national and transnational disputes and a new, unified EU methodology is needed to handle such disputes.

2. FAMILY DISPUTES IN THE CONTEXT OF THE MEDIATION DIRECTIVE

[486] The Mediation Directive has been adopted as part of the EU's policy for improving access to justice, lowering court costs, and addressing the backlog of cases. Its roots are foreseen in the Tampere European Council meetings of 15 and 16 October 1999 and the conclusions reached that the EU Member States should create "alternative, extrajudicial procedures" for dispute resolution. However, at the time of its adoption, the Directive did not address specifically family conflicts as they are considered part of the civil cases. On the contrary, the only two places where family mediation is explicitly mentioned are Recital 10 and Recital 21 of the Mediation Directive which provides as follows:

> (10) This Directive should apply to processes whereby two or more parties to a cross-border dispute attempt by themselves, on a voluntary basis, to reach an

amicable agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a mediator. It should apply in civil and commercial matters. However, it should not apply to rights and obligations on which the parties are not free to decide themselves under the relevant applicable law. Such rights and obligations are particularly frequent in family law and employment law.

(21) Consequently, if the content of an agreement resulting from mediation in a family law matter is not enforceable in the Member State where the agreement was concluded and where the request for enforceability is made, this Directive should not encourage the parties to circumvent the law of that Member State by having their agreement made enforceable in another Member State.

[487] As depicted above, family mediation is merely referenced in the Mediation Directive, without providing for any specific regulations in it. This is indicative of the wide discretion Member States are given in the field of such intimate relations as family ones. At the same time, the latter serves as a basis for the different models adopted across the Union ranging from full voluntary or merely voluntary mediation through categorical mandatory mediation or discretionary mandatory mediation (Helen Rhoades, 2010, p. 183-194.). Not only those models are implemented differently in the Member States, but many countries apply various system designs depending on the nature of the dispute. In light of such multiplicity and variations in the regulatory models, it may well be concluded that family mediation is not being implemented as a single process, and as such - it fails to reach its objectives in particular in the realm of family cases.

[488] Notwithstanding the above, the Mediation Directive serves as a basis for establishing the following guiding rules that bear an impact on the way family mediation should be practiced across the Union:

- Voluntary nature of the process, whereby special attention is paid to the initial consent to participate along with the need for ensuring its presence throughout the procedure until such time that the parties either reach a settlement or decide to discontinue the process. This principle is of particular importance in the field of family disputes due to the highly-emotional and personal aspects of the latter. This is further exacerbated in cases where there are grounds to believe there is a risk from domestic violence and/or a child being put at risk;

- The principle of « equidistance » is deemed of special importance in cases of family disputes, which empowers the mediator with the right to indicate incompleteness of information, serious deviations from applicable legislation, and raising concerns on the fairness of the process outcome (Carolina Riveros and Waltjen Coester, 2019, p. 1914.);

- Respect for the right of the children involved and special focus being granted to them in lieu of the potential settlement being considered between the parties;

- Imposing additional safeguards whereby the mediator requests from parties a confirmation of their informed voluntary consent to the terms of the settlement agreed;

- Limitations on the confidentiality principle regarding possible criminal proceedings that may be launched against either of the parties or endangerment of a child.

[489] The above principles are not outlined in a unified methodology or single code of conduct that all mediators should abide by. In this respect, art. 4 of the Mediation Directive should be further acknowledged which addresses the issue of quality and encourages Member States to adopt or adhere to voluntary codes of conduct applicable to mediators and organizations providing mediation services, as well as to ensure quality control over mediation training and control over the mediation conduct. However, not all countries have exercised their discretion in the adoption of such codes and currently, the regulation is patched and ranges from self-regulation to the introduction of statutory requirements towards mediators, whereby only rarely there are specific provisions applying to family mediators. All of the above leads to the creation of a kaleidoscope of different systems for family dispute mediation that function locally and hence, hinders the free practice of the mediation profession across the Union and the different perceptions of mediation in cross-border family disputes.

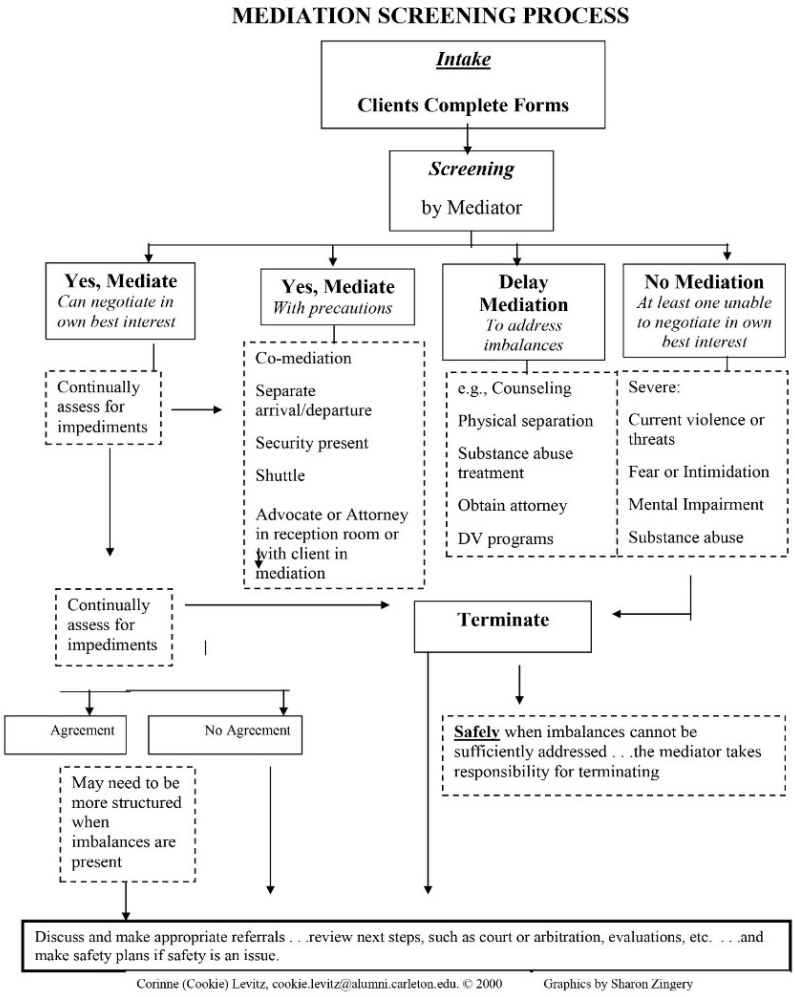
3. BEST PRACTICES FOR SOLVING FAMILY DISPUTES

[490] The above constraints on the manner through which mediation is rolled out across the EU cannot though disparage the emerging good practices for solving family disputes in the Union that often are rooted in other legal systems. As a general global development, it can be noted that family disputes are persistently being referred to mandatory mediation as a pre-condition to their oral court hearing on the merits of the dispute. This movement by far exceeds the borders of the Union and has its roots overseas starting from Australia and the US, where ADR was adjudicated as a procedural requirement in a range of legal contexts, family disputes being one of them (Tania Sourdin, 2012 ; Belinda Fehlberg, Rachael Carson and Colin Millward, 2014, p. 406-424). However, where mandatory ADR has been applied in family law, there is considerable variety between and within countries in the rationale for enacting the provisions, the processes through which parties arrive at ADR, the types of ADR available, and the impacts on families and the broader legal systems. The following few sample models of the application of mediation in family disputes have been selected due to the good results they have shown for a substantial number of years during which they have been practiced. As such, they may serve as a source of inspiration when adopting or specifying the relevant legal framework for family mediation and could also base the grounds for the adoption of a uniform methodology applicable across the EU.

3.1 US STATE-ADOPTED MODELS

[491] The same good practices that are rolled out in several states across the US include the adoption of a mediation screening process applicable to family disputes in order to establish which of them may be eligible to proceed to mediation and which should be terminated. One sample of such a screening tool is depicted in the table below[76]:

76 Author of the diagram is adjunct professor Corinne (Cookie) Levitz, Supervisor/Mediator, Family Mediation Services, Circuit Court of Cook County, Domestic Relations Division



[492] The prime goal of such screening is to establish whether there are any real or perceived risks with respect to the safety of participants that may hinder the conduct of the mediation process by compromising true voluntary participation and equality between the parties. The manner through which such screening is conducted is two-fold: 1) a confidential interview questionnaire is circulated with the participants ahead of their mediation meeting, followed up with a more detailed questionnaire aligned with the respective domestic violence protocol as means for eliciting more information on the type of violence, its gravity and duration preceding the mediation process. If the screening indicates a potential threat of domestic violence, then the mediator would, depending on the type of violence, either refer the parties to counselling, substance abuse treatment, or DV programs and delay the process until such time that the measures suggested have been adopted or terminate the procedure. Mediation shall be deemed permissible in all cases if it has been established that the parties can freely negotiate in their best interests. Notwithstanding the above, all family cases shall be subject to continuous assessment for possible impediments throughout the proceedings. That being said though, some family mediations may indicate at the outset

coercion concerns which would warrant that the mediation proceedings be organized as co-mediation with additional security measures adopted and in the presence of attorneys. All of the above may apply separately or in parallel and highly depend on the specificity of the case at hand and the severity degree of the violence.

[493] The results that have been shown through the application of this model lie in the improvement of the following court or arbitration proceedings, the making of safety plans and ultimately result in the improvement of safety.

3.2 CANADA

[494] Canada has been selected as this country has developed some good practices in the field of family mediation due to its long history in promoting ADR, including through forming conciliation courts back in 1974 (Audrey Devlin and Judith P. Ryan, 1986). Separately, family mediation has received the vast support of the state through the extensive funding it received to promote the spread of the procedure. The reason for this state support may be explained in the fact that family law matters due to relationship breakdown are the sixth most common type of "everyday legal problem" that Canadians encounter (Trevor C.W. Farrow, Ab Currie, Nicole Aylwin, Les Jacobs, David Northrup and Lisa Moore, (2016).

[495] A research report calculated the costs associated with different types of dispute resolution methods for family law matters (Joanne Paetsch, J.J., Lorne D. Bertrand and John-Paul E. Boyd, 2017) with the following findings included:

> 1) Mediation was viewed as the most useful alternative dispute process for cases of low conflict, where the disputes were focused on children and parenting, child or spousal support, and the division of property and debt;
>
> 2) Lawyers estimated that low-conflict files take an average of 4.8 months to resolve through mediation, whereas high-conflict files take an average of 13.7 months through mediation;
>
> 3) Lawyers reported high client satisfaction with the mediation process;
>
> 4) Mediation was viewed as very useful for low-conflict disputes (but less so for high-conflict disputes where litigation was more likely to be viewed as useful);
>
> 5) Mediation was viewed as generating longer-lasting resolution between the parties than litigation or arbitration;
>
> 6) Lawyer's bills for services for low-conflict cases were roughly half the cost for those resolved through arbitration or litigation.

[496] To stimulate the mediation process in the country at the same time legislative provisions allow judges to order parties into mediation intake[77] such as the below:

77 Family Law Rules. O. Reg. 439/07, s.1.

> (i) Ordering parties to mediation intake: Pursuant to the Family Law Rules a…judge hearing a family law conference may order parties to mediation intake pursuant to 17(8)(b)(iii).
>
> (8) At a case conference, settlement conference or trial management conference the judge may, if it is appropriate to do so,
>
> (b) make an order requiring one or more parties to attend,
>
> (iii) an intake meeting with a court-affiliated mediation service,

[497] Such mediation intake meetings are deemed to be a positive model for the coercing party into a discussion about the potentially beneficial aspects of mediation while at the same time retaining the party's voluntary participation. In this respect, the intake is preliminary to an actual start to mediation and generally includes a presentation to parties about the mediation process, an individualized initial screening for intimate partner violence and/or abuse, and a discussion with each party as to the issues with which they would like assistance.

[498] The above is additionally complemented by the legislative provisions allowing for judges to make an "order" for mediation under s. 3 of the Family Law Act, and to appoint a mediator under s. 31 of the Children's Law Reform Act, where children's rights are affected by the corresponding dispute. Such practices should be deemed to be positive in their obliging nature to impose on parties' participation in the actual mediation process beyond the initial intake, without, however, the need to reach a settlement agreement of any nature.

[499] Another positive practice that has been rolled out in Canada is the spread of uniform Standards for Assessing Whether Mediation May be Appropriate[78] as adopted by the Ontario Association for Family Mediation. Those standards include:

> 1) Prior to commencing mediation, all clients must be screened for any occurrences of abuse and/or power imbalance to determine which cases are inappropriate for mediation, which require additional safeguards, in addition to, or instead of mediation, and which should be referred to other resources.
>
> 2) The issue of voluntary participation is critical when it comes to creating a safe place for couples to meet and negotiate.
>
> 3) Clients should be strongly encouraged to consult with lawyers prior to mediation and certainly before an agreement is finalized.
>
> 4) Mediators must be knowledgeable about abuse. Training for mediators needs to include the following:

78 https://www.oafm.on.ca/about/standards/policy-on-intimate-partner-violence-and-power-imbalances/

5) Issues related to physical and psychological abuse and its effect on family members;

6) The impact that abuse (including witnessing abuse) has on children;

7) Effective techniques for screening, implementing safety measures, and safe termination;

8) Referral to appropriate resources, in addition to, or instead of mediation;

9) Sensitivity to cultural, racial and ethnic differences that can impact the mediation process that may be relevant to domestic violence.

10) Where a decision is made that mediation may proceed, mediators need to meet standards of safety, voluntariness, and fairness. When mediators have concerns, they should inform their clients that they are not neutral about violence or safety.

[500] The imposition of such uniform standards should be positively perceived as a good model whose adoption on the EU level may be advisable.

3.3 AUSTRALIA

[501] In Australia, mandatory ADR is prescribed in the legal provisions of the Native Title Act, 1993 (Cth), the Administrative Appeals Tribunal Act 1975 (Cth), and the Civil Procedure Act 2005 (NSW), for instance. Some state supreme courts in Australia have statutory power to refer litigants to mediation, with or without the parties' consent. Mediation and other ADR modalities have been available as alternatives to litigation in family law disputes for many years. The family dispute area constitutes by far the largest pre-litigation scheme that mandates attendance in a dispute resolution process in Australia (Tania Sourdin, 2012). This trend has evolved from the mere promotion and active encouragement of parties to participate in the family dispute process (FDR) to mandating their attendance to an FDR (Andrew Bickerdike, 2007, p. 20–25). A specific feature of this obligatory participation is the fact that parties are not required to take part *stictu sensu* in a mediation process, but rather to attend a dispute resolution process which does not necessarily mean only mediation. Such FDR services are usually administered by community-based service centres, which are state-funded and hence, free for the parties (Patrick Parkinson, 2015). Those centers issue at the end of the dispute process certificates for completion which are then distributed to the parties for their subsequent use when applying to court for a parenting court order under Section 60I (7) of the Australian Family Law Act. One positive feature of those certificates that has been praised by participants is the fact that they do not include the scope of the FDR process that has taken place or the decisions that determined its outcome. This scheme as depicted in the law can be qualified as "categorical" as it requires attaching to the court claim a certificate from a family dispute resolution practitioner attesting compliance with the procedure or an affidavit outlining the grounds on which exemption from FDR attendance is sought (Dorcas Quek, 2009, p. 479–509).

[502] Notwithstanding the above and regardless of whether a certificate of attendance is presented as evidence of an amicable attempt to settle the dispute or not, judges still retain the control to order parties into mediation in an attempt to resolve the matter out-of-court. Such discretion though has been retained for cases where it is established that the parties have failed to make a genuine effort in the ordinary meaning of the word. A survey from 2013 (Lawrie Moloney, Ruth Weston and Lixia Qu, 2013) on the manner through which family mandatory mediation is practiced in Australia established that 80 % of the users of FDR services as offered by the community centers were satisfied with the help received in reaching a parenting agreement and improving family members' capacity to manage the relationship. Specifically, the survey indicated that the biggest clients' dissatisfaction was from the use of lawyers and the court system, which served as a reconfirmation of the benefits of using FDR.

[503] However, those findings differed when it comes to cases of family violence or child abuse. A study from 2010 (Dale Bagshaw, Thea Brown, Sarah Wendt, Alan Campbell, Elspeth McInnes, Beth Tinning, Becky Batagol, Adiva Sifris, Danielle Tyson, Joanne Baker and Paula Fernandez Arias, 2010) indicated that concerns about family violence were not properly addressed during the ensuing mediation process. Importantly, concerns about power imbalances and participants' feeling of not being believed in by the mediator were reported, though the greater majority flagged satisfaction with the content of the overall process. Those concerns are tackled partially by the Family Violence Bill and the subsequently approved Coordinated Family Dispute Resolution Model (CFDR). CFDR (Rachael Field, 2016) was piloted between 2010 and 2012 and was highly evaluated by prominent researchers and users of the model. Even though the model has thus far not been rolled out through the country due to political and economic issues, a number of key takeaways are worth to be outlined and considered for future FDR process designs. One of the major positive features that proved efficient is the use of a multidisciplinary team for handling such cases. Such teams would include close collaboration between the following professionals all working on a single case: mediators, lawyers for each parent, domestic violence (DV) workers conducting the screening ahead of the FDR and providing counselling and support, gender violence analysis experts supporting perpetrators and, on an *ah hoc* basis, specialist children's practitioner or other experts specifically designed to support the needs of the family.

[504] The CFDR model includes 4 (four) phases, namely:

> Phase 1. Intake process: which depending on the specifics of the case can be conducted by the mediator or the DV worker. This phase includes an assessment of the suitability of the case for CFDR and information provision about the nature of the proceedings, the commitment level that is expected and the roles of the numerous professionals included in the process and parties' agreement thereto. Should the intake be conducted in a situation where concerns are raised about DV, the perpetrator shall be required specifically to acknowledge that a family member believes DV has impacted the family;
>
> Phase 2. Preparation for mediation: this phase includes parties' attendance to preliminary meetings including legal advice and counselling sessions and a mediation workshop. The various professionals that ultimately conduct those preparatory meetings and workshops then meet for a case management meeting where parties' readiness for participa-

tion is discussed and the case leader ultimately decides whether to proceed towards the actual process;

Phase 3. Attendance in the mediation: the model includes as a requirement that only facilitative co-mediation is conducted with a gender balance on the side of the mediators and legal representation of both parties. Additionally, non-legal advisors, such as social workers, family violence specialists, counsellors or psychologists, are also permissible to take part in the mediation process. Given that the process is being conducted within the circumstances of an ongoing DV, the meetings may be conducted virtually and more caucuses may be required.

Phase 4. Post CFDR follow-up: upon obtaining parties' consent, a formal follow-up is conducted within 1 to 3 months from the final meeting and a second one within 9 to 10 months from process completion. This phase of the procedure is conducted by the DV expert and involves an ongoing specialist risk assessment to ensure family safety and an in-depth discussion on the family's needs. Subject to it, additional considerations may be raised about whether the process needs to return to CFDR and if ongoing support and counselling may be required for any or either of the parties.

[505] Given the high number of professionals involved in the process, its intensity in terms of the resources required is high. Hence, the multiplicity of this model, as much as its positive features are beyond doubt, is questionable. However, the beneficial outcomes and high rate of settlements achieved through this procedure would serve as the basis for advocating for its potential adoption and multiplication across the EU may be advisable.

4. CHALLENGES FOR FAMILY DISPUTE RESOLUTION PROCESSES IN THE EU AND POSSIBLE SOLUTIONS

[506] Based on the above overview of the existing EU legislation on family mediation and the outlined best practices currently existing in the field, the FDR practice may be summarized as challenging due to the lack of a single policy on its unanimous multiplication. Firstly, the lack of a single definition of the process of family mediation that is being practiced in the various member states renders the numerous differences and nuances to the role of the mediator in such proceedings and forms different parties' expectations thereto. Thus, a new and unified definition may be advisable to be adopted which would standardize the process and ensure its uniform character throughout the different states. One such definition may be the following:

> Family mediation is a process in which those involved in a family breakdown, whether or not they are a couple, have married, formed a common-law partnership or other family members, appoint an impartial third person to assist them to communicate better and reach their own agreed and informed decisions concerning some, or all, of the issues relating to separation, divorce, children, finance or property by negotiation.

[507] The term family mediation, especially when included in a new EU Directive, would ensure that there is consistency in parties' expectations from the procedure and a common understanding of the role of mediators and the requirements they have to

adhere to. The adoption of such a definition alone though would not address fully the discrepancies that exist today in the manner that FDR is practised. The latter should be considered jointly with the need for the adoption of a single methodology on the manner through which mediation should be exercised in the specific field of family relations. Such methodology has been coupled with the uptake of unified standards for the practice of EU family mediation, which include the manner through which children are involved in the process and the requirements for family mediators. This would help address the existing gaps and inconsistencies in applying various mediation process models and ensure that there is a unified standard for all processes. The standard should be rooted in the unified requirements towards the training and specialization of family mediators – a field that is currently highly patched by the differing requirements that exist which also impacts the free movement of mediators within the EU. It is hereby submitted that self-regulatory codes of conduct and ethical standards for professionals are no longer sufficient in ensuring the harmonization of qualification requirements and the necessary standards for process conduct should be regulated differently in an uniform binding manner.

[508] Separate from this, a new approach should be taken concerning the role of children in the mediation process. Currently, the patched legal map of Europe allows for variations in the integration manner of children in the procedure and renders it impossible for professionals to practice mediation across Member States. Therefore, it is advisable for a uniform model to be developed that includes children as intrinsic participants in the procedure. A suggested way for this would include an informative conversation with both children and parents present where the procedures and intentions of the meetings are described. Subsequently, the conversation would proceed between parents and children for approximately 20–25 min, whose purpose is:

- helping children understand the transition through which the family is passing;
- allowing space for children's feelings and reactions, and
- enabling the participation of the child in the process as an emanation of Article 12 of the UN Child Convention.

[509] The above should not be deemed to imply the actual participation of children in the procedure or the decision-making process. On the contrary, its premise lie in including children in joint conversations between children, parents and mediators, separate child conversations with the mediator and subsequent evaluation of the potentially agreed upon co-operation agreement within 6 (six) month afterwards. Such a model has been proven to show good results (McIntosh, 2000, p. 55 – 69 ; McIntosh, Wells, Smyth & Long, 2008, p. 105 – 124 ; Mayer, 2004, p. 29 – 52) and thus, their uptake and roll-out across the EU is advisable.

CONCLUDING REMARKS

[510] Besides mediation's intrinsic benefits like the flexibility of the process and its outcomes that preserve and strengthen relationships, there is a paradox that ADR and

mediation, in particular, remain underused in the field of family law. Part of the existing challenges lies in the lack of uniform legal regulation across the various Member States and the inconsistencies in the policies adopted for this on a national basis. These tendencies in no way were addressed by the Mediation Directive, which neither tackles family mediation specifically nor offers concrete solutions in this specific field. Still, there are numerous best practices for solving family conflicts that are emerging in various jurisdictions and which should be acknowledged for the positive results that they produce. Based on this a new, uniform methodology is suggested to be adopted concerning the conduct of family mediation and the standards that have to be warrantied across the Union and ensures high quality of the services rendered. To truly achieve this goal, the author of this article calls for convening a wider pan- European discussion to consider the need for a new Mediation Directive in the field of family disputes that addresses the challenges from the growing number of national and transnational disputes and a new, unified EU methodology is needed to handle such disputes.

BIBLIOGRAPHY

Monographs and articles

Alexander, N. M., (2009), « International and Comparative Mediation: Legal Perspectives ». https://ssrn.com/abstract=3747498

Esplugues, C. & Barona, S. (eds), (2014) « Global Perspectives on ADR », Cambridge: Intersentia

Bagshaw, D., Brown, T., Wendt, S., Campbell, A., McInnes, E., Tinning, B., Batagol, B., Sifris, A., Tyson, D., Baker, J., & Fernandez Arias, P. (2011). « The effect of family violence on post-separation parenting arrangements: The experiences and views of children and adults from families who separated post 1995 and post 2006 », *Family Matters*, 86, 49–61.

Bickerdike, A. (2007), « Implications for family dispute resolution practice: Response from Relationships Australia (Victoria) to the Allegations of Family Violence and Child Abuse in Family Law Children's Proceedings report », *Family Matters*, 77, 20–25.

Carson, R., Fehlberg, B., & Millward, C. (2013), « Parents' experiences of Family Dispute Resolution and family legal services in Australia following shared parenting reform: recent qualitative findings », *Child and Family Law Quarterly*, 25, 406–424

Devlin, Audrey and Judith P. Ryan (1986), « Family mediation in Canada: Past, Present, and Future Developments », *Mediation Q*. 93

Farrow, T.C.W., Currie, A. Aylwin, N. Jacobs, L., Northrup, D. & Moore, L. (2016), « Everyday legal problems and the cost of justice in Canada: Overview report ».

Field, R. (2016), « A Call for a Safe Model of Family Mediation », *Bond Law Review*, Volume 28, Issue 1

Mayer B (2004), « Facilitative mediation », dans, Folberg J, Milne A, Salem P (eds) *Divorce and Family Mediation. Models, Techniques, and Applications*. Guilford Press, New York, pp. 29–52.

McIntosh J (2000), « Child-inclusive divorce mediation: report on a qualitative research study ». *Mediat Q* 18(1):55–69;

McIntosh J, Wells YD, Smyth BM, Long CM (2008), « Child-focused and child-inclusive divorce mediation: comparative outcomes from a prospective study of post separation adjustment ». *Family Court Rev* 46(1):105–124;

Paetsch, J.J., Bertrand, L.D., & Boyd, J-P.E. (2017), « An evaluation of the cost of family law disputes: Measuring the cost implications of various dispute resolution methods », *Canadian Research Institute for Law and the Family*. http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/Cost-Implication-of-Family-Law-Disputes.pdf

Parkinson, P. (2015), « Family Laws and Access to Justice ». Paper for UN Experts Group. http://www.un.org/esa/socdev/family/docs/egm15/PARKINSONPAPERRECOMMENDATIONS.pdf

Quek, D. (2009), « Mandatory Mediation: An Oxymoron-Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program », *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 11, 479–509.

Qu, L., Weston, R., Moloney, L., Kaspiew, R., & Dunstan, J. (2014), « Post-separation parenting, property and relationship dynamics after five years », Canberra: Attorney-General's Department.

Rhoades, H. (2010), « Mandatory mediation of family disputes: reflections from Australia », *Journal of Social Welfare & Family Law*, 32.2, pp. 183-194. https://doi-org.skaitykla.mruni.eu/10.1080/09649069.2010.506313.

Riveros, C. & Coester-Waltjen, D., (2019), « Alternative dispute resolution in family disputes in Europe and Chile: mediation », *Revista Direito GV*, v. 15, n. 2.

Sourdin, T. (2012a), « Good faith, bad faith? Making an effort in dispute resolution », *Dictum: Victoria Law School Journal*, 2.

Sourdin, T. (2012b), « Background Paper – Resolving Disputes without Courts: Measuring the Impact of Civil Pre-action Obligations. Access to Justice ». Paper 2 : http://www.civiljustice.info/access/2.

Whitehead, D. & Birnbaum, R. (2019), « FAMILY MEDIATION: Exploring the Benefits and Challenges of Publicly Funded Mediation Services in Ontario » : https://

afccontario.ca/wp-content/uploads/2019/04/Whitehead-Birnbaum-Family-Mediation-Report-Final-2019.pdf

Other materials

Commission report to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters (COM(2016)0542)

European Parliament resolution of 12 September 2017 on the implementation of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters (the 'Mediation Directive') (2016/2066(INI))

EU Parliament's Briefing Note titled "Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings"

Family Law Rules. O. Reg. 439/07, s.1.: https://www.oafm.on.ca/about/standards/policy-on-intimate-partner-violence-and-power-imbalances/

A CASE STUDY: NEUTRALITY POSTURE OF THE MEDIATOR IN INTERCULTURAL MEDIATION

Raginee POLOOGADOO[79]

79 Raginee Poloogadoo is the CEO of PSC, a mediation and consultancy firm in Luxembourg. The Author is an accredited mediator in Civil, Commercial and Criminal and socio-family matters. Raginee.poloogadoo@gmail.com

RÉSUMÉ

La médiation devient une solution plus pacifique et acceptée au niveau international pour résoudre les conflits. Il s'agit d'un processus dynamique et interactif dans lequel un tiers neutre, le médiateur, aide les parties en conflit à résoudre le conflit. Normalement, on part du principe que le médiateur restera neutre. Cette thèse explore la posture neutre du médiateur face à la médiation interculturelle. Le but de cette étude qualitative était d'examiner la compréhension et la mise en œuvre de la neutralité du médiateur interculturel dans la pratique. Les questions de recherche portaient sur les perceptions, les interprétations, les conceptions, la mise en œuvre et l'efficacité du médiateur lors de la médiation. Dix entretiens semi-structurés en face-à-face ont été menés avec des médiateurs interculturels originaires de diverses zones géographiques. Les données ont été codées et analysées par analyse thématique. Les résultats de l'étude ont révélé que les médiateurs interculturels ont des visions différentes de la neutralité de la médiation. De plus, ils adoptent le sens et la posture de neutralité en fonction de leur autodétermination dans la pratique. Un discours alternatif pour cette étude devrait être de donner un sens standard au terme de neutralité en lui donnant sa signification absolue dans la médiation.

MOTS-CLÉS

Médiation interculturelle, Posture de neutralité, Médiateur, Significations, Pratique

ABSTRACT

Mediation is becoming a more peaceful and internationally accepted solution for solving conflicts. It is a dynamic and interactive process where a neutral third party that is the mediator assists disputing parties in resolving conflict. Normally, there is an assumption that the mediator will remain neutral. This thesis explores the neutral posture of the mediator when dealing with inter-cultural mediation. The purpose of this qualitative study was to investigate the understanding and implementation of neutrality of the intercultural mediator in practice. The research questions focused on the mediator's perceptions, interpretations, conceptions, implementation and effectiveness of the neutrality posture at mediation. Ten face-to-face semi-structured interviews were conducted with intercultural mediators hailing from diverse geographical locations. Data were coded and analyzed through thematic analysis. The findings of the study revealed that intercultural mediators have different views of neutrality in mediation. Moreover, they adopt the meaning and posture of neutrality according to their self-determination in practice. An alternative discourse for this study should be to frame a standard meaning to the term of neutrality by giving its absolute significance in mediation.

KEYWORDS

Inter-cultural Mediation, Neutrality posture, Mediator, Meanings, practice

1. INTRODUCTION

[511] Mediation is a dynamic, structured, interactive process wherein a neutral third individual who is a mediator assists disputing parties in solving conflict to reach a fair settlement. Mediation as practiced is in diverse fields such as civil, commercial, penal and cultural contexts. It consists in solving conflict using specialized communication and negotiation techniques in order to reach an accord between the opponent parties. Normally, there is an assumption that the mediator will remain neutral. This article explores what happens to this neutrality posture when dealing with cultural mediation or inter-cultural mediation (the two terms used in different geographical locations). When stating cultural or intercultural mediation more specifically it is a conflicting situation wherein two or multiple parties hail from diverse cultural backgrounds. My interest in this subject is because I am an accredited mediator in civil, commercial and penal matters by profession. I belong to a multicultural background and at instances when participating in situations with multicultural mediations, the question of maintaining a neutral posture arose.

1.1 WHO IS A MEDIATOR?

[511] Due to heavy court caseloads and rising costs, disputant parties often opt to resolve their disputes outside the courtroom through a known process called mediation. A mediator, unlike a lawyer, does not represent any of the litigants or parties in legal disputes. When the parties have a dispute and wish to avoid the legal complexities of a lawsuit, they take recourse to a mediator's services. Such is to assist them in finding a fair solution The online business dictionary defines a mediator as an "unbiased third party that mediates situations between two or more parties having as job to look at all facts involved in the situation and make suggestions to reach an amicable decision."

[512] In Western traditions, like judges, mediators are outsider-neutrals that is they are persons with no association to the conflict or opposing parties. They differ from insider-partials, lawyers, and facilitators with an in-depth know-how of parties to a conflict (Dyck, 2000, pp. 130-3; Gadlin & Pino, 1997, p. 18). In contrast, the non-Western cultures do not bear the same characteristics. For instance, according to Kelly (2008, pp 202-203) in a mediation process in the indigenous communities like in Australia the "best" mediator may be a person connected to the parties and dispute. In other cultures, for example in India, elders were qualified as mediators generally because of their existing knowledge of the specific dispute and their interest in assisting in the resolution so that individuals or a group (tribe, community, and village) will all benefit. Such a practice is the so-called "Panchayat" in India meaning the assembly of conflict solvers. It is to be concluded that a mediator can alter a conflict dynamic in five significant ways. For instance, changing the structure of the interaction, bringing an approach to the mediation through their personal commitment, vision, and humanity to the interaction with a set of values and ethics (Mayer, 2000 pp.273-4).

1.2 MOTIVATION FOR RESEARCH

[513] Neutrality is the central concept of the practice of mediation. During my work so far, in several instances, I faced situations while conducting an intercultural mediation, which questioned the neutral posture that I adopted. It made me wonder if the fact that I

come from a multicultural background allows me to understand cultures better to better assist in the mediation process. Is it because I could comprehend the position of the parties? Is it because Mauritians live in unity even if they do not have a shared language and customs but rather the mix of cultures and cultural understanding form the unity and identity (Carroll, 2000)? As a mediator's satisfaction is fulfilled when both disputant parties have reached a beneficial solution to their dispute, sometimes some covert strategies are engaged to clout the outcome of the mediation positively. Being a mediator, whose main purpose is to solve conflicts, I found myself in conflict with myself. The sole reason was "Can someone really be neutral?"

[514] Over the years, there has been a rise in the number of Western academics who have been questioning and criticizing the concept of neutrality in a mediation practice (Field, 2003). The concept of neutrality becomes questionable when anthropology studies have found that mediators in Central America, Asia and Middle Eastern cultures maintain a close relationship with opposing parties based on the concept of trust, connectedness and continuity. (Golbert, 2009). In contrast, more Western-based practices, according to Cobb and Rifkin (1991) often refer to neutrality using the concepts of justice, power and ideology.

[515] As a mediator, the neutrality theory must be depicted to clearly determine whether this concept is essential or not in practice. The key concepts namely mediation and neutrality will be scrutinized in the subsequent sections followed by the data-gathering procedure; the said methodology. The findings are to be decomposed in order to attempt to have a better overview of the neutrality concept in mediation. It presumes that this study will contribute to the existing studies where the neutrality concept in mediation is ambiguous or not.

2. THEORETICAL FRAMEWORK: MEDIATION

2.1 WHAT IS MEDIATION?

[516] Mediation is a time and cost-efficient, confidential and voluntary process in which individuals alter the features of their conflict interactions from negative and destructive to positive and constructive (EU Directive Memo/08/263). In the process of mediation, a mediator, in reaching a resolution together, rather than imposing arbitration, assists disputant parties in an adjudication-based system. Such practice is rapidly becoming a popular form of complaint resolution, particularly those complaints that involve a high level of emotion. This is effective when such an alternative to solving conflicts at the preliminary phase of any disagreement is considered. This is to prevent both parties from becoming rooted in their positions before the conflict escalates. In order to have a profound understanding of the practice of mediation, it is essential to explore the concept by looking at the definitions, characteristics, history and process.

2.2 DEFINING MEDIATION

[517] Although differences of opinion still exist, there appears to be some agreement that mediation refers to a decision-making process wherein a third party known as a mediator assists the relevant parties. The mediator works by facilitating consensus

between both parties in dispute by addressing their fundamental interests and needs as opposed to their stated positions. Mediation is a practice that requires several skills such as hearing out the parties, handling emotions, assisting the negotiation process and generating options that are acceptable and agreed upon. Additionally, to break the dilemma that may frequently arise between the disputing parties to assess the options and arrive at a consensus. The mediator takes in all the information, analyzes it, and defines the perception of the parties with the purpose of helping them see each other's perspective. In consequence, supporting both parties from a confrontational to a collective mode to develop consensus. (Ab. Hamid, 2017). Importantly, mediation is non-binding, in other words, a mediator cannot enforce a resolution to a dispute. Parties entering direct negotiation may not have the benefit of such neutral intervention. It is noteworthy to highlight the mediator's acceptance by the parties involved in the mediation process.

[518] Many scholars and researchers have defined mediation. Indeed, there are multiple definitions of the concept. Professor Joseph Stullberg (1981), wrote that despite the expansion of mediation practices over two decades, a common understanding as to what constitutes mediation has faded. Thus, according to him, it is crucial to identify and clarify the principles and dynamics, which in sum constitute mediation as a dispute resolution process. Therefore, it is indeed essential to scrutinize the mechanics of this process. For instance, Spencer and Brogan (2006) stated that mediation remains a fluid concept whilst McCorkle and Reese (2005) argue that mediation is a difficult term to pin down a single definition. While some researchers have talked about the fluidity of the concept others argued about its complications. It clearly demonstrates that this process of perception lies through different lenses. Consequently, an examination of definitions is crucial in trying to have a better comprehension of what constitutes mediation.

[519] Davis and Duncan (1982) defined mediation as the settlement of a dispute involving techniques to a negotiation process in which a skilled detached neutral person assists in changing the minds over the conflicting needs by suggesting, to reach an agreement. For them, mediation is purely a settlement of dispute in which the "neutral", notably the mediator, have a fundamental role to assist, communicate, negotiate, and make disputant decisions in favor of reaching a settlement. It is essential to note that this role does not include determining a solution. For Michael Noone (1996) mediation is a process in which a neutral and impartial third individual, which is a mediator, is to simplify the process of discussion. The mediator assists the parties in the dispute to facilitate communication, promote understanding between both parties and help disputants focus on the relevance of the needs of each other in order to resolve the issues. Moreover, the skilled mediator also uses creative and proper techniques in the interest of reaching a viable resolution.

[520] Such practice appears in the essay of Francis Bacon (1914, XLVII of Negotiation). Bacon points out that "it is generally better to deal by speech than by letter; and by mediation of a third than by a man's self". In both definitions, there appeared a general description of what consist mediation and its dynamics. Emphasis is on the word "assist". The latter is a broad term meaning it could involve any number of third activities in terms of intervention like arbitration and consultation.

[521] Some researchers in defining mediation emphasized the third party's lack of control over the resolution while settling a dispute. For example, Kriesberg (2007) asserted that mediation pertains to helping the conflicting parties to negotiate and reach an agreement by themselves, but not imposing one. Similarly, for Podolefsky (1990) mediation is a process of conflict management in which a third party facilitates the negotiations between two parties but is limited to imposing an authority on a decision. According to Singer (1990), mediation is a form of third-party "outsider" assistance to the dispute, who has no power to make decisions for the parties.

[522] In the same line of attempts to discuss mediation, there has also been a tendency to characterize its specifics. Bingham (1986) assumed "an assistance of a 'neutral' third party to a negation". Similarly, Applegate and Beck (2013) deduced that mediation is a confidential process in which an impartial and neutral third party assists disputing parties to reach a mutually acceptable agreement on all or some of the issues disputed. In conducting their research, Mc Corkle and Resse (2005), defined mediation as the process whereby a mutually acceptable third party, who is neutral and impartial, facilitates an interest-based communicative process that enables disputing parties to explore concerns and to create their outcome.

[523] On closer look, at the examination of the existing definitions, there seems to be an indication that researchers have adopted different approaches to their interpretation of the term "mediation". Some have put forward broad definitions without investigating the specifics. They view mediation as a third-party assistance. Duly, some scholars felt the need to distinguish mediation from other forms of a third party's intervention. Some emphasized the lack of control of the third party's involvement in the outcome while some stressed the neutral nature of the third party's involvement. A trend is visible in defining some specific characteristics especially the assumption that mediation is a neutral process. The referred definitions feature the consistent and informal process inherent in mediation. Unanimously, the connotations include key provisions such as assist, third party, mediator's potential as neutral, impartial and parties' aptitude to mediate a resolution of their own. Concerning a mediator's acceptableness, it is notable to highlight the parties' perceptions about the intermediary's view, potential biases, and objectivity toward the issues in question. Frequently, the relationship of a third party's perspective refers to neutrality (Moore, 2014).

3. THEORETICAL VIEW: NEUTRALITY

3.1 WHAT IS NEUTRALITY?

[524] Given that the scope of this paper is to study the neutrality posture of a mediator in intercultural mediation, the emphasis is on the term neutrality in this section. The word neutrality is derived "from the Latin *neuter*, meaning 'neither of them,' a condition in which attitude and action reflect a refusal to take sides in a dispute, or a lack of bias or [favoritism]" (Yarn, 1999 p.322). Cecchin (1987) describes neutrality as the creation of a state of curiosity in the mind of a therapist. The author defines curiosity as exploring and inventing alternative views and moves. According to Cecchin, these diverse views and moves breed curiosity. Thus, in a repetitive pattern, neutrality and curiosity position

one another distinctly in a commitment with a symbiotic detachment to any specific position.

[525] Departing from a general perspective of neutrality in the mediation context, Douglas (2012) states that the indispensable requirements of the mediation proceedings are neutrality on the part of the mediator and its autonomy. In line with this statement, Zamir (2011) contends that the absence of neutrality in mediation practices challenges the foundation of mediation. The term neutrality is often present in the descriptions and definitions of a mediator. The mediator is often regarded as the neutral third person, Fehrenbach & al (2014). Thus, it is significant to have a brief overview of the definitions of neutrality in the context of conflict resolution to depict the meaning of neutrality for the study of this paper as well as how it is perceived.

3.2 DEFINITION OF NEUTRALITY IN MEDIATION

[526] Even though many researchers have attempted to define neutrality for a mediator, according to Exon (2008) the meaning ascribed to the term neutrality is still vague. This is because neutrality is an elusive concept; sort of ambiguous (Becker 2013). According to Cobb and Rifkin (1991), neutrality can be both transparent and opaque. Quoting Cobb and Rifkin (1991, p.37): "[T]ransparent because it operates on the basis of widely held assumptions about power and conflict, and opaque because it is exceedingly difficult to raise questions about the nature and practice of neutrality from *within* this consensus". In line with this statement, it is assumed that mediators have power (Shapira 2008). The power used by a mediator during mediation is to assist the conflicting parties in communicating with each other in order to alter their positions and perspectives and come to an agreement. Often the term power in mediation refers to the advantages over other conflict resolution processes (Bowen 2005).

[527] In practical terms, virtually all conflicts directly or indirectly involve power. Power can be conceptualized as an exchange between the characteristics of a person and the characteristics of a situation, whereby the person has access to valued resources which he uses to achieve personal, relational, or environmental goals and often also by using various strategies of influence (Coleman et al 204, p.120). Power may also be perceived as a symbolic expression of one's identity and right to self-determination. In addition, power in conflicts is generally used as an authority for achieving the aim of self-determination. Conflict is sometimes a means of seeking or maintaining the imbalance of power in relationships. Thus, based on these features, neutrality can be identified as transparent. Consequently, neutrality is a difficult concept to depict as its meaning depends on the context (Mayer, 2011). The concept can imply conflicting connotations and, respectively, Mulcahy (2001, cited in Noone and Ojelabi. 2014, p.164) concludes that the concept is identical to "invisibility" and "passivity". In contrast, a mediator's neutrality is the objective expertise in simplifying communication between conflicting parties (Alfini et al. 2001).

[528] Furthermore, mediator neutrality is often debated and contested which has several meanings (Astor 2007). According to Astor (2007), the complexities of defining the term are due to the lack of agreement and consistency among mediators to define the term. Thus, it is essential to have a look at different perspectives concerning the meanings of neutrality in mediation for the purpose of this research. The following

section will concentrate on the struggle of academicians and practitioners to find a definition of the concept of neutrality.

3.3 THEORETICAL PERSPECTIVES ON THE MEANING OF NEUTRALITY

[529] As indicated previously, for Astor (2007, pp221-239), neutrality has several meanings. The author outlines four meanings, also considered key elements when defining neutrality for the purpose of mediation. According to her, firstly, neutrality is a frequent term used to demonstrate that a mediator can affect neither the content nor the consensus of a mediation process. His role is only limited to the control of the process of mediation in solving the dispute. The second meaning of neutrality is to refer to impartiality. In her view, both disputant parties should be treated equally and not be subjected to favoritism. The third aspect of neutrality is that no influence by financial or personal connection can arise between a mediator and either conflicting party. A further element, the fourth, Astor writes, is independence. That is, all mediation should be free from governmental influence.

[530] Unlike Astor, Moore (2003) proposes that neutrality refers to the posture and relation between the mediator and the conflicting parties. Nevertheless, he asserts like Astor, that a mediator bears no prior association whether social or beneficial with any of the parties. In defining neutrality, Moore further states that a mediator does not gain any favorable benefits or remuneration for special treatment in the mediation session and its outcome. Similarly, McCorkle and Reese (2005) suggest that the neutrality of a mediator lies in not being personally biased towards both parties. Furthermore, Boulle and Teh (2000) view neutrality as a concept bearing multidimensional meanings. In addition to the statements of Moore (2003) and McCorkle (2005) regarding neutrality, Boulle and Teh further expand the meaning. They ascertain that neutrality for a mediator means not being judgmental, having no prior knowledge of conflict and not making use of substantive knowledge to influence the outcome.

[531] Thus far, in attempting to define the neutrality of a mediator's influence on the outcome, some authors, such as Boulle, Teh, and Moore link being neutral to the outcome but not to the process while others maintained that mediators could remain neutral and influence the outcome (Astor 2007). Ultimately, Taylor (1997) argued that neutrality is an ongoing process wherein some mediators practice neutrality distinctly but remain ethical. She views neutrality as a continuum possessing two specific points. In terming these two distinct ends "strict neutrality" and "expanded neutrality", she views the process opposed to an absolute structure. As an example, a mediator closer to the *expanded neutrality* end of the continuum would feel more of the need to balance power and will actively respond to emotions in contrast to one who is nearer to *strict neutrality*. Thus, practitioners would bear different characteristics depending on their variation upon the continuum. Despite the discrepancies, Taylor underlines that a mediator can embrace the meaning of neutrality at any point of a continuum and yet be ethical.

[532] In sum, the term appears to be a multifaceted concept due to its diverse definitions and theoretical perspectives regarding the meaning of neutrality proliferate in literature. The term neutrality in mediation seems to be a matter of different perspectives among diverse authors when associated with the outcome of a mediation process.

3.4 EMPIRICAL PERSPECTIVES ON THE MEANING OF NEUTRALITY

[533] Even though theoretical perspectives abound in the literature regarding the meaning of neutrality, there is insufficient empirical research done on this subject. Nonetheless, certain prominent authors did some empirical studies focusing on understanding the mediator's perspective on neutrality. Through the means of interviews with mediators, video sessions of mediation and support of literature, Cobb and Rifkin (1991) studied the mediator's perception of neutrality. Their findings led to two definitions for the meaning of neutrality, namely *impartiality* and *equidistance*. Neutrality as impartiality deals with no emotions and being unbiased, while neutrality as equidistance is finding the power balance between the parties through empathic communication. Cobb and Rifkin (1991) and Rifkin et al. (1991) concluded that the two meanings of neutrality create an inconsistency of neutrality in practice. In sum, for them, these two meanings of neutrality, impartiality and equidistance create a paradox of neutrality in practice.

[534] Practitioners at times in order to achieve an equitable outcome (equidistance) must balance power between parties, nevertheless this practice requires a mediator to favor one party over the other. This effort contradicts impartiality. The equidistance hypothesis in neutrality was analyzed and criticized by Feer (1992, pp 173-177). In his view, equidistance is a mere tool contrary to an overarching concept. He outlines that balancing power through empathetic communication does not constitute impartiality. He regards the tool as an element which deals with power balance based on empathy. According to the author, this authority of finding the power balance does not consist of being impartial.

[535] Emphasizing the hypothesis of the power balance, authority and favoritism as suggested by Cobb and Rifkin, Jacobs (2002) views the demands of power balance between parties, empathetic communication, favor one side (viewed as relational closeness) in an effort to aid parties reach an unbiased, symmetrical agreement as competing and difficult requirements to maintain neutrality. Still, at the same time, he describes them as constructive moves for the parties to an equitable settlement. Jacob further describes neutrality as a "practical impossibility", given the "gap between normative ideal and actual practice." (Jacobs 2002, p.1407).

[536] Another empirical study in line with the mediator's neutrality was done by Douglas (2008). She did qualitative research by analyzing ten in-depth interview transcripts of a mediator's actual or lived experience during a mediation process. The mediators were from the Dispute Resolution Centre, Department of Justice, Brisbane, a government-funded and administered community of mediation. The study was about how mediators make sense of neutrality in practice. In trying to understand the mediator's perception of neutrality, Douglas identified four thematic areas for constructing the meaning of neutrality: impartiality, evenhandedness, process versus content and self-determination. Douglas refers to neutrality's impartiality as a lack of bias, and evenhandedness to equal treatment. She further reports that insignificant of the outcome, mediators are neutral but are in control of the process. At last, she views self-determination as the parties' autonomy to reach an agreement. Following the view of neutrality as a multidimensional concept put forward by Boulle and Teh (2000), Douglas' research

bears similarities to the concept leading to the conclusion that neutrality is a multidimensional concept which embodies diverse aims and dimensions.

[537] In yet another study, further observation on the perception of the meaning of neutrality revealed that the fundamentals of the theory of neutrality were uniform among the mediators but in practice, they struggled to maintain their neutrality posture Mulcahy (2001). The observation was conducted during housing mediation sessions at a mediation community center. In total, 38 mediation sessions were scrutinized, and participation in informal discussions and formal interviews were conducted with the mediators and housing agents in Britain. Mulcahy concluded that even though the mediators knew the theoretical principle of the concept of neutrality, the mediators in practice sought reflexivity. He reports that reflexivity in practice is to "recognize rather than deny the possibility of bias while attempting to minimize its impact" (Mulcahy 2001, p. 517).

[538] Such reflexivity is sought to be an attempt to acknowledge instead of denying the possibility of bias and ease its impact for a fair outcome. For instance, mediators were open to the parties about the values they brought in the mediation session. They talked about the potential influence of their biases on the process and outcomes with their peers. Eventually, through discussions with the participants, a "self-reflexive" approach emerged to mediation at the mediation community center. According to scholars Astor (2007) and Rock (2006), the practice of self-reflexivity is a method to maintain power balance and issues of bias in order to reach a consensus.

3.5 CRITICS OF NEUTRALITY

[539] Astor (2007, pp 221-239) acknowledged the necessity of a reflexive approach to maintain neutrality in mediation. She advocated that mediator "actively consider their own identities, experiences, politics, attitudes and beliefs..." and the impact of these personal attributes on a mediation session. She ascertained that through a reflexive process, the mediator is not only validating the perspectives of both conflicting parties but simultaneously making them aware of their self-perception. Rock (2006) asserts that in order to have an equitable outcome, the parties must find their own consensus. For this scholar, in facilitating this process, the mediator must bear a neutral posture. However, he also argues that in order to reach a fair outcome in a neutral manner, mediators should pay attention to their reflections and emotions in practice. This is to nurture the reflexive process and develop the self-awareness of perception. For both scholars, the mediators' experience is the resulting change in mediation practice that aligns with proponents of self-reflexivity.

[540] The perception of neutrality may vary significantly between cultures. Taking into consideration the greater extent of criticisms, neutrality in mediation has been characterized simply as an aim, an objective, or an ideal, incapable of pragmatic implementation (Astor, 2000, Mulcahy, 2001). Neutrality is referred to by critics as a prevalent and delusive myth, arguing that it is neither possible nor desirable (Boulle, 2005; Della Noce 1999; Field, 2000). According to Freer (1992, pp 173-77), "for certain it is that neutrality, both as theory and practice, is a slippery slope full of tensions and contradictions". Still, mediators persist in claiming that they are neutral (Field, 2000, Astor & Chinkin, 2002) and seek virtue in the claim (Astor 2007). Thus, it is of essence

to assess and consider this posture when mediators are dealing with conflicts emerging from different cultures. As pointed out the sense of this paper is to investigate the neutrality posture of a mediator in an intercultural mediation, the following section will emphasize culture and mediation.

4. MEDIATION AND CULTURE LANDSCAPE

4.1 WHAT IS CULTURE?

[541] With today's progressing globalized societies come new challenges, among these, managing increasingly diverse workforces and cultures. Fields of psych-sociology, sociolinguistics and communication have seen important developments in the study of culture, identity and their importance in the well-being of an individual over the past decades. Issues of prejudice and tolerance have become a common subject regarding the valuation and acceptance of diversity across all domains. Intercultural mediation is a reoccurring term in contemporary approaches. Nowadays society often comprises individuals of multiple nationalities and cultural backgrounds, which can lead to myriads of issues from misunderstandings to outright social conflicts. The field of intercultural conflict resolution focuses on strategies to avoid or solve such issues and accommodate everyone's identity.

[542] The first notion to appear in an intercultural conflictual context is that of culture. Such as interpreted today, culture is a social construct, which serves as a common denominator for groups of individuals. This differs from its earlier understanding as a variety of static norms and social rules requiring strict adherence for legitimate affiliation which problematically posed culture as an entity to be analyzed as an unchanging "whole". Contemporary approaches to culture postulate on the contrary that everyone is an active actor in the construction of a culture (Giordano, 2003). This not only justifies differences between individuals of the same culture, but it also establishes culture as a way to "organis[e] internal differences and […] heterogeneity (economic, social, generational, etc.) between the individuals and the groups that constitute a society" (Rivera, 1997/2000). In other words, a fundamentally dynamic construct dependent on the values of the individuals defining and identifying it (Giordano, 2003).

[543] If culture is not a static set of norms prescribing values, the causes for conflict doubtlessly lay with individuals and how they relate to their culture and identity. In short, identity. Identity which tends to be interchangeably used alongside personality, refers to one's individuality, what makes them different. It is widely accepted that an individual's identity is constituted of what makes them unique genetically, physically, intellectually and morally. The construction of one's identity is a process of years endured by all. The link from identity to the notion of culture is the idea of its construction through social contact, but not solely.

[544] The way individuals define themselves is equally dependent on their own perception as it is on others'; identity is the complex result of personal and social development taking place throughout the life of an individual. Like culture, it is not a static conceptualization of some norm or characteristic, rather it evolves dynamically and continuously through personal experience, socialization and other factors. However,

for an improved understanding of what constitutes intercultural mediation, culture and its importance bear relevance. In the next section, we thus go into further details approaching this notion of culture as it is the core of this work.

4.2 DEFINING CULTURE

[545] Like mediation and neutrality, culture is a term with several definitions. Anthropologists have defined culture long ago. Faure and Sjöstedt (1993 p.3) defined culture as "an aggregate product… [that] typically consists of such social phenomena as beliefs, ideas, language, customs, rules and family patterns". Hofstede (1980 p.24) regards culture as "the collective programming of the human mind that distinguishes the members of one group from the other"[80]. Culture in this sense according to Hofstede is a system of collectively held values. The latter points out that he regards culture as a set of values and perceptions that may influence an individual behavior within a community. Dahl (2004) highlights, in pointing out that Hofstede is not attempting to explain the multiple identities of individuals within a society but rather emphasizing factors of societal common values and perception. Hall (1976) defines culture as another fundamental dimension that has an impact on a person similar to status, activity, setting and experience influencing an organism's perception.

[546] Dahl (2004 p.1) clarifies that though there are multiple definitions of culture, the meaning is uniform: "culture is an abstract entity which involves a number of usually man made, collective and shared artifacts, behavioral patterns, values or other concepts which taken together to form the culture as whole". Culture distinguishes social groups in preserving their distinctive identities. Departing from the explanation of culture given by Faure and Sjöstedt (1993 p.3) that culture "orients or perhaps even directs, judgement and opinion", Dahl (2004 p.4) deduces that culture "acts as an interpretive frame of behavior". Consequently, culture has been an explanation of different social norms. Hall (1976) concurs that culture is an underlying element that influences an individual in the same manner that activity, status, setting and experience influence an organism's perception. As an example, Dahl (2004, p3) raises the notion of "French Culture". It implies that the society shares certain values and exhibits resultant behavior and artifacts, which distinguishes itself from other cultures for instance the "French culture" to the "German Culture" or the "Spanish Culture".

[547] In this sense, language is just one part of culture playing a role in justifying how culture has affected the behaviours of people within each society. Language is said to be the answer to anticipating an individual's perception (Faure and Sjöstedt, 1993). Therefore, under this notion, it can be implied that culture has a significant role in the area of communication within a society.

4.3 CULTURAL DIFFERENCES AND MEDIATION

[548] Since culture has an important role in communication, it can be concluded that "...culture may be both an obstacle and a facilitator" during a social interaction (Faure and Sjöstedt 1993, p.4). Communication in a conflict resolution or negotiation process may be facilitated when two parties share common values and perceptions. This is

80 https://www.termpaperwarehouse.com/essay-on/The-Impact-Of-Culture-On-Politics/434225

because the risk of misunderstandings and misinterpretations is substantially minimized. Nevertheless, interactions can be strained or severed when misunderstandings occur due to cultural differences thus offending the other party (Faure and Sjöstedt (1993, p. 5). Such an obstacle arises when two parties do not bear the same perception on a similar matter. In such instances, an insight into the counterpart's cultural values becomes essential.

[549] Thus, in attempting to understand the nature of intercultural mediation, a blend of *culture* and *mediation*, it can be assumed as a problem-solving activity that deals with communication breakdown" (Liddicoat 2016 p 3). Meyer (1991) formulated the mediation component of intercultural communication as the ability to handle cross-cultural problems arising from cultural differences. Simultaneously, according to Fitzgerald (2002) intercultural mediation is a constructed term for problems of intercultural communication. For the said author, thus, intercultural mediation has served to embody disputes as the "stuffs" of intercultural mediation and establish miscommunication as an unmediated state of interaction between cultures.

[550] An efficient way to think about intercultural mediation is to view it as an interpretative and relational activity. More specifically, intercultural mediation is "an active engagement in diversity as a meaning-making activity" (Liddicoat & Scarino, 2013 p.54). Simply put, it involves the mediator interpreting the meaning of various others for oneself and others. This, thus, implies that intercultural mediation is not only the settlement of problems linked to communication but rather the development of mutual understandings between parties in communication. According to Iriskhanova et al. (2004), intercultural mediators are actively engaged in processes such as understanding, commenting, explaining, interpreting and negotiating during the mediation process. Gohard-Radenkovic et al. (2004b) ascertain that intercultural mediators both analyze the meanings of others constructed within cultural framings and provide those who do not share the cultural framing with the means to understand others. Prof. Byram (e.g., in Alred and Byram, 2002, Buttjes and Byram, 1991a) has explained the core nature of mediation as the competence for explanation of cultural phenomena. For Prof. Byram, it involves a significant or critical comparison of cultural phenomena, a recognition of the relativity of cultural concepts and the negotiation of meaning within and across cultural frames. Thus, it can be deduced that intercultural mediation is essentially an interpretative act wherein explanations are formulated and expressed as a critical activity.

[551] A significant aspect of this critical activity that is the interpretative process is the capacity to depart from the existent as in present cultural perspective to view cultural phenomena both from the internal and external perspective (Kramsch, 1999, Byram et al., 2002, e.g., Abdallah-Pretceille, 2003, Liddicoat and Scarino, 2013). The intercultural mediator needs to decenter his or her own cultural framing to see others from different perspectives. Byram, et al. (2002 p.19) explain this as "the ability to make the strange familiar and the familiar strange". Decentering implies the ability to comprehend diverse perspectives and to seek and accept diverse potential interpretations. So far, through literature, certain authors identified significant components of mediation as an awareness of cultural concepts, the ability to make critical comparisons and the capacity to negotiate meaning. However, there seems to be more emphasis on the role of

interpretation. In a way, such mediation can be perceived as a form of sense-making in which parties grow an awareness or sense of multiple cultural realities. This paper takes its aims to examine the posture of a mediator's neutrality when confronted with interpreting meaning for oneself and others.

5. RESEARCH QUESTIONS

[552] The aim of this study was to examine the understanding of the concept of neutrality intercultural mediators have by directly asking about their perception of the concept and how it is applied in practice. This study also eventually aims to contribute and enlarge the existing empirical research done so far in a more or less similar manner for the said concept, such as, for instance, the investigation of the alternative constructions of neutrality done by Cobb and Rifkin (US), Mulcahy (UK) and Douglas (Canada). The studies are mentioned in the previous chapter on neutrality. The participants involved in this study did not hail from a specific country unlike previous research has done. The individuals involved were geographically scattered worldwide but were practitioners of the same field. The main question for the study was:

- How do mediators make sense of neutrality in their practice?

Related additional question:

- What range of meanings do mediators associate with the concept of neutrality?

6. SUMMARY OF FINDINGS

[553] Based on the findings, the following observations can be made. With regard to the perception of neutrality, resentment of the idea of being neutral seems consistent. More than half of the participants declared themselves not to be neutral. The fact that they have a history, emotions, experiences and opinions were all factors challenging their neutral position. Many also regarded neutrality as a paradox and bordering on mysticism. In order to abide nevertheless to the prescription of being neutral, certain mediators employed structured procedures and specific techniques. Unanimously, they all agreed to be neutral with regard to the outcome of the mediation but not always necessary in the process.

[554] With regard to terminology, lots of confusion could be noted when evoking the concept of neutrality. This stems from the fact that the term neutrality is ambiguous. Since the concept of neutrality is vague and there is a lack of definitions of the literal term, many mediators interpreted neutrality in their own way and came up with their own definitions. Most of the mediators would often refer to and prefer to discuss multi-partiality or partiality when the concept of neutrality was addressed. Some claimed to reject the concept of neutrality and replace it by multi partiality to be fair in mediation.

[555] When questioned about the neutral position employed during the mediation process, reflectivity and reflexivity terms were used. Mediators stated that they needed

to do constant work on themselves to be conscious of their beliefs and moral relation to the conflicting parties. In some instances, they needed to take a step back to decenter themselves from the parties, refrain from giving opinions and be cautious when reformulating and reframing. Nonetheless, mediators who perceived themselves as not being neutral but multi-partial stipulate that neutrality for them is limited to the solution but not to the process. Thus, it was important for them to build a relationship of trust and be empathic to reach a fair outcome. During the analysis, it came up that mediators cannot uphold their neutrality when confronted with gender issues where they are aligning with one party. Gender was considered an issue in some situations for neutrality. For instance, a mediator encountered a mediated party subject to domestic violence during a mediation process. The mediator at a certain point during the process lost her neutrality, overpowered by sympathy and emotions. Thus, she opted to switch to multi-partiality in the course of the mediation.

[556] Other mediators, who regarded neutrality as a problem considered nonetheless that they could convert this issue to an advantage by balancing power relations and acknowledging the fact that it is sometimes difficult to maintain being neutral. This is when the act of reflectivity came into play. Neutrality in the codes of ethics was questioned and debated. While in certain jurisdictions, neutrality is absent in the code of ethics, for certain mediators its presence is paradoxically both questionable and unquestionable. Mediators would not necessarily get rid of the term, considering it sometimes one of the key principles of mediation, but would appreciate clarity and a proper standard definition of neutrality to better understand the concept and its essence in the codes of ethics. In the meantime, some mediators vouched for multi-partiality to neutrality.

6.1 DISCUSSION OF FINDINGS

[557] This study set out with the aim of assessing the neutrality posture of the intercultural mediator during practice and the meanings that are associated with neutrality in the mediation profession. The most obvious findings to emerge from the analysis are related to the theoretical and empirical perspectives on the meaning of neutrality that were discussed in the literature review section. With respect to the first research question of how intercultural mediators make sense of neutrality in their practice, we can observe that there seemed to be significant similarities to the past empirical studies conducted. For instance, the exercise of reflexivity seemed consistent with the findings of the empirical research of Mulcahy (2001). It could be noted that mediators do reflective work on themselves when confronted with situations of possible bias. This activity of reflexivity is to acknowledge and distinguish the mediator's position with regard to their values and beliefs from those of the parties in order to maintain their neutral position during the process. This act also aims to decenter the mediator's position of his reference to those of the conflicting parties and be neutral only to the outcome. Consistent with the observation on the perception of the meaning of neutrality in Mulcahy's research (2001), which was uniform, my findings demonstrated the same orientation. Most of the participants contended that the fundamentals of the concept of neutrality are to be neutral to the outcome.

[558] The results also corroborate the empirical research of Cobb and Rifkin (1991), whose findings led to the development of the idea that two terms were important for

mediation, namely impartiality and equidistance. Nevertheless, the data showed that instead of the equidistance term, the term multi-partiality seemed to be the most favoured term for the participants in this analysis. In describing multi-partiality participants in several instances maintained that they are equally distant to each conflicting party. The mediators try to balance the power to reach a fair solution. However, was also noted that in practice, there could be an act of favoritism to bring an equilibrium to reach a consensus in a situation of large power imbalance. Many of the participants preferred to use the term multi-partiality when the concept of neutrality was evoked. Neutrality, as impartiality, deals with not being biased to parties and decentering oneself from emotions and opinions to reach an equitable outcome. Quite similarly to Jacobs' (2002) views on the difficulties of maintaining neutrality when empathic dialogues and, relational closeness are needed to reach a symmetrical agreement and meet the demands of a situation of power imbalance, mediators claimed that they have an existence, past, emotions empathy and opinions and that, rather to be avoided, facilitated openness in the mediation process. Nonetheless, these moves are only to balance the process and the goal is to be neutral to the consensus and outcome.

[559] Regarding meanings associated with neutrality, the outcomes agreed with those obtained by Astor (2007). Astor outlined four meanings of neutrality in her research that were also similar to mine. Frequently the data showed that neutrality is related to the outcome of the mediation process. Impartiality was associated with the meaning of not indulging in favoritism. Neutrality was to be independent from institutions. The neutrality to the outcome, neutrality as impartiality and independence from institutions bore similarities to the meanings of neutrality deduced by Astor. My participants did not refer to the fourth meaning of Astor, which is influence by personal or financial connection.

[560] As mentioned in the literature review in section 4.2, the meanings given to neutrality in mediation are still vague (Exon, 2008). Becker (2013) even describes it as an elusive concept. Mediators have attempted to define meanings associated with the neutrality concept but since there is no standard definition of the meaning of neutrality, most of the participants came up with their own notion of how they perceive neutrality. This finding broadly supports the claim of Astor (2007) that the lack of agreement and consistency among mediators renders the task of defining the term neutrality difficult.

[561] So far, the results corroborate the findings of a great deal of previous work done regarding neutrality in the mediation process. Notwithstanding, through this research, it could be noted that the perception of neutrality may vary significantly between cultures. As the participants of this research hail from different geographical and cultural backgrounds, they had different views on neutrality in practice. Neutrality was also referred to as a paradox because one can never evaluate the degree of neutrality. Neutrality was compared to a white blank page which is difficult to attain at its purest white. Neutrality was referred to be not a useful concept in mediation because it does not allow influence. The influence here is according to the process. This means that if neutrality is applied in a literal sense that is only neutral to the outcome of the mediation, mediators cannot be empathic, cannot do power balance nor create relational closeness. It can be hypothesized that due to all these restrictions in abiding with the neutrality posture, mediators were driven to adopt multi-partiality neutrality. As a possible explanation, it can be that during the process adopting multi-partiality allows

them to have flexibility to facilitate the process yet maintain the neutrality only to the outcome.

7. CONCLUSION

[562] This section outlines and summarizes the results of the study, makes some recommendations and highlights limitations encountered during the research process. The results of this work aimed to unravel and shed light on the understanding of neutrality and the posture intercultural mediators adopt during a mediation process. The purpose of this paper was to understand the neutrality posture of the intercultural mediator, how they maintain the neutrality posture during mediation practice and what they understand regarding neutrality. In this study, there were glimpses of the challenges that professionals encounter, of their understanding of the concept of neutrality, of how they perceive it, what it really means to them and how it is applied in their profession. Through this research, we identified that there were lots of differences in how people define neutrality, how they perceive the term neutrality, and what the conception of neutrality means to them. One of the significant findings to emerge is that each mediator had a different opinion about neutrality. Moreover, when it comes down to the practice level mediators have different ways and techniques to use neutrality. The issue of maintaining neutrality during mediation was also discussed.

[563] It is worth mentioning that the aim of the research was also based on my own motivation. I wanted to find out whether the fact that I hail from a different cultural background had an impact, bore a difference in my practice as a meditator or not. I noticed that the fact that my participants hailed from different cultural backgrounds and different geographical locations, meant they had different ways of carrying out mediation processes. So, it could be argued that culture may have an impact on the process of mediation. For instance, mediators from the Eastern continent have a willingness to be empathic, create dialogue, and share their opinions, beliefs, stories, values and experiences. There is an openness and flexibility to the mediation process. They do not want to be neutral in the process but would prefer to be partial or multi-partial. In contrast, mediators from the European continent would rather follow a structured mediation process wherein even if there are challenges to maintaining the neutral posture, they will abide by it. They would rather do reflexive or self-reflexive work on themselves and be impartial to avoid favoritism to parties.

[564] In the following two paragraphs, I will outline the number of mediators who found it useful to use the concept of neutrality in their practice or not. In total ten intercultural mediators participated in this research.

[565] The findings of this research provide insights into the major problems five intercultural mediators faced during practice with this notion. It consisted of difficulties to create relational closeness, empathic dialogue and balance power if neutrality was strictly enforced. Therefore, these mediators tended to adopt multi-partiality. For them, multi-partiality allowed them to be partial to both parties. One among the five participants thus rejected the concept of neutrality stating that it was a useless concept in mediation because we differ in sex, gender, and culture. Thus, it is impossible to be

neutral. Similarly, another mediator claimed that she is not a passive participant. She has a past, a story, emotions, and opinions and is empathic thus she cannot be neutral. The third mediator stated that she believed that if mediators absorb subjectivity and emotions, the reality of the people with all their dreams and miseries in consideration, one could not talk of neutrality in mediation. The fourth mediator said that she is not neutral because maintaining neutrality during practice does not allow influencing the course of the process. She would prefer to reject this concept and adopt multi-partiality for flexibility. The fifth mediator stated that a neutral mediator is not a good mediator because neutrality prohibits the creation of empathic dialogue and power balance. Nonetheless, all five agreed mediators that they are neutral only to the outcome but not to the process.

[566] Four participants spoke about mediation being a structured process and about impartiality. Two mediators spoke about reflexivity and self-consciousness of the difficulty of maintaining a neutral posture. They acknowledged that it is a difficult task to be neutral and that to be so requires reflexivity to work on oneself to distinguish someone's beliefs, values, morals, and opinions from those of the involved parties. It is an ongoing task which is to be performed by the mediator to maintain a neutral posture. Another mediator viewed neutrality as the non-evaluative attitude of the mediator towards the parties. He highlighted that it did not matter how the parties agreed and he did not pursue their views and solutions. He stated that if the mediator feels that he is not being neutral anymore during the mediation then he must stop. According to the fourth mediator, a mediator must know how to accompany a process, which is going to be a structured process to help people think and position themselves in relational quality. His neutrality is limited to facilitate dialogue so that the conflicting parties can find a solution.

[567] Overall, this study strengthens the idea that neutrality is central to the building of consensus. In addition, the findings of this investigation complement those of earlier studies. The results of this research support the idea that neutrality is an elusive concept. The present study adds to the growing body of empirical research that the concept of neutrality is convoluted. It can be argued that it is an undesirable posture for certain intercultural mediators. This study has confirmed the findings of previous empirical research concerning the neutrality concept. It also demonstrated that to reach a fair outcome mediators deem it important to do a self-reflexive process. Before this study, it was difficult to make predictions about whether cultural background had an important role play in the neutrality posture of the mediator. This research has gone some way towards enhancing our understanding that the cultural factor does play a role in maintaining the neutrality posture. A limitation of this study is that it was conducted on a small scale. Only ten interviewees participated. Each intercultural mediator was from a different country thus the representation of the findings is considerably minimized. However, the in-depth interviews proved valuable to display a variety of perspectives that can now be probed further. An issue that was not addressed in this study was whether the researcher herself could be biased as she is also a mediator by profession and sometimes struggles to maintain her neutral posture. Using careful methodology was the way to find unexpected results and ensure some distance from experience.

[568] Further research should be carried out to establish whether the section on neutrality in the ethical code of conduct is important in the mediation practice. Further studies could help understand whether it is an effective posture to impose on the mediator or whether more nuanced perspectives need to be developed. There is, it seems however already a definite need for defining neutrality in mediation. A reasonable approach to tackle this ambiguity of the neutrality term and its essence in mediation is to give a proper and standard definition of neutrality in mediation. Its importance, application and implications in the mediation practice should be established.

REFERENCES

Applegate, A. G., & Beck, C. J. (2013). Self-Represented Parties In Mediation: Fifty Years Later, It Remains The Elephant In The Room. Family Court Review, 51(1), 87-103.

Astor, H. (2007). Mediator Neutrality: Making Sense Of Theory And Practice. Social & Legal Studies, 16(2), 221-239.

Astor, H. 2000a, "Rethinking Neutrality: A Theory to Inform Practice - Part 1", Australasian Dispute Resolution Journal, Vol. 11, pp. 73-83.

Astor, H. & Chinkin, C. 2002, Dispute Resolution in Australia, 2nd ed., Butterworths, Sydney. pp 149-156

Abdallah-Pretceille, Martine 2003. Former et éduquer en contexte hétérogène, Paris : Economica.

Benjamin, R. (2012 June). The Natural History of Negotiation and Mediation: The Evolution of Negative Behaviors, Rituals and Approaches. Retrieved from https://www.mediate.com/articles/NaturalHistory.cfm#comments

Blake Sarah, Gondarra, Djiniyini. 2008. Cultural Healing in Criminal Justice Service Delivery: An Identification of best practice and innovation to inform future service design. National Indigenous Justice CEO Forum Brisbane. Retrieved at and

Becker, D. (2013). The Controversy Over Mediator Neutrality: Input From New Zealand Mediators (Doctoral dissertation, University of Otago).

Boulle, L. 1996, Mediation: Principles, Process, Practice, Butterworths, Sydney.

Boulle, L. 2001, Mediation – Skills and Techniques, Butterworths Skills Series, Butterworths, Sydney.

Boulle, L. 2004, "In and Out of the Bramble Bush: ADR in Queensland Courts and Legislation", Law in Context, Vol. 22, pp. 92-110.

Boulle, L. 2005, Mediation: Principles, Process, Practice, 2nd ed., Butterworths, Sydney. p.31

Boulle, L., & Teh, H. H. (2000). Mediation: Principles and Practice.pp.31

Byram, Michael 2002. On Being 'Bicultural' And 'Intercultural'. In Geof Alfred, Michael Byram & Michael P. Fleming (eds.) Intercultural experience and education, 50-66. Clevedon, UK: Multilingual Matters.

Byram, Michael, Bella Gribkova & Hugh Starkey 2002. Developing The Intercultural Dimension In Language Teaching. A Practical Introduction For Teachers, Strasbourg: Council of Europe.

Bryman, Alan. (2008). Social Research Methods (3rd ed.). Oxford: Oxford Univ. Press.

Black, T. (1999). Doing Quantitative Research In The Social Sciences. London: Sage Publications Ltd.

Bird, C. M. (2005). How I Stopped Dreading And Learned To Love Transcription. Qualitative Inquiry, 11(2), 226-248.

Burr, V. (1995). An Introduction To Social Constructionism. London: Routledge.

Boyatzis, R. E. (1998). Transforming Qualitative Information: Thematic Analysis And Code Development. Sage.

Braun, V. & Clarke, V. (2006). Using Thematic Analysis In Psychology. Qualitative Research in Psychology, 3, 77-101.

Carroll, Barbara, and Terrance Carroll. "Accommodating Ethnic Diversity in a Modernizing Democratic State: Theory and Practice in the Case of Mauritius. Ethnic and Racial Studies (1): 120–142, 2000.

Cobb, S. and Rifkin, J. (1991) Practice and Paradox. Deconstructing Neutrality in Mediation. Journal of American Foundation. Law & Social Enquiry, 16 (1) January, pp 35-62

Cohen J. 1996. Chinese Mediation on the Eve of Modernization, California Law Review 54 (3) .1201-15

Coleman, P. T., Deutsch, M., & Marcus, E. C. (Eds.). (2014). The Handbook Of Conflict Resolution: Theory And Practice. John Wiley & Sons. P 120

Corbin, J., & Strauss, A. (2008). Basics Of Qualitative Research. London: SAGE Publications Ltd.

Cecchin, G. (1987). Hypothesizing, Circularity, And Neutrality Revisited An Invitation To Curiosity. Family process, 26(4), 405-413.

Cobb, S., & Rifkin, J. (1991). Practice And Paradox: Deconstructing Neutrality In Mediation. Law & Social Inquiry, 16(1), 35-62.

Coleman, P. T., Deutsch, M., & Marcus, E. C. (Eds.). (2014). The handbook of conflict resolution: Theory and practice. John Wiley & Sons. P 120

Clarke, V. & Braun, V. (2013) Teaching Thematic Analysis: Overcoming Challenges And Developing Strategies For Effective Learning. The Psychologist, 26(2), 120-123.

Dahl, S. (2004). Intercultural Research: The Current State Of Knowledge.pp.22 Retrieved at :

Davis, H., & Dugan, M. (1982). Training the Mediator. Peace & Change, 8(2-3), 81-90. Retrieved at:

Darlington, Y., & Scott, D. (2003). Qualitative Research In Practice: Stories From The Field. Social Work Education: The International Journal, 22(1), 115-118.

Denzin, N. K. (1989). Interpretive Interactionism. Newbury Park, CA: Sage

Denzin, Norman K, & Lincoln, Yvonna S. (2011). The Sage handbook of Qualitative Research (4th ed.). Thousand Oaks: Sage.

Di, X., & Wu, Y. (2009). The developing trend of the people's mediation in China. Sociological Focus, 42(3), 228-245.

Della Noce, D. 1999, “Seeing Theory in Practice: An Analysis of Empathy in Mediation”, Negotiation Journal, Vol.15, No.3, pp. 271-301

Dyck, D. 2000, “The Mediator as Nonviolent Advocate: Revisiting the Question of Mediator Neutrality”, Mediation Quarterly, Vol. 18, No. 2, pp. 129-49.

Douglas, S. (2012). Neutrality, Self-Determination, Fairness And Differing Models Of Mediation. James Cook UL Rev., 19, 19.

Douglas, S. (2008). Neutrality in mediation: a study of mediator perceptions. Queensland U.Tech. L.& Just. J., 8, 139-157.

Duranti, A (2006) Transcripts, Like Shadows on a wall, Mind, Culture, and Activity, 13. Pp. 301-310

European Directive Press release on Mediation (MEMO/08/263) Retrieved at:

Exon, S. N. (2007). The effects that mediator styles impose on neutrality and impartiality requirements of mediation. USFL Rev., 42, 577. AND Susan Nauss Exon. (2008). The Effects that Mediator Styles Impose on Neutrality and Impartiality Requirements of Mediation. University of San Francisco Law Review, 42, 577-1115.

Faure, G. O. and Sjöstedt, G. (1993) 'Culture and Negotiation: An Introduction', Culture and Negotiation. pp. 187- 215

Fitzgerald, H. (2002). How different are we? Spoken discourse in intercultural communication. Clevedon: Multilingual Matters. Field (2003) “The Theory and Practice of Neutrality in Mediation”. IAMA (no.5)

Folger, J. P., & Bush, R. B. (1994). The Promise of Mediation. Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition. San Francisco.

Feer, M. (1992). "Toward A New Discourse For Mediation: A Critique Of Neutrality": Commentary

Freer, M. 1992, “On ‘Toward a New Discourse for Mediation: A Critique of Neutrality’”, Mediation Quarterly, Vol. 10, No. 2, pp. 173-77.

Field, R. 1996, “Mediation and the Art of Power (Im) balancing”, QUT Law and Justice Journal, Vol. 12, pp. 264-73.

Field, R. 2000, “Neutrality and Power: Myths and Reality”, The ADR Bulletin, Vol. 3, No. 1, pp. 16-20.

Flick, U. (2011). Introducing Research Methodology: A Beginner’s Guide To Doing A Research Project. London: SAGE Publications Ltd.

Flick, U. (2014). An Introduction To Qualitative Research (5th ed.). London: Sage Publications Ltd.

Frith, H., & Gleeson, K. (2004). Clothing and embodiment: men managing body image and appearance. Psychology of Men & Masculinity, 5(1), 40-48.

Giordano C. H., “Préface. De la crise des représentations au triomphe des préfixes”, in Gohard-Radenkovic A., Mujawamariya D. & Pérez S., Intégration des « minorités » et nouveaux espaces interculturels, Berne, Peter Lang, 2003, pp. 11-17.

Gohard-Radenkovic, A., Lussier, D., Penz, H., & Zarate, G. (2004). La médiation culturelle en didactique des langues comme processus [Cultural médiation in language teaching as a process]. In G. Zarate, A. Gohard-Radenkovic, D. Lussier & H. Penz (Eds.), La médiation culturelle et didactique des langues [Cultural médiation and language teaching] (pp. 225–238). Strasbourg: Council of Europe Publishing.

Goffmann E. (1959), The Presentation of Self in Everyday Life, Anchor Books Gadlin, H. & Pino, E. 1997, “Neutrality: A Guide for the Organisational Ombudsperson”, Negotiation Journal, Vol. 13, No. 1, pp 17-37.

Goldberg, S.B., Sander, F., and Rogers, N. (1992). Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes. (2nd Ed.) Boston: Little, Brown

Gutierrez, A. (2012). The Seasons of Alternative Dispute Resolution: A Study of Mediation Tactics in the Context of Ancient Greek Mythology. Am. J. Mediation, 6, 65.

Hall, E. T. (1976) Beyond Culture. New York: Anchor Books.

Harry, B., & Lipsky, M. (2014). Qualitative Research on Special Education Teacher Preparation. In M. McCray, T. Brownell, & B. Lignugaris/Kraft (Eds.), Handbook of research on special education teacher preparation (pp.445-460)

Hammersley, M., & Traianou, A. (2012). Ethics and Educational Research. Retrieved from:

History of mediation. (2011, mai 8). Wiki-Mediation. Retrieved 13:56, mars 25, 2019 from .

Hofstede, G. (1980) 'Culture and Organizations', International Studies of Management & Organization, 10(4), pp. 15-41.

Iriskhanova, K., Röcklinsberg, C., Ozolina, O., & Zaharia, I.A. (2004). L'empathie comme élément de la médiation culturelle [Empathy as an element of cultural mediation]. In G. Zarate, A. Gohard-Radenkovic, D. Lussier & H. Penz (Eds.), La médiation culturelle et didactique des langues [Cultural mediation and language teaching] (pp. 109–142). Strasbourg: Council of Europe Publishing.

James J. Alfini Er Al. (2001). Mediation Theory and Practice. Newark: Lexis Publishing

Jacobs, S. (2002). Maintaining Neutrality In Dispute Mediation: Managing Disagreement While Managing Not To Disagree. Journal of pragmatics, 34(10-11), 1403-1426.

Kelly, L. 2008, "Elements of a 'Good Practice' Aboriginal Mediation Model: Part 1", Australasian Dispute Resolution Journal, Vol.19, pp. 198-230.

Klein, H. K., & Myers, M. D. (1999). A Set Of Principles For Conducting And Evaluating Interpretive Field Studies In Information Systems. MIS Quarterly, 23(1), 67-93.

Kovach. K. Kimberlee (2004), Mediation Principles and Practices. West Academic Publishing 3rd Edition. 18

Kriesberg, Louis 2007a. Constructive Conflicts: From Escalation to Resolution. 3rd edition. Lanham, MD: Rowman & Littlefield. 228

Kriesberg, Louis 2007b. Long Peace or Long War: A Conflict Resolution Perspective, in: Negotiation Journal 23, 2, 97-116.

Kramsch, Claire 1999. The Privilege Of The Intercultural Speaker. In Michael Byram & Michael Fleming (Eds.) Language Learning In Intercultural Perspective: Approaches Through Drama And Ethnography, 16-31. Cambridge: Cambridge University Press.

Kvale, Steinar. Interviews an Introduction to Qualitative Research Interviewing, Sage Publication, 1996

Kvale, Steinar. (2009). Doing Interviews (Reprint.]. ed.). Los Angeles: Sage.

Lapadat, J. C., & Lindsay, A. C. (1999). Transcription in Research and Practice: From Standardization of Technique to Interpretive Positionings. Qualitative Inquiry, 5(1), 64-86.

Lascoux Jean Louis (2011). History of Mediation. Wiki-Mediation, Retrieved 13:56, mars 25, 2019

Lieder, M. D. (1993). Navajo Dispute Resolution and Promissory Obligations: Continuity and Change in the Largest Native American Nation. Am. Indian L. Rev., 18, 1.

Liddicoat, Anthony J. & Angela Scarino 2013. Intercultural Language Teaching And Learning, Chichester: Wiley-Blackwell

Liddicoat, A. J. (2016). Intercultural Mediation, Intercultural Communication And Translation. Perspectives, 24(3), 354-364.

Liddicoat, A.J., & Scarino, A. (2013). Intercultural language teaching and learning. Chichester: Wiley-Blackwell.

Maxwell, J. A. (2012). Qualitative Research Design: An Interactive Approach. London: Sage.

Maxwell, J. A. (2012). Qualitative Research Design: An Interactive Approach. London: Sage.

Mitchell, J.C. (1983). Case And Situation Analysis. The Sociological Review, 31, 2 (May), pp. 187-211.

Moore, C. W. (2014). The Mediation Process: Practical Strategies For Resolving Conflict. Retrieved from

Mitchell, J.C. (1983). Case and situation analysis. The Sociological Review, 31, 2 (May), pp. 187-211.

McCorkle, S., & Reese, M. (2005). Mediation Theory and Practice 2nd ed.14-15

Mayer, B. (2011). Panel Discussion: Core Values of Dispute Resolution: Is Neutrality Necessary. Marq. L. Rev., 95, 805.

Mayer, B. S. (2000). The Dynamics Of Conflict Resolution: A Practitioner's Guide. (pp273-4)

Moore, Christopher W. (2003). The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict. 3rd ed. San Francisco: Jossey-Bass

McCorkle, S., & Reese, M. (2005). Mediation Theory and Practice 2nd ed.14-15

Mulcahy, L. (2001). The Possibilities And Desirability Of Mediator Neutrality – Towards An Ethic Of Partiality? Social & Legal Studies, 10(4), 505-527.

Meyer, M. (1991). Developing transcultural competence: Case studies in advanced language learners. In D. Buttjes & M. Byram (Eds.), Mediating languages and cultures: Towards an intercultural theory of foreign language education (pp. 136–158). Clevedon: Multilingual Matters. Nabokov, V.

Md Shidur Rahman. (2016). The Advantages and Disadvantages of Using Qualitative and Quantitative Approaches and Methods in Language "Testing and Assessment" Research: A Literature Review, Journal of Education and Learning; Vol. 6, No. 1; 2017 ISSN 1927-5250 E-ISSN 1927-5269 Published by Canadian Center of Science and Education

Noone, M. "Mediation." In Essential Legal Skills Series, edited by Julie Macfarlane. London, UK: Cavendish Publishing, 1996.

Dr. Nor 'Adha Ab Hamid., Alternative Dispute Resolution (ADR): The Diagnosis and Implementation of Mediation/Conciliation and Negotiation in Settling Disputes. Int. J. Adm. Gov, 3(2): 1-8, 2017

Nielsen, M. O., & Zion, J. W. (Eds.). (2005). Navajo Nation peacemaking: Living traditional justice. University of Arizona Press.

Noone, M. A., & Ojelabi, L. A. (2014). Ethical Challenges For Mediators Around The Globe: An Australian Perspective. Wash. UJL & Pol'y, 45, 145.

Patton, M. Q. (1990). Qualitative Evaluation And Research Methods (2nd ed.). Newbury Park, CA: Sage.

Podolefsky, A. 1990, Mediator Role in Simbu Management. *Ethnology,* 29(1), 67-81.

Roberts, M. (2013). AZ of Mediation. Macmillan International Higher Education. 44

Rifkin, J., Millen, J., & Cobb, S. (1991). Toward A New Discourse For Mediation: A Critique Of Neutrality. Mediation Quarterly, 9(2), 151-164.

Rifkin, J., Millen J. & Cobb, S. 1991, "Toward a New Discourse for Mediation: A Critique of Neutrality", Mediation Quarterly, Vol. 9, No. 2, pp. 151-64.

Rock, E. M. (2004). Mindfulness Mediation, The Cultivation Of Awareness, Mediator Neutrality, And The Possibility Of Justice. Cardozo J. Conflict Resol., 6, 347.

Rivera A., “Culture”, in Gallissot R., Kilani M. & Rivera A., L’imbroglio ethnique, Lausanne, Payot, 1997/2000, pp. 63-82.

Sandelowski, M. (1998). Writing A Good Read: Strategies For Re-Presenting Qualitative Data. Research in Nursing & Health, 21(4), 375-382.

Singer, L. R., 1990. Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families, and the Legal System. Boulder, CO: Westview Press. 20

Silverman, D. (2010). Qualitative research. London: Sage.

Spencer, D., & Brogan, M. (2006). Mediation law and practice. Cambridge University Press.

Steger, W. (1987). "Resolving Environmental Disputes: A Decade of Experience", Gail Bingham (Book Review). Journal of Policy Analysis and Management, 6(2), 282.

Strauss, A. L., & Corbin, J. M. (1990). Basics Of Qualitative Research (Vol. 15). Newbury Park, CA: Sage.

Stulberg, J. “The Theory and Practice of Mediation: A Reply to Professor Susskind.” Vermont Law Review, 1981b, 6(1), 85–117.

Shapira, O. (2008). Exploring The Concept of Power In Mediation: Mediators' Sources Of Power And Influence Tactics. Ohio St. J. on Disp. Resol., 24, 535.

Sandelowski, M. (1998). Writing A Good Read: Strategies For Re-Presenting Qualitative Data. Research in Nursing & Health, 21(4), 375-382.

Schostak, John, Schostak, John F, & ProQuest. (2006). Interviewing And Representation In Qualitative Research (Conducting educational research). Maidenhead: Open University Press.

Silverman, D. (2010). Qualitative Research. London: Sage.

Spencer, D., & Brogan, M. (2007). Mediation Law and Practice. Cambridge, England: Cambridge University Press.

Szejda Fehrenbach, K., & S. Ebesu Hubbard, A. (2014). Future directions in neutrality research: symmetry and transparency. International Journal of Conflict Management, 25(3), 226-242.

Taylor, A. (1997). Concepts Of Neutrality In Family Mediation: Contexts, Ethics, Influence, And Transformative Process. Mediation Quarterly, 14(3), 215-236.

Taylor, G. W., & Ussher, J. M. (2001). Making Sense of S&M: A Discourse Analytic Account. Sexualities, 4(3), 293-314.

Wolcott, H.F. (1994). Transforming Qualitative Data: Description, Analysis, And Interpretation. Thousand Oaks, CA: Sage.

Yarn, D. (Ed.). (1999). Dictionary Of Conflict Resolution. San Francisco: Jossey-Bass. p.322

Zamir, Ronit. (2011). The Disempowering Relationship Between Mediator Neutrality And Judicial Impartiality: Toward A New Mediation Ethic. Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 11(3), 467-517.

A CALL FOR A NEW INTERCULTURAL COMPETENCE PLAYBOOK IN MEDIATING SOCIAL TRANSFORMATION

Rory GOWERS[81]

81 Rory Gowers with a Master of Dispute Resolution MDR and a Master of Education MEd, is an intercultural mediator and business strategist, residing in Brisbane Australia. Rory has extensive international experience as a visionary business problem solver, and certified results coach. Rory's mission is to facilitate a more respectful world by inspiring people and groups to transform business ecosystems with practical sustainable solutions. rory.gowers@gmail.com

RÉSUMÉ

Chaque culture est en conflit ; Le conflit est endémique dans le processus de métamorphose culturelle. Cet article examine le paradoxe selon lequel le conflit est intrinsèque à chaque culture, et pourtant peu d'attention est portée aux normes de la « culture » dans la résolution de ce conflit. Il existe des conflits au sein des cultures et des conflits entre les cultures. Les recherches pionnières sur les traits culturels nationaux, réalisées par des éclaireurs tels Hofstede et Ting-Toomey dans les années 1990, ont facilité les négociations et la résolution des différends et ont jeté les bases de la différenciation culturelle. Mais depuis lors, beaucoup de choses ont changé dans la compréhension interculturelle. Nous sommes désormais conscients d'énormes variations de valeurs, de styles et de coutumes dans des cultures définies. Aujourd'hui, dans les années 2020, nous sommes en train de devenir rapidement une société interdépendante de plus en plus mondiale, caractérisée par une grande diversité culturelle, une puissance occidentale en déclin et un ordre mondial croissant dirigé par l'Asie, dans une nouvelle ère d'influence commerciale, de robotique numérique à haut débit et d'intelligence artificielle.

Nous sommes confrontés à une pandémie mondiale sans précédent où les normes et attentes culturelles sont menacées, dans des cultures individualistes et collectivistes. Nous sommes confrontés à des menaces existentielles liées au changement climatique et aux catastrophes environnementales. Nous avons besoin d'un nouveau manuel de médiation pour une négociation interculturelle et une résolution des problèmes efficaces.

MOTS-CLÉS

Culture, Interculturel, Médiation, Compétence, Respect

ABSTRACT

Every culture is in conflict; conflict is endemic in the process of culture metamorphosis.This paper examines the paradox that conflict is intrinsic to every culture, yet there is little attention to the 'culture' norms in resolving that conflict. There are conflicts within cultures and there are conflicts between cultures. The pioneering scholarship on national cultural traits, by original thinkers such as Hofstede and Ting-Toomey in the 1990s, assisted negotiation and dispute resolution and provided a foundation for cultural differentiation. But much has changed in intercultural understanding since then. We are now aware of enormous variations in values, styles, and customs in defined cultures. Today in the 2020's we are fast becoming a more global interdependent society with high cultural diversity, declining Western power, and rising Asian-led world order in a new era of commercial influence, high-speed digital robotics, and artificial intelligence.

We are in an unprecedented global pandemic where cultural norms and expectations are under threat, in individualistic and collectivist cultures. We face existential threats from climate change and environmental catastrophes. We need a new mediator playbook for effective intercultural negotiation and issue resolution.

KEYWORDS

Culture, Intercultural, Mediation, Competence, Respect

1. INTRODUCTION

[569] Every culture is in conflict; indeed, conflict is pervasive in the transformation of culture. There are conflicts within cultures and there are conflicts between cultures. This paper examines the paradox that whilst conflict is an intrinsic part of every culture, yet in managing conflicts there is little attention on the 'culture' [beliefs, values, and practices] of conflict management itself and especially for intercultural conflicts.

[570] The processes and practices of dispute management reflect the dominant culture in the geo-social location in which a conflict is raised for resolution; in matters of international justice, the most dominant world cultures shape the 'culture' of adjudication practice. For example, the International Court of Justice [ICJ] established in 1945 by the United Nations reflected its 'legal culture' in its choice of official languages (English and French), in its adoption of many US legal principles, and the 'Eurocentrism' of its policy and opinions (MCWHINNEY, 1987, p. 874). McWhinney's positivist anticipation that international law would be shaped by the influence of other cultures in a 'continuing evolution' has not borne fruit. While understandable, it's not appealing to out-groups who suffer the impact of matters determined in a way contrary to their cultural values and practices. Nationally, the disenfranchisement of Indigenous Australians in 1900 (UK PUBLIC GENERAL ACTS, 1900)[82] is a poignant example of an unresolved power grab that continues to scar Australia today. More recently on the other end of the power scale, China ignored the 2016 South China Sea[83] decision of the Permanent Court of Arbitration.

[571] Over the years there has been considerable scholarship differentiating between recognised cultures and their various traits to assist nations, organisations, communities, and individuals to negotiate meaningful outcomes and resolve disputes. Two early scholars Gert Hofstede (HOFSTEDE, 2001) and Stella Ting-Toomey (TING-TOOMEY, 1999) are still referenced decades later. Hofstede's research reflects a white Western cultural outcomes' lens with its five cultural dimensions; Ting-Toomey is Eastern-focused on inter-cultural communication and relationships through mindful listening and attuning communication. Their scholarship still assists greater cultural awareness and engagement in significant projects, and they fill an important place in any study of cultural differences. Nonetheless much has changed in contemporary understanding about culture in the interim. Today, we are aware of enormous variations in values, styles, and customs within the broad classification of any defined culture.

[572] It is time for a new Intercultural Competence Playbook in mediating social transformation.

2. PRESENT HISTORICAL PERSPECTIVE

[573] There are key aspects of our changing world which are important to recognize.

82 Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (legislation.gov.uk)

83 PH-CN-20160712-Award.pdf (pca-cpa.org).

[574] In the 1990s the world was a very different place. Most nations comprised hegemonic cultural structures; multi-cultural societies were very rare. Today most developed nations reflect and seek to embrace multiple cultures as a part of daily life.

[575] The world was still living in the wake of post-World War II expansionism led by the United States, allied with post-colonial European nations. Their dominance led to economic, political, and cultural processes and practices shaped by Great Britain and the United States. Consequently, the English language (encoding Western values, customs, and mores) became the preferred medium for business negotiation and dispute settlement agreements.

[576] The pace of life was slower, simpler, parochial, and predictable; with a place for everyone, and everyone knew their place. Today most nations interlink in a fast-paced global economy accelerated through instant access to data, information, digital technology and social media, the pace is often frenetic, and we expect more immediate responses and express delivery.

[577] The world has changed dramatically; we need to consider the implications for our common understanding of conflict and culture in a global society characterized by great diversity, emerging trends of declining Western power and a concomitant rise in 'an Asian-led world order' (KHANNA, 2019.) leading an era of global commercial influence, high-speed digital interconnectivity, robotics, and artificial intelligence.

[578] In the 2020s we live in a very different world, rich in diversity and cultural complexity. In this reality, we need to consider what technology, attitudes, knowledge, understanding, and skills will best support the resolution of the inevitable intercultural conflicts that characterize daily life and work. Many disruptive forces (MANYIKA et al, 2013, pp. 1-176.) challenge our assumptions about the planet's trajectory in unprecedented (UN REPORT, 6 May 2019.)[84] and unpredictable ways. Due to ongoing regional warfare and terrorism in vulnerable regions (Syria with an estimated 5.6 million UNHCR refugees in 2019 (UNHCR, 21 November 2019.)[85], and Ukraine over 4.6 million in 2022 (UNHCR, 13 April 2022.)[86] people flee in hope of new life, basic resources, and safety in other countries - many with very different cultures. COVID-19 continues to replicate globally heightening personal insecurity and polarising views about vaccines and preventative practices that impact civil liberties.

[579] How can we better equip individuals, organisations, and mediators from every culture to effectively and sensitively respect, and capably harness, such diversity in the effective resolution of disputes for the positive social transformation of all peoples and the planet?

84 https://www.un.org/sustainabledevelopment/blog/2019/05/nature-decline-unprecedented-report/

85 https://data2.unhcr.org/en/situations/syria#_ga=2.128628170.719567715.1575201045-907259249.1575201045

86 https://unh.cr/62572df35c

3. INTERCULTURAL COMPETENCE WANTING

[580] There is increasing recognition that although there may be broad stereotypical cultural patterns observable within identified people groups, it is unwise to overlay that pattern on individual members of such groups; there is considerable diversity within each grouping. Ting-Toomey warns "a stereotype is an overgeneralization towards a group of people without any attempt to perceive individual variations" (TING-TOOMEY, 2007, p. 18.). Care should be taken in using cultural taxonomies, such as Richard Lewis' guide to 'managing successfully across cultures,' (LEWIS, 1999.) when guiding participants in conflict resolution. Prevailing national resolution processes reflect the dominant cultural pattern of the elite ingroup holding power, rather than embracing the full array of rich cultural diversity available if attributes and strengths of less powerful disenfranchised sub-cultures are included. Taxonomies rarely show positive characteristics of *indigenous peoples* as they are often shunned as primitive by the dominant elite. Lewis epitomizes this dominant Western bias referring to "the 200-year development of Australian society and culture" (LEWIS, 1999, p. 189.), dismissing more than 40,000 years of Aboriginal culture with the stroke of a pen!

[581] These reflections provide insight into the nature and character of dominant cultural traits within the setting of peacemaking or conflict resolution initiatives. However, it is important to remember that ultimately each person engaged in a conflict is unique and unrepeatable – each has a very specific cultural identity. That identity may include basic values, customs and beliefs gained through early family and communal influences, it may be shaped by exposure to other cultures and life experiences through which new meanings are formed and new choices made. Add to this personality traits, educational experiences, and peer pressure we have the makings for some unique cultural trait combinations. It's challenging to consider how to engage all actors in a way to meet these competing needs.

A FEW HOME TRUTHS ARE IN ORDER

[582] The dominant cultural class in society inevitably has greater sway in the formation of legal frameworks and formal resolution processes. Such normalization of conflict management makes access to justice difficult or impossible for persons in marginalized cultural groupings.

Improved access to justice for some disenfranchised members of society may be better facilitated through informal methods and approaches.

[583] The professional legal class is equipped and rewarded to support privileged access to justice at the expense of less well-resourced participants in formal judicial processes.

[584] Formal legal processes ultimately support aggressive win-lose battles which reduce the potential benefit for all parties to the conflict, whilst transparent and culturally sensitive approaches are more likely to consider all options with the consequence that resolutions may often benefit all parties beyond their initial expectations.

[585] Further, it is important to look at deep historical trends. Khanna (KHANNA, 2019.) invites us to look back from 2100, and it becomes unmistakably clear that the future is Asian. From that vantage point, we can envisage some of the major themes of the next era of human history regarding global power and influence.

[586] The problem is that current mediation industry offerings for training and equipping mediation practitioners are largely silent on the critical intercultural competencies so necessary to establish meaningful and effective conflict resolution in the long term. For example, there is no mention of intercultural competency in Australia's National Mediator Accreditation System [NMAS] Practice Standards (MEDIATOR STANDARDS BOARD, 1 July 2015.). There are references to the mediator's responsibility to consider the cultural relevance of the process and to determine implications for conducting mediation. Mediators are encouraged to consider cultural issues and to select appropriate alternatives to the standard. Whilst that sounds responsive and culturally inclusive, it doesn't address intercultural communication and is potentially patronizing. It does not go far enough for some mediation participants from other cultures where they have no right to voice their opinions directly and instead must submit to the dominant authority figure representing the state. In such cases participants may need additional appropriate steps of preparation to empower them to directly engage in the process, or at other times their cultural background may require them to be advocated for by a family or community elder to speak on their behalf. For example, a married Egyptian couple - Australian citizens, and professional teachers for more than 20 years - disputed a state agency decision. In the private pre-mediation meeting the couple were forthright in expressing their argument. However, in joint sessions, they were submissive, did not make a strong case, and meekly acquiesced to the state agency representative. In private session that day the couple revealed they were unhappy but not able to state their case.

[587] In hindsight, this couple needed an alternative path to enable respectful negotiation, consistent with their cultural needs for power distance and the expectations of their authority. The mediator needed greater awareness of the client's cultural needs and sophisticated cross-cultural engagement strategies "creating a third space or "culture of interaction and confrontation" (WILLIS et al, 2022, p. 1.) - a third culture space - where it is safe to engage with greater cultural congruence and trust from all parties to the conflict

[588] We must establish a higher level of professional intercultural competence for mediators to ensure that justice is done in the important work of conflict management and peacemaking in the 21st century. Ting-Toomey suggests that effective intercultural leadership is a call to "serve as a dynamic intercultural mediator" (CAÑADO, 2008, p.210). Rather than adjusting the Western mediation process for variations, a competent intercultural mediator uses specific cultural knowledge, understanding and expert engagement skills to enable each participant to fully engage in negotiation in an empowered state. Parties should not be forced to adapt their cultural values, practices, and trust relationships to meet the other party's dominant cultural patterns and norms, nor to accommodate the mediator's preferred standard approach.

4 . BUILDING INTERCULTURAL MEDIATOR COMPETENCY

[589] Currently, there is a dearth of intercultural mediator competency development available. What can be done, and what must be done to overcome the tragic consequences of current lop-sided and culturally biased approaches to mediating and managing conflict? Fortunately, the International Mediation Institute (IMI) has an Intercultural Mediator Competency Certification based on global mediator feedback in 2007 (SIEW, 2009, p. 1-2.). Yet Siew tells us that effective training in how to meet that level in Australasia is underdeveloped.

[590] What would it mean to prepare for mediation by taking time to consider the unique cultural traits of each participant and to develop a case-specific approach to facilitating the resolution of the conflict? An inter-culturally competent mediator might:

- Identify an individual's cultural identikit (CECCHINI & TOFFLE, 2014, p. 737.).
- Design unique pathways of engagement for individual participant preparation.
- Conduct the pre-session intake based on the client's identified cultural pathway.
- Co-design a specific negotiation roadmap based on the needs, interests, strengths, and opportunities of all participants (including any community representation deemed relevant with customary conflict resolution in those cultures).
- Obtain agreement of all parties to the proposed negotiation roadmap.

[591] What if we developed approaches to negotiate options using an intercultural process enabling participants to bring their cultural strengths and wisdom to the task of sensemaking and resolution? Thus, enabling each person to articulate or show their story in an atmosphere of mutual respect and genuine curiosity.

5. BUILDING A THIRD-CULTURE BRIDGE EXAMPLE

[592] However, 'in the end we have to build a third-culture bridge' (CECCHINI & TOFFLE, 2014, p.212.) as it is insufficient to just take bits from each culture. A third-culture facilitator requires a unique skill set to orchestrate the interaction of participants to co-create a safe space that is culturally appropriate for all parties.

[593] Hermann and Holland (HERMANN & HOLLAND, 2017, p. 43-50.) shared implications from their experience training intercultural mediators in refugee camps on the Thai-Myanmar (Burma) Border in 2011 and 2012. They provide a critical perspective on personal character traits, common types of issues in multicultural conflict situations, and practical examples of when and how appropriate adaptions can or must be made in an intercultural context. They emphasize the importance of flexibility to make appropriate adaptions to fit the cultural realities in-situ. They support the NMAS whilst explaining the need for adaptive design of the process when it is called for especially in

managing power imbalances, creating safe spaces to participate, and encouraging culturally appropriate forms of responsiveness. Their fieldwork and research (HERMANN & HOLLAND, 2017.) offer insight into how to respond and adapt to rapidly emerging and converging Asian cultures with their need to manage conflict more indirectly without confrontation.

6. DESIGN LESSONS

[594] This is a good point to consider the plurality within Asian culture, rather than the general notion that Asian culture is a collectivist culture.

[595] Recent research by Min and Takai revealed significant conflict management style variations between two distinct Asian cultures (Japan and Myanmar) (MIN & TAKAI, 2019, p.109-131).

[596] One of the five major implications of their work was: 'differences between Asian cultures were significant, although once bunched into one group of collectivists, and we have proven that differences exist for … all conflict management styles' (MIN & TAKAI, 2019, p.126.).

[597] They conclude: 'our results suggest that lumping Asian cultures into one collectivistic group is a gross misconception, and East-West comparisons should be carefully conducted with this in mind' (MIN & TAKAI, 2019, p. 127.).

[598] These lessons provide some guidance for equipping dynamic intercultural mediators through challenging long-held assumptions about intercultural communication. The field of intercultural competence is very complex and defies simplistic notions of cultural needs, appropriate processes, and mediator capabilities. Facilitators need to break free of unconscious assumptions embedded within their personal cultural paradigm to effectively facilitate third-culture bridge building.

[599] Other significant areas in intercultural mediator competence design include applications of complexity theory to conflict analysis, implications of *neuroscience research* on managing with the brain in mind, key learning about conflict management from the cultural knowledge, wisdom, and insights of *indigenous peoples* over the millennia; and *mindfulness applications* for practitioners (internal) and for participants (external).

[600] *Complexity theory* - David Snowden developed the Cynefin framework (KUTZ & SNOWDEN, 2003, p. 467.) in the awareness of the complexity of our many affiliations as people with roots in culture, religion, geography, community, family, and etcetera. These roots profoundly impact our sense of identity and shape the decisions we make and the way we engage with others, positively and negatively. This framework (SNOWDEN & BOONE 2007, p. 7.) aims to help us make sense in a complex and complicated world; today the realm of intercultural conflict management is increasingly so.

[601] By attending to the narrative of the parties in conflict, severally and together in an emerging third-culture narrative, the intercultural mediator makes sense of the dialogue and locates its elements within one of five domains: Simple (known), Complicated (knowable), Complex (unknown), Chaotic (unknown unknowns), and Disorder (unknowable). Applying the framework may assist the skilled intercultural facilitator to focus parties on the unknowns where there is greater acceptance that they do not have all the answers - away from fixed positions and towards engagement in collaborative problem-solving.

[602] A further application of the Cynefin framework is to guide the facilitative mediator in matching a changing conflict landscape with the appropriate leading response (SNOWDEN & BOONE, 2007, p. 7.). If the matter is in the *simple* domain, the task is to Sense the facts, then categorize the type of issue, and respond according to the standard procedure. If the issue is *complicated*, the response is to Sense out the data, then analyse for the relationship patterns, and respond by adapting standard approaches accordingly. If the matter is complex with many parties, with the *complex* relationship of the people, goals, and structures, the mediator's role is to first Probe deeper, make sense of emerging patterns, then respond with appropriate strategies. When issues in dispute appear chaotic (such as a life-threatening health, or safety emergency) with no clear pattern emerging the facilitator will need to take immediate Action, observe, and then make sense of what happens, before making the next response to contain and control.

[603] Rooney states the Cynefin approach "… requires leaders who can manage the flow of networks between people in a way that allows for a safe space for minority views, diverging opinions, conflict, and internal disruption. It requires a higher state of alert and the ability to provide a real-time response to emerging patterns and behaviours" (ROONEY, 2017, p. 40.). Creating and holding a safe space for engagement and negotiation is a vital role of mediators.

[604] *Neuroscience research* reveals fresh clues to mindfully managing the brain by isolating key factors in our thinking that trigger a sense of threat or reward; a sense of threat leads to escalation of conflict or flight, whereas a sense of reward (the potential to achieve a positive result) invites meaningful and effective engagement.

[605] David Rock (ROCK, 2008, pp. 1-9.) summarized this research with two main principles. Firstly, we are motivated by an overall principle of ordering our world in ways to minimize threats and maximize rewards in our social interactions. Secondly, there are five specific domains in which we are prone to either respond negatively when threatened or positively when rewards are likely. These domains constitute Rock's SCARF model: *Status, Certainty, Autonomy, Relatedness* (some call this belonging[87]), and *Fairness*. Conditions that lead to an increase in each domain will result in a reward stimulus in the brain; however, conditions that lead to a perceived loss in any domain will result in a threat response. Rock provides examples of how to reduce the threat or how to increase the reward in each domain.

87 Karen Stott, Talk to Skills in Dispute Management session, University of New South Wales, Sydney Campus, 15 November 2019, unpublished.

[606] Many conflict practitioners find neuroscience a useful metaphor for considering human beings in situations of conflict, and declare that "[b]y leveraging the ... 5 key drivers of social behavior, ADR neutrals can maximize the chances of the parties optimizing their decision-making processes" (LACK & BOGACZ, P. 8). It's an attractive notion that by just applying these levers one could improve the outcomes of mediation, but a decade later some significant gaps are being identified.

[607] Gundling explores "what could be missing?" (GUNDLING, 2018 p. 1.) claiming it would be an error to assume the model has universal application or that it can bring change 'without cultural understanding.' (GUNDLING, 2018 p. 1.) For example, with Status, if someone steeped in the Chinese leadership style promoted a more egalitarian approach of delegated responsibility and opinion, this may be perceived as a threat, yet an Australian might see more directive hierarchical leadership as a threat due to not taking others' views into account. The same treatment may have the reverse impact depending on the culture of a participant.

[608] This is likely the same for Certainty, Autonomy, Relatedness, and *Fairness*. Gundling makes the point that SCARF shows us factors we need to address yet is not able to prescribe exactly how to apply that in a specific intercultural context. Nonetheless, the SCARF model cannot be dismissed; more work needs to be done on how to apply it in the context of intercultural situations. The cultural narrative or identity story and the unique ways these distinct domain needs are met require greater research.

[609] *Indigenous peoples* over the millennia have gained a profound depth of cultural wisdom for daily living and the resolution of conflict. Of the amazing riches of indigenous Australians perhaps the most remarkable is the way they have mastered the use of story to convey the longest continuing culture in the history of human habitation.

[610] Through stories, Aboriginals learn deeply embedded cultural values and lessons for living. These stories establish a foundational understanding of the implicit rules of life, the processes of decision-making, and each person's place in the cosmos. These stories are passed on through narration, music, dance and drama and they are deeply connected with the land, vegetation and the creatures that inhabit it. Indigenous Australians can attune with all of creation in a relationship of mutual respect; everyone and everything has its place.

[611] If the West is about individual freedom, rights, and concerns about what's in it for *me;* and if the East is about community, responsibility, harmony, family, face and the collective *we*; then Indigenous is about community, relationship, respect and *be*ing present at one with all. At a time of major shifts in global power and influence from West to East, it is appropriate to consider what can we learn from indigenous life even as the new narrative unfolds.

[612] Indigenous people have mastered narrative to pass the stories along the songlines that transmit cultural values, establish natural laws, and guide daily respectful living.

[613] Unfortunately, the First Fleet, intent on depositing the cast-offs of British society, was not looking for a cultured and sophisticated society and thus did not see the evidence before it. In classic confirmation bias, they saw what they wanted and expected to see; a land without civil society where they could detain the convicts. They happily declared terra nullius and took what they wanted for British gain and abused the established indigenous communities.

[614] The decision to deny civil existence to Aboriginal communities is evidence of *unconscious intercultural incompetence* that to this day casts a shadow over Australia. Aboriginal and Torres Strait Islander [ATSI] people represent 3% of the Australian population yet they are disproportionately represented in prisons, social problems such as drug and alcohol dependence, child sexual abuse, and domestic violence statistics.[88] After a history of at least 250 officially documented community massacres (RYAN et al, 2017-2022.) these resilient people persevere, and the legacy of that 1788 incompetence remains at the heart of the problems that plague the Australian legal system today.

[615] This is relevant to incorporating intercultural competence in training and equipping mediators in Australia. Until we fully recognize how deep our personal cultural bias is with ATSI peoples and effect a heartfelt effort at recognition and reconciliation, we will not have the essential qualities of professional intercultural competence. Alternatively, mediators who fully embrace and respect ATSI peoples will find considerable scope to facilitate the resolution of long-standing disputes in innovative and interculturally sensitive ways.

[616] Sveiby and Skuthorpe reveal the hidden wisdom of the Nhunggabarra people in north-central New South Wales. They articulate some of the deep legal reasoning of the people in the way "law stories prescribe many processes and institutions for resolving community conflicts, preventing centralized power, for keeping intercommunity peace, for community welfare and for environmental care" (SVEIBY & SKUTHORPE, 2006, p.133.). Story repetition reinforced the rule of law and so conflicts were dealt with through this understanding.

[617] In more complex matters they likely used consensus with the aim get everyone's buy-in to agreements and getting their implementation support. "Consensus is an unsurpassed conflict resolution mechanism and the ultimate power-sharing process..." (SVEIBY & SKUTHORPE, 2006, p.134.).

[618] There is more; *indigenous peoples* are experts in intercultural conflict management, as they have been doing it successfully for the longest time. Alas, the views of the author represent a minority perspective; Patricia Monture-OKanee states "Alternative dispute resolution does nothing to change the root problem which is the negative perception of Aboriginal people that the law has yet to fully set aside." (MONTURE-OKANEE, 1997, p. 48.).

[619] *Mindfulness applications* abound today in conservative corporate culture including law schools (GERSHAM, 2015.). While the concept of meditation in mediation practice

88 Norman Laing, Talk on "Indigenous Cultural Capability for Managers", Australian Taxation Office, Parramatta, 20 November 2019, unpublished.

is still quite rare; for the intercultural third-culture facilitator meditation is an indispensable skill to practice personally, and to assist participants in the negotiation to be fully present. Various parties lay claim to the origin of contemplative mindfulness practice, yet ancient cultures incorporated forms of mindfulness into their daily lives from the earliest times.

[620] Whilst specific practices or methods may assist individuals the main point is to find a way to establish a relaxed calm state of being, and this is usually achieved through a form of breathing practice. Once in a relaxed state, it is easier to engage with others who may have differing views or who may question others' views. The concept is to exercise self-control through awareness of the natural rhythms of the body and mind.

[621] It is essential that mindful mediators stay present in all the interactions (verbal, physical, non-verbal, emotional, spiritual, psychological) of everyone in the mediation and of the emerging third culture. The intercultural mediator is aware of the need to be fully present in the flow of the mediation and all interactions between the parties and as appropriate to guide participants through difficult states in joint and private sessions. Attending to their needs is paramount.

[622] This can be achieved simply and is important for high-intensity conflict. A basic breathing exercise, perhaps accompanied by some minimal physical movement, would be a safe place to start. It can also assist to be in a natural environment and many like to add music and even scents; however, it is best to keep it very basic as scents and sounds may not appeal to some and hence become a distracting issue.

[623] Some practitioners find long-distance running allows them to enter a powerful present state (SHULTZ & CREO, 2017.), whereas others find a mindful walk to be just as helpful. Aboriginal peoples maintain a mindful state in relationship to the land, the animals and the environment and there is great variety within these cultures; but a central theme is being attentive, respectful, and responsive to the needs of all things and supporting inter-connected-ness. The practice of 'deep listening' (JORFF, 2019.) is another method of being mindful. Most cultures have common forms of meditation, and these may be incorporated into the choice of pathways and in designing the mediation approach for the specific matter.

7. IMPLICATIONS FOR PRACTICE

[624] Currently, most *standard mediation practice is the antithesis* of social transformation; it is interculturally incompetent. A new intercultural competence playbook is needed.

[625] A new playbook must tackle *what* is intercultural competence, *why* intercultural competence matters, and how to mediate conflict with intercultural competence to overcome everyday problems and disputes. *When* to use intercultural competence is discussed in the Conclusion.

[626] *What is intercultural competence may best be illustrated by recounting a true story?* There was this one time when a young Australian volunteer living in Rome was asked to drive a friend's 10-year-old son to his mountain village home for the weekend. Midafternoon, while preparing to leave, they discover the car headlights are missing, but consider there are enough hours of daylight to complete the journey before dark. Two hours later at dusk, they were 10 minutes from the village when the Carabinieri pulled them over. They ask for the driver's license and ask some questions. The driver, unfamiliar with Italian dialects, was unable to understand or respond to their questions. The driver and the boy were taken to the police station and an investigation began. By now the young driver was very afraid of the circumstances and concerned for the welfare of the boy, as the officers were visibly agitated and arguing about what to do. The driver began to worry they might be spending the night in the jail cell nearby. After a long wait, the 10-year-old boy spoke up in fluent local dialect. Everyone was astonished! The boy asked the officers to call his home village shopkeeper to verify. The officers conferred and decided to make the call. The shopkeeper confirmed that the boy was from the village, and they were waiting for the driver and child to arrive. To the relief of all concerned the officers then escorted them all the way home.

[627] The boy's intercultural competence and presence of mind had saved a complex case. His competence was enabled by accessing language to communicate, but the key to his action came from his full acceptance of that culture, alongside his primary Anglo-Canadian family cultural imprint. He was able to see past that imprint intuitively.

[628] *Resolving conflicts with intercultural competence and predisposition can save lives!*

[629] Dominant cultures in a locale expect others to fit into their model and their way to do things. By excluding 'out-cultures,' on purpose or not, everybody loses as communication suffers. *We must become conscious of intercultural incompetence*. Research tells us that such 'third-culture kids' are adept at interacting with diversity and leading international projects. This should be the case for intercultural mediators too.

[630] *Why intercultural competence matters* is because some people can feel locked into standard processes that restrict potential outcomes. Another true-life example follows.

[631] A mediator insisted that the powerful party in a compensation case should make unfounded accusations and propose an unacceptable offer before commencing mediation. When confronted that the notion was contrary to mediation principles, they said *it's what everyone does* to lower the amount they will have to pay out in the end.

[632] Such standard practices restrict access to justice by using negotiation powerplay to deny the potential for a greater benefit for all parties - including the less empowered. This practice is transactional negotiation, where the offending party proposes a compromise solution to pay a sum of money (admitting their error) but continues the abusive conduct unabated. This is a basis for corruption by legitimizing avenues for the privileged to override the natural rights of all citizens. They are unhappy to pay, and the other party is unhappy with the ongoing abuse.

[633] Interculturally competent mediators recognize these gaps and propose just and intelligent solutions that include all relevant third parties. If we don't confront incompetent practice our silence endorses it, and our common future suffers.

[634] The cost of mediator intercultural incompetence is significant at all levels of society.

[635] How to mediate conflict with intercultural competence requires a respect predisposition. Consider this scenario:

> An administrative tribunal requested intercultural mediation to resolve a drawn-out conflict between an Asian businessman and a government agency. The issue was the businessman did all his business in cash wherever possible. The agency preferred and expected that legitimate businesses do all their business using banks. This way the public record of all business transactions was available to see.
>
> For the businessman, it was a matter of trust. Coming from his cultural background and personal history he had learnt to never trust authorities and family members but to keep his own business counsel about where he put his money. For the agency, they did not trust cash business because they believed they were hiding things to avoid fulfilling their community obligations and paying their dues.
>
> The judge wisely foresaw the communication problem and directed it to mediation.

[636] In this mediation through discussions with the parties, the author facilitated a positive and amicable outcome between the parties using intercultural principles and practices.

[637] These principles and practices involve applying the '7 steps of RESPECT' in achieving amicable intercultural conflict resolutions, and the power of the mediator's *intercultural predisposition*. The first two steps with each involved party precede any joint meetings.

[638] *Reveal foresight* requires going back and getting a broader context by getting an idea of the cultural background and expectations in that culture about how to conduct yourself and how to resolve conflict. *Establish focus* is based on that background and how they chose to engage with the mediation exercise based on their cultural context.

[639] The joint sessions *specify facts* and *ponder feelings* of each party – listening to the other party's different motivations, values, and important matters for them. Then spend time to *examine findings* about obstacles and options available for resolution.

[640] After discussion, they can *confirm finalization* of any agreement whereby decisions are clarified and formalized. The final step is to *track fulfillment* of that agreement.

[641] There are five main considerations for setting a *respect*ful environment for intercultural mediation. These are to find the right place, with the right people, to apply the right process, using the right platform, and guided by the right predisposition of the mediator.

8. CONCLUSION

[642] This paper considers responses to the heightened need for greater intercultural competence in negotiating solutions to very challenging conflicts and problems today.

[643] These include the problematic legacy of Western Eurocentric global dominance over local and global negotiation instruments and practices, and deep historical trends involving a seismic shift to Asian dominance over a chaotic and accelerating pace of global change. Against this backdrop, we have considered the core issue of the clash of cultures with disenfranchised resilient indigenous cultures that have significant contributions to make in drawing from their deep reservoir of wisdom on how to survive and thrive through major global and social disruptions. Finally, we looked at key themes in the development of greater intercultural mediator competency in facilitating a more effective and inclusive resolution culture for the betterment of society and the future of the planet.

[644] This research has identified three key learnings about the need to enable all participants to come to the table in culturally appropriate ways that embrace their unique personal cultural traits; the need for skills in facilitating third-culture bridges; and the importance of incorporating complexity theory, *neuroscience research*, indigenous contributions and *mindfulness applications* in more effective training and practice for intercultural negotiation.

[645] However, *the most significant lesson* is becoming a fully effective intercultural mediator requires one to first confront the best and worst of one's own cultural bias (in my case, white western male) whilst willingly crossing over with appropriate immersion in at least one other culture. Much as the young Nhunggabarra men were required to do after their initiation ceremonies (SVEIBY & SKUTHORPE, 2006, pp. 68-69 and p. 100.) and in so doing, learning the language, the customs, the rules, and the respect of that culture and returning to one's own culture enriched and empowered to serve as a dynamic intercultural mediator.

[646] When to use intercultural competence? The premise of this paper is that every culture is in conflict; conflict is endemic in the process of social change itself. In many ways, it's always a good time to apply intercultural competence in all we do with a respectful approach to every situation. Our times are impacted by major ongoing economic, political, and cultural crises and upheavals on a global, regional, and local level. These events directly or indirectly affect our confidence and connection with ourselves, others, the environment, and our fragile planet.

[647] All of us have felt dislocated and impotent at times as we face these crises, and we find many of our life presuppositions being questioned and found wanting. Every day we have opportunities to develop and apply intercultural competence.

[648] Interculturally competent mediation practice is adaptable to social transformation. How do you plan to come out of these current crises? What predisposition will you choose to apply? What steps will you use to mediate and shape the social transformation that is underway?

[649] I invite your active collaboration in defining and applying the new Intercultural Competence Playbook for mediation. Together, we need to take it to the next level.

[650] In today's world, we still struggle with deep-rooted biases that harm our planet. We need to work together to create a playbook that respects the interconnectedness of all life forms. This is not just about doing good; it's about our survival and making a timely tangible turnaround.

[651] To start with, we must develop and renew our future focus to include everyone. Educators, academics, mediation trainers, accreditors, and practitioners at all levels must team up to define the practical principles, techniques, and practices necessary to navigate cultural and intercultural complexities with gracious sensitivity and down-to-earth effectiveness.

[652] We've known about the magnitude of this challenge for some time, but what's been lacking is the will of individuals (at all levels) to change their thinking and action. We can't rely solely on governments or organisations. We each have a responsibility to future generations and the power (however uncomfortable) to make a difference through our daily choices.

[653] The task is to design and implement solutions without compromising our common future. The key issue is our relentless human pursuit of growth, which we need to fathom better. It's time to face this intercultural test and shape a future that embraces all of life and fosters peace.

[654] This is a call to action for all stakeholders to unite, collaborate and commit to transforming our viewpoints, priorities, and actions. Let's create a new era of intercultural mediation that contributes to a sustainable and harmonious future for everyone involved.

[655] Important stakeholders in developing this new playbook for intercultural mediation include educators (colleges and universities), *academics and thought leaders*, professional mediation training and development entities, national accreditation bodies, and leading practitioners. Collaboration between stakeholders, together with client group representatives, must define the principles, practices, and techniques necessary to navigate intercultural complexity sensitively and effectively to produce wise, wonderful, and workable solutions.

[656] How can you contribute to the development of the Intercultural Competence Playbook? Here are some immediate actions stakeholders can take in the collaborative development of the Intercultural Competence Playbook for mediating conflicts and social transformation.

[657] Educators (universities and institutes) can add intercultural mediation modules into existing mediation programs; collaborate with other institutions for intercultural immersion programs; and forge partnerships with mediation organisations. Also providing internships and training opportunities to enable students to apply intercultural principles in real-world scenarios.

[658] Academics and thought *leaders* can conduct research exploring the impact of intercultural competence on resolution outcomes; organise symposiums, webinars, or conferences to facilitate intercultural dialogue and knowledge exchange; and publish articles, and papers. This contributes to a more practical understanding of intercultural principles and practices.

[659] *Professional mediation training entities* can update training curricula to include intercultural competence alongside deep engagement with diverse cultures; offer specialised workshops focusing on intercultural techniques and strategies; and promote mentorship by experienced intercultural mediators to further extend this vital competency into mediation practice.

[660] *Accreditation bodies* can continue to review standards to include intercultural competencies as essential assessable elements for accreditation (beyond just specific culture sensitivity); collaborate with professional associations to develop best practice guidelines in intercultural mediation; and promote the value of intercultural competence in public statements, awareness campaigns, or professional conferences to encourage mediators to prioritise its development.

[661] *Leading industry practitioners* can share success stories in applying intercultural principles in articles, blog posts, or social media; mentor aspiring mediators by offering guidance and support to develop more intercultural competence; and lobby for updated mediation practice guides and codes of ethics with successful intercultural conflict resolution approaches.

[662] All professionals can acquire intercultural skills, mentorship, or supervision; join immersion events to extend intercultural awareness and communications skills; foster inclusive work environments; adapt coaching methods; cultivate intelligence about cultural differences; and engage with a positive intercultural predisposition, and approach.

[663] Everyone can actively facilitate social transformation by making peace with the other cultures in your land as a vital forerunner to effective intercultural mediation of disputes.

[664] To give peace a chance we must unlock and activate intercultural competence in mediation!

BIBLIOGRAPHY

CAÑADO, M.L.P., "Interview with Stella Ting-Toomey", 2008, Language and Intercultural Communication, V8, N3, pp. 209-217. https://doi.org/10.1080/14708470802167826.

CECCHINI, R.T. and Toffle, M.E., "Cultural integration in the contemporary world: Using the cultural identikit", 2014, Procedia – Social and Behavioral Sciences, p. 159.

GERSHAM, J., "Lawyers Go Zen, with few objections", 2015, The Wall Street Journal, June 18.

GUNDLING, E., "Brian-Based Leadership: What's Missing - Part Two", 2018, Aperian Global, September 21, p. 1. www.aperianglobal.com.

HERMANN J. and Holland C., "Co-creating Mediation models: Adapting Mediation Practices when working across Cultures", 2017, Australasian Dispute Resolution Journal V28, pp. 43-50.

HOFSTEDE, G. Cultures Consequences: Comparing Values, Behaviors, Institutions, and Organizations Across Nations, SECOND EDITION, Tilburg, Tilburg University, 2001

JORFF, J., "Deep Listening – dadirri", 2019, Creative Spirits, 30 May. https://www.creativespirits.info/aboriginalculture/education/deep-listening-dadirri>.

KHANNA, P., "Why this is the "Asian century", 2019, The Future is Asian: Commerce, Conflict, and Culture in the 21st Century, Fast Company, 2 April. https://www.fastcompany.com/90301632/the-definitive-guide-to-asias-global-influence-in-the-21st-century.

KUTZ C.F. and Snowden D.J., "The new dynamics of strategy: Sense-making in a complex and complicated world", 2003, IBM Systems Journal, V42, N3, pp. 462-483.

LACK, J. and Bogacz, F., "The Neurophysiology of ADR and Process Design: A new approach to conflict prevention and resolution", 2012, Cardozo Journal of Conflict Resolution V14, pp. 33-38.

LEWIS, R.D., When Cultures Collide, Nicholas Brealey, London, 1999

MANYIKA, J. et al, "Disruptive technologies: Advances that will transform life, business and the global economy", 2013, Book Excerpt, McKinsey Global Institute, May, pp. 1-176.

MCWHINNEY, E., "Western and Non-Western Legal Cultures and the International Court of Justice", 1987, Washington University Law Review V65, I 4, p. 874.

MEDIATOR STANDARDS BOARD, "National Mediator Accreditation System", 1 July 2015. https://msb.org.au/themes/msb/assets/documents/practice-standards.pdf.

MONTURE-OKANEE, P., “Issues of Fairness and Justice in Alternative Dispute Resolution”, 1997, NADRAC Discussion Paper, Chapter 4 Minority Cultural Groups in Australian Society, 4.19, p. 48. https://catalogue.nla.gov.au/Record/1703213.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION (PCA), Award of 12 July 2016, The South China Sea Arbitration (Philippines v. People’s Republic of China), (UNCLOS, Case No. 2013-19). PH-CN-20160712-Award.pdf (pca-cpa.org).

ROCK, D., “SCARF: a brain-based model for collaborating with and influencing others”, 2008, NeuroLeadership Journal, V1, pp. 1-9. https://membership.neuroleadership.com/material/scarf-a-brain-based-model-for-collaborating-with-and-influencing-others-vol-1/

ROONEY, G., “Applying Complexity Theory to Mediation”, October 2016, Mediate.com. https://mediate.com/applying-cynefin-complexity-theory-to-mediation/

RYAN, L. et al, ‘Colonial Frontier Massacres in Australia 1788-1930’, 2022, Newcastle, University of Newcastle, 2017-2022, http://hdl.handle.net/1959.13/1340762, accessed 16/03/2022. https://c21ch.newcastle.edu.au/colonialmassacres/.

SHULTZ, S.J. and Creo, R.A., “Mediation and Mindfulness”, 2017, The Pennsylvania Lawyer, March/April 2017, pp. 43-50.

SIEW F.L., “Culturally sensitive mediation: The importance of culture in mediation accreditation”, 2009, Australasian Dispute Resolution Journal, V20 ADRJ N162, pp. 1-2.

SNOWDEN D.J. and Boone, M.E., “A Leader’s Framework for Decision Making”, 2007, Harvard Business Review, November, p. 7.

SVEIBY, K-E and SKUTHORPE, T., Treading Lightly – The hidden wisdom of the world’s oldest people, Sydney, Allen and Unwin, 2006

TING-TOOMEY, S., Communicating across cultures, New York, the Guilford Press, 1999

TING-TOOMEY, S., ‘Researching intercultural conflict competence’, 2007, Journal of International Communication, V13, N2, pp. 7-30.

UK PUBLIC GENERAL ACTS, Australian Constitution, Commonwealth of Australia Constitution Act 1900, 1900 c. 12, Part V, Section 25, Section 51 xxvi and Section 127

Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (legislation.gov.uk).

UN REPORT, Nature’s Dangerous Decline ‘Unprecedented’; Species Extinction Rates Accelerating, Sustainable Development Goals, United Nations 6 May 2019 https://www.un.org/sustainabledevelopment/blog/2019/05/nature-decline-unprecedented-report/.

UNHCR Operational Portal – Refugee Situations, “Syria total persons of concern 5,660,187,” last updated 21 November 2019. https://data2.unhcr.org/en/situations/syria#_ga=2.128628170.719567715.1575201045-907259249.1575201045.

UNHCR Operational Portal – Refugee Situations, “Ukraine situation flash update" No 8, 13 April 2022. https://unh.cr/62572df35c.

WILLIS, E. et al, “Hybrid Cultures: Creating a Third Space in Aboriginal Healthcare”, 2022, Journal of Australian Indigenous Issues, V18, No4, 28 October 2022, p. 1-10. Hybrid cultures: Creating a third space in Aboriginal healthcare | Journal of Australian Indigenous Issues (informit.org).

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO: QUE EXPECTATIVAS?

Elionora CARDOSO[89]

89 Professor Adjunto Convidado ISCAL. ensantos@iscal.ipl.pt

RÉSUMÉ

Actuellement, parler de médiation implique de plus en plus une ouverture intellectuelle et positive à la résolution des conflits à différents niveaux. En tenant compte de la résolution des conflits de consommation dans une perspective de médiation exclusive, il pourrait s'agir d'une alternative qui, entre les parties, traiterait les problèmes en jeu de manière plus équitable et permettrait que la justice habituelle soit rendue, dans le domaine social, au moins dans des voies et des méthodes qui ne sont pas mises en place aujourd'hui. Le 21ème siècle a apporté une plus grande préoccupation aux différents systèmes juridiques, dans le sens où nous avons donné aux consommateurs une plus grande voix, et la connaissance de l'intervention a élargi dans les pays de l'UE les différentes possibilités de résolution disponibles pour toutes les personnes impliquées. Les entreprises et les agents économiques eux-mêmes cherchent de plus en plus à jouer un rôle social dans leur intervention, et on ne peut manquer de reconnaître le rôle que la description de tous les instruments doit être attribué à l'UE elle-même, puisque chacun des États-membres a ses propres règles en la matière. cette zone. Si la médiation familiale est déjà un moyen reconnu pour protéger les consommateurs et régler les litiges de consommation, il reste peut-être encore du chemin à parcourir. Si dans certains cas il existe déjà ce qu'on appelle « l'arbitrage nécessaire » qui a exclu de nombreuses situations du processus judiciaire, le rôle du médiateur est oublié et exclu par cette alternative. Et le rôle du médiateur doit être ici considéré dans ces conflits, comme un véritable assistant à l'application du Droit, mais plus encore à la justice sociale que l'on attend d'elle, en faveur de la poursuite des intérêts de tous les agents économiques. impliqué.

Afin de rétablir l'égalité des parties, dans une équité attendue dans ces conflits également au niveau social, nous proposons d'examiner les pratiques et alternatives procédurales qui peuvent être mises en place, en vue d'une mise en œuvre efficace de meilleures résolution des litiges.

MOTS-CLÉS

Consommateur, Conflit, Alternatives, Médiateur, Juges de paix

RESUMO

Atualmente, falar-se de mediação implica cada vez mais uma abertura intelectual e positiva à resolução de conflitos a vários níveis. Tendo em conta a resolução dos conflitos de consumo numa perspetiva exclusiva de mediação, poderia ser uma alternativa que entre as partes tratasse os assuntos envolvidos de forma mais equitativa e permitisse que a justiça habitual fosse feita, no âmbito social, pelo menos em moldes e métodos que não são colocados hoje. O século XXI trouxe uma maior preocupação aos diferentes sistemas jurídicos, no sentido de que demos maior voz aos consumidores, e o conhecimento da intervenção expandiu-se nos países da UE as várias possibilidades de resolução à disposição de todos os envolvidos. As próprias empresas e os próprios agentes económicos procuram cada vez mais desempenhar um papel social na sua intervenção, e não se pode deixar de reconhecer o papel que a

descrição de todos os instrumentos deve ser atribuída à própria UE, uma vez que cada um dos Estados-Membros tem as suas próprias regras nesse domínio. Se a mediação familiar já for um meio de sucesso estabelecido, na proteção dos consumidores e na prossecução dos conflitos de consumo, ainda pode haver um caminho a percorrer. Se em alguns casos já existe a chamada "arbitragem necessária" que excluiu muitas situações do processo judicial, o papel do mediador é esquecido e excluído por essa alternativa. E o papel do mediador deve ser considerado aqui nesses conflitos, como um verdadeiro ajudante da aplicação da Lei, mas ainda mais da justiça social que se espera que venha a ser alcançada, em prol da prossecução dos interesses de todos os agentes económicos envolvidos.

No sentido de restabelecer a igualdade das partes, num capital próprio que se espera nesses conflitos também a nível social, propomos olhar para práticas e alternativas processuais que possam ser colocadas, tendo em vista uma implementação eficaz de uma melhor resolução de litígios.

PALABRAS-CHAVE

Consumidor, Conflito, Alternativas, Mediador, Julgados de paz

1. INTRODUÇÃO

[665] Nos tempos em que vivemos, infelizmente verifica-se que estamos sempre em conflitos latentes à nossa volta.

[666] O dia a dia dos sujeitos leva a que se tenha de ponderar todas as medidas ao dispor, porque temos de lidar com várias situações atinentes ao estudo do direito do consumo e que, por pequenos valores discutidos, o visado não pode ficar prejudicado.

[667] Partilhamos da ideia da Professora Cátia Cebola no entendimento de que todos os direitos do consumidor, e com expressa proteção constitucional, terão de ter um paralelo à sua consagração que permita coexistir um sistema que seja idóneo e de reconhecimento desses direitos, mas mais que permita a sua consagração e concretização, com soluções adequadas a todos os conflitos que surjam numa relação jurídica de consumo.

[668] Historicamente, há que envolver as medidas que ao nível da União Europeia têm sido ponderadas e colocadas em prática neste tema, nomeadamente em relação à preocupação com regras criadas que foram ativamente promovidas através da divulgação de meios de resolução alternativa de litígios, os chamados RAL, a serem efetivos nos Estados-Membros, onde consta claro a Mediação.

[669] Surgiu nesse sentido a chamada Diretiva Mediação – Diretiva 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial, que é aplicável em todos os países da UE e abrange mediação quer em matéria civil quer comercial.

[670] De acordo com as informações constantes no Portal da Justiça Europeu, é determinado que:

> « Ao incentivar o recurso à mediação, está-se a facilitar a resolução dos litígios e a contribuir para evitar a preocupação, a perda de tempo e os custos inerentes aos processos judiciais, permitindo assim que os cidadãos exerçam de forma eficaz os direitos que lhes assistem.

[671] A Diretiva «Mediação» é aplicável aos litígios transfronteiriços em matéria civil e comercial em que pelo menos uma das partes tenha domicílio num Estado-Membro distinto do Estado-Membro de qualquer das outras partes à data em que estas decidam, por acordo, recorrer à mediação ou em que a mediação seja ordenada por um tribunal. O principal objetivo deste instrumento jurídico consiste em incentivar o recurso à mediação nos Estados-Membros. Para esse efeito, a Diretiva estabelece cinco regras substantivas:

1. Obriga os Estados-Membros a incentivarem a formação de mediadores e a garantirem uma mediação de elevada qualidade.

2. Confere a cada juiz o direito de convidar as partes em litígio a recorrerem primeiro à mediação, se o considerar adequado atendendo às circunstâncias do caso.

3. Prevê a possibilidade de os acordos obtidos por via de mediação serem declarados executórios se ambas as partes o solicitarem. O caráter executório pode ser estabelecido, por exemplo, mediante homologação de um tribunal ou certificação efetuada por um notário público.

4. Assegura a condução da mediação num clima de confidencialidade. Neste sentido, dispõe que num futuro litígio entre as partes na mediação, os mediadores não podem ser obrigados a prestar depoimento em tribunal sobre o que ocorreu durante a mediação.

5. Garante que as partes não perdem a possibilidade de levar o caso a tribunal em resultado do tempo gasto na mediação: os prazos de instauração da ação judicial suspendem-se durante a mediação.»

[672] Aqui está o garante de que nos últimos anos – e a Diretiva data já de 2008 – um caminho tem sido percorrido para que em cada Estado isso possa ser uma realidade.

[673] Posteriormente com a Diretiva alusiva à resolução alternativa de litígios de consumo, Diretiva n.º 2013/11/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, veio trazer mais proteção aos consumidores.

2. EVOLUÇÃO DO TEMA EM PORTUGAL

[674] A história da mediação em Portugal, assim como dos meios de resolução alternativa de litígios, é já antiga, e por isso podemos indicar já haver formas comparativas, quando se abordam outros meios de resolução alternativa de litígios como a arbitragem em comparação.

[675] A mediação foi aqui regulamentada por lei, com o diploma que data de 2013, pela Lei 29/2013, de 19 de abril, tendo sido aqui definido esse meio de resolução alternativa.

[676] Quando se pondera a importância da existência de um meio de resolução alternativo como a mediação, também a operar na área do direito do consumo, terá sempre de se ponderar as medidas que estão ao dispor desta figura, que é o mediador, e que estará de forma imparcial e independente a dar assistência, para que duas ou mais partes alcancem voluntariamente um acordo na resolução do litígio.

[677] Partindo da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, acaba por se retratar no nosso ordenamento aquilo que foi depois protegido pela nossa lei da mediação.

[678] Há assim que ter presente que a mediação é um processo estruturado, que tem de obedecer a certas regras, e a uma organização de procedimentos.

[679] O essencial na mediação, e seguindo de perto o pensamento de Mariana França Gouveia, é o domínio do processo ser entregue às partes, o que não pode de todo ocorrer em outras instâncias. São as partes que pelo litígio devem encontrar a solução adequada e justa. Mas o mediador auxilia e assiste, mas sem impor nada.

[680] Surgiria numa situação atípica a discussão sobre uma forma de resolução de um conflito, por exemplo relativo à garantia e à falta de conformidade do bem, a possibilidade de em mediação as partes poderem acordar solução que fizesse uma mistura entre a redução adequada do valor pago, um novo desconto, ou mesmo uma substituição parcial do objeto em apreço, e não a substituição integral (solução legal), permitindo a mediação que nesse conflito as partes pudessem ficar ambas satisfeitas com uma solução que fosse encontrada, sem ter de ser uma posição extremada.

3. O PAPEL DA MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS DE CONSUMO

[681] Antes de abordarmos sumariamente o papel da mediação nos conflitos de consumo, importa determinar que nesses conflitos temos um papel determinante na figura do consumidor.

[682] Definido pela Lei n.º 24/96, de 31 julho, o consumidor é determinado pela parte que faz um uso pessoal do bem ou serviço em causa, e que o adquire/recebe de um profissional.

[683] O litígio de consumo, de acordo com Jorge Morais de Carvalho, na obra mencionada, é, portanto, delimitado pelo conceito de consumidor.

[684] Ora, nos termos desses conflitos que surgem são maioritariamente em litígios de baixo valor, ou de quantias abaixo dos 5000€ (valor de referência para a arbitragem necessária, da qual não cumpre falar neste artigo), mas que poderia também ser tida como um dos principais meios de resolução alternativa de resolução de litígios que atualmente estão ao dispor dos consumidores.

[685] Sendo os tribunais as instituições a que se recorre quando existe a violação de uma norma jurídica, e o lesado pretende avançar com medidas, nos litígios alusivos a questões de consumo, estamos perante conflitos de pequena dimensão económica, onde os custos da própria litigância são impeditivos de outros recursos, e muito elevados, quando comparados com os benefícios que o litigante retiraria desse facto.

[686] A somar ao formalismo que concordamos ser deveras excessivo e dispendioso, o que torna uma solução judicial incompatível com esse recurso.

[687] No entanto, pretendendo sublinhar o papel que a mediação pode ter hoje, e no futuro, no auxílio da resolução desses litígios que recaem no âmbito do direito do consumo, teremos de aludir também aos institutos onde a mesma decorre em contexto de resolução de litígios: os Julgados de Paz que abordaremos mais à frente.

[688] Neste contexto, devemos ter em conta que, como já referido, existem pelo menos duas vertentes possíveis de mediação, com interesse para o que aqui estudamos, cujo objetivo seja sempre o da resolução do conflito de uma forma mais duradoura, célere e objetiva, onde as partes mediadas sintam sempre o seu papel como fundamental.

[689] Falando-se em mediação no âmbito de conflitos de consumo, poderíamos assim discutir uma mediação meramente facilitadora, ou também interventora.

[690] O modelo que defendemos centra-se numa mediação facilitadora, levando a que as partes possam ser abertas ao diálogo e que o papel do mediador não seja visível nem determinante.

[691] Devem, pois, sublinhar-se alguns princípios básicos do funcionamento da mediação, que levam a conduzir ao mais relevante desse meio na defesa e em prol dos consumidores.

[692] Fala-se por isso do princípio do pleno domínio das partes e interesses, que aqui nos traz uma ideia de responsabilidade pessoal, quando permite às partes dominarem o problema e o processo.

[693] As pessoas têm o domínio do processo uma vez que podem sair do mesmo quando quiserem, nada as obrigando a chegar a um acordo, e o mesmo se aplica ao domínio do conteúdo, porque não haverá qualquer solução do litígio sem que as mesmas o validem.

[694] Pensando ainda na dinâmica de defesa do consumidor e da resolução dos conflitos alusivos às relações onde os mesmos são os protagonistas, devemos ter em conta o fim a que a mediação se propõe.

[695] Aqui e ao contrário dos comuns e tradicionais meios de resolução de conflitos, nomeadamente os judiciais, onde a resolução depende da disputa apresentada pelas partes, aqui prefere-se que haja paz social, e essa finalidade sobrepõe-se mesmo à questão de direito. O que mais releva não é saber quem tem razão, mas sim que o diferendo seja resolvido, e com certeza evitar a reincidência na questão, nomeadamente num atrativo cumprimento do diferendo.

[696] Por isso se refere a essa solução como a mais assertiva, quando o que se pretende é acautelar os consumidores, porque é deveras importante que o seu interesse em ver o litígio resolvido.

4. A RELEVÂNCIA DOS JULGADOS DE PAZ NA MEDIAÇÃO EM PORTUGAL

[697] Por fim, cabe aludir à importância da criação da figura dos Julgados de Paz na resolução de litígios de consumo, não como a sua única vertente, longe disso, mas como uma mais-valia às soluções adequadas que se pretendem.

[698] Em matéria de consumo, essas entidades são competentes para intervir em especial nas ações que sejam destinadas ao cumprimento de obrigações, seguindo de perto o pensamento de Cátia Marques Cebola. Aqui, enquadra-se também o incumprimento contratual e as ações respeitantes à garantia legal das obrigações nos bens e serviços, indo ao encontro da Lei n.º 78/2001, art.º 9, n.º 1.

[699] Ainda que existam limitações territoriais à sua competência, os Julgados de Paz constituem, pois, uma via alternativa real, colmatando outras falhas territoriais da arbitragem no nosso ordenamento jurídico.

[700] E mais uma vez também aqui é relevante a fase prévia e facultativa ao julgamento nos processos que decorrem nos Julgados de Paz, sempre com o objetivo de estimular o acordo entre as partes.

[701] Sublinhe-se ainda que no âmbito de atuação destas entidades, o legislador permite ainda que mesmo nos conflitos excluídos da sua competência para a realização de julgamento, é possível que haja mediação apenas em quaisquer conflitos, nomeadamente nos de consumo, independentemente do valor em discussão.

[702] Recorde-se que o acordo obtido poderá ser homologado pelo juiz de paz, nos termos do art.º 14 da Lei da Mediação, se as partes o requererem, o que lhe dará força executória, mas tendo por base e como critério de determinação tão só os princípios gerais de Direito, como a boa-fé e a salvaguarda da ordem pública.

[703] Pelo que uma solução prática como acima mencionado, alusiva ao direito à garantia legal, poderia ser por essa via acertada e aceite pelas partes, mediante a mediação e o acordo, que não figurasse tão só o cumprimento extremado da legislação relevante (DL n.º 84/2021, de 18 de outubro), mas que satisfizesse a vontade demonstrada, por exemplo de substituir parcialmente o bem, ou de se acordar um desconto extra no valor pago.

5. CONCLUSÕES FINAIS

[704] Falar-se de mediação, nomeadamente adaptada a conflitos de consumo, leva-nos a ter de ponderar esse instituto também como uma forma de integração no sistema de justiça que pode ter várias vertentes.

[705] Numa mediação facilitadora, como a que está instalada nos Julgados de Paz em Portugal, a mediação não deixa de ser uma fase, que só ocorre por acordo das partes, e por isso com o consentimento das mesmas.

[706] Também na resolução desses litígios a voluntariedade é crucial, porque as partes podem desvincular-se a qualquer momento, revogando o supracitado consentimento.

[707] Existe por isso uma adequação na aplicação da mediação também aos conflitos de consumo, encontrando-se nesse mecanismo uma solução de maior proximidade entre as partes, traduzido num menor formalismo do recurso.

[708] Na boa administração da justiça, defendemos que pela mediação as partes têm também aqui uma solução que leva à maior pacificação social, porque basicamente cada um dos envolvidos compreenderá melhor o verdadeiro alcance da solução encontrada ou aplicada.

[709] Resta por fim sublinhar que essa medida, aplicada e por isso uma solução muito válida na área de defesa do consumidor, também ficará sujeita à confidencialidade, que não deixa vantagem associada a todos os procedimentos.

[710] Defendemos, por isso, que essa deve ser uma aposta cada vez mais efetiva na aplicação da Justiça em Portugal, e que continuará a ganhar cada vez mais autonomia, tendo um ímpeto cada vez mais visível, seja pelo funcionamento dos Julgados de Paz, seja pela necessidade dos consumidores de obterem soluções de resolução mais viáveis e adequadas aos litígios a que são sujeitos.

BIBLIOGRAFIA

CARDOSO, E., Lei de defesa do consumidor anotada e comentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

CARVALHO, J., PINTO-FERREIRA, J., e CARVALHO, J. Manual de Resolução Alternativa de litígios de consumo, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 147 e ss.

CEBOLA, C., ‘’A mediação nos conflitos de consumo em Portugal’’,2017, Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo, V4, N15, pp.155 e ss.

GOUVEIA, M.F., Curso de Resolução alternativa de litígios, Coimbra, Almedina, 2014.

PORTAL DA JUSTIÇA EUROPEU, Regras da U.E. em matéria de mediação, 2023, on-line: <https://e-justice.europa.eu/63/PT/eu_rules_on_mediation>

VICENTE, D.M., ‘’Arbitragem, competência judiciária e reconhecimento de sentenças: reflexões à luz do Regulamento de Bruxelas’’, 2023, Revista de Direito Comercial. Liber Amicorum, V I-bis.

MEDIATION IN TRADE MARK DISPUTES. THE BENEFITS OF MEDIATION IN THE BATTLES OF THE TRADE MARKS

Lyubka VASSILEVA-KARAPANOVA[90]

90 Lyubka Vasileva-Karapanova is an attorney at law, BG and EU trade mark attorney, mediator, mediation trainer, co-founder of the Professional Association of Mediators in Bulgaria (PAMB), founder of Lyubka Vasileva Law&Mediation (LVLaw&Mediation). email: lvasilevalawoffice@gmail.com; web: lvlawmediation.com; https://www.linkedin.com/in/lyubka-vasileva/

RÉSUMÉ

Une marque reconnue est un atout précieux pour son propriétaire. Elle « vend » les biens ou services pour lesquels elle est utilisée et constitue une clientèle fidèle, donnant au propriétaire de la marque un avantage concurrentiel sur le marché de ces biens et services. Le processus de construction et de maintien de la réputation d'une marque nécessite des ressources et une persévérance considérables et est souvent entouré de divers litiges. L'objectif de cet article est de présenter brièvement, sans prétendre à l'exhaustivité, les spécificités des litiges en matière de marques et les avantages de la médiation comme moyen de les résoudre. Une brève introduction à certains concepts de base des marques est incluse pour donner une idée de la complexité des litiges en matière de marques. Des exemples de litiges en matière de marques résolus par négociation ou médiation sont également inclus. Étant donné que les dispositions pertinentes des lois nationales sur les marques varient d'un pays à l'autre, le règlement (UE) 2017/1001 sur la marque de l'Union européenne est utilisé dans le texte comme loi de référence. On peut conclure que la médiation dans les litiges relatifs aux marques offre aux parties des avantages importants par rapport aux méthodes traditionnelles de résolution de ces litiges dans le cadre de procédures administratives ou judiciaires contradictoires. En outre, des instruments tels que la directive 2008/52/UE et la Convention de Singapour sur la médiation permettent de rendre exécutoire les accords de règlement résultant de la médiation.

ABSTRACT

A well-recognized trademark is a valuable asset for its owner. It "sells" the goods or services for which it is used and builds a loyal customer base, giving the brand owner a competitive advantage in the market for those goods and services. The process of building and maintaining the reputation of a trademark requires considerable resources and persistence and is often surrounded by various disputes. The purpose of this article is to outline briefly, without claiming to be exhaustive, the specifics of trademark disputes and the benefits of mediation as a means of their resolution. A brief introduction to some basic trademark concepts is included to give an idea of the complexity of trademark disputes. Examples of trademark disputes resolved through negotiation or mediation are also included. As the relevant provisions of national trademark laws vary from country to country, the Regulation (EU) 2017/1001 on the European Union Trademark is used in the text as a reference law. It can be concluded that mediation in trademark disputes provides the parties with important advantages compared to traditional ways of resolving these disputes in adversarial administrative or judicial proceedings. Furthermore, instruments such as Directive 2008/52/EU and the Singapore Convention on Mediation enable the enforceability of settlement agreements resulting from mediation.

1. INTRODUCTION

[711] The main function of a trade mark is to distinguish the goods or services of its proprietor from those of other entities in the same market, thus allowing consumers to make choices based on their expectations associated with the specific trade mark. A well-recognized and reputable trade mark gives a competitive advantage to its owner, as it creates a loyal customer base and "sells" the goods or services for which the trade mark is used. The process of building and maintaining the reputation of such a trade mark, though, requires significant resources and persistence. That is why it is often connected with different disputes that aim to protect the distinctive character and reputation of the trade mark by preventing the registration or any unauthorized use on the market of similar signs by a person other than the trade mark owner. Conflicts also arise in relation to breaches of contracts relating to trademark rights, such as licensing and co-existence agreements. All these disputes are not only time-consuming and costly but also often require court or administrative proceedings in different jurisdictions. In addition, the existence of the conflict may negatively impact the business of the disputants, their reputation, and the image of the products or services for which the contested mark is used. In this context, the opportunity to resolve the conflict quickly and discretely could be beneficial for both parties.

[712] Is mediation suitable for the resolution of such conflicts, and what benefits does it bring to the parties?

[713] From a legal point of view, there are no restrictions on trade mark disputes being resolved in mediation, except as regards rights and obligations that are not at the parties' disposal under the relevant applicable law. In fact, many trade mark organizations and registration authorities, including the European Union Intellectual Property Office (hereinafter referred to as EUIPO or the Office) and the World Intellectual Property Organization (hereinafter referred to as WIPO), offer mediation and other ADR services in trade mark disputes.

[714] From a practical point of view, mediation gives the parties important advantages in comparison to the traditional means of resolution in adversarial administrative or court proceedings. It not only saves the parties time and money and prevents potential damages to their reputation and/or the reputation of the contested trade mark, but also allows the parties to find dispute resolution options tailored to meet their specific needs and business interests. In addition, settlement agreements resulting from mediation can be made enforceable thanks to legal instruments such as the EU Directive 2008/52 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters[91] and the Singapore Convention on Mediation[92].

91 THE EUROPEAN PARLIAMENT and THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, OJ L 136, 24.5.2008, online: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0052

92 United Nations: United Nations Commission on International Trade Law. *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*, March 2019, online: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/singapore_convention_eng.pdf

2. TRADE MARKS BASICS

2.1 TRADE MARK – DEFINITION AND FUNCTION

[715] There is no globally uniform legal definition of a trademark[93]; the wording used to define it varies from legislation to legislation and from source to source; however, the common understanding is that **a trademark is a sign used in commerce to distinguish the goods or services of its owner from those of all other entities[94]. Its first and most important function is to serve as a sign of origin from a particular manufacturer or service provider**, which implies an expectation of certain product or service qualities or prestige associated with the trademark. In other words, a trademark allows consumers to distinguish between goods of a similar kind when choosing as to which to buy and, depending on the satisfaction they have received from the product, to repeat or avoid their next purchase.

[716] A trade mark may consist of any signs, in particular words, including personal names, designs, letters, numerals, colours, the shape of goods or of the packaging of goods, or sounds, provided that such signs are capable of 1) distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings; and 2) being represented in a manner that enables the competent authorities and the public to determine the clear and precise subject matter of the protection afforded to its proprietor (Art. 4 of the Regulation (EU) 2017/1001 on the European Union Trademark)[95].

[717] The sign must also conform with some other requirements to be registered and given protection as a trade mark, e.g., not to be descriptive or misleading with regards to the respective goods and services covered by the trade mark; not to consist exclusively of words or signs that have become customary in the current language or in the bona fide and established practices of the trade; not to be contrary to public policy or accepted principles of morality, etc. (These are the so-called "absolute grounds for refusal" specified in Article 7 of Regulation (EU) 2017/1001, for which the Office examines *ex officio*.)

93 The text is based on the provisions of Regulation (EU) 2017/1001 on the European Union trade mark, as the relevant provisions of the national trade mark laws vary from country to country.

94 "A trademark is a sign capable of distinguishing the goods or services of one enterprise from those of other enterprises." (WIPO. *What is a trademark?*, online: https://www.wipo.int/trademarks/en/);
"Trade marks are signs used in trade to identify products" (EUIPO. *Trade Mark Definition*, online: https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/trade-mark-definition);
"A trademark can be any word, phrase, symbol, design, or a combination of these things that identifies your goods or services. It's how customers recognize you in the marketplace and distinguish you from your competitors." (USPTO (United States Patent and Trademark Office - An Agency of the Department of Commerce), *"What is a trademark?"*, online: https://www.uspto.gov/trademarks/basics/what-trademark);
Trademark: "a name or symbol on a product that shows it was made by a particular company, and that it cannot be used by other companies without permission." (Cambridge Dictionary, online: https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/trademark)

95 THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark, OJ L 154, 16.6.2017, online: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32017R1001;

2.2 THE MAIN SPECIFICS OF THE TRADE MARK PROTECTION

2.2.1 AS A GENERAL RULE, THE RIGHT OVER A TRADE MARK IS OBTAINED BY REGISTRATION

[718] This is specifically the case with the European Union trade mark, for which it is explicitly stated in Art. 6 of Regulation (EU) 2017/1001 that "an EU trade mark shall be obtained by registration".

2.2.2 RIGHTS

[719] The registration of a trademark confers on its owner exclusive rights in that mark, including the right to use it for the goods and services for which it is registered, to dispose of it, to sell it, to license it, etc., and to prevent any unauthorized use of the mark or a sign similar to it. These rights are absolute, meaning that they are enforceable against any person.

2.2.3 LIMITATIONS OF THE SCOPE OF PROTECTION

[720] Trade mark protection is not unlimited, though. Certain limits define the scope of protection with regard to the sign, the goods and/or services, the territory to which the protection extends, as well as the time for which such protection is granted.

2.2.3.1 SIGN

[721] First, the scope of protection is determined by the characteristics of the sign registered as a trade mark and the goods and services for which that mark is registered. The trade mark owner can prohibit the use of the same sign for goods and services identical to those for which the trade mark is registered.

[722] Furthermore, he can prohibit the use of similar signs for identical or similar goods, provided that, because of these similarities, there is a likelihood of confusion on the part of the public, including the likelihood of association between the sign in question and the trade mark (Art. 9 (2) of the Regulation (EU) 2017/1001)[96].

[723] Trade marks with a proven reputation enjoy enhanced protection, which extends to signs used for goods and services that are neither identical nor similar to those for which the reputed trade mark is registered, provided that such use takes unfair advantage of, or is detrimental to, the distinctive character or the repute of the trade mark. (Art. 9 (2) (c) of the Regulation (EU) 2017/1001).

96 Regulation (EU) 2017/1001, Art. 9 (2) "…the proprietor of that EU trade mark shall be entitled to prevent all third parties not having his consent from using in the course of trade, in relation to goods or services, any sign where:
(a) the sign is identical with the EU trade mark and is used in relation to goods or services which are identical with those for which the EU trade mark is registered;
(b) the sign is identical with, or similar to, the EU trade mark and is used in relation to goods or services which are identical with, or similar to, the goods or services for which the EU trade mark is registered, if there exists a likelihood of confusion on the part of the public; the likelihood of confusion includes the likelihood of association between the sign and the trade mark;
(c) the sign is identical with, or similar to, the EU trade mark irrespective of whether it is used in relation to goods or services which are identical with, similar to or not similar to those for which the EU trade mark is registered, where the latter has a reputation in the Union and where use of that sign without due cause takes unfair advantage of, or is detrimental to, the distinctive character or the repute of the EU trade mark."

2.2.3.2. TERRITORIAL SCOPE OF PROTECTION

[724] The territorial scope of protection of a trade mark depends on the territories for which it is registered. In this context, there are three main registration systems: 1) national (for the territory of one country); 2) regional (for the territory of several countries in one region, e.g., Benelux, the European Union, etc.); and 3) international[97] (for the territory of several countries, irrespective of the region.)

[725] A trade mark registered with the registration authority and under the national legislation of one country (a "national trade mark") enjoys protection on the territory of that country only.

[726] A regional trademark registered under a regional registration system is protected throughout the region covered by the respective regional system. A clear example of such a trade mark is the EU trade mark[98], which has a unitary character and, once registered, is protected in the entire European Union.

[727] As for the international registrations under the Madrid Agreement and/or Madrid Protocol, the trade mark is protected in the country of its basic application for registration as well as in the other countries designated in the request for the international registration, to the extent that the respective national authorities of some of them have not objected to or denied the registration in their country.

2.2.3.3. LIMITATIONS IN TIME

[728] The protection granted to a trademark expires 10 years after its registration, but the registration may be renewed an unlimited number of times for subsequent periods of 10 years. Protection can therefore continue in perpetuity provided that the trade mark registration is renewed in due time and a renewal fee is paid.

2.3. THE "GENUINE USE REQUIREMENT"

[729] As the protection given to the trade mark prevents anyone other than the trademark owner from using the same or similar sign, such a restriction is only justified when the trade mark is used. That is why, once registered, the trade mark must be used by its proprietor (or with his consent) in connection with the goods and services for which it is registered. If such use has not been commenced within 5 years from the registration or the mark has not been used for any subsequent period of 5 years, it could be cancelled on request of anyone (Art. 18 in connection with Art. 58 (1) (a) of the Regulation (EU) 2017/1001).

[730] In fact, the request for proof of the genuine use of a trade mark on which an opposition, cancellation, or infringement action is based, or a request for its cancellation due to non-use, are some of the most powerful defensive strategies against that trade mark and are frequently used in trademark disputes. Such a request places the burden of proof on the owner of that trade mark, who has to prove that he has used the trade

97 Such a protection is possible under the Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks and the Madrid Protocol

98 A trade mark registered with EUIPO under Regulation (EU) 2017/1001 on the European Union trade mark.

mark commercially during the relevant period of time within the territory where it is protected and with respect to the goods and services for which it is registered, and that use was not only token. Failing to provide sufficient evidence to prove the genuine use of the mark in the relevant period, he will lose the case, and in the case of a cancellation request due to non-use, he may even lose the mark in question.

3. TYPES OF TRADE MARK DISPUTES AND THEIR

[731] Most generally, trade mark disputes may be divided into two broad categories:

> a/ regarding the registrability and validity of a trade mark as such; and
>
> b/ regarding the infringement of a registered trade mark: unauthorized use of the trademark or infringements of contracts related to trade marks, such as licensing or coexistence agreements, etc.

[732] Mediation could be beneficial for the parties in each of the above-mentioned types of conflicts.

3.1. CATEGORY OF DISPUTES

[733] Within the first category of disputes fall opposition and cancellation proceedings, both of which aim to prevent protection being given to a sign applied for or registered as a trade mark

3.1.1 OPPOSITION

[734] Opposition proceedings can only be initiated during the registration phase, within a period of 3 months from the publication of the objected trade mark application. The result of these proceedings directly affects the outcome of the registration procedure, i.e., whether the sign applied for registration will be registered and given protection as a trade mark or whether the registration will be denied.

[735] The grounds for opposition are set out in the provisions of Article 8 of Regulation (EU) 2017/1001, named "Relative grounds for refusal." Unlike the absolute grounds listed in Article 7, the relative grounds are not examined ex officio but only if a written notice of opposition is submitted to the Office by the persons entitled. The right to initiate opposition proceedings is conferred on the proprietors of earlier marks and other rights within the meaning of Article 8 of Regulation (EU) 2017/1001 that could be adversely affected by the registration of the later mark applied for (Art. 46 para. 1 in

conjunction with Article 8 of Regulation (EU) 2017/1001)[99]. The purpose of the opposition is to prevent the registration of that later trade mark.

[736] Although it may seem that the interests of the conflicting parties in the opposition proceedings (the applicant of the objected trade mark on the one hand and the opponent on the other) are totally different, in fact, both of them may have interests in resolving the conflict in a mutually acceptable way. Many potential options might be not only acceptable but even beneficial for both parties. For instance, as the opposition proceeding delays the registration and, if successful, prevents it at all, the applicant may be willing to limit the list of goods or services for which the registration is sought so that it does not cover goods or services identical to or similar to those protected by the earlier mark of the opponent. The parties could also be satisfied if the applicant agreed to sell the application to the opponent, buy the earlier mark of the opponent, obtain a license to use it, withdraw his own application, etc. Coexistence or license agreements, as well as any kind of compensation, can also be negotiated.

[737] A voluntary settlement of the opposition disputes is not only possible but is encouraged by the provision of Art. 47 (4) of Regulation (EU) 2017/1001, according to which: "The Office may, if it thinks fit, invite the parties to make a friendly settlement."

[738] In fact, most of the legislation provides for a "cooling-off period" at the beginning of the opposition proceedings, during which period the parties could settle the conflict either by negotiation or by mediation. As regards the EU trade mark, this cooling-off period is two months and may be extended to a total of 24 months if both parties request an extension before the two-month period expires (Art.6 (1) of the Delegated Regulation (EU) 2018/625[100]). It should be noted that the adversarial phase of the opposition proceedings (in which the substantiation of the opposition and the respective counter-arguments against it, the submission of evidence, and the substantive examination of the merits of the opposition take place) does not start before the end of the cooling-off period. It is therefore in the parties' best interest to use this time to try to find a mutually acceptable solution themselves, thereby saving time and avoiding uncertainty as to the outcome of the proceedings.

[739] Moreover, there are certain incentives if a settlement is reached at that stage. Art. 6 (5) of the Delegated Regulation (EU) 2018/625 provides for a refund of the opposition fee where, before the expiry of the cooling-off period, the opposition proceedings are closed following a withdrawal or restriction of the application or a withdrawal of the opposition as a result of a settlement agreement.

---

99 Regulation (EU) 2017/1001 , "*Article 46* **Opposition**

(1.) Within a period of three months following the publication of an EU trade mark application, notice of opposition to registration of the trade mark may be given on the grounds that it may not be registered under Article 8:

(a) by the proprietors of earlier trade marks referred to in Article 8(2) as well as licensees authorised by the proprietors of those trade marks, in respect of Article 8(1) and (5);

(b) by the proprietors of trade marks referred to in Article 8(3);

(c) by the proprietors of earlier marks or signs referred to in Article 8(4) and by persons authorised under the relevant national law to exercise these rights;

(d) by the persons authorised under the relevant Union legislation or national law to exercise the rights referred to in Article 8(6)……"

100 Commission Delegated Regulation (EU) 2018/625 of 5 March 2018 supplementing Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council on the European Union trade mark, and repealing Delegated Regulation (EU) 2017/1430.

[740] The applicability of mediation is not limited to the cooling-off period, though. The parties may settle their dispute (including by mediation) at any time until a final decision on the opposition is rendered and in force. However, the opposition fee will not be refunded if the settlement is reached after the commencement of the adversarial phase of the proceedings.

3.1.2. CANCELATION PROCEEDINGS (REVOCATION AND INVALIDATION OF A TRADE MARK)

[741] Cancellation proceedings (revocation and declaration of invalidity of a trademark) are a means of attacking a registered trademark. They can only be initiated after the registration of the trade mark under attack and are intended to nullify the protection conferred on that trade mark by revoking or invalidating it. Applications for revocation and a declaration of invalidity may be submitted to the Office (in which case they are the subject of an adversarial administrative procedure before the Office) or may take the form of a counterclaim in infringement proceedings before the courts. The difference between the two forms of cancellation action (revocation and declaration of invalidity) lies in the grounds on which the respective action may be brought and the point at which the mark under attack loses its protection as such.

[742] If the mark is revoked, the revocation has effect from the date of the revocation request, while in the case of invalidation, the effect is from the outset as if the mark has never been registered (Art. 62 (1) and 62 (2) of the Regulation (EU) 2017/1001).

[743] The grounds for revocation of an EU trade mark are set out in Art. 58 of the Regulation (EU) 2017/1001 and, in summary, cover the situations where the attacked trade mark has not been put in genuine use within a continuous period of five years; where, in consequence of acts or inactivity of the proprietor, the trade mark has become the common name in the trade for a product or service in respect of which it is registered; or where, in consequence of the use made of it, the trade mark has become liable to mislead the public, particularly as to the nature, quality, or geographical origin of those goods or services.

[744] The grounds for invalidity are divided into two categories: absolute grounds (Art. 59) and relative grounds (Art. 60 of the Regulation (EU) 2017/1001). Among the absolute grounds for invalidity fall the cases where the attacked trade mark has been registered contrary to the provisions of Art. 7 of the Regulation regarding the absolute grounds for refusal or where the applicant was acting in bad faith when he filed the application for the registration of the trade mark. The relative grounds for invalidity, on the other hand, concern situations where the attacked trade mark is in conflict (within the meaning of Art. 60 in connection to Art. 8 of the Regulation (EU) 2017/1001) with an earlier trade mark or other protected earlier rights (such as rights on the name or portray, designation of origin or geographical indication, copyrights, etc.). Like in the opposition proceedings, the right to initiate invalidation proceedings based on the relative grounds belongs to the proprietors of the respective earlier trade mark or other earlier right.

[745] Both opposition and cancellation proceedings involve considerable time and resources. The decisions of the Office in these cases can be appealed before the

Boards of Appeal, whose decisions may be further appealed before the Court of Justice, and it may take years until a final decision on the case is rendered. The proceedings themselves are complicated not only in terms of substantiating and proving the respective requests and defences but also because of procedural and language issues. As there are currently 24 official languages in the European Union, but only six of them are the official languages of the Office, Art. 146 of Regulation (EU) 2017/1001 sets out specific rules for determining the language of the proceedings for each individual case. All the documents and evidence submitted in the proceedings must be in that language or accompanied by a translation into that language. Given the number of pieces of written evidence that need to be submitted in some cases (e.g., to prove the reputation of a trade mark or distinctiveness acquired through use, etc.), and the fact that almost each of the EU Member States where this evidence might originate from has its own language, this might be a serious burden for the parties, especially taking into account that the evidence and their translations to the language of the proceedings must be submitted within a specific time limit to be admissible.

[746] The disputes in the opposition and invalidity proceedings based on the relative grounds may be additionally complicated and prolonged if the proprietor of the attacked mark, in turn, contra-attacks the earlier mark on which the opposition or invalidity request is based by requesting its revocation, invalidity, or proofs of its genuine use, or if he objects to the earlier right on which the invalidity request is based. As mentioned in p.2.3. above, such a request (especially requests for proof of use of the earlier mark or for its revocation due to non-use) will place the burden of proof on the owner of that trade mark, and if he fails to provide sufficient evidence, he risks losing the case and sometimes even his earlier mark. That is to say, until the final outcome is reached, not only the attacked trademark but even the earlier mark used as a basis for the opposition or the cancellation request are at risk. This could also affect the reputation of both marks and the businesses of their proprietors as a whole.

[747] It should be remembered that even if the opposition, the request for cancellation, or the other action is ultimately rejected as unfounded by the deciding authority, the very existence of the dispute and its publicity may have already caused irreparable damage to the business of the disputants by the time the decision is rendered.

[748] Mediation could help the parties avoid these risks and be very beneficial in the resolution of these disputes. Its benefits are acknowledged by Regulation (EU) 2017/1001 itself. According to paragraph 35 of its preamble, "*It is desirable to facilitate friendly, expeditious, and efficient dispute resolution* by entrusting the Office with the establishment of a mediation center, the services of which could be used by any person with the aim of achieving a friendly settlement of disputes relating to EU trade marks and Community designs by mutual agreement." Such a center is established pursuant to Art. 170 of the Regulation to assist the parties in reaching a friendly settlement in opposition and cancellation disputes pending before the Office. The ADR Service at EUIPO operates under the auspices of the Boards of Appeal and includes mediation, conciliation, assisted negotiation, and expert determination, which may be used in combination with one another or separately[101].

101 EUIPO, *ADR service*, *https://euipo.europa.eu/*. online: https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/web/guest/adr-service.

3.2 INFRINGEMENTS

[749] The second big category of trade mark disputes concerns infringements either of the exclusive rights over a registered trade mark (e.g. unauthorized use of the trade mark or a sign similar to it) or of contracts related to trade marks, e.g., licensing or coexistence agreements, etc. These types of conflicts, if not settled amicably, are resolved in court.

3.2.1 TRADE MARK INFRINGEMENT

[750] The court proceedings in trade mark infringement cases are even more complex, lengthy, and costly than the administrative proceedings in oppositions and cancellations.

[751] Apart from the complexity of the subject matter of the dispute itself, there are also jurisdictional, evidentiary, language, and legal issues to be taken into account in the infringement cases.

[752] These cases often require actions in different jurisdictions under different applicable laws. For instance, according to the provisions of Chapter X of Regulation (EU) 2017/1001, all actions for infringement of an EU trade mark shall be brought to the competent national trade mark courts of the Member States. The competent national court to hear each individual case is determined in conformity with the rules set out in Art. 125 of the Regulation. Where the jurisdiction of the competent court is based on the criteria provided for in Art. 125 (1), (2), (3), or (4) of the Regulation (EU) 2017/1001 (i.e., agreed by the parties or, in the absence of such agreement - defendant's or plaintiff's domicile or seat, or the seat of EUIPO in the respective Member State where the court is situated), this court will have jurisdiction in respect of acts of infringement committed or threatened within the territory of any of the Member States (Art.126 (1) of the Regulation). It is also possible for the jurisdiction of the court to be based on the place where the infringement has been committed (Art. 125 (5) of the Regulation). However, in the latest case, that court shall have jurisdiction only in respect of acts committed or threatened within the territory of the Member State where the court is situated (Art.126, para 1 of the Regulation). This means that, where the court's jurisdiction is based on the place of infringement, in the event of acts of infringement committed in several Member States, the trade mark owner has to initiate parallel court proceedings in each State where an act of infringement has been committed and to bear the respective costs for each proceeding. On the other hand, the plaintiff could use this alternative jurisdiction in his favour by choosing between the court competent under Art. 125, paragraphs 1-4, and the court competent under Art. 125, para. 5 the one with whose national law and practice he is more familiar and considers more favourable. Although not a very common scenario, in some cases he might even use it as a means of pressure on the defendant by choosing to initiate multiple court proceedings in different countries based on the jurisdiction under Art. 125 (5), thus forcing the defendant to organize his defence in each of these proceedings.

[753] The applicable procedural and, to some extent, substantive law in these cases is determined by the place of the court. The competent court shall apply the provisions of Regulation (EU) 2017/1001 and, on all trade mark matters not covered by the Regulation, the applicable national law of the respective court. With respect to the

procedure, the court shall apply the rules of procedure governing the same type of action relating to a national trade mark in the Member State in which the court is located (Art. 129 of the Regulation (EU) 2017/1001). That means that all the procedural matters, including the procedural preclusions, the admissibility of certain actions or types of evidence, etc., are governed by the national law of the court hearing the case, and the language of the proceedings will also be the national language of that court. Therefore, these disputes require not only knowledge of the Regulation but also of the applicable national substantive and procedural law of the state in which the competent court is located. This makes it necessary for a local litigator experienced in this law and native to the language of the proceedings to be engaged in the case. It becomes even more complicated when parallel proceedings in different member states have been initiated.

[754] In most jurisdictions, the proceedings will take place in three court instances which entails the payment of the relevant state fees and lawyers' fees for each instance. Typically, apart from the written and other evidence, to prove the relevant facts in the case, it is also necessary for a number of experts to be appointed to give the court their expert opinions on various issues relevant to the case, which additionally increases the costs of the proceedings.

[755] Another challenge is proving the claims, which in these cases is usually difficult. The plaintiff must prove not only that the acts alleged to be infringing existed and were committed by the defendant but also that they really constitute an infringement of his rights as a trade mark owner (i.e., to prove the identity or similarity between the sign used by the defendant and the plaintiff's trade mark, the identity or similarity of the goods for which that sign has been used to those for which the mark is used, the likelihood of confusion on the part of the public (in the case of similarity), etc., depending on the case). The burden of proof as regards the damage caused by the infringement and its estimation (when a claim for compensation is raised) also lies on the plaintiff. While the commitment of the respective acts of the defendant can, in most cases, be comparatively easily proven by objective evidence (e.g., documents), it is more challenging to establish their infringing nature, especially where the respective signs and goods are not identical but similar, as it is also necessary in these cases for the likelihood of confusion to be proven. However, the assessment of whether the similarity of the signs and the goods in question leads to a likelihood of confusion in the eyes of the consumer depends on many additional factors and, to some extent, is subjective.

[756] The subject matter of the case may be further complicated if the defendant brings counterclaims for revocation or for a declaration of invalidity of the relevant trade mark, the infringement of which is claimed by the plaintiff.

[757] In any case, the final outcome of the case cannot be predicted with certainty. Until the final court decision, there is a potential risk for each of the parties of losing the case and, as a result, bearing all the costs of the proceedings, including those of the other party.

3.2.2 DISPUTES ARISING FROM INFRINGEMENTS OF CONTRACTS RELATED TO TRADE MARKS, SUCH AS LICENSING OR COEXISTENCE AGREEMENTS

[758] The disputes in this category may arise either in connection with the parties' non-fulfillment of contractual obligations or by going beyond contractual limitations. Disputes are also possible in connection with the occurrence of hypotheses that are not explicitly regulated in the relevant contract between the parties or in connection with the termination of such a contract and the consequences therefrom.

[759] Whatever the reason for the dispute may be, its resolution in court proceedings involves the respective costs, time, and risks, commented on above, including the risk of possible reputational damage due to the publicity surrounding the dispute.

[760] On the other hand, what is specific to these disputes is that they are usually preceded by a long-standing relationship between the parties, each party has benefited from the agreement and, in most cases, has an interest in keeping it in force (this is particularly relevant for licensing agreements). The parties also need to preserve their reputation, as it is important to their business and to their relationships with other existing or potential partners and customers. All of these features make mediation particularly suitable for these disputes, as it meets the need for confidentiality while significantly increasing the chances of a satisfactory resolution of the situation in a way that does not damage the relationship between the parties.

4 BENEFITS FROM MEDIATION IN TRADE MARK DISPUTES

[761] It might be summarized that, due to their specific subject matter, all trade mark disputes are specialized, complex, and require specific knowledge. Their resolution in the respective adversarial administrative or court proceedings discussed above takes years, consumes considerable resources, and often requires actions in different jurisdictions under different applicable laws. The disputes, furthermore, put the contested trade mark and, in some cases, even the earlier trade mark on which the opposition, cancellation, or infringement claim is based at risk and harm the reputation and business of the disputants and the products and services for which the contested and opposing marks are used. There is also a risk that sensitive information could be revealed in these proceedings and become public, which, in some cases, may cause the party it concerns irreparable damages, regardless of the outcome of the proceedings.

[762] The uncertainty that the dispute brings is another disadvantage of these proceedings. Even where the party initiating the relevant proceedings considers that it has a strong case, the final outcome cannot be predicted, as it also depends on the defensive arguments of the respondent and, above all, on the relevant evidence presented by the parties. It is also worth mentioning that by the time the final decision on the case is rendered, the publicity surrounding the conflict may already have caused damage to the parties.

[763] Last but not least, the remedies available in these proceedings are limited. The discretionary powers of the adjudicating authority are limited by the requests brought to it and the relevant rules of law governing the respective type of action. The parties' needs, business interests, and any other circumstances outside the purely legal dispute at hand are irrelevant in these proceedings and cannot be taken into account.

[764] Mediation, in contrast, allows the parties to avoid the uncertainty associated with the existence of the dispute and prevent the potential reputational and other damages caused by it while at the same time retaining control over the outcome of the dispute. It is a confidential and flexible procedure where the parties, assisted by the neutral mediator, discuss their arguments, needs, and interests in an attempt to find a mutually acceptable solution to the dispute and make the decisions themselves.

[765] Compared to adversarial administrative or court proceedings, mediation offers significant advantages and allows parties to trade mark disputes to resolve their disputes expeditiously and discreetly. The benefits of mediation include:

1. Confidentiality: The mediator and all the participants in the mediation procedure are bound by the obligation to keep confidential any and all information that has come to their knowledge during the mediation procedure. The confidentiality of the procedure prevents the publicity of the dispute, the disclosure of sensitive information, and the potential damage to the reputations of the parties and/or the conflicting trade marks due to such disclosure.

2.The costs and time spent in mediation proceedings are significantly lower than in the respective administrative or court proceedings. In most cases, the procedure is completed within several sessions or even faster. The parties themselves may set a deadline after which, if no agreement is reached on the dispute, they may terminate the procedure and seek another means of resolution (e.g., arbitration or court). An example of such an arrangement is the recommended clauses of the WIPO Mediation and Arbitration Centre, in particular the so-called "multi-tier dispute resolution clauses," where the parties agree to refer their dispute to mediation, and if no agreement is reached within a time limit set by them, the dispute to be referred to another alternative means chosen by the parties (e.g., arbitration) or to the respective administrative authority or court.

3. Flexibility: The parties have the freedom to choose a mediator or mediators with appropriate qualifications[102] for the procedure. The place and time for the mediation sessions are also subject to agreement between the parties and the mediator. Mediation could even be conducted online, which significantly reduces costs, especially for cross-border mediations, and eliminates the need for travelling to the place of mediation.

4. Another big advantage of mediation is that it allows for the consolidation and joint resolution in one mediation procedure of several disputes that otherwise

102 In my opinion, the specific subject matter of the trade mark disputes requires the specialization of the mediator in the subject matter of the conflict. This is not only crucial for building trust but also helps the mediator better understand the dispute and be efficient in the mediation procedure. It is a requirement of Art. 170 (11) of the Regulation (EU) 2017/1001 that the mediators at EUIPO mediation center "shall be independent and possess relevant skills and experience."

would require separate actions in different jurisdictions. This is especially beneficial for trade mark disputes.

5. The parties retain control over the outcome. Unlike in court and administrative proceedings, where the decision on the case is imposed on the parties by the respective adjudicating authority, in mediation, the parties determine the outcome themselves and may tailor it to meet their specific needs and business interests. They can discuss various resolution options, including agreeing on matters that are not strictly part of the dispute at hand but are important to the parties to be resolved and included in the settlement agreement (e.g., future collaboration or resolution of another conflict pending between the parties, etc.).

6. Improved understanding of the conflict and better communication. The mediator facilitates the discussion, helping the parties to go beyond the immediate emotional response to the dispute reflected in their stated positions and, instead, look at their underlying concerns, interests, and long-term aims affected by the dispute (collectively referred to as "interests"), prioritize them, and generate dispute resolution options that address the interests of both parties, thus increasing the chances of a mutually beneficial decision being found. Even when the mediation has not led to a settlement, it helps the parties improve their communication and stay open for further negotiation.

7. The parties are not prevented from resorting to court or using other dispute resolution methods in case they have failed to settle in mediation.

8. Last but not least, settlement agreements resulting from mediation can be made enforceable due to legal instruments such as EU Directive 2008/52 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters and the Singapore Convention on Mediation[103]. These acts allow the parties to cross border disputes to ask for enforcement of their settlement agreement in each of the countries bound by the respective instrument. The EU Directive 2008/52 sets an obligation on the EU Member States to "ensure that it is possible for the parties to request that the content of a written agreement resulting from mediation be made enforceable[104]", while the procedure by which this result is to be achieved is left to the discretion of each Member State and is regulated in their national legislation. The Singapore Convention on Mediation, in turn, as an international agreement, is binding on its signatories. It aims to provide a mechanism for the enforceability of settlement agreements resulting from mediation in commercial disputes in each of the States parties to the Convention and in a simplified procedure.

[766] Being commercial disputes in nature, trade mark disputes are in principle eligible to benefit from each of these instruments. This is a big advantage for the parties to such disputes, as it not only allows them to enforce their settlement agreement resulting from mediation when it has not been voluntarily executed but also extends the territories where enforcement can be obtained.

103 United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (the “Singapore Convention on Mediation”).

104 Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, Art. 6.

5 EXAMPLES OF SETTLED TRADE MARK DISPUTES

[767] The following examples illustrate that an amicable settlement is possible in any kind of trade mark dispute and how beneficial mediation could be[105].

5.1 A WIPO TRADE MARK MEDIATION IN THE AREA OF CONSTRUCTION (OPPOSITION)

[768] A Singaporean construction company filed oppositions against applications for the registration of three trade marks with the Intellectual Property Office of Singapore, alleging their similarity with key components of its trade mark. The trade marks in question were applied for by three commercially connected entities based in Singapore, Malaysia, and Indonesia. In addition, parties had other long-pending cross-border commercial and IP disputes.

[769] The parties agreed to submit all trade mark oppositions to WIPO mediation in Singapore, consolidated into a single mediation, and wished to resolve all the outstanding proceedings on a global basis.

[770] The WIPO Center proposed a Singaporean intellectual property lawyer as a mediator. After a one-day mediation session, the parties settled the trade mark disputes as well as their additional commercial disputes four months after the commencement of the mediation.

5.2 RINGO STARR VERSUS PACIFIC HOLDINGS AND MOMENTUM MANAGEMENT (OPPOSITION)

[771] A curious trade mark dispute is the one between the ex-Beetle – Sir Ringo Starr and the sex toy companies Pacific Coast Holdings IP, LLC (the Applicant) and Momentum Management.

[772] The Applicant had applied before the US Patent Office for registration of the trade mark "Ring O" for adult sexual aids, namely rubber rings, vibration rubber rings, and condoms. Sir Ringo filed an opposition against it, claiming that the sign "Ring O" is confusingly similar to his own name (which he had already registered as a trade mark) and that this might cause confusion, making it likely that consumers will associate the contested sign with the name of Sir Ringo and believe that his latest venture is sex toys. He claimed, further, that his reputation would be damaged if the "Ring O" name was registered as a trade mark with US authorities.

[773] The dispute was settled in 2021 with a coexistence agreement concluded between the parties, and the opposition was withdrawn[106]. Pacific Coast Holdings and Momentum Management agreed to put a space between the "Ring" and the "O" and only use the sign for adult sex aids and desensitizing sprays, as well as to "avoid any activity likely to lead to confusion" between their product and the musician; to not "degrade, tarnish, deprecate, or disparage" his name or image; and to not make any

105 The information in this section is based on the information provided in the respective source indicated for each individual example.

106 There is no information on whether mediation is used or whether a settlement is reached through negotiation between the parties.

reference or innuendo associating the product with Starr or give the impression that he's associated with it.

5.3. A WIPO ONLINE TRADEMARK MEDIATION IN THE AREA OF CONSUMER GOODS (CANCELATION PROCEEDINGS)

[774] In the context of a number of invalidation proceedings before the Intellectual Property Office of Singapore, the parties, a Malaysian company and a Singaporean company, submitted their dispute to WIPO Mediation.

[775] The mediation was conducted online. After a one-day mediation session, the parties were able to settle their dispute and signed a settlement agreement within just three weeks of submitting the dispute to WIPO Mediation.

[776] According to the summary of the case published by the Intellectual Property Office of Singapore (Rakshit, U., Mediation at IPOS, p.29), prior to the mediation, the mediator held separate preparatory sessions with each party. It is also reported that there were certain challenges associated with the mediation process: first, the possibility of online fatigue from an all-day online engagement; and second, a language barrier, as the mediation was held in English but the parties were more comfortable speaking in Mandarin. The mediator addressed the first issue by conducting the mediation mainly via multiple private sessions with each party, thus letting them take turns to come online, and the language barrier was overcome with the translation support from the parties' counsel.

[777] In this case, the parties benefited from funding under IPOS EMPS to subsidize their lawyers' fees and expenses.

5.4 APPLE CORP. V/S APPLE COMPUTER (INFRINGEMENT)

[778] Probably the most famous and long-lasting trade mark dispute is the one between Apple Corp., the Beetles record company founded in 1969, and Apple Computer, founded by Steve Jobs in 1976[107].

[779] In 1978, Apple Corp. filed a lawsuit against Apple Computer for trademark infringement, which was settled in 1981. Both parties agreed not to enter the other party's business, i.e., to not use the mark in connection with goods or services that fall within the other party's business.

[780] In 1986, when Apple Computer created MIDI (the Musical Instrument Digital Interface), which allowed computers to interact with musical instruments, Apple Corp. sued again, claiming a violation of the 1981 settlement agreement.

[781] Another settlement agreement was reached in 1991, involving the payment of around 26.5 million USD as compensation to Apple Corp. The settlement detailed the areas in which each company is allowed to use "Apple." Apple Corp. held the rights to

107 There is no information whether the settlements in this case—or some of them—were reached in mediation. The case was chosen as an example as it clearly illustrates how complicated and long-lasting a trade mark dispute can be.

use Apple on "creative works whose principal content is music," while Apple Computer was allowed to use Apple "on goods or services... used to reproduce, run, play, or otherwise deliver such content," but not "in connection with physical media delivering pre-recorded content... (such as a compact disc of the Rolling Stones music)[108]."

[782] However, this was not the end. When Apple Computers created iTunes Music Store in 2003, Apple Corps sued them again, claiming that the use of the Apple logo for iTunes Music Store constituted a breach of the 1991 settlement agreement. The first instance decision was pronounced in 2006 and was in favour of the computer company. Mr. Justice Mann ruled iTunes was "a form of electronic shop" and not involved in creating music. He further concluded that "the use of the Apple logo in the notional LCD display does not suggest a relevant connection with the creative work. However, even if it did then clause 4.3[109] would operate to permit it", and therefore "the use of the apple logo is a fair and reasonable use of the mark in connection with the service, which does not go further and (unfairly or unreasonably) suggest an additional association with the creative works themselves." ([2006] EWHC 996 (Ch), § 91-93)[110]. Apple Corp. was ordered to pay Apple Computer's legal costs at an estimated amount of 2 million British pounds. The decision was appealed by Apple Corp[111].

[783] The battle finally ended in 2007 when a new settlement agreement was reached. The parties have settled that Apple Computers (by the time of the settlement, the name of the company had changed to Apple Inc.) will own all the trade marks related to "Apple" and will license certain of them back to Apple Corp. The settlement agreement was confidential, but according to the rumours, it cost Apple Computers around 500 million USD in total to buy Apple Corp.'s trade marks.

[784] According to the press release dated February 5, 2007[112], "commenting on the settlement, Apple Inc. CEO Steve Jobs said, "We love the Beatles, and it has been painful being at odds with them over these trade marks. It feels great to resolve this in a positive manner and in a way that should remove the potential for further disagreements in the future."

[785] Commenting on the settlement, Neil Aspinall, manager of Apple Corps, said, "It is great to put this dispute behind us and move on. The years ahead are going to be very exciting times for us. We wish Apple Inc. every success and look forward to many years of peaceful cooperation with them."

108 MR. JUSTICE MANN, England and Wales High Court (Chancery Division), [2006] EWHC 996 (Ch), Case No: HC03C02428, 08/05/2006, § 6 online: https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2006/996.html;

109 A clause from the Trade Mark Agreement, dated 9th October 1991 concluded between the parties.

110 MR JUSTICE MANN, England and Wales High Court (Chancery Division), [2006] EWHC 996 (Ch), § 91-93, online: https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2006/996.html

111 BBC News, *"Beatles lose Apple Court battle",2006*, http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/4983796.stm

112 Kerris, N., Bellas, M, Freund, E, *"Apple Inc. and The Beatles' Apple Corps Ltd. Enter into New Agreement"*, Press release, February 5, 2007 https://www.apple.com/newsroom/2007/02/05Apple-Inc-and-The-Beatles-Apple-Corps-Ltd-Enter-into-New-Agreement/.

6 CONCLUSION

[786] The conclusions that can be drawn from these examples, especially the last one, are that trade mark disputes are complex, may last many years, involve significant costs, and negatively affect the business interests of the parties. On the other hand, the examples also prove that any type of trade mark dispute can be resolved through negotiation and mediation, and a settlement is always possible.

[787] Mediation gives the parties to trade mark disputes important advantages in comparison to adversarial court or administrative proceedings and, if used as a means of resolution of these disputes, significantly increases the chances of an amicable settlement being found, even for long-lasting and complicated disputes. It also significantly reduces the costs and time for the resolution of the dispute and allows the parties to resolve multiple disputes in a single mediation procedure. Among the other benefits of mediation are the confidentiality and flexibility of the procedure, the fact that the parties entirely control the outcome of the dispute and may tailor it to meet their specific needs and business interests, as well as avoid the potential reputational and other damage that may arise as a result of the dispute. In addition, legal instruments such as EU Directive 2008/52 and the Singapore Convention on Mediation guarantee the enforceability of settlement agreements resulting from mediation by providing mechanisms for their enforcement in any of the states bound by the respective instrument.

REFERENCES

THE EUROPEAN PARLIAMENT and THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, OJ L 136, 24.5.2008, online: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0052

United Nations: United Nations Commission on International Trade Law. *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*, March 2019, online: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/singapore_convention_eng.pdf

THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark, OJ L 154, 16.6.2017, online: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32017R1001;

THE EUROPEAN COMMISSION. Commission Delegated Regulation (EU) 2018/625 of 5 March 2018 supplementing Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council on the European Union trade mark, and repealing Delegated Regulation (EU) 2017/1430, OJ L 104, 24.4.2018, online: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2018.104.01.0001.01.ENG&toc=OJ%3AL%3A2018%3A104%3ATOC ;

WIPO. "*A WIPO Trade mark Mediation in the Area of Construction"*, Examples of WIPO mediations for proceedings instituted in the Intellectual Property Office of Singapore (IPOS). Online: https://www.wipo.int/amc/en/center/specific-sectors/ipos/mediation/case-examples.html.

BBC News *"Ringo Starr Drops trademark fight over ring O sex toys"*, BBC News. BBC, 2021, online: https://www.bbc.com/news/entertainment-arts-57600967

USPTO TTABVUE. Trademark Trial and Appeal Board Inquiry System (2021) USPTO TTABVUE. Proceeding number 91246962. Online: https://ttabvue.uspto.gov/ttabvue/v?pno=91246962&pty=OPP&eno=27

WIPO. "*A WIPO Online Trademark Mediation in the Area of Consumer Goods"*, Examples of WIPO mediations for proceedings instituted in the Intellectual Property Office of Singapore (IPOS). Online: https://www.wipo.int/amc/en/center/specific-sectors/ipos/mediation/case-examples.html

Rakshit, U., Young IP Mediator, "*Mediation Success at IPOS Eley Trading Sdn Bhd & Kwek Soo Chuan [2020] SGIPOS MED 1"*, IPOS, Hearings & Mediation Department, Mediation at IPOS, p.29, online: https://www.ipos.gov.sg/docs/default-source/protecting-your-ideas/hearings-mediation/mediation-at-ipos-(emps).pdf

Wawzenek, B., "*25 years ago: The Beatles' Apple Corps reaches a new settlement with Apple Computer"*, Ultimate Classic Rock, 2016, online: https://ultimateclassicrock.com/apple-corp-apple-computers-second- %20settlement/?utm_source=tsmclip&utm_medium=referral;

Salkever, A. "John, Paul, George, Ringo...and Steve?", BusinessWeek Online, 2004, online: https://web.archive.org/web/20070310204214/http://www.businessweek.com/technology/content/sep2004/tc20040930_9317_tc056.htm

BBC News, *Entertainment l" Beatles lose Apple Court battle"*, BBC News. BBC, 2006, online: http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/4983796.stm

MR. JUSTICE MANN, England and Wales High Court (Chancery Division), [2006] EWHC 996 (Ch), Case No: HC03C02428, 08/05/2006, (Crown Copyright), online: https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2006/996.html

Kerris, N., Bellas, M, Freund, E., *"Apple Inc. and The Beatles' Apple Corps Ltd. Enter into New Agreement"*, Press release, February 5, 2007, www.apple.com/newsroom, online: https://www.apple.com/newsroom/2007/02/05Apple-Inc-and-The-Beatles-Apple-Corps-Ltd-Enter-into-New-Agreement/

DES DÉFIS À RELEVER POUR UNE UTILISATION FONCTIONNELLE DE LA MÉDIATION DANS LA RELATION DE SOIN : PERSPECTIVE FRANCO-QUÉBÉCOISE

Laure BAGLINIÈRE[113]

113 Docteur en droit, Membre associé associée de l'Institut Droit et Santé (IDS), Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France et Membre du barreau de Montréal. laure.baglinière@gmail.com

RÉSUMÉ

La médiation présente un fort potentiel dans la régulation des rapports entre patients et professionnels de santé et de nombreux bénéfices dans le domaine de la santé lequel se prête aisément à sa mise en œuvre. En France, les textes légaux l'invoquent constamment en tant qu'outil de référence démocratique permettant de rétablir la confiance entre les patients et le système de santé. La pandémie récente pandémie de Covid19 n'a pourtant fait qu'accentuer la crise de confiance envers les systèmes de santé et a révélé des problématiques existantes en les aggravant davantage. De tels constats posent les questions suivantes : la médiation est-elle véritablement appropriée en contexte de soin ? Dans l'affirmative, quelles adaptations juridiques devraient être proposées pour encourager son utilisation ? En adoptant un angle juridique ainsi qu'une perspective franco-québécoise, cet article tente d'apporter des éléments de réponse à ces deux questions en contribuant ainsi à la réflexion sur les défis à relever pour une utilisation fonctionnelle de la médiation dans le champ de la santé. Le potentiel de la médiation dans l'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins est sûrement l'élément clé qui fonde la spécificité de cette médiation et sur lequel il conviendrait de davantage insister et de considérer en tant que finalité explicite de cette médiation. Cette conception est centrée sur une vision plus large et systémique de la médiation en santé et met en avant le rôle crucial du médiateur qui devrait bénéficier d'une formation spécifique en la matière.

MOTS-CLÉS

Médiation, Relation de soin, Droit de la santé, France-Québec, Qualité des soins

INTRODUCTION

[788] Constat d'un paradoxe. Depuis une quarantaine d'années, la médiation se développe en tant que mode de règlement des différends dans la plupart des branches du droit et de l'activité sociale en France et au Québec. Cependant, à la différence d'autres domaines (civil, commercial et familial), la médiation en santé n'a pas suscité autant d'attention de la part de la communauté juridique française et québécoise[114]. Une littérature abondante (TRUELLE & AL., 2018; MARCUS & AL.) vante pourtant les nombreux avantages pouvant être retirés de son utilisation dans ce domaine qui se prête aisément à sa mise en œuvre (GUILLAUME-HOFNUNG, 2020, p. 41; LAMBERT-WIBER & AL., 2021, p. 38). En outre, les textes légaux français l'invoquent constamment comme référence démocratique[115]. Toutefois, tant au Québec qu'en France, la médiation en santé est méconnue, sous-utilisée et souffre d'une image équivoque auprès de ses potentiels utilisateurs (COMPAGNON & AL., 2014, p. 149; CIUSSS[116] DU CENTRE-SUD-DE-L'ÎLE-DE-MONTRÉAL, 2020, p. 9)[117]. Cela tend à démontrer qu'il existe un certain nombre d'entraves à son développement dans le champ de la santé. Ces constats invitent à se poser les deux questions suivantes : la médiation est-elle véritablement appropriée au contexte de soin ? Dans l'affirmative, quelles adaptations juridiques devraient être proposées pour encourager son utilisation ?

[789] Pour répondre à ces questions, en prenant appui sur une perspective franco-québécoise, le potentiel de la médiation dans la relation de soin ainsi que les principales caractéristiques du contexte médical dans lequel elle évolue seront d'abord présentés (1). Ensuite, le double constat de sa sous-utilisation en santé malgré l'engouement des législateurs québécois et français pour cette dernière et des lacunes juridiques pour en encourager le recours (2) conduira à proposer des adaptations pour favoriser son développement (3).

1. UNE MÉDIATION AU FORT POTENTIEL MALGRÉ UN CONTEXTE DE SOIN PEU FAVORABLE À SON UTILISATION

[790] Si le contexte dans lequel évolue la médiation ne lui est pas toujours favorable du fait de la singularité de la relation de soin et des barrières relatives à la culture médicale (1.1), elle présente un fort potentiel dans la régulation des rapports entre patients et professionnels de santé (1.2).

114 Il est à noter que la littérature anglosaxonne (USA) est très riche sur le sujet, ce qui contraste avec le faible nombre de travaux dans les paysages académiques québécois et français.

115 Guillaume-Hofnung (2019), ManagerSante.com, en ligne : <https://managersante.com/2019/12/09/comment-peut-on-definir-et-valoriser-la-mediation-dans-les-etablissements-de-sante-le-pr-michele-guillaume-hofnung-nous-explique>.

116 Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux du Québec (CIUSSS).

117 En France, certaines données appuyées par des rapports dénoncent la méconnaissance et la faible utilisation de la médiation en santé. Au Québec, la médiation peut être proposée dans le cadre du traitement d'une plainte sans que les patients n'en aient connaissance.

1.1 UN CONTEXTE DE SOIN PARFOIS PEU FAVORABLE À L'UTILISATION DE LA MÉDIATION

[791] Deux constats démontrent l'existence d'un certain nombre de barrières et de résistances au développement de la médiation dans le champ de la santé.

[792] La persistance d'un rapport d'autorité et de dépendance. Premièrement, malgré l'évolution de la relation de soin fondée sur le paternalisme médical vers un modèle plus partenarial[118], il existe toujours entre le patient et le professionnel de santé « un rapport d'autorité et de dépendance difficile à abolir » (GAGNON & AL., 2001, p. 1).

[793] Une asymétrie partielle. D'une part, le rapport d'autorité se caractérise par une asymétrie partielle des rôles, des pouvoirs et des savoirs entre patients et professionnels de santé. En effet, le professionnel de santé possède des connaissances spécialisées, peut intervenir au nom du patient et de ses proches et a accès à des renseignements privilégiés (OIIO[119], 2006, p. 4). Il est en position d'offre et de pouvoir, dès lors qu'il sait ou est supposé savoir comment guérir et dispose d'un ensemble de moyens techniques adaptés (LEJOYEUX, 2011, p. 1481). Le déséquilibre persiste aussi en raison de la position du professionnel au sein du système de santé (OIIO, 2006, p. 4) qui évolue sur son propre territoire, tandis que le patient se retrouve en dehors de son espace habituel où les modes de communication lui sont étrangers et donc non maîtrisés (FORMARIER, 2007, p. 35). De fait, même si cette asymétrie est aujourd'hui tempérée par un droit à l'information des patients[120], l'historique d'une relation d'autorité entre le médecin « expert » et le patient « profane » constitue parfois une véritable barrière à la communication. En outre, ce déséquilibre peut aller de pair avec l'existence d'un discordance entre, d'une part, les attentes des patients et de leurs proches sur le plan relationnel, dont les représentations proviennent « *de leur culture, de leur vision de la santé, de leur expérience de la maladie* » et, d'autre part, les pratiques sur le plan relationnel des professionnels « *qui s'appuient sur des représentations collectives, plus ou moins précodées et qui, dans des biens des cas, ne dépassent pas le stade des interactions* » (FORMARIER, 2007, p. 35). Les causes des malentendus ou des conflits qui peuvent apparaître entre patients et professionnels de santé sont d'ailleurs le plus souvent de nature relationnelle (FAGET, 2012, p. 271; CERETTI & AL., 2011, p. 213; HAMMER, 2007)[121]. Ces conflits peuvent être asymétriques et mener donc à des difficultés pour engager une discussion avec une partie qui ne perçoit pas de conflit ou ne le considère pas de la même importance (POITRAS, 2018, p. 87).

[794] Une dépendance encore marquée. D'autre part, le rapport de dépendance existe lorsque le patient n'a que peu, voire aucun moyen de changer de professionnel

118 Les approches paternalistes des soins ont ainsi laissé la place à celles centrées sur le patient qui considèrent les particularités, les valeurs et le vécu des patients. De nouveaux concepts tels que la « prise de décision partagée » et le « patient partenaire » ont fait leur apparition, Voir Pomey et al., 2015, p. 42)

119 Ordre des infirmiers et infirmières d'Ontario (OIIO).

120 Code de la santé publique de France, art L.1111-2; Code civil du Québec, RLRQ, c. CCQ-1991, art 11.

121 Ce constat ressort aussi dans les rapports annuels d'application de la procédure d'examen des plaintes au Québec.

de santé ou lorsqu'un tel professionnel continue à délivrer des soins après le dépôt d'une plainte (GAGNON & AL, 2001, p. 9). La dépendance du patient à l'égard du professionnel de santé va donc être marquée en cas de spécialité médicale rare ou d'inégalité de répartition des professionnels de santé sur un territoire. Elle sera aussi particulièrement forte dans les établissements accueillant des personnes en perte d'autonomie ou en soins de longue durée (COMPAGNON & GHADI, 2009, p. 51). De plus, cette immobilisation accroît le risque d'être confronté à des situations de maltraitance (COMPAGNON & GHADI, 2009, p. 51; GAGNON & AL., 2001, p. 9), lesquelles sont une cause importante de différends dans la relation de soin (CNCDH[122], 2018; PROTECTEUR DU CITOYEN (PC), 2016, p. 98)[123]. En conséquence, si un désaccord ou un différend survient, le patient sera moins enclin à tenter un recours ou exprimer son insatisfaction en cas de dépendance marquée par crainte d'être moins bien soigné ou de représailles de la part du professionnel (COMPAGNON & AL, 2014, p. 157). Ce rapport d'autorité et de dépendance entre le patient et le professionnel de santé serait donc la source des limites souvent invoquées dans le recours à la médiation (GAGNON & AL., 2001, p. 1).

[795] Des barrières propres au milieu de la santé. Deuxièmement, des barrières organisationnelles propres à la culture médicale et au secteur de la santé[124] entravent l'instauration d'un dialogue pour le règlement d'un différend. D'abord, s'excuser ou admettre sa part de responsabilité dans un incident est peu fréquent dans la culture médicale (RÉGIS & POITRAS, 2010, p. 38). Ensuite, une certaine culture de l'infaillibilité et la peur du jugement par les pairs (HAUTE AUTORITÉ EN SANTÉ (HAS), 2011, p. 9), la crainte de la divulgation complète et de l'interprétation d'un aveu extrajudiciaire (COBEN & AL., 2008, p.8) ainsi que le manque de formation et de soutien du professionnel en matière de communication, notamment sur la façon de présenter des excuses efficaces et leurs effets dans la prévention ou le règlement d'un différend[125] (HAS, 2011, p. 9), sont également des barrières à l'instauration d'un dialogue. Enfin, on constate souvent une opposition ou une réticence des assureurs à mettre en présence médecin et plaignant rendant difficile la tenue d'une véritable médiation (LESOEURS, 2008, p. 10).

[796] Aggravation du contexte par la récente pandémie. Ces obstacles au recours à la médiation ont été aggravés par la pandémie de Covid19 entraînant des répercussions sur la confiance de la population envers les systèmes de santé n'épargnant pas toujours les professionnels. Un reproche fréquent à leur égard est le défaut d'information des proches sur l'évolution de l'état de santé du patient afin de s'organiser et de se préparer (COMPAGNON & GHADI, 2009, p. 58-63). Une autre difficulté est apparue pendant la pandémie, soit l'augmentation des situations où le

122 Commission nationale consultative des droits de l'homme.

123 Au Québec, la hausse des signalements des cas de maltraitance en 2016 a mené à l'adoption de la Loi visant à lutter contre la maltraitance envers les aînés et toute autre personne majeure en situation de vulnérabilité, LRQ, 2017.

124 Sur l'influence de la culture professionnelle (notamment des médecins) dans le développement de certaines pratiques organisationnelles ou source de différends, voir Gerardi, 2005, p. 861.

125 En dépit des formations de l'Association canadienne de protection médicale (ACPM) délivrées aux médecins, voir en ligne : <https://www.cmpa-acpm.ca/fr/research-policy/public-policy/disclosing-harm-from-a-healthcare-delivery-event>.

professionnel de santé ne peut satisfaire certaines attentes des patients[126]. La pandémie a donc révélé et amplifié ces problèmes et a aussi mis en évidence les failles des systèmes de soins, notamment en ce qui a trait aux personnes âgées dépendantes[127].

[797] En dépit de ce contexte, la médiation présente un fort potentiel dans la régulation des rapports entre patients et professionnels de santé. Son recours serait même jugé plus que nécessaire dans le milieu de la santé (LESOEURS, 2008, p. 12; COMPAGNON, 2001, p.161).

1.2 UNE MÉDIATION AU FORT POTENTIEL DE RÉGULATION DES RAPPORTS DANS LA RELATION DE SOIN

[798] Les nombreux avantages de la médiation. Bien que n'étant pas la panacée[128], la médiation est pertinente en santé à bien des égards. Sans prétendre à l'exhaustivité, en prônant par exemple les vertus du dialogue et de la compréhension mutuelle, la médiation favoriserait la restauration du lien de confiance entre le patient et le système de santé qui serait de plus en plus fragilisé (COMPAGNON & AL., 2014, p. 148; MÉDIATEUR DE LA RÉPUBLIQUE, 2009, p. 11). Étant axée sur l'importance de maintenir une communication de type horizontale, elle serait susceptible de pallier le déséquilibre des rapports entre les différents acteurs du champ sanitaire incluant le patient (FAGET, 2012, p.267; LECOEUR-BOENDER, 2007, p. 632). Son potentiel de communication est crucial, car il est largement reconnu que de nombreux différends entre soignants et soignés ont pour origine des difficultés relationnelles (FAGET, 2012, p.271; CERETTI & AL., 2011, p. 213). En rétablissant un dialogue de manière précoce, la médiation jouerait un rôle préventif en évitant qu'une situation sensible ne se détériore. En matière de bioéthique, elle permettrait de soutenir un processus de prise de décision qui s'annonce ardu et pourrait être concerté pour, notamment, choisir un traitement adapté ou le poursuivre le cas échéant (DUBLER & LIEBMAN, 2011). La médiation peut alors constituer un outil important dans l'arsenal de tout professionnel en clarifiant les problèmes de communication entre ce dernier et la famille du patient dans les différends relatifs à la fin de vie (WALDMAN, 2014, p. 470).

[799] Dans le cadre de la pratique clinique, la médiation faciliterait les communications difficiles à la suite d'événements indésirables (LEE & LAI, 2015, p. 560). Dans cette perspective, et malgré certains obstacles, en permettant aux parties de renouer le dialogue, elle offre des opportunités intéressantes pour encourager les excuses (RÉGIS & POITRAS, 2010, p. 48). Son processus étant confidentiel, il faciliterait la communication du professionnel sans crainte de représailles, sans soumission à la connaissance du public, sans jugement et en dehors de l'attention possible des médias. Enfin, concernant les plaintes en responsabilité médicale, elle serait parfois un moyen plus efficace de règlement des différends par rapport au système judiciaire en offrant un

126 Voir en ligne : <https://www.cmpa-acpm.ca/fr/advice-publications/browse-articles/2021/challenging-patient-encounters-how-to-safely-manage-and-de-escalate%3E>.

127 Voir en ligne : <https://science.gc.ca/site/science/sites/default/files/attachments/2022/Soins-longue-duree-et-Covid19_2020.pdf>.

128 La médiation présente des limites. Par exemple, elle ne peut pas toujours suppléer aux situations où seule la réparation prononcée par un tribunal satisferait un plaignant ou elle n'est pas souhaitable lorsque les protagonistes au différend se trouvent dans l'incapacité de s'ouvrir au dialogue. Dans ce cas, il s'agit d'un indicateur montrant que le recours à un autre processus de règlement des différends serait plus approprié (DUBLER & LIEBMAN, 2011, p. 15).

panel de solutions plus larges, notamment une meilleure prise en compte des besoins psychologiques des patients en dehors de ceux considérés par le système juridique et donc une voie pour traiter des principales raisons pour lesquelles les patients décident de poursuivre (CERETTI & AL., 2011, p. 215; MERELUO, 2008, p. 287; SYBBLIS, 2006, p. 494). Ces raisons reposent sur la satisfaction de quatre attentes (GILMOUR, 2006; SICOT, 2005, p. 454; VINCENT & AL., 1994, p. 1609) : voir sa souffrance reconnue par les professionnels (part de responsabilité ou obtention d'excuses); comprendre ce qui s'est passé (recherche de la *vérité*),; obtenir une indemnisation financière; et prévenir la survenue d'une situation similaire dans le futur. Ces besoins non strictement matériels s'inscrivent dans l'idée d'une justice de « reconnaissance » (VOLCKRICK., 2008, p. 27).

[800] À la lumière de ces constats, outre le potentiel qu'offre la médiation dans le règlement des différends nés de la relation de soin, il semble exister un véritable « besoin » de médiation en santé. Elle demeure pourtant sous-utilisée dans le secteur de la santé en dépit d'un engouement généralisé des législateurs québécois et français pour ce mode de prévention et de règlement des différends.

2. UNE MÉDIATION EN SANTÉ SOUS-UTILISÉE EN DÉPIT D'UN ENGOUEMENT CERTAIN DES LÉGISLATEURS QUÉBÉCOIS ET FRANÇAIS

[801] L'engouement généralisé des législateurs dans plusieurs secteurs socio-économiques. De façon similaire, les systèmes juridiques québécois et français se sont engagés dans la voie du développement de la médiation, et ce, dans plusieurs secteurs d'activités socio-économiques. L'accent a ainsi été mis sur le développement d'une véritable culture favorisant son recours (GUINCHARD, 2008, p. 161; THÉRIAULT, 2015, p. 26). La promotion et l'incitation à recourir aux modes extrajudiciaires de PRD – incluant la médiation – au sein des *Codes de procédure civile québécois et français*[129] – illustrent ce mouvement. C'est dans ce contexte que s'inscrit une volonté divergente de développer une médiation dédiée au secteur de la santé.

[802] Un recours marginal à la médiation en santé. Au début des années 1990, de part et d'autre de l'Atlantique, on assiste à une augmentation des plaintes des usagers en santé (ALEESE, 1980; CAS, 1990[130]). L'accent est alors mis sur l'instauration de mécanismes visant leur traitement au sein même des établissements de santé québécois (MSSSQ, 1990, p. 16) et français[131]. Dans ce contexte, le régime d'examen des plaintes des établissements de santé du Québec[132] et les conciliateurs au sein de l'Hôpital français Bichat ont vu le jour. Depuis lors, le Québec s'est concentré sur la

129 Code de procédure civile du Québec [CPCQ], LRQ, c. C-25.01, art.1; Code de procédure civile de France, [CPCF] art 54 5° et 127.

130 Journal des débats de la Commission des affaires sociales, (le mercredi 11 avril 1990), 34e législature, 1ère session – 28 novembre 1989 au 18 mars 1992 – vol. 31 n° 37, en ligne : <https://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/cas-34-1/journal-debats/CAS-900411.html>.

131 Décret n° 2018-931 du 29 octobre 2018 modifiant le décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, J.O. n° 0252 du 31 octobre 2018. En France, les conciliateurs ont d'abord été mis en place avant que l'ordonnance du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée octroie une base légale à la conciliation médicale.

132 Loi sur les services de santé et les services sociaux [LSSSS], LRQ, c. S-4.2.

restructuration de son régime d'examen des plaintes afin d'en encourager l'utilisation et n'a pas développé de mécanisme de médiation dédié au secteur de la santé[133]. En pratique, les avocats privilégient l'emploi d'un autre outil de règlement des différends dans la relation de soin : le protocole d'entente préjudiciaire (ACPM, 2011; MÉNARD MARTIN, 2011) très différent de la médiation[134]. En France, on assiste à une multiplication de médiations spécifiques au domaine de la santé obéissant chacune à des principes de fonctionnement différents[135]. Mais, paradoxalement, le recours à ces mécanismes reste marginal malgré les incitatifs mis en place par les multiples réformes (CR D'ÎLE-DE-FRANCE, 2019, p. 16 et 18; CRSA[136], 2018, p. 17).

[803] Le droit comme moteur essentiel. Cette sous-utilisation de la médiation peut être attribuable à divers facteurs et notamment le droit. En effet, le droit, parmi d'autres disciplines (économie, sociologie, etc.), peut sous certaines conditions constituer un moteur essentiel pour favoriser le recours à la médiation. Il est en effet plus difficile de favoriser son recours sans encadrement normatif (ALEXANDER & STEFFEK, 2016, p. 1). La médiation a besoin de fondements juridiques pour se promouvoir, se développer et assurer des garanties à ses utilisateurs (BONICHOT, 2001, p. 48). En effet, les pratiques traditionnelles ou les conseillers juridiques peuvent être parfois, favorables au procès – faute de connaître d'autres processus de règlement des différends – et pousser les parties devant les tribunaux, même si la médiation convenait mieux à leurs intérêts (ALEXANDER & STEFFEK, 2017, p. 16; MIRIMANOFF, 2018, p. 35 et 53).

[804] Des défis juridiques à relever. Une analyse du corpus juridique français applicable à la médiation en santé illustre justement la perfectibilité de la législation à l'égard de l'implantation de la médiation dans le champ de la santé. Parmi certains défis auxquels doit faire face le droit, mentionnons les difficultés concernant la formation des médiateurs[137] et les controverses relativement à leur double casquette de médecin et de médiateur et leur indépendance lorsque ces derniers exercent au sein des établissements de santé (COMPAGNON & AL., 2014, p.150) ainsi qu'une absence de structuration (CARDIA VONÈCHE & BASTARD, 2007, p. 86; LUCAS, 2010, p. 112)[138] et de définition partagée de la médiation en santé (CNS, 2013, p. 19). En outre, dans la mesure où les médiations en santé sont le plus souvent internes aux établissements de santé, elles sont amputées des critères et valeurs définissant la médiation (indépendance, liberté de choix du médiateur, face-à-face, saisine conjointe). Les médiations en santé encourent ainsi le risque d'être apparentées à des régimes de

133 Le patient peut toutefois recourir à la médiation civile. Voir CPCQ, c. C-25.01, art 1 à 7 et 605 à 615.

134 Ce protocole est envisagé comme une issue possible, un prolongement de la médiation. Voir CPCQ, c. C-25.01, art 2.

135 Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002; Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, J.O. n° 0075 du 30 mars 2011; Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JORF n° 0022 du 27 janvier 2016.

136 Conférence régionale de santé et de l'autonomie (CRSA).

137 À part des qualités requises par la loi pour certaines médiations, aucune disposition légale ne traite de la formation des médiateurs en santé. Seul le *Code national de déontologie des médiateurs* éclaire en partie sur cette question.

138 En santé, la médiation a pris la forme d'expériences et de pratiques locales, négociées, différenciées dans leur objectif et leur fonctionnement. Elle peine à s'institutionnaliser et manque d'un concept fédérateur pour se structurer.

plainte axés sur une culture du blâme et un rôle passif du patient (RÉGIS & ROBERGE, 2016, p. 224) ou à des mécanismes d'aide et de défense des victimes (DÉFENSEUR DES DROITS, 2020, p. 6)[139], conditions particulièrement néfastes pour encourager le recours à la médiation. L'utilisation du terme « plainte » renforce cette perception et a une connotation négative pour le professionnel de santé (RÉGIS & ROBERGE, 2013, p. 224). Cette fonction perçue comme consistant uniquement à « traiter » la plainte octroie au médiateur un rôle plus proche « d'un tiers arbitre » que d'un tiers facilitateur de dialogue (VOLCKRICK., 2008, p. 28). Tout cela entraîne une forte hétérogénéité des pratiques et des divergences dans la manière d'interpréter leurs fonctions par les médiateurs.

[805] Quelle pertinence pour la médiation ? Dans ce contexte, la question de la pertinence de la médiation en santé se pose. Son potentiel en fait pourtant un outil de prédilection de prévention et de règlement des différends. De plus, paradoxalement, les obstacles à son application sont des raisons supplémentaires de la privilégier (crise de confiance). Elle reste donc particulièrement appropriée aux différends nés de la relation de soin. Certains aménagements juridiques devraient alors être proposés pour en améliorer le recours.

3. QUELLES RECOMMANDATIONS POUR L'AVENIR DE LA MÉDIATION DANS LE CHAMP DE LA SANTÉ ?

[806] Pour encourager le recours à la médiation en santé, les deux recommandations suivantes devraient être envisagées : renouveler le champ d'application de la médiation autour du concept de qualité et de sécurité des soins pour souligner ses spécificités dans le champ de la santé (3.1) et faire du médiateur en santé une figure centrale du processus (3.2).

3.1 UN RENOUVELLEMENT NÉCESSAIRE DU CHAMP D'APPLICATION DE LA MÉDIATION PAR UNE APPROCHE CENTRÉE SUR LA QUALITÉ ET LA SÉCURITÉ DES SOINS

[809] La qualité et la sécurité des soins comme finalité de la médiation en santé. La redéfinition du champ d'application de la médiation passe par une approche centrée sur la qualité et la sécurité des soins. La qualité et la sécurité des soins sont les éléments spécifiques de cette médiation qu'il conviendrait de davantage considérer en tant que finalité explicite pour en encourager le recours. Une telle redéfinition tend à remettre en cause la conception de la médiation en santé limitée à un mode de régulation sociale, voire de prévention et de règlement d'un différend ponctuel, en la fondant sur une logique davantage participative et collective. Cette conception est centrée sur une vision systémique de la médiation en santé. Concrètement, cela signifie que la finalité première de la médiation ne doit plus être « d'ouvrir un espace de dialogue face à une situation précise, de trouver un accord ou une "porte de sortie" face à un patient insatisfait », mais plutôt de savoir « si l'incident ne vient pas dire à l'équipe quelque chose qu'elle ignorait, qui dépasse ce patient-là et que d'autres vivent peut-être

139 Le Défenseur des droits est davantage perçu comme une entité ayant une responsabilité centrale de « médiation sociétale » entre les services publics et les usagers, plutôt qu'entre patients et professionnels de santé.

sans l'exprimer » (PREVOST, 2014, p. 89). Dans cette perspective, la médiation n'est plus uniquement perçue comme une technique d'évitement de contentieux et peut servir d'outil, notamment pour réduire efficacement les erreurs médicales. Cette conception rejoint les propositions faites afin d'orienter la logique accusatoire liée au dépôt d'une plainte vers une logique de résolution des problèmes et d'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins (DAUER & MARCUS, 1997, p. 218).

[810] Des mesures au profit des professionnels de santé. Deux mesures devraient s'ajouter à cette nouvelle conception de la médiation. La première serait de permettre légalement au professionnel de santé de saisir le médiateur. Cette possibilité pour le professionnel d'avoir recours à un médiateur compte tenu des difficultés qu'il peut rencontrer dans ses relations avec le patient ou ses proches encouragerait certainement l'emploi de la médiation. D'abord, elle lui permet de s'approprier le processus et de ne pas seulement le voir comme un outil au service uniquement du patient. Ensuite, cette saisine permet de servir les intérêts du professionnel, en aidant à la prise de décision, ou en soutenant un processus décisionnel tout en évitant un conflit[140]. La deuxième mesure viserait la suppression de toute référence aux termes « plaintes » ou « doléances » particulièrement néfaste pour encourager le recours à la médiation (RÉGIS & ROBERGE, 2013, p. 224).

[811] Avantages du renouvellement. Plusieurs avantages peuvent être tirés de la redéfinition de la finalité de la médiation en santé. D'une part, pour les professionnels de santé, cette redéfinition donne une meilleure image de la médiation devenant un outil permettant une moindre stigmatisation du professionnel et un environnement confidentiel pour la réclamation du patient. L'accord résultant de la médiation pourrait inclure la production ou la modification de règles prévenant le différend ou toute forme d'entente reconnaissant la souffrance de la victime et donc un engagement du professionnel axé spécifiquement sur la sécurité future du patient ainsi qu'un dédommagement le cas échéant. Certaines solutions pourraient être ainsi individualisées pour le professionnel à savoir présenter des excuses ou entreprendre un cours de formation. Afin d'encourager ce dernier à recourir à la médiation, il pourrait être convenu de garder confidentielles les mesures correctives personnelles qu'il entend entreprendre. D'autres solutions pourraient avoir des implications plus systémiques comme des propositions faites par l'établissement de soin visant à modifier les comportements ou les procédures pour éviter des erreurs futures[141].

[812] D'autre part, le patient aurait un rôle plus actif en participant à l'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins (DAUER & MARCUS, 1997, p. 201). De plus, il bénéficierait d'une réelle prise en compte de sa perspective souvent considérée comme inestimable (READER & AL., 2014, p. 678; RÉGIS, 2014, p. 97-98; GAGNON & AL., 2001, p.7). Au final, la qualité et la sécurité des soins ne seraient donc pas uniquement définies par la législation ou une quelconque autorité, mais deviendraient le produit d'un processus de négociation entre les participants à la médiation. La médiation pourrait simultanément permettre des indemnisations des demandeurs, satisfaire les médecins

140 Par exemple, en matière de décision de fin de vie, d'annonce d'un dommage associé aux soins, d'information sur l'état de santé du patient.

141 L'engagement pourrait couvrir les procédures de bureau, les protocoles de soins aux patients ou les communications organisationnelles.

défendeurs et l'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins (DAUER & MARCUS, 1997, p. 198-199) dans le cadre d'une résolution juridique.

3.2 UN MAINTIEN DE LA PROXIMITÉ DU MÉDIATEUR AU SEIN DE L'ÉTABLISSEMENT DE SANTÉ

[813] Une proximité essentielle. Un médiateur interne choisi au sein d'un établissement de santé est associé à l'idée de « proximité », laquelle se révèle souvent essentielle à la réussite de la médiation. La proximité physique du médiateur s'inscrit dans la tendance contemporaine accompagnant le développement de la médiation, celle de favoriser une meilleure « justice spatiale » (CADIET, 2017, p. 522). Mais cette proximité est aussi affective et temporelle (HAENEL, 1995, p. 97). De fait, même si la question du respect de l'indépendance et de l'impartialité du médiateur interne pose de nombreuses difficultés, sa proximité présente cinq principaux avantages lorsqu'il exerce au sein d'un établissement de santé.

[814] Avantages de la proximité. Le premier avantage de cette proximité est une bonne connaissance de l'institution (GERARDI, 2005, p. 861; LESOEURS, 2008, p. 12) permettant au médiateur interne de faire adhérer plus facilement les acteurs au processus (CISSS[142], 2013, p. 9; DUBLER & LIEBMAN, 2011, p. 40)[143]. Pour certains, la légitimité du médiateur à interroger les professionnels de santé serait fondée sur la connaissance de l'institution (CISSS, 2013, p. 9)[144]. De plus, un médiateur interne apprécierait plus aisément la complexité de la culture des soins de santé et les types de conflits générés par le milieu clinique (GERARDI, 2005, p. 861). Le deuxième avantage provient des contacts réguliers et coopératifs qu'il a avec l'établissement et le personnel, ce qui facilite la réalisation du travail (GAGNON 7 AL., 2001, p. 19). Le troisième avantage est qu'elle simplifie les démarches du patient (PC, 2015, p. 80) et le rassure parfois lorsqu'il est peu enclin à recourir à un médiateur extérieur à l'établissement (CERETTI & AL., 2011, p. 218). Mais cette proximité peut à l'inverse susciter de la méfiance. Le quatrième avantage est la rapidité du traitement du différend sur le plan local (FALLBERG & MACKENNEY, 2003, p.344)[145], en raison d'une plus grande efficacité d'un médiateur interne dès le début de la médiation et de sa plus grande aisance avec les participants (DUBLER & LIEBMAN, 2011, p. 40). D'une part, ce règlement local rendrait plus aisée et rapide la négociation d'une solution, l'enquête primaire sur les circonstances de l'incident et, le cas échéant, la présentation d'excuses (FALLBERG & MACKENNEY, 2003, p. 344). D'autre part, une intervention rapide contribuerait à éviter l'aggravation du différend rendant plus difficile toute tentative de médiation (CSBE, 2010, p. 88). Enfin, le traitement local du différend permettrait de mieux capitaliser les données pour améliorer la qualité des soins puisque celui-ci se fait au sein même de l'établissement. Au demeurant, une telle rétroaction amène une

142 Collectif interassociatif sur la santé (CISSS).

143 Pour Nancy N. Dubler et Liebman, le fait que le médiateur fasse partie de l'établissement fournit l'assurance aux prestataires de soins de santé que ce dernier comprend les complexi˜tés du milieu et les besoins des participants

144 Un médiateur externe serait « déconnecté des problèmes médicaux vécus par le patient et n'ait plus de légitimité pour intervenir auprès d'une famille ou du malade ».

145 Le règlement local rendrait plus aisées et rapides la négociation d'une solution, l'enquête primaire sur les circonstances de l'incident et, le cas échéant, la présentation d'excuses. De plus, la proximité du médiateur et son appartenance à l'institution faciliteraient les démarches du patient pour saisir un médiateur.

responsabilisation de l'établissement dans lequel la plainte a été déposée (MSSSQ[146], 1990, p. 16-17).

[815] L'ensemble de ces constats militent en faveur du maintien d'une médiation au sein même de l'établissement de santé. Ce maintien nécessite donc de renforcer la crédibilité du médiateur pour en faire une figure centrale du processus.

3.3 UN MÉDIATEUR EN SANTÉ ÉRIGÉ EN FIGURE CENTRALE DU PROCESSUS

[816] L'incitation au recours à la médiation en santé nécessiterait d'ériger le médiateur en figure centrale du processus impliquant de renforcer deux critères relatifs à son statut : son indépendance et sa formation.

[817] Des garanties d'indépendance supplémentaires. À l'égard de son indépendance, quatre solutions sont envisageables. Premièrement, les garanties entourant le processus seraient renforcées en interdisant la désignation du médiateur par le représentant de l'établissement et en lui assurant une protection juridique quant aux pressions extérieures pour lui éviter des représailles ou des poursuites en justice. De ce point de vue, les dispositions légales régissant le Régime d'examen des plaintes du Québec sont intéressantes[147]. D'abord, l'instance chargée du traitement des plaintes relève directement du conseil d'administration de l'établissement et non du directeur général[148]. De plus, elle bénéficie d'une protection juridique[149] pour lui éviter des pressions extérieures afin d'assurer une véritable indépendance au processus de traitement des plaintes[150]. Un médiateur interne à un établissement de santé devrait bénéficier de protections similaires. Deuxièmement, l'identité professionnelle du médiateur devrait se distinguer de la profession médicale. L'appartenance au corps médical du médiateur-médecin serait un handicap, car sa vision est conditionnée par sa spécialité (LESOEURS, 2008, p. 12) et il partage son métier avec l'un des médiés (FATHI, 2011, p. 4). Un médiateur non médecin détaché de la cause serait donc plus approprié pour favoriser l'utilisation de la médiation. D'une part, pour éviter toute confusion aux yeux des protagonistes de la médiation entre les rôles de médecin et de médiateur et, d'autre part, parce que le poids des habitus professionnels peut être un obstacle à une vision objective de la situation (BONAFÉ-SCHMITT, 2007, p. 100). En ce sens, les compétences requises pour être médiateur ne devraient pas inclure celles relatives à l'expertise médicale. Une troisième solution pour renforcer l'indépendance du médiateur consiste en la co-médiation. En effet, le problème de la médiation au sein des établissements de santé concerne davantage « l'apparence » de dépendance qui peut rebuter le patient puisque le médiateur peut être soupçonné d'être partisan. Puisque la co-médiation implique la présence de deux ou plusieurs médiateurs participant de façon égale au processus, la partie se percevant comme plus faible – souvent le patient – peut ainsi se sentir plus à l'aise à recourir à la médiation

146 Ministère de la santé et des services sociaux du Québec (MSSSQ).

147 LSSSS, LRQ, c. S-4.2, art.29 et ss.

148 Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives, LRQ, c. 32, 2005.

149 LSSSS, LRQ, c. S-4.2, art 73 à 76.5.

150 *Bitchoka* c. *Boutet*, 2006 QCCA 53, par. 10.

(SERVICES DE PRD[151], 1995). Le professionnel de santé serait également plus enclin à poursuivre la médiation si un autre médiateur médecin était à ses côtés. En tout état de cause, l'ensemble des solutions envisagées pour pallier le problème d'indépendance et d'impartialité des médiateurs reste largement tributaire des moyens humains et financiers alloués aux médiateurs pour garantir le respect de ces exigences. Une dernière solution serait de placer l'ensemble des médiateurs, y compris les médiateurs internes, sous l'autorité d'une instance régulatrice afin de leur octroyer des moyens et des garanties supplémentaires d'indépendance.

[818] Une indépendance paradoxale. Si l'ensemble de ces mesures peut constituer des gages d'une meilleure confiance chez les médiateurs au sein des établissements de santé, leur indépendance pourra toujours être perçue comme relative puisqu'ils ne peuvent pas se revendiquer indépendants quand il existe un lien de subordination avec l'institution. Ce paradoxe peut mettre en péril la crédibilité du médiateur (BIELEN & AL., 2008, p. 30). Selon certains auteurs, le frein au recours à la médiation lié à l'image et à la perception qu'en ont les usagers en santé semble s'exprimer à cause du paradoxe né de se revendiquer indépendant dans un tel contexte et non pas à cause de l'appartenance à l'organisation (BIELEN & AL., 2008, p. 30). De fait, le patient qui souhaite effectivement s'adresser à un médiateur indépendant ne s'adressera pas à celui de l'établissement, d'où l'importance de prévoir des passerelles pour recourir à un médiateur externe.

[819] Une formation spécifique obligatoire. L'acquisition d'une forte identité professionnelle de la médiation est aussi une barrière très efficace contre les formes de pression et d'instrumentalisation du médiateur (FAGET, 2012, p. 100). Elle suppose d'acquérir et d'entretenir une culture de la médiation en suivant des formations ainsi que des séances d'analyse de pratique. La formation du médiateur est en effet un gage de succès et d'efficacité du processus en lui attribuant une certaine légitimité et une indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics (DELMAS-GOYON, 2013, p. 16; SASSIER, 2001, p. 58). De manière générale, la formation est l'élément fondamental assurant la qualité de toute médiation et favorisant l'adhésion des parties (CA DE PARIS, 2021, p.51; OTIS & ROUSSEAU-SAINE, 2015, p. 128). La détermination du contenu de la formation renvoie au débat sur la nécessité ou non, pour le médiateur, de détenir une formation spécialisée dans le secteur dans lequel il intervient (CHARRIER & AL., 2017, p. 93; FAGET, 2012, p. 98). De notre opinion, son contenu devrait être rendu obligatoire et orienté vers une spécialisation, et ce, pour plusieurs raisons. D'abord, un médiateur spécialisé obtient plus facilement la confiance des parties (PISAPIA & MAROIS, 2009). Il doit donc s'efforcer de minimiser son ingérence et sa connaissance du système de santé peut être un atout. Ensuite, le différend peut présenter un haut degré de complexité institutionnelle[152], scientifique et relationnelle[153] et impliquer de multiples spécialités et services. Sa prise en charge nécessite alors une appropriation de compétences méthodologiques et de techniques propres au domaine de la santé. En outre, le médiateur doit être capable de mobiliser des techniques communicationnelles

151 Services de prévention et de règlement des différends (PRD).

152 La complexité du différend et du dossier soumis découle également de l'éventualité d'un grand nombre de participants à la médiation : multiples intervenants en santé, l'établissement de santé, l'assureur, le patient et ses proches, l'expert lorsqu'un dédommagement financier est sollicité.

153 Il s'agit de conflits touchant un aspect privé émotionnel susceptible d'avoir un fort ascendant sur la qualité de vie.

appropriées à la nature du différend pour tenter de rééquilibrer les pouvoirs dans une relation *a priori* asymétrique (BONAFÉ-SCHMITT, 2019, p. 5; COMMISSION FÉDÉRALE, 2017, p. 4). Enfin, la détention de connaissances particulières à son domaine est essentielle : connaissances sur le public cible et notamment la législation relative aux droits du patient et des usagers et les autres lois associées (COMMISSION FÉDÉRALE, 2017, p. 4; HAS, 2017, p.35)[154] ainsi que sur les aspects liés à la qualité des soins et à son amélioration[155]. Certains auteurs estiment que cette formation spécifique est nécessaire pour comprendre à la fois les motivations des patients et les conditions requises pour prévenir efficacement les erreurs afin d'orienter les parties vers un résultat correctif et un accord sur la prévention des erreurs médicales et l'amélioration de la qualité des soins dans tous les cas où les conditions du différend s'y prêtent, même si ce n'était pas à l'origine une des motivations du patient (DAUER & MARCUS, 1997, p. 213). La construction d'une formation des médiateurs en santé pourrait se composer d'un tronc commun et d'une spécialisation incluant un axe portant sur la pratique de la médiation avec des situations cliniques, des cas construits et l'utilisation d'un réseau de partenaires. Il pourrait aussi être envisagé que le médiateur complète une formation pratique sous la direction d'un médiateur formé puisqu'une formation purement théorique est souvent considérée comme insuffisante (COUR D'APPEL DE PARIS, 2021, p. 64).

[820] Un statut juridique commun aux médiateurs en santé. Enfin, une meilleure promotion de cette figure de médiateur passerait par la création d'un statut professionnel commun à l'ensemble des médiateurs en santé fixant un cadre légal et réglementaire dans lequel leurs droits et obligations viendraient s'appliquer. Ce statut permettrait d'instaurer une même base de garanties et de renforcer la lisibilité de leurs pratiques. De plus, il contribuerait à l'acquisition d'une reconnaissance sociale de la fonction, voire à la construction d'une identité professionnelle ou culturelle distincte. Cette construction reste complexe en raison de l'hétérogénéité des pratiques et des positions des médiateurs.

CONCLUSION

[821] Subsistance de gisements inexploités de progrès. Pour conclure, force a été de constater que la médiation en santé est méconnue, peu encadrée et souffre d'une image équivoque auprès de ses potentiels utilisateurs. En dépit d'un petit nombre de données disponibles, le constat selon lequel la médiation est sous-utilisée –ce qui en fait un « oiseau rare »– est évident. Beaucoup de travail reste à faire pour rendre compte de la complexité du phénomène de la médiation en santé d'autant que de nombreux défis juridiques n'ont pas été pris en compte. La résolution de ces dilemmes nécessite avant tout l'adoption d'une législation et d'une réglementation claires et adaptées à la singularité des différends en santé et aux besoins et intérêts des protagonistes de la relation de soin. Une redéfinition du champ d'application de la

154 En Belgique, la fonction de médiation dans les soins de santé bénéficie d'une reconnaissance professionnelle. La Commission fédérale « Droits du patient » a ainsi émis des recommandations pour la fonction de médiation.

155 Le rôle particulier dont sont investis le plus souvent les médiateurs en santé (CTS, Défenseur des droits, médiateurs en établissements de santé) nécessite de connaître les aspects liés à la qualité des soins et à son amélioration, incluant les outils sur la manière de déterminer comment le médiateur peut participer à cet objectif sans risquer de violer la confidentialité de la médiation.

médiation autour d'un concept fédérateur, le maintien de la proximité du médiateur et l'importance de renforcer ses qualités, prérogatives et compétences sont déjà quelques pistes de solutions à approfondir. De plus, de nouvelles questions émergent en continu pouvant donner lieu à de nouveaux types de différends intéressant la médiation comme la technicité croissante de la prise en charge médicale et les nouvelles options thérapeutiques. D'ailleurs, le renouvellement du champ d'intervention de la médiation en santé par une approche systémique centrée sur la qualité des soins pose déjà de nouvelles questions quant à l'articulation concrète entre qualité et médiation qui fonctionnent actuellement en vase clos.

BIBLIOGRAPHIE

Législation française

Code de la santé publique de France.

Code de procédure civile de France.

Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002.

Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, J.O. n°0075 du 30 mars 2011.

Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JORF n°0022 du 27 janvier 2016.

Décret n° 2018-931 du 29 octobre 2018 modifiant le décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, J.O. n°0252 du 31 octobre 2018.

Législation québécoise

Code civil du Québec, LRQ, c. CCQ-1991.

Code de procédure civile du Québec, LRQ, c. C-25.01.

Loi sur les services de santé et les services sociaux, LRQ, c. S-4.2.

Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives, LRQ, c. 32, 2005.

Loi visant à lutter contre la maltraitance envers les aînés et toute autre personne majeure en situation de vulnérabilité, LRQ, 2017.

Jurisprudence

Bitchoka c. *Boutet*, 2006 QCCA 53.

Monographies

ALEXANDER, N. et F. STEFFEK, *Mediation Series: Making law mediation*, Washington, D.C., coll. Research Collection School Of Law, Éditions Publication Professionals, 2016.

DUBLER N. et LIEBMAN C., Bioethics Mediation : A Guide to Shaping Shared Solutions, Nashville, Éditions Vanderbilt University Press, 2011.

FAGET, J., Médiations : les ateliers silencieux de la démocratie, Éditions Érès, Collection Trajets, 2012.

GUILLAUME-HOFNUNG M., *La médiation*, 8e éd., coll. Que sais-je ?, Éditions P.U.F, 2020.

LAMBERT-WIBER, S., V. LASSERRE et A. VIGNON-BARRAULT, *Regards interdisciplinaires sur la médiation*, coll. Thèmes et commentaires, Éditions Dalloz, 2021.

MARCUS, L., B. DORN et E. MCNULTY, Renegotiating Health Care : Resolving Conflict to Build Collaboration, San Francisco, 2e éd., Éditions Jossey-Bass, 2011.

POITRAS, J., *Gestion des conflits au travail : mythes et meilleures pratiques*, Montréal, Les Éditions Québec-Livres, une société de Québecor média, 2018.

TRUELLE, J.-L., L. AZOUX BACRIE, S. MERALLI-BALLOU MONNOT et H. COHEN SOLAL, *Médiation et santé : un nouveau droit de l'homme*, Éditions Médias & Médiations, 2018.

Chapitre d'un ouvrage collectif

BONAFÉ-SCHMITT, J-P., « La ou les médiations dans le domaine de la santé », dans C. Guy-Ecabert et O. Guillod (dir.), *Médiation et santé*, Berne, Éditions Weblaw, 2007, p. 95-101.

BONICHOT, J.-C., « Médiation et droit », dans M. Guillaume-Hofnung (dir.), *Hôpital et médiation*, Éditions L'Harmattan, 2001, p. 45-49.

CARDIA VONÈCHE, L. et B. BASTARD, « Quelle autonomie pour la médiation dans le champ de la santé ? Une réflexion sociologique », dans C. Guy-Ecabert et O. Guillod (dir.), *Médiation et santé*, Berne, Éditions Weblaw, 2007, p. 85-94.

COMPAGNON, C., « Les personnes malades prennent la parole », dans M. Guillaume-Hofnung, (dir.), Hôpital et médiation, Éditions L'Harmattan, 2001, p. 161-165.

HAMMER, R., « Le sens de la médiation et l'évolution sociologique de la relation médecin-patient », dans C. Guy-Ecabert et O. Guillod (dir.), *Médiation et santé*, Berne, Éditions Weblaw, 2007, p. 67-84.

OTIS, L. et C. ROUSSEAU-SAINE, « Le médiateur et les dilemmes éthiques : proposition d'un cadre de réflexion », dans M. Raouf et P. Leboulanger (dir.), *Festschrift Ahmed Aadek El-Kosheri : From the Arab World to the Globalization of International Law and Arbitration*, Kluwer Law International, 2015, p. 120-139.

Articles de revue

BEN MRAD F., « Médiation médicale et médiation interculturelle socio-sanitaire », (2011) 189 *Revue Éducation permanente*, p. 53.

BONAFÉ-SCHMITT, J-P., « État des lieux de la médiation dans le domaine de la santé en France », (2019) 8 *La lettre des médiations*, p. 3-11.

CADIET, L., « L'accès à la justice. Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice », (2017) 10 *Recueil Dalloz*, p. 522.

DAUER, E. et L. MARCUS, « Adapting Mediation to Link Resolution of Medical Malpractice Dispute with Health Care Quality Improvement », (1997) 60(1) *Law and Contemporary Problems*, p. 185-218.

FALLBERG, L. et S. MACKENNEY, « Patient Ombudsmen in Seven European Countries : An Effective Way to Implement Patients' Rights? », (2003) 10(4) *European Journal of Health Law*, p. 343-357.

FORMARIER, M., « La relation de soin, concepts et finalités », (2007) 89 *Recherche en soins infirmiers*, p. 33-42.

GERARDI, D., « The Culture of Health Care : How Professionnal and Organizational Cultures Impact Conflict Management », (2005) 21(4) *Georgia State University Law Review*, p. 857-890.

HAENEL, H., « Justice de proximité. Premier bilan », (1995) 74 *Pouvoirs*, p. 96-106.

LECOEUR-BOENDER, M., « L'impact du droit relatif à la démocratie sanitaire sur le fonctionnement hospitalier », (2007) 67 *Droit et société*, p. 631-647.

LEE, D. et P. LAI, « The Practice of Mediation to Resolve Clinical, Bioethical, and Medical Malpractice Disputes », (2015) 21(6) *Hong Kong Medical Journal*, p. 560-564.

LEJOYEUX, M., « Contenus de la relation médecin-malade : place des modèles psychologiques », (2011) 195(7) *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*, p. 1477-1490.

LESOEURS, G., « Le règlement des conflits : le médiateur en santé existe-t-il ? Indications et prescription de la médiation en santé », (2008) 61 *JuriSanté*, p.7-12.

LUCAS, B., « La médiation pour promouvoir la santé : l'exemple de la maladie d'Alzheimer », *Nouvelles pratiques sociales*, (2009) 21(2), p. 109-123, en ligne : <: http://id.erudit.org/iderudit/038965ar>

MERUELO, N., « Mediation and Medical Malpractice: The Need to Understand why Patients Sue and a Proposal for a Specific Model of Mediation », (2008) 29(3) *Journal of Legal Medicin*e, p. 285-306.

POMEY, M-P., L. FLORA, P. KARAZIVAN, V. DUMEZ, P. LEBEL, M.-C. VANIER, B. DEBARGES, N. CLAVEL et E. JOUET, « Le « Montreal model »: enjeux du partenariat relationnel entre patients et professionnels de la santé », (2015) HS(S1) *Santé publique*, p. 41-50.

PREVOST, M., « Médiation et promotion de la santé : réflexions », (2014) 68 *Santé conjuguée*, p. 86-90.

READER, TW., A. GILLESPIE et J. ROBERTS, « Patient Complaints In Healthcare Systems: A Systematic Review and Coding Taxonomy », (2014) 23(8) *BMJ Qual Saf*, p. 678-689.

RÉGIS, C., « The Accountability Challenge in Health Care : The Contribution of a Health Ombudsman », (2014) *Journal of Arbitration and Mediation*, p. 87-93.

RÉGIS, C. et J. POITRAS, « Healthcare Mediation and the Need for Apologies », (2010) 18 *Health Law Journal*, p. 31-49.

RÉGIS, C. et J.-F. ROBERGE, « Repenser le régime de plaintes dans le système de santé au Québec à la lumière d'une philosophie de médiation », (2013) HS 50 *Revue Droit & Santé,* p. 215-237.

SICOT, C., « Comment informer le patient et sa famille ? Le point de vue juridique », (2005) 14 *Réanimation*, p. 454-456.

SYBBLIS, S., « Mediation in the Health Care System : Creative Problem Solving », (2006) 6(3) *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal,* p. 493-517.

THÉRIAULT, M., « Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de la justice participative », (2015) 74 *Revue du Barreau du Québec,* p. 1-38.

VINCENT, C., M. YOUNG et A. PHILLIPS, « Why Do People Sue Doctors ? A Study of Patients and Relatives Taking Legal Action », (1994) 343(8913) *Lancet,* p. 1609-1613.

VOLCKRICK, E., « Médiation et santé : l'expérience belge », (2008) 6(1) *Revue de prévention et de règlement des différends*, p. 23-36.

WALDMAN, E., « Bioethics Mediation at the End of Life : Opportunities and Limitations », (2014) 8(38) *Cardozo Journal of conflict resolution*, p. 449-471.

Documents gouvernementaux

CERETTI, A-M., L. ALBERTINI et MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI ET DE LA SANTÉ, Bilan et propositions de réformes de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, France, 2011.

COMPAGNON, C., V. GHADI et MINISTÈRE DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA SANTÉ, *L'An II de la démocratie sanitaire*, France, 2014.

DELMAS-GOYON, P. et MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Le juge du 21ème siècle », *Un citoyen acteur, une équipe de justice*, France, Ministère de la justice, 2013.

GUINCHARD, S., *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, coll. Collection des rapports officiels, Commission sur la répartition des contentieux, 2008.

MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *Une réforme axée sur le citoyen*, Québec, Publications du Québec, 1990.

SERVICES DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS, *Le manuel relatif au règlement des conflits*, ministère de la Justice du Canada, 1995.

Autres publications d'organisations publiques

COMMISSAIRE À LA SANTÉ ET AU BIEN-ÊTRE (CSBE), *Informer des droits et sensibiliser aux responsabilités en matière de santé*, Consultation et analyse, Montréal, 2010, en ligne : <https://www.csbe.gouv.qc.ca/fileadmin/www/2010/DroitsResponsabilites/csbe_DroitsResponsabilitesConsultationAnalyse.pdf>.

COMMISSION FÉDÉRALE « Droits du patient », La fonction de médiation prévue dans la loi relative aux droits du patient: vers une professionnalisation, un statut, une harmonisation des pratiques dans l'intérêt de la qualité des soins, Avis de la Commission fédérale « Droits du patient » du 19 mai 2017, Belgique, 2017.

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME (CNCDH), Agir contre les maltraitances dans le système de santé : une nécessité pour respecter les droits fondamentaux, France, 2018.

CONFÉRENCE NATIONALE DE SANTÉ, *Réduire les inégalités d'accès à la santé en renforçant la participation des usagers*, Rapport 2012 sur les droits des usagers, Ministère du travail, de l'emploi et de la santé, France, 2013.

CONFÉRENCE RÉGIONALE DE SANTÉ ET DE L'AUTONOMIE (CRSA), Rapport annuel sur le respect des droits des usagers en Bretagne, France, 2018.

HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ (HAS), La médiation en santé pour les personnes éloignées des systèmes de prévention et de soin-Référentiel de compétences, de formation et de bonnes pratiques, France, 2017.

HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ (HAS), Annonce d'un dommage associé aux soins - Guide destiné aux professionnels de santé exerçant en établissement de santé ou en ville, France, 2011.

MÉDIATEUR DE LA RÉPUBLIQUE, *Rapport annuel 2008*, La documentation française, France, 2009.

PROTECTEUR DU CITOYEN (PC), *Rapport annuel d'activités 2014-2015*, coll. Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2015.

PROTECTEUR DU CITOYEN (PC), *Rapport annuel d'activités 2015-2016*, coll. Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2016.

Autres références bibliographiques

ASSOCIATION CANADIENNE DE PROTECTION MEDICALE (ACPM), Mémoire sur l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile présenté à la Commission des institutions, 2011.

ALEESE, M., Rapport sur le traitement des conflits individuels entre patients et médecins, France, 1980.

BIELEN, F., Faciliter l'accès au service de médiation hospitalière - Réflexions et propositions sur base des motivations, freins, éléments de satisfaction et d'insatisfaction des patients à recourir au service de médiation, Belgique, 2008.

CHARRIER, P., A. BASCOULERGUE, J.-P. BONAFÉ-SCHMITT et G. FOLIOT, La prescription de la médiation judiciaire. Analyse socio-juridique des dispositifs de médiation dans trois cours d'appel : de la prescription à l'accord de médiation, France, 2017.

COLLECTIF INTERASSOCIATIF SUR LA SANTÉ (CISSS), La médiation au sein des établissements de santé : quel rôle pour les représentants des usagers ? Quelles évaluations envisagées?, dans Représenter les usagers en établissements de santé, 2013.

COUR D'APPEL DE PARIS, Rapport du Groupe de travail sur la promotion et l'encadrement des modes amiables de règlement des différends, 2021.

GAGNON, E., F. SAILLANT, C. GAUCHER, C. CÔTÉ et P.-L. ST-HILAIRE, Les insatisfactions et les plaintes : l'accessibilité des usagers et des usagères aux mécanismes de recours : une recension des écrits, Québec, Régie régionale de la santé et des services sociaux de Québec, Direction de la santé publique, 2001.

GILMOUR, J., *Patient Safety, Medical Error and Tort Law : An International Comparison*, coll. Final report prepared for the Health Policy Research Program, Health Canada, 2006.

HAMLINE UNIVERSITY SCHOOL OF LAW, Report of the 2007 DRI Symposium, *An Intentional Conversation about Conflict Resolution in Health Care*, Saint Paul, Minnesota, 2008.

MÉNARD MARTIN AVOCATS, Mémoire sur l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile présenté à la Commission des institutions, Québec, 2011.

MIRIMANOFF, J., Rapport sur la pratique des avocats et sur celle des notaires en relation avec la médiation, Dans le cadre des Lignes Directrices CEPEJ (2007) n° 14, Genève, 2018.

ORDRE DES INFIRMIERS ET INFIRMIÈRES D'ONTARIO (OIIO), *La relation thérapeutique*, coll. Norme d'exercice, 2006.

SASSIER, M., Arguments et propositions pour un statut de la médiation familiale en France, La Documentation française, 2001.

GOVERNANÇA PÚBLICA – MEDIAÇÃO NA GESTÃO DO SERVIÇO

GOUVERNANCE PUBLIQUE - MÉDIATION DANS LA GESTION DES SERVICES

Hélio Silva de Vasconcelos MENDES VEIGA[156]

156 Hélio Silva de Vasconcelos Mendes Veiga, Nascido na capital paulista em Brasil, onde cresceu e formou suas raízes • Foi professor de sociologia na rede pública • Ministrou ética e cidadania no CEETPS de São Paulo • Atuou como conciliador e Perito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo • Formado em ciências jurídicas e sociais •Concluiu Pós graduação em Direito público na FDDJ • Direito Penal, Processo Penal e Direito internacional na UNISAL • Tornou-se especialista em educação pela UBC • Atualmente é Procurador no Município de Mogi Guaçu • Escritor • Autor com inúmeras publicações • Em 2020 lançou a 1ª edição do livro Direito Penal do Inimigo • suas práticas e atuação em Procuradoria foram deferidas em 17ª edição do PRÊMIO INNOVARE – 2020 • Lançou a 2ª edição da obra Conciliação – Bônus de uma Justiça Célere e Eficaz em 2021 • Conferencista in World Mediation Fórum em 2022. LATTES CNPQ: http://lattes.cnpq.br/1106107571466690 heliomendes@adv.oabsp.org.br

RÉSUMÉ

Certains dilemmes de la modernité sont devenus un gigantesque trou noir de significations dans le monde contemporain, notamment les relations sociales qui ont évolué et sont devenues plus complexes. Cela se constate à grande échelle dans le domaine technologique, avec la réduction des distances entre les peuples et les nations, à travers le phénomène de mondialisation. Dans ce tribunal, les relations entre les groupes ne sont pas étrangères à l'émergence de nouvelles formes d'interaction, impulsées par les médias et les réseaux sociaux, notamment dans le contexte « post-pandémique » (VEIGA, 2020, p.27). Néanmoins, les avocats des organismes publics ont des attributions fécondes, une sorte de sagesse qui jaillit du quotidien médico-légal. Avec recul critique. Avec analyse. Loin de la torpeur enivrante, de l'opacité et de la répétition insensée, qui n'apportent que de la sécurité à ceux qui n'attendent rien de plus que ce qu'ils savent déjà (VEIGA, 2020, p.29). Cependant, compte tenu de nos préoccupations professionnelles, je mets en avant les affirmations diffusées lors de la 11ème Conférence du Forum mondial de la médiation. Et comme il ne pouvait en être autrement, les résultats sont également devenus exponentiels. A l'examen, sans quitter les rangs de la justice à portes multiples, l'auteur du présent a emporté avec lui l'expérience d'un conciliateur en droit public. De manière innovante et réussie, l'attention est attirée sur l'insertion de sa pratique dans la fonction d'avocat, la conciliation du point de vue de l'organisme public dans l'exercice de la fonction administrative et la posture des gestionnaires de l'administration directe et indirecte. corps. De plus, sa contribution, suggérant des moyens d'accélérer la justice brésilienne et de soulager le pouvoir judiciaire, fait de cet article une lecture essentielle (VEIGA, 2023, p.11). A mesure que s'érige l'évolution de la noble mission des Parquets, combien l'optimisation de l'accès à la justice est essentielle.

MOTS-CLÉS

Médiation ; Conciliateur; Procédure; Gouvernance; Paradigme.

RESUMO

Alguns dilemas da modernidade se tornaram um gigantesco buraco negro de significados no mundo contemporâneo, especialmente as relações sociais que evoluíram e se tornaram mais complexas. Isso é notado em grande escala na seara tecnológica, com a redução das distâncias entre pessoas e nações, por meio do fenômeno da globalização. Nessa quadra, o relacionamento entre grupos não está alheio ao surgimento de novas formas de interação, impulsionadas pelas mídias e redes sociais, principalmente no contexto "pós-pandemia" (VEIGA, 2020, p.27). Inobstante, os procuradores dos órgãos públicos possuem atribuições profícuas, um tipo de sabedoria que brota da vida cotidiana forense. Com recuo crítico. Com análise. Longe do torpor inebriante, opacidade e repetição sem sentido, que só traz segurança para quem não espera nada mais do que já se sabe (VEIGA, 2020, p.29). Todavia, diante de nossas inquietações profissionais, trago à colação assertivas disseminadas na 11ª Conferência do Fórum Mundial de Mediação. E, como não poderia ser diferente, os resultados também se tornaram exponenciais. Ao exame, sem abandonar as fileiras da justiça multiportas, o autor do presente levou consigo a vivencia de um conciliador à advocacia pública. De forma inovadora e exitosa, chama atenção a inserção de sua pratica na função procurador, a conciliação do ponto de vista do orgão público no exercício da função administrativa e a postura de gestores de órgãos da administração direta e indireta. Ademais, sua contribuição, sugerindo formas de tornar a justiça brasileira mais célere e desafogar o Judiciário, torna o presente artigo de leitura essencial (VEIGA, 2023, p.11). Tal qual é erigida mister a evolução da nobre missão das Procuradorias, quão essenciais a otimização do acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE

Mediação; Conciliador; Procuradoria; Governança; Paradigma.

1. INTRODUCTION

[822] Há alguns anos atuando na procuradoria, troquei lentes sobre alguns conceitos, questionando se há a chamada "fórmula de sucesso" para os advogados e advogadas públicos que desejam passar por essa função de maneira digna cuidando da coisa pertencente à coletividade.

[823] O procurador é o patrono do ente público. É ele quem norteia a decisão de gestão transitória, mas que, por sua vez, administra o dinheiro público, o dinheiro das pessoas. Isso é muito sério. Assim, deve-se devotar zelo aos procuradores, providenciando qualidade para o desenvolvimento adequado de seus pareceres, bem como uma boa estrutura de trabalho.

[824] Nessa explanação, são colocadas observações que podem incutir no labor dos procuradores gerais inovações no serviço público, alinhavando sugestões que desponta razoável às procuradorias, com função ímpar e essencial à Justiça.

[825] Pretendemos fornecer a vocês — permitam-me tratá-los assim informalmente — elementos que considero de relevância social irrefragável, tomando a liberdade de erigir mister a evolução da nobre missão dos procuradores municipais, quão essenciais à justiça comutativa e zelo com probidade administrativa.

1.1. OBJETIVO

[826] Profícua foi a 11ª Conferência do Fórum Mundial de Mediação, que decorreu em outubro de 2022, com a participação de inúmeras autoridades de diversas nacionalidades. Ao ensejo, o objetivo de presente expor elementos extraídos de workshop no painel 18 realizado no dia 26/10/2023, intitulado Governança Pública – mediação na gestão do serviço, paralelamente às inúmeras oficinas erigiram os avanços globais concernentes à mediação.

[827] Nessa quadra, o objetivo é expor síntese do que foi articulado no evento. e que, “ex ante”, pode funcionar como semente adequada a inculcar nos gestores públicos inovações no serviço público, sobretudo, alimentar a mediação de ofício, originada da atuação das procuradorias gerais dos órgãos de Estado, renovando-as como prestadora de serviço essencial “pro bono público”.

[828] Em exame. É inolvidável esclarecer que é a Governança Pública umas das ferramentas ao administrador e que, uma vez utilizada, será capaz de instrumentalizar mediação na gestão do serviço público. Inobstante, na presente, traz à baila a circunstância detida, extraída da experiência vivenciada por procurador do órgão público em serviço da municipalidade de Estado de São Paulo.

[829] Ante complexidade da administração, é possível questionar — qual papel deve desempenhar o agente público no mundo em que vivemos? — sobretudo aos procuradores patronos dos entes públicos. Quando fazemos essa reflexão, logo percebemos que nosso verdadeiro propósito tem de ser eliminar os conflitos que nos impedem de progredir com tranquilidade (VEIGA,.2017,p.25).

1.1.1 ANTECEDENTES DE PRÁTICAS NA MEDIAÇÃO

[830] De início é oportuno pontuar os antecedentes e a trajetória do signatário que subscreve o presente artigo, especificamente aquelas experiências vivenciadas no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Brasil, onde efetivamente se iniciou as práticas de mediação. É mister destacar o labor voluntário de conciliador e mediador judicial, no tribunal justiça do Estado de São Paulo, pois a troca de experiência e as orientações de serventuários da justiça foram fundamentais para prosperar essa semente na trajetória do subscritor. É inconteste que esse momento vivenciado no Juizado Especial Cível na comarca de Ferraz de Vasconcelos foi essencial para a decisão de empreender caminhos da mediação. Nesse trilhar, entre os anos de 2010 e 2018, como conciliador, sem dúvida, esses foram seus primeiros passos e práticas com a mediação.

[831] Mais adiante, entre os anos de 2018 e 2022, empossado no cargo de procurador de uma municipalidade do Estado de São Paulo, doravante agasalhado com prerrogativa e função típica de Estado, incidiu o uso da mediação nas comissões de sindicâncias. Naquele instante, diante de ambiente estandardizado da função disciplinar do poder executivo, observou-se que uso da mediação de ofício poderia ser uma realidade, considerando as atribuições e qualidade técnica do advogado público.

[832] Ao advogado público, registra-se que, com boa vontade, inexiste impedimento de se deletar as vestimentas exclusivas de um operador de contenciosidade, podendo em muitas situações trocar suas lentes visando instrumentalizar a mediação e, ao mesmo tempo, como o patrono de gestor público, buscar soluções consensuais para os conflitos. Ao ensejo, estribando-se da autocomposição, pode o procurador do ente público atuar como negociador no âmbito do processo administrativo disciplinar, instaurado para apuração de irregularidades. De rigor, o advogado público é detentor de prerrogativas que o agasalha a empreender resolução alternativa de conflito, inobstante sua vivência e seu cotidiano sejam um ambiente fértil para renovar o pleno exercício de condigna função social.

1.1.2 CONTEXTO DE APLICAÇÃO DE NOVO PARADIGMA.

[833] Diante da inescusável função disciplinar do Estado e modelo padronizado de procedimento apuratório, nada obstante, a este signatário foi possível trocar lentes estandardizadas, identificando a adequação de cultivar inovação, mirando uma inolvidável melhoria do serviço. Restou comprovado que é possível incorporar prerrogativas constitucionais do advogado público, ou seja, estribando-se no ofício, foi possível inculcar a mediação com uso da Justiça Restaurativa, naquelas comissões destinadas à apuração de ilícitos em tese perpetrados por funcionários públicos no exercício da função.

[834] Embora este signatário tenha encontrado elevado grau de resistência em face do procedimento estandardizado, inobstante, incidiu a constatação de resultados significativos, oriundos da utilização da mediação naquelas denúncias de infrações de menor potencial ofensivo.

[835] E, assim, sem abandonar as fileiras da justiça multiportas, de rigor, levou consigo suas experiências de conciliador à advocacia pública. É bem verdade que ao considerar os agentes ligados às entidades que compõem a gestão pública, como construtores de mecanismos de autocomposição, em muitos casos assiste razão frear o procedimento investigatório de insignificante valor, ainda no domínio administrativo.

1.1.3 PROEMINÊNCIA DE PROCURADORIAS COM AS INSTITUIÇÕES DA JUSTIÇA

[836] Com vista a aprimorar a função disciplinar dos poderes executivos, é inconteste o papel da mediação administrativa de ofício, principalmente no sentido de contribuir para uma maior eficiência na recepção de conflitos pelas instituições de justiça e, também, para otimizar o trabalho dos magistrados. Ante o volume de litígios de pequenas causas, apresenta-se essencial a postura ativa por parte dos servidores dos poderes executivos, de modo que tal proeminência da mediação administrativa apresenta-se como um caminho profícuo diante do deletério paradigma da judicialização.

[837] A mediação de ofício pelo administrador público, em muitos casos, é gestão inovadora no serviço, e, por outro lado, a institucionalização da mediação na seara dos poderes executivos, afina-se em muito com as prerrogativas dos procuradores (advogados públicos), que têm um papel ímpar e fundamental de cuidar dos assuntos da municipalidade.

2. PROCURADORIAS MEDIADORAS

[838] Enfrentando isso, afigura-se adequado repisar a questão primordial: qual seria o papel do procurador, que é patrono do ente público no mundo que vivemos? Ao fazer tal reflexão, « logo percebemos que o nosso verdadeiro propósito deve ser o de eliminar os conflitos que nos impedem de avançar com serenidade· »VEIGA,2017, P.3). A mediação de ofício no serviço público vai muito além das formas distorcidas de gestão pelo ente público. Esse dilema ultrapassa em muito, sobretudo, os meandros da Justiça e da administração pública.

2.1 PROCURADORIA MEDIADORA DE CONFLITO

[839] As procuradorias podem e devem inovar buscando institucionalizar os núcleos de autocomposição administrativa. Nesse aspecto, cabe ao responsável pela direção das procuradorias intervir demonstrando aos chefes dos poderes executivos, mister e urgente aplicação dos métodos alternativos de resolução dos conflitos.

[840] Oportunamente, deve-se erigir a mediação e a resolução negociada dos conflitos, consoante o alinhavado acima. De fato, o paradigma que se apresenta é via razoável para evitar a judicialização de demandas pequenas, gastos prejudiciais, o que evidentemente se alinha ao princípio da eficiência da administração no serviço público.

2.1.2 PROCURADORES SÃO DETENTORES DE FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

[841] Estreme de dúvidas que ainda vigora nos poderes executivos um direito administrativo consuetudinário, ou seja, permanece hígido o endeusamento do Estado

forte. Entretanto, não se pode perder de vista a discricionariedade das procuradorias. De rigor, ao elevar instrumentos a fim de viabilizar soluções negociadas dos conflitos, estará o procurador patrono do ente público realizando a função típica da administração.

[842] Convém insistir na assertiva que o procurador (advogado do ente público estatal) exercendo sua atuação social típica, uma vez institucionalizado os métodos alternativos de composição administrativa, não discrepa das atribuições dos advogados públicos que se inserem nas funções essenciais à justiça, evidentemente com a inescusável missão de contribuir com o judiciário.

[843] Todavia, é bem verdade, « (...) o judiciário, infelizmente, está tendo em muito, de administrar o País. (...), questões que se resolveriam até mais adequadamente pelos demais Poderes e grupos de regência social, (...), são empurradas para a solução jurisdicional, ficando algumas glórias da decisão, mas, geralmente, com maior ênfase, as desgraças, para as largas costas dos Juízes, que, no fundo, não seriam integrantes do Poder destinado a dar essas soluções. »(BENETI, 2003, P.201)

3. RESULTADOS E SÍNTESE DO EXPOSTO NO 11ª FÓRUM MUNDIAL DE MEDIAÇÃO

[844] Caríssimo leitor, de forma inovadora e exitosa, o autor de presente lançou sua obra em 2017. Neste ano de 2023, em sua 3ª edição, consoante alinhavado com maestria por Luciana do Carmo Nogueira, (VEIGA, 2023, p.11), “chama atenção a inserção de sua experiência como Procurador de um Município do Estado de São Paulo, República do Brasil, a conciliação do ponto de vista do Ente Público Federativo em pleno exercício da função administrativa e a postura de gestores de órgãos da administração direta e indireta. Ademais, sua contribuição, sugerindo formas de tornar a justiça brasileira mais célere e o desafogar e o Judiciário tornam sua obra e realizações um exponencial.”

[845] Em síntese, esses são os pontos partilhados na 11ª Conferência do Fórum Mundial de Mediação, tal qual esboçado em amplo leque de opções aos gestores dos entes públicos vinculados aos poderes executivos e aos órgãos e entidades, refutando a inércia em face do inolvidável melhoramento da gestão, concomitante a mister colaboração ao poder judiciário.

3.1 O PARADIGMA DE JUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS SOBRECARREGA MAGISTRADOS

[846] Com efeito, agasalhado na vivência e experiência forense do conferencista, foi colocado à mesa as dificuldades que encontram os cidadãos brasileiros ao buscarem tutela jurisdicional, restando pouco provável uma resposta a contento em prazo razoável, fato esse inconteste.

[847] São inegáveis os resultados conquistados pelos conciliadores e mediadores que atuam no âmbito do poder judiciário brasileiro. Por outro lado, “ex ante”, ainda pouco conhecida, é, de fato, a mediação administrativa avocada de ofício no âmbito do poder

disciplinar dos entes públicos uma inovação que deve ser erigida. Enfim, esse foi o ponto central disseminado na XI Conferência mundial da mediação, que demonstrou a necessidade de difundir assertivas nas procuradorias patronas dos entes públicos.

3.1.1 PROFÍCUAS INTERVENÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO

[848] Há tempos, diante dessa realidade, faz-se mister registrar que em 25/11/2010 o Conselho Nacional de Justiça Brasileiro promulgou a resolução n.125/2010 e outras complementares que orientavam gradativamente a implementação de política pública de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios. A bem da verdade, tais ações e estímulo aos métodos de resolução de conflitos são apropriados, eficientes e profícuos instrumentos de pacificação social.

[849] Nesse contexto, a mediação é uma ferramenta vantajosa para a construção da mudança de paradigma, aliás, a utilização da "expertise" não deve ser apenas pelos conciliadores e mediadores compromissados nos TJs, nada obstante, é via adequada a qualquer cidadão, mas principalmente - é isso que estamos propomos - não se pode ignorar as ações de qualificação de servidores dos poderes executivos, entre eles os advogados públicos, que, conforme dissecado, possuem uma função social ímpar e essencial na administração da Justiça.

[850] Em outro giro, em 31 de agosto de 2022, o Conselho Nacional de Justiça Brasileiro publicou a resolução nº471, que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento à alta litigiosidade do contencioso tributário no âmbito do Poder Judiciário.

[851] Nessa quadra, salta aos olhos a proeminência de orientações expedidas pelo CNJ Brasileiro, ante a contenciosidade tributária caracterizada pelo elevado número de processos tributários administrativos e judiciais pendentes de julgamento. Eles culminam em dificuldades a nossos magistrados, ficando prejudicada a aplicação do princípio constitucional da justiça efetiva e celeridade nas decisões judiciais.

[852] Além do benefício a todo sistema de justiça, evitando o congestionamento de processos, dentre as inúmeras disposições, a resolução 471 do CNJ orienta as fazendas dos entes municipais às práticas de mediação tributária, inclusive, premiando programas inovadores e eficazes destinados ao tratamento adequado da alta litigiosidade tributária.

3.1.2 GOVERNANÇA PÚBLICA É SINÔNIMO DE RAZOABILIDADE ADMINISTRATIVA

[853] Feito o cotejo das experiências trazidas à colação, de rigor, a contribuição social que a *"expertise"* representa para desafogar os judiciários de todos os cantos do mundo, incidindo, o paradigma como um convite à razoabilidade, ao bom senso, sobremodo aos entes federativos, e aos órgãos da administração indireta, observada as atribuições constitucionais e a nobre missão dos advogados públicos, diariamente na vanguarda de procuradorias.

3.1.3 PROFÍCUA UTILIZAÇÃO DAS FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS

[854] Diante da inolvidável necessidade de propagação de novo paradigma visando otimização da justiça, nada obstante, "a evolução da sociedade e as novas características decorrentes deste avanço tornaram as relações sociais mais complexas, essa modernização é percebida em larga escala no campo tecnológico, o qual se desenvolveu de maneira a reduzir as distâncias entre as nações e possibilitar o surgimento do fenômeno da globalização, as relações sociais. Neste aspecto, não estão alheias ao surgimento dessa nova forma de interação, considerada a profusão desenfreada de meios de comunicação, impulsionada pelas Mídias sociais e pelas inúmeras plataformas de contato que foram criadas, sobretudo no contexto pós-pandemia." (VEIGA, 2020, p.29)

[855] Inobstante a isso, tomando as palavras de Rudolf von Ihering (a luta pelo Direito): "o direito não é pura teoria, mas uma força viva. Todos os direitos da humanidade foram conseguidos na luta. O direito é um trabalho incessante, não somente dos poderes públicos, mas da nação inteira" (MONTORO, 1996, P.1).

[856] Nesse passo, "longe de ser estático, a vida do direito revela um contínuo vir a ser. Forças em conflitos, que lutam por interesses opostos, dão origem a normas e situações jurídicas que podem representar a dominação de alguns ou a conquistas de muitos" (MONTORO, 1996, P.13).

[857] Nessa esteira, a passagem do agente pela função pública não deve se misturar com a "pequenez", tampouco o advogado público em seu condigno labor nas procuradorias, como zelador do interesse da coletividade, deve observar que "a humanidade reclama realizações e obras objetivas que se concretizam pelo trabalho contínuo e ininterrupto, qualquer setor da vida, não somos o que pensamos ou falamos. Os bons exemplos constroem e frutificam muito além dos belos discursos e das frases sonoras em que se formulam bons propósitos e se expõem sedutora ideias "(TALES, 2001, p.32).

[858] Ao ensejo, deve-se asseverar à importância de se levar adiante ideia para o maior número de pessoas, a fim de contribuir para necessária mudança de paradigma, que, aliás, comprovadamente no âmbito da função jurisdicional do Estado já vem sendo benéficas para sociedade, e doravante, apresenta-se mister e urgente na quadra da função administrativa. Ora, ao invés de espalhar "fake-News" jogando aos ventos o que não é bom, melhor é partilhar a defesa da cultura de paz.

[859] Consoante ensina BARROS FILHO " (…) para tanto, urge vitória sobre os vieses arbitrários da vontade bem como frente aos escapes temerosos da imaginação. Reconciliação com o mundo que cobra ajuste pleno com seus tempos e espaços"(…) Abrir-se para o universo - em relação franca e genuína - cobra trocar os programas consagrados de existência pelo respeito encantado ao inédito, virginal e irrepetível. E tão agudo esforço só se revelará compensador pela angústia do desencontro. A fragilidade louca de viver dentro e fora. De estar sem estar. De atravessar a vida breve em quimera fosca de fuga covarde, na fissura rachada do que poderia ter sido" (VEIGA, 2020, p.29).

3.1.4 AGENTE PÚBLICO INCONTESTE INFLUENCIADOR DIGITAL DA MEDIAÇÃO

[860] É inconteste a influência digital dos agentes públicos na sociedade tecnológica que vivemos, sobretudo no contexto contemporâneo pós-pandemia, nada obstante, o advogado público possui papel exponencial na tangência entre poder executivo e cidadãos. À mesa, é evidente a capacidade (poder) de inspirar coletividade ao engajamento ativo de novos paradigmas. Portanto, é preciso trilhar, inspirar e semear. Há tempos, Helen Keller ponderou: « (...) somente sou um, mas sou um. Tudo não posso fazer, mas fazer algo, posso. Não me negarei a fazer o que posso fazer » (GOMES, 2017,P.11).

[861] Enfim, o cotidiano forense, a vivência nas funções de conciliador, advogado e o exercício na carreira de procurador de um orgão público da república federativa do Brasi nos fazem crer piamente sobre proeminência do uso de fenômeno da globalização, propagando eficiência da mediação de ofício, detidamente na seara inescusável da função disciplinar do poder executivo, uma vez que: « o homem se aproxima de Deus, no sentido de ser um pouco como ele, toda vez que pensa, usa a inteligência, articula ideias. Naturalmente que esta aproximação será ainda maior se o uso da razão for adequado, qualitativo, inteligente. » (VEIGA, 2020, p.29).

[862] Nosso cotidiano e a busca incessante de embasamento ético para nossas inquietações profissionais nos permitem refutar as vias estandardizadas da função executiva nos procedimentos administrativos disciplinares, em especial, questionar a via exclusiva e automática da justiça retributiva.

[863] Ademais, os procuradores dos entes públicos são detentores de prerrogativas inolvidáveis e, por isso, podem e devem valorizar a « expertise » da mediação administrativa de ofício, que se afigura bastante vantajosa à coletividade. Essa é, portanto, a ideia de Governança Pública aplicada na função executiva do Estado, sem perder de vista, os irrefragáveis princípios da eficiência, transparência e legalidade.

3.1.5 AUDÁCIA DE ENXERGAR À FRENTE - EM TERRA DE CEGO QUEM TEM UM OLHO É REI

[864] São poucas as profissões do mundo contemporâneo que experimentam a velocidade do desenvolvimento das ciências sociais aplicadas, sobretudo analisando inúmeros aspectos e personagens que relacionam entre si com desafio comum. Desponta cristalina as competências encontradas nos profissionais do Direito, de rigor o jurista no desenvolvimento de sua vocação detém potencialidade capaz de enxergar a frente.

[865] Nesse movimento do direito um « eterno vir a ser », à mesa o presente artigo expões observações sobre a condução dos processos administrativos, Ilustrando mister instalação de núcleo de mediação na esfera do poder executivo.

[866] Consoante apontamentos de Dr. Eduardo SABBAG, em sua obra (SABBAG, 2020, P.69) cita dissertação elogiável nota 10, vestibular de ingresso na USP (FUVESP) publicada no jornal do Brasil, em 10 de outubro de 1990 (oliveira, 2001:57-58): Tema Terra de Cego: há um conto de H.G. Well, chamado « A terra dos

Cegos », que narra o esforço de um homem com visão normal a persuadir perante população cega no sentido a qual ela é destituída, fracassa e afinal a população decide arrancar-lhe os olhos, daí o ditado popular « em terra de cego quem tem um olho é rei » (SABBAG, 2020, P.69-70)

[867] Conforme dito alhures coloca com clareza « (...) A capacidade de estar a frente de seu tempo quase nunca confere ao seu possuidor alguma vantagem. A dureza das sociedades humanas em aceitar certas coisas noções desmente o raro, o ditado popular que diz que: "em terra de cego quem tem um olho é rei" (…) Esse mal não será curado tão cedo. Isso porque as pessoas que conseguem enxergar à frente apresentam ao homem o que ele odeia desde os tempos imemoriais: a necessidade de rever as próprias convicções. Enquanto esse ódio —— ou será medo ? —— não for superado, a humanidade continuará cega para o futuro e para si mesma » (SABBAG, 2020, P.69-70

3.1.6 RESPONSABILIDADE INESCUSÁVEL DO ESTADO

[868] A bem da verdade são incontestes os resultados conquistados pelos métodos consensuais e alternativo de resolução das lides, aliás, tal instrumento em várias esferas tem sido eficientes na redução de judicialização dos conflitos, da quantidade de recursos e, principalmente, da execução de sentenças. Tais ações como política pública é de fato instrumento efetivo de pacificação social.

[869] Nesse rumo, embora o Estado desenvolva ações visando dirimir judicialização nas várias esferas, de rigor na quadra da justiça criminal, pouco, ou nada tem sido realizado, muito longe de assumir sua responsabilidade de distribuição da justiça.

[870] Ensejo, sobre justiça comutativa não se pode esquecer o pensamento de Aristóteles, o qual a Justiça comutativa se preocupa com a relação entre as partes envolvidas, sua tarefa não é distribuir recursos entre todos indivíduos, mais sim mediar as relações entre os mesmos. Posto isso, primordial renovar o papel do Estado no pacto social, principalmente, acerca da responsabilidade inescusável de distribuir a justiça comutativa.

3.1.7 EPILOGO

[871] Feito o cotejo de dados careados, tudo ponderado, emergem as seguintes considerações. É inconteste o papel e a eficiência do procurador (advogado público) para resolver os conflitos em curto tempo. Salientamos a importância de cultivar essa asserção, doravante, inculcar esse movimento na gestão dos entes públicos vinculados aos poderes executivos. Nessa quadra, encoberta por um manto de névoas, enjambra-se em muitos casos a justiça retributiva.

[872] De rigor, os inúmeros benefícios da institucionalização dos centros de mediação na esfera administrativa, posto que, com isso, renova-se o bônus de compor a lide, jogando pá de cal nas controvérsias em curto espaço de tempo, podendo se evitar que alguns conflitos de menor potencial ofensivo se prolonguem, ao ponto de bater às portas dos poderes judiciários. Ao ensejo, é a mediação de ofício pelos poderes

executivos um sinônimo de razoabilidade administrativa, governança pública e zelo com erário.

[873] Repisando conforme dito alhures, afigura-se mister inspirar os gestores públicos a devotar zelo ao paradigma da resolução negociada dos conflitos, quando o escoamento da lide ainda estiver na esfera administrativa, sobretudo, é inolvidável incutir nos servidores dos poderes executivos a estribar-se no verdadeiro espírito de mediação. Em remate, resta salientar que « a conduta de uma espécie muda quando um número crítico de seus indivíduos aprende a fazer algo novo (...) Quando uma massa crítica de pessoas adota algo novo, uma ideia ou um comportamento novo, eles se convergem em uma norma nova » (GOMES,2017, P.15).

[874] Vivenciamos a pandemia da SARS-CoV-2, que ainda assola a humanidade de nosso tempo. Nessa esteira, é oportuno destacar a importância de encontro organizado pela « W.M.F. » e 11ª edição do Fórum Mundial de Mediação, ainda na modalidade remota, cada experiência partilhada foi uma semente fértil onde quer que se resida ou atue. Por fim, faz-se mister registrar a programação do encontro presencial da XII Conferência do Fórum Mundial de Mediação que se realizará na cidade de Salvador-BR no ano de 2024. Nesse encontro, será possível partilhar atualizações, trocar experiências, aprender e reaprender!

[875] E, como não poderia ser diferente, repisar que os resultados obtidos no encontro também se tornaram exponenciais. Sem abandonar as fileiras da justiça multiportas, reuniões dessa natureza e experiências partilhadas, de forma inovadora e exitosa, chamam a atenção das autoridades participantes. No epílogo, tais contribuições tornam a mediação uma realidade habitual para uma justiça mais célere e eficaz!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENETI, Sidnei Agostinho (2003), Da conduta do juiz, Editora Saraiva, São Paulo, pp. 201-202

BOLEN, Jean Shinoda (2014), El Nuevo movimento Global das Las Mujeres: Construir círculos para transformar el mundo, Kairós.

GOMES, Luiz Flávio (2017), O jogo sujo da corrupção, Editora Astral Cultural, Bauru, 1ª Edição.

MONTORO, André Franco (1995), Estudos de Filosofia do Direito, Editora Saraiva, São Paulo,, 2ª Edição.

TALLI, Renato Laércio (2001), A sombra do Medo, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo.

VEIGA Hélio Mendes (2017), Conciliação Bônus de Uma Justiça Célere e Eficaz, Editoria Multifoco, 1ª Edição, Rio de Janeiro, 94 p.

VEIGA Hélio Mendes (2021), Conciliação Bônus de Uma Justiça Célere e Eficaz, Editorial Del Rey, 2ª Edição, Belo Horizonte,.126 p.

VEIGA, Hélio Mendes (2020), Direito Penal do Inimigo – Inconstitucionalidade dos crimes de Mera Conduta, Editora Lisbon Press Internacional, 1ª Edição, Lisboa-PT, p.109

VEIGA, Hélio Mendes (2023), Direito Penal do Inimigo – Inconstitucionalidade dos crimes de Mera Conduta, Editora Juruá, 2ª Edição, Paraná-PR, 292 p.

SABBAG, Eduardo (2014), Manual de Português Jurídico, Editora Saraiva, 8ª edição, São Paulo Saraiva.

ZAFFAROMNI. Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique (2004), Manual de Direito Penal Brasileiro, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 5ª Edição, Revista e Atualizada, 847 p.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO NO BRASIL

Ivone Hiromi Takahashi SARAIVA[157]

157 A autora é mediadora de conflitos profissionais e familiares e coach de gestores e empreendedores. isaraiva999@gmail.com

RÉSUMÉ

Le but de cet article est d'aborder le thème de la justice réparatrice, en présentant quelques possibilités pour son application au Brésil, en coexistence harmonieuse avec la justice rétributive. Le concept, les principes et les modalités d'application de la justice réparatrice constituent la base de l'analyse de son utilisation au Brésil. Sur la base de trois cas spécifiques – un dans la municipalité de São José dos Campos, un autre dans la municipalité de São Caetano do Sul et le troisième dans une entreprise privée – et de certaines décisions du pouvoir judiciaire brésilien dans des affaires liées à la justice réparatrice, les possibilités de son application à plus grande échelle dans le pays, en soulignant les avantages de cette application et les domaines dans lesquels elle est la plus adaptée, ainsi que les obstacles existants.

MOTS-CLÉS

Justice réparatrice, conflits, violence, pratiques réparatrices

RESUMO

Objetiva-se neste artigo abordar o tema da Justiça Restaurativa, apresentando algumas possibilidades para a sua aplicação no Brasil, em convivência harmônica com a Justiça Retributiva. O conceito, os princípios e as modalidades de aplicação da Justiça Restaurativa são a base para a análise da sua utilização no Brasil. A partir de três casos concretos – um no município de São José dos Campos, outro no município de São Caetano do Sul e o terceiro em uma empresa privada – e de algumas decisões do Poder Judiciário brasileiro sobre casos conectados com a Justiça Restaurativa, são avaliadas as possibilidades de sua aplicação em maior escala no país, destacando as vantagens dessa aplicação e as áreas nas quais é mais indicada, assim como os obstáculos existentes.

PALAVRAS-CHAVE

Justiça Restaurativa, Conflito, Violência, Práticas Restaurativas

1. INTRODUÇÃO

[876] O termo Justiça Restaurativa foi usado pela primeira vez pelo psicólogo norte-americano Albert Eglash, no artigo intitulado "Beyond Restitution: Creative Restitution" (1977).

[877] Alguns anos depois, Howard Zehr avançou na construção desse conceito, mostrando que existem dois modelos de justiça totalmente distintos: o Modelo Retributivo, calcado na punição, e o Modelo Restaurativo, que busca construir uma resposta conjunta de todos os envolvidos no tema – ofensor, ofendido e outras pessoas afetadas (ZEHR, 2008). O mesmo autor sintetizou, em dois quadros demonstrativos, as diferenças entre a Justiça Retributiva e a Restaurativa:

Tabela 1 – Diferenças entre Justiça Retributiva e Justiça Restaurativa

Justiça Retributiva	**Justiça Restaurativa**
O crime é uma violação do Estado	*O crime é uma violação de pessoas e de relacionamento*
As violações geram culpa	*As violações geram obrigações*
A justiça exige que o Estado determine a culpa e imponha uma punição (sofrimento)	*A justiça envolve vítimas, ofensores e membros da comunidade em um esforço comum para reparar os danos, "consertar as coisas".*
Foco central: os ofensores devem receber o que merecem	*Foco central: as necessidades da vítima e a responsabilidade do ofensor de reparar os danos cometidos*

Fonte: ZEHR, 2015, p. 37

[879] Essas definições dão origem a três perguntas diferentes que, por sua vez, clarificam os conceitos de cada uma das Justiças aqui analisadas:

Tabela 2 – Diferenças entre Justiça Criminal e Justiça Restaurativa

Justiça Criminal	**Justiça Restaurativa**
Que leis foram infringidas?	*Quem sofreu danos?*
Quem fez isso?	*Quais são as suas necessidades?*
O que o ofensor merece?	*De quem é a obrigação de suprir essas necessidades?*

Fonte: ZEHR, 2015, p. 37

[880] Vale destacar a discussão, ainda não pacificada, de quando deve ser utilizada a Justiça Restaurativa e sobre a sua articulação com a Justiça Criminal. Raffaella Pallamolla (1982, p.78-84) salienta que há duas posições distintas sobre a utilização da Justiça Restaurativa:

> a) A minimalista (também conhecida como sistema "puro"), que objetiva afastar a Justiça Restaurativa do sistema criminal, acreditando que será

possível mudá-la progressivamente, mantendo foco nos processos restaurativos (process-focused model);

b) A maximalista, que defende a inserção da Justiça Restaurativa na Justiça Criminal, buscando a transformação do sistema punitivo e aceitando, portanto, que a reparação da vítima seja imposta ao ofensor, com foco nos resultados (outcome-focused model). Nesse caso, a questão que surge é o momento em que se daria essa conexão.

[881] Com experiências e posições distintas, o fato é que a Justiça Restaurativa foi sendo adotada por inúmeros países. Um importante reforço nesse sentido foi a recomendação da *Organização das Nações Unidas* (ONU) para a sua aplicação, em assuntos criminais, presentes em Resoluções como as de números 1999/26, de 28 julho de 1999, 2000/14, de 27 de julho de 2000, e 2002/2012, de 14 de julho de 2012. Essa última Resolução da ONU destaca que os processos restaurativos podem utilizar a Mediação, a Conciliação, a Reunião Familiar ou Comunitária (*Conferencing)* ou os Círculos Decisórios (*Sentencing Circles)*. Entre essas, a conciliação é a menos utilizada.

[882] A prática mostra que a Justiça Restaurativa pode ser aplicada, em princípio, em todas as demandas: pode alcançar, a depender do caso, os âmbitos criminal, cível, familiar, da infância e adolescência, execução penal, júri ou em quaisquer outras áreas, quando existem relações continuadas entre as pessoas entre si, entre as pessoas da comunidade e até institucionais.

[883] No Poder Judiciário, a Justiça Restaurativa pode ser aplicada em qualquer momento do conflito: tanto na fase pré-processual quanto na processual. Nesta última, desde (i) o momento pré-acusatório com encaminhamento pelo juiz ou pelo *Ministério Público* (como mostra a experiência de Portugal), (ii) no momento pós-acusação e pré-instrução após o oferecimento da denúncia, (iii) no momento da pré-sentença, encaminhado pelo juiz após o encerramento da instrução, para possibilitar a aplicação de uma pena alternativa para a reparação do dano e, finalmente, (iv) no momento pós-sentença, com encaminhamento pelo tribunal, objetivando inserir elementos restaurativos durante a fase da execução.

[884] Seguindo as recomendações da ONU mencionadas acima, países como África do Sul, Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, Colômbia, Estados Unidos, Nova Zelândia, Noruega, Portugal e Reino Unido passaram a pôr em prática os modelos restaurativos. O mesmo ocorreu no Brasil, como veremos a seguir.

2. A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL – EVOLUÇÃO

[885] Seguindo a evolução dos outros países com pequeno atraso, no Brasil, em 1999, iniciaram-se primeiros estudos e observações das práticas restaurativas, visando incorporar à prática judiciária esse importante debate e trazer os valores da Justiça Restaurativa ao cenário. O pioneirismo nesses estudos técnicos deve-se ao professor Pedro Scuro Neto, no Rio Grande do Sul.

[886] O tema passou a ser discutido nacionalmente após a criação da *Secretaria da Reforma do Judiciário*, órgão do *Ministério da Justiça*, em abril de 2003. Esse órgão firmou acordo de cooperação técnica com o *Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD*, que resultou no Programa de Modernização da Gestão do Sistema Judiciário, sendo a Justiça Restaurativa uma das áreas.

[887] Em 2004, ocorreu o início oficial da adoção da Justiça Restaurativa pelo *Ministério da Justiça*, que, através da *Secretaria da Reforma do Judiciário*, criou iniciativas pioneiras nos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, além do Distrito Federal, nas áreas da infância e juventude e com adultos nos crimes de menor potencial ofensivo.

[888] Outro importante marco foi o lançamento, em 2005, do livro *Justiça Restaurativa*, fruto da parceria *PNUD-Ministério da Justiça* (SLAKMON, DE VITTO, PINTO; 2005), que trouxe a compilação de 19 textos de 21 especialistas nas áreas, entre juízes, juristas, sociólogos, criminólogos e psicólogos do Brasil e de diversos outros países. Esse livro teve grande importância para difundir as ideias e os valores da Justiça Restaurativa.

[889] A partir daí, diversos eventos em torno do tema ocorreram, até que, em abril de 2005, foi realizado o I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa na cidade de Araçatuba (SP), quando foi aprovada a Carta de Araçatuba, que traz os Princípios de Justiça Restaurativa e a forma de implementá-la no Brasil. Na sequência, foram produzidos outros documentos, como a Carta de Brasília em 17 de junho de 2005, a Carta do Recife em 12 de abril de 2006 e a Carta de São Luís em 09 de julho de 2010.

[890] Com base nessas experiências, foi elaborada a Resolução nº 225/2016 do *Conselho Nacional de Justiça* (CNJ), que dispôs sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no Judiciário. Essa legislação atendeu à necessidade de a Justiça Restaurativa ter um normativo próprio para a sua implementação, diversa da Resolução nº 125 do CNJ, focada na conciliação e mediação.

[891] A Resolução nº 225/2016 traz a forma de estruturar o processo restaurativo destacando:

a) Os princípios que o regem;

b) As atribuições do Conselho Nacional de Justiça;

c) As atribuições dos tribunais de justiça;

d) O atendimento restaurativo em âmbito judicial;

e) O papel do facilitador restaurativo;

f) A formação e capacitação dos facilitadores em Justiça Restaurativa;

g) O monitoramento e a avaliação;

h) Disposições finais, que incluem, na prática de Justiça. Restaurativa, o foco também na mulher em situação de violência doméstica e familiar e atribuem aos tribunais de justiça e tribunais regionais federais a obrigção de apresentarem, no prazo de 180 dias a contar da data da sua publicação, um plano de implantação, difusão e expansão da Justiça Restaurativa, seguindo as diretrizes dadas.

[892] Mais recentemente, em 06 de junho de 2022, o CNJ emitiu a Resolução nº 458, que acrescentou à Resolução nº 225/2016 do CNJ o artigo 29-A para implementar formalmente a Justiça Restaurativa no contexto escolar.

[893] Diversas outras normativas também foram baixadas, como a Resolução nº 253/2018, que define a política institucional de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais, prevendo o encaminhamento dos casos à Justiça Restaurativa, bem como a Resolução nº 288/2019, que definiu a política institucional do Poder Judiciário para a promoção de aplicação de alternativas penais com enfoque restaurativo em substituição à privação da liberdade.

[894] Paralelamente, a Lei nº 9.009/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais e Cíveis e Criminais, avança não somente para a incorporação, nesses Juizados, das práticas autocompositivas de solução de conflitos, como antes falado, mas também os princípios de Justiça Restaurativa.

[895] Por fim, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) prevê que, nos crimes contra idosos, aplica-se a Lei nº 9.099/95 para os crimes cuja pena não ultrapasse quatro anos.

[896] O desembargador do *Tribunal de Justiça do Paraná*, Dr. Luiz Fernando Tomasi Keppen, em entrevista veiculada em maio de 2022 pelo programa *Link CNJ*[158], informou que atualmente todos os tribunais brasileiros têm projetos de Justiça Restaurativa, em diferentes áreas – como infância e juventude, criminal, família, violência doméstica, execução criminal etc. –, contando com o apoio de uma vasta rede nacional de Justiça Restaurativa. Inclusive o Banco Nacional de Precedentes foi criado pelo CNJ para acompanhar os resultados da aplicação da Justiça Restaurativa, recebendo o compromisso de todos os tribunais superiores – STF, STJ, STM, STE e STT – de manterem atualizado esse Banco de Dados que permitirá pesquisas mais aprofundadas.

[897] Por outro lado, o documento de Relatoria do Comitê Gestor da Justiça Restaurativa do *Conselho Nacional de Justiça* sobre a implementação da Resolução nº 225/CNJ traz uma completa avaliação do estágio de implementação da citada Resolução no âmbito do Poder Judiciário, mostrando que a estrutura de funcionamento da Justiça Restaurativa vem se disseminando, embora ainda não com a velocidade

158 Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=zhytXGe0lak&list=PLIJgviu9EmVJXYcqwLhRbFDiRn0TDZbGR&index=25. Acesso em 19 out. 2022.

pretendida (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019). Destacamos aqui duas das conclusões que o Relatório descreve, que consideramos fundamentais para dar velocidade à citada implementação:

> (i) A necessidade de aprofundamento e continuidade da formação e do aperfeiçoamento em Justiça Restaurativa de todos os operadores do Direito e de todos que estão envolvidos com a prática, como mediadores restaurativos e pessoas da comunidade que fazem parte das redes de apoio às práticas de Justiça Restaurativa; e
>
> (ii) A necessidade de contar com os recursos financeiros adequados para essa implementação, embora a própria resolução do CNJ já aponte algumas possibilidades referentes à destinação de recursos, como no caso do TJSP, em que o Provimento CGJ nº 35/2017 permite a alocação de verbas provenientes das penas pecuniárias para projetos de Justiça Restaurativa.

3. TRÊS EXPERIÊNCIAS DE IMPLANTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

[898] Três experiências emblemáticas de utilização dos princípios e métodos da Justiça Restaurativa no Brasil, apresentadas a seguir com base no livro *Práticas Restaurativas – um novo olhar para o conflito e a convivência* (GRECCO, 2019), mostram quão diversificada pode ser a sua prática.

3.1.CASO SÃO JOSÉ DOS CAMPOS: PROJETO AGENTES DE MUDANÇA E FACILITADORES DE PRÁTICAS RESTAURATIVAS

[899] Esse projeto iniciou-se em 2010 sob a coordenação da *Secretaria Municipal de Educação* de São José dos Campos (SP), buscando ser uma opção para resolver os conflitos escolares. Durante os quatro anos seguintes, foram implantadas práticas de Justiça Restaurativa nas 46 escolas de Ensino Fundamental e Médio do município.

[900] A *Secretaria Municipal de Educação* foi contatada pela Vara de Infância e Juventude daquela comarca com o objetivo de desenvolver um projeto voltado ao enfrentamento de conflitos nas escolas, prevenindo violências e ampliando a possibilidade de trabalhar a capacidade dos educandos e de toda a comunidade escolar para resolver autonomamente os seus conflitos e fazer uso adequado da escuta e do diálogo.

[901] Essa proposta foi ao encontro da demanda da *Secretaria de Educação*, que vivia na ocasião uma enorme preocupação com a violência nas escolas, o que resultava em um contexto de desmotivação dos educadores e de descompromisso dos alunos com a própria educação.

[902] O processo de implantação começou com um programa de capacitação de todos os integrantes – professores, alunos, pais, funcionários – e inclusão da Rede de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, coordenada por duas ONGs:

Centro de Criação de Imagem Popular – CECIP e a equipe de Justiça em Círculo do *Mediativa Instituto de Mediação Transformativa*, com a duração de dois anos.

[903] Nos três primeiros anos, 30 escolas foram capacitadas. Na sequência, criou-se o Núcleo de Educação para a Paz, quando a Secretaria Municipal de Educação de São José dos Campos assumiu integralmente a continuidade do Projeto, quando ainda havia 16 escolas para concluir a implementação. Foi então concluída a capacitação de todas as escolas do Ensino Fundamental do Município, convertendo os participantes em agentes de mudança e facilitadores de práticas restaurativas, com destaque em três eixos de trabalho (GRECCO, 2019, p. 75):

> a) Investimentos em ações que fortalecessem as relações de convivência segura, como autonomia, pertencimento, participação, inclusão;
>
> b) Investimentos em processos circulares restaurativos voltados para a solução dos conflitos; e
>
> c) Investimentos em Círculos de Paz, com diferentes objetivos e não necessariamente para a solução de conflitos (por exemplo, celebração, tomada de decisões coletiva, apoio etc.), com visão mais preventiva.

[904] Ao todo, foram sete anos de capacitação na rede municipal de ensino, obtendo-se a incorporação e a continuidade das práticas restaurativas desde o Ensino Infantil até a Educação de Jovens e Adultos, para as quais foi fundamental a postura restaurativa de sempre "fazer junto" com as escolas.

[905] Nesses anos, houve uma disseminação consistente nas escolas que incorporaram às suas práticas diversos círculos de trabalho (GRECCO, 2019, p. 91):

> a) Círculo de Acolhimento – recepção dos alunos e acolhimento das emoções;
>
> b) Círculos de Celebração – datas comemorativas, final de ano etc.;
>
> c) Círculos de Conversas – nas salas de aula com pais, alunos, funcionários etc.;
>
> d) Círculos de Equipe – realização de horário de Trabalho Coletivo, Conselho de classes, Pré-Conselho;
>
> e) Círculos de Atividades Pedagógicas – Diversas.

[906] Pode ser citado como resultado importante a mudança de comportamento dos educadores, que, hoje, conseguem escutar os alunos sem julgamento, gerando um impacto muito positivo na abordagem dos conflitos.

[907] Houve também uma redução acentuada dos encaminhamentos dos alunos em situação de conflito para atendimento fora da escola e maior resolução desses conflitos dentro das escolas, seja entre alunos ou entre alunos e professores.

[908] Hoje, em São José dos Campos, já não se usa a nomenclatura de Justiça Restaurativa, mais afeita à Justiça, e sim Cultura de Paz, com enfoque na convivência, e que está muito mais em conformidade com o trabalho das escolas.

3.2. UMA PRÁTICA RESTAURATIVA COMUNITÁRIA – EXEMPLO DE SÃO CAETANO SUL

[909] Uma experiência muito rica de aplicação da Justiça Restaurativa, iniciada em 2005, ocorreu no município de São Caetano do Sul, na Região Metropolitana de São Paulo.

[910] Foi um trabalho conjunto da Justiça paulista e da *Promotoria da Infância e Juventude*, em que esta deveria selecionar e encaminhar os casos para o Círculo Restaurativo, fiscalizar os termos de acordo e o seu cumprimento e aplicar eventual medida socioeducativa.

[911] A primeira experiência foi realizada nas escolas que eram responsáveis por grande parte dos boletins de ocorrência recebidos pelo Fórum. Em 2006, teve início o Projeto de Justiça Restaurativa em âmbito comunitário e em 2007 foi formatado o Projeto Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: Parceria pela Cidadania, que teve duração de mais de 10 anos, utilizando o método de Círculos Restaurativos.

[912] Foram capacitadas cerca de 30 lideranças comunitárias, entre representantes de ONGs, da terceira idade, grupos de minorias e líderes religiosos, que passaram a atuar na cidade como facilitadores das práticas restaurativas comunitárias.

[913] Essa capacitação durou seis meses, sendo desenvolvida por meio de atividades informativas, autorreflexivas e vivenciais, em cinco encontros de oito horas cada. Posteriormente, os participantes passaram por uma supervisão de prática, com dez oficinas quinzenais, cada uma com três horas de duração.

[914] O conteúdo programático englobou o desenvolvimento de habilidades conversacionais, violência doméstica e de vizinhança, conceito de justiça como valor, conceito e diferenças entre a Justiça Retributiva e a Justiça Restaurativa e a metodologia de Comunicação Não Violenta.

[915] Um resultado importante dessa capacitação foi a construção conjunta dos conhecimentos por todos, criando-se padrões homogêneos de compreensão do tema.

[916] Posteriormente, objetivando agregar uma dimensão de governança local, foi utilizada uma metodologia ainda inédita no Brasil, denominada *Zwelethemba*, que foi trazida da África do Sul, para a capacitação dos facilitadores comunitários de Justiça Restaurativa, por iniciativa do *Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)*.

[917] O projeto em São Caetano do Sul teve como resultados mais relevantes:

a) O aumento da participação das escolas no processo restaurativo, que começou com três escolas e depois foi estendido a todas as 12 escolas estaduais;

b) A realização de 260 Círculos;

c) O atingimento de um índice de 88,64% de acordos;

d) O cumprimento de 96,56% dos acordos mencionados no item c) acima;

e) A participação de 1.022 pessoas nos Círculos Restaurativos (PEDROSO; DAOU, 2014, p. 168-173).

[918] Deve ser destacado que essa experiência de São Caetano do Sul foi utilizada por inúmeros outros municípios, inclusive de outros Estados da Federação.

3.3. UMA PRÁTICA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM UMA EMPRESA PRIVADA

[919] Este exemplo envolve o processo de implantação, em uma grande empresa do setor financeiro, de práticas de Justiça Restaurativa para o atendimento de demandas da ouvidoria interna da empresa. Essa decisão foi motivada pelos inúmeros conflitos que vinham ocorrendo entre os funcionários, ameaçando o desempenho da empresa com a fragmentação de seus valores. Em geral, esses conflitos eram levados ao conhecimento da ouvidoria interna e os responsáveis vinham atuando dentro de uma formatação tradicional de resolução de conflitos.

[920] Depois do recebimento da reclamação ou denúncia, era prometido ao funcionário que tudo seria verificado, iniciando-se uma investigação detalhada. Via de regra, reclamante e reclamado eram ouvidos separadamente e, algumas vezes, outros funcionários envolvidos indiretamente no processo eram consultados.

[921] Todo o processo era feito com total confidencialidade, sempre na busca de quem de fato era o culpado. Apurado o fato, as correções ou melhorias – que iam desde treinamento, advertências, transferências e até demissões – eram aplicadas.

[922] Entretanto, apesar do comportamento altamente ético da empresa, os funcionários continuavam insatisfeitos, pois, mesmo que as providências tivessem sido tomadas, ficava a impressão de que não tinham sido atendidos, pois não participavam da solução nem tinham acesso aos resultados do processo.

[923] Diante desse quadro, a empresa considerou necessária uma intervenção mais incisiva, com a mudança de paradigmas na solução de problemas. O caminho foi a escolha de uma metodologia que integrou os princípios da Mediação de Conflitos e das Práticas Restaurativas.

[924] Após um alinhamento de compreensão dos dois processos, a empresa decidiu preparar a equipe da ouvidoria interna – ao todo 11 profissionais – e alguns da equipe de Gestão de Pessoas, totalizando 14 profissionais, para atuarem como mediadores. A

partir dessa capacitação, elaborou-se um modelo de tratamento do conflito, que recebeu o nome de Mediação Restaurativa, com três momentos (GRECCO, 2019, p. 224-235):

> a) Construção da adesão: a partir de conversas explicativas com o demandante e o demandado.
>
> b) Encontro da Mediação Restaurativa: obtida a anuência dos dois, cria-se um espaço para uma conversa estruturada entre eles, facilitada pelo mediador restaurativo.
>
> c) Monitoramento dos entendimentos: se há um acordo, agenda-se um novo encontro para 30 dias depois, com o objetivo de verificar a eficácia do entendimento e, eventualmente, combinar outras ações.

[925] Os resultados práticos do processo foram relevantes. O envolvimento das pessoas foi tão grande que as práticas restaurativas passaram a ser responsáveis por momentos importantes de reflexão e discussão, e as equipes se tornaram mais motivadas e realimentaram o processo de disseminação.

[926] Além disso, esses procedimentos passaram a ser usados pelos gerentes para resolver conflitos internos da equipe, antes mesmo que eles fossem dirigidos à ouvidoria. Essa prática simulada trouxe efetivos resultados ao processo nessa empresa, bem como uma confiança maior nos seus procedimentos.

4. ALGUMAS DECISÕES SOBRE JUSTIÇA RESTAURATIVA NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

[927] Pesquisa realizada nos Tribunais de Justiça estaduais mostrou que ainda são poucas as decisões e sentenças publicadas referentes à aplicação da Justiça Restaurativa, situação certamente decorrente:

> a) do estágio ainda não disseminado dessa prática no Judiciário, apesar dos mandamentos da Resolução nº 255/2016 do CNJ, que instituiu de modo bastante detalhado a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e que vem sendo aplicada em diversas varas;
>
> b) do desconhecimento e muitas vezes descrédito ainda existente dessa prática entre os operadores de justiça, comunidade e partes envolvidas;
>
> c) da necessidade de disseminação do aprendizado e da prática da Justiça Restaurativa para todos os envolvidos na sua implementação; e
>
> d) da falta de recursos financeiros para a implementação completa da Resolução.

[928] Ainda assim, destaco três casos no decorrer do corrente ano e de anos anteriores que envolvem a implementação dos princípios da Justiça Restaurativa, muito

embora carecendo, certamente pelas razões acima expostas, das formalidades definidas na respectiva legislação.

[929] O mais comum é a modificação da sentença de internação por prisão domiciliar ou a aplicação de outras medidas socioeducativas, como previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente ou no Juizado de Pequenas Causas:

> 1) APELAÇÃO CRIMINAL. EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES. POSSE. IMÓVEL. CONFLITOS FAMILIARES. JUSTIÇA RESTAURATIVA. JULGAMENTO SUSPENSO. 1. Recurso próprio, regular e tempestivo. 2. Apelação Criminal interposta contra a sentença que julgou procedente a pretensão punitiva para condenar os querelados pela prática do crime de exercício arbitrário das próprias razões, previsto no artigo 345 do Código Penal, uma vez que impediram a entrada das querelantes em imóvel que ocupavam com anuência dos querelados. 3. Os fatos criminosos em apuração advieram de conflitos familiares e envolvem a disputa pela posse de imóvel onde residiam as partes, o que lhes trouxe diversos prejuízos emocionais. 4. O Programa Justiça Restaurativa do TJDF reúne pessoas envolvidas e afetadas por um fato delituoso para dialogarem sobre as suas causas e consequências, buscando a reparação de prejuízos emocionais, morais e materiais. 5. A situação fática vivenciada pelas partes configura hipótese de atuação da Justiça Restaurativa, visando à efetiva resolução do conflito. 6. JULGAMENTO SUSPENSO. Partes encaminhadas para participação nos encontros e procedimentos restaurativos, que serão realizados pelo Centro Judiciário de Justiça Restaurativa do Gama e de Santa Maria – CEJURES-GAM-SMA[159]. (grifo nosso)

> 2) CORREIÇÃO PARCIAL. DECISÃO QUE DETERMINA A REMESSA DOS AUTOS, DE OFÍCIO, AO CEJUSC, PARA APLICAÇÃO DE METODOLOGIAS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA. INEXISTÊNCIA DE ERROR IN PROCEDENDO OU ERROR IN JUDICANDO. MEDIDA AUTORIZADA PELA RESOLUÇÃO Nº 225 DO CNJ. DECISÃO MANTIDA. O Juízo a quo, ao receber a exordial acusatória, determinou a remessa do feito ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, notadamente para tentativa de resolução da quaestio pela via restaurativa. Inexiste erro ou abuso na decisão judicial, que não importou na inversão tumultuária de atos e fórmulas legais, tampouco na paralisação injustificada do feito. Isso porque a Resolução nº 225 do Conselho Nacional de Justiça evidencia que o magistrado, em qualquer fase de tramitação do procedimento ou processo judicial, poderá remeter, de ofício, os autos para atendimento restaurativo judicial. In casu, a solução dada pelo juízo coaduna-se com projeto aprovado pelo Conselho da Magistratura, que visa à implementação do método alternativo no âmbito do primeiro grau de jurisdição, inclusive no ramo do Direito Penal. Ademais, a natureza do fato denunciado constitui matéria propícia ao implemento da Justiça Restaurativa, especialmente considerando a criança supostamente vítima do abandono material, a quem se deve garantir proteção integral, zelando pelo adequado desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. Portanto, inexistente error in procedendo ou error in judicando, impende julgar improcedente, de plano, a presente medida correicional. CORREIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. DECISÃO MONOCRÁTICA. (Correição Parcial Nº

159 TJ-DF 20161010076874 DF 0007687-70.2016.8.07.0010, Relator: FABRÍCIO FONTOURA BEZERRA, Data de Julgamento: 07/12/2017, 1ª TURMA RECURSAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 09/02/2018. Pág.: 385/390.

70076790682, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 17/04/2018)[160].

3) CORREIÇÃO PARCIAL. ENCAMINHAMENTO DO FEITO, PELO JUÍZO A QUO, DE OFÍCIO, AO CEJUSC, PARA TENTATIVA DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO ATRAVÉS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA. ART. 7º DA RESOLUÇÃO Nº 225/2016 DO CNJ. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO. (grifo nosso) A medida adotada pelo ilustre magistrado da origem encontra amparo expresso no artigo 7º da Resolução nº 225/2016 do CNJ, não havendo qualquer violação ao sistema acusatório ou à condição do Ministério Público de titular da ação penal, porquanto eventual solução do litígio será levada à consideração das partes, antes da homologação. Assim, não ocorrendo erros ou abusos, que importem em inversão tumultuária de atos processuais, por parte da titular da 1ª Vara Criminal do Foro Regional do Partenon da Comarca de Porto Alegre, que justifiquem a presente Correição Parcial, deve ser desacolhido o pedido. CORREIÇÃO PARCIAL JULGADA IMPROCEDENTE. (Correição Parcial Nº 70076789809, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 28/03/2018)[161].

5. CONCLUSÕES

[930] As experiências de aplicação da Justiça Restaurativa, tanto no exterior como no Brasil, revelam que a sua utilização é viável em diferentes campos de atuação e em variados tipos de situações.

[931] No entanto, persiste, ainda, um certo ceticismo quanto à sua eficácia, especialmente no que se refere à comparação entre a via voluntária de discussão e responsabilização do ofensor, da vítima e da comunidade e a penalização pelo Estado, presente na Justiça Retributiva.

[932] Tal postura leva à construção do pensamento de que a Justiça Restaurativa apenas pode ser aplicada com êxito em crimes de bagatela, de menor poder ofensivo, reduzindo previamente o seu potencial de aplicabilidade, embora se tenha chegado a algumas decisões mais avançadas em países como Áustria e Alemanha, onde casos admitidos para o encaminhamento para a Justiça Restaurativa são de média e média-alta gravidade.

[933] Com base nessa situação, é fundamental a reflexão sobre o real alcance da Justiça Restaurativa, a possibilidade de ampliação do seu uso e a sua conexão com a Justiça Retributiva.

[934] Sobre esse ponto de vista, as discussões levam a um caminho do meio em diversos pontos.

160 TJ-RS – COR: 70076790682 RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Data de Julgamento: 17/04/2018, Sexta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/04/2018. (sim)

161 TJ-RS – COR: 70076789809 RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Data de Julgamento: 28/03/2018, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/04/2018.

[935] Diante da dicotomia entre a visão maximalista (inserção da Justiça Restaurativa na Justiça Retributiva), buscando a transformação do sistema punitivo e aceitando, portanto, que a reparação da vítima seja imposta ao ofensor, com foco nos resultados (*outcome-focused model*), e a minimalista, conhecida como o sistema "puro", pois inclui todos os princípios da Justiça Restaurativa, o razoável seria uma complementação funcional entre as Justiças Restaurativa e Retributiva. Tal complementação uniria essas duas visões, com a preocupação de manter o princípio da voluntariedade de adesão, constituindo-se em uma fronteira móvel e regulada, flexível às necessidades de cada caso, mantendo uma autonomia condicional em face do sistema judiciário. Por outro lado, será necessário ter cuidado com a possibilidade de a Justiça Restaurativa incorrer em *bis in idem* e "punir" o ofensor mais de uma vez.

[936] Sobre a não positivação da Justiça Restaurativa no Direito, nossa opinião é de que melhor seria que o processo continuasse mais flexível, como é hoje, e se buscassem formas mais concretas de avaliação e acompanhamento da aplicação da Justiça Restaurativa no Judiciário, como já previsto na Resolução nº 225/2016 do CNJ. É preciso recordar que os países que optaram por incluir a Justiça Restaurativa em suas legislações apenas o fizeram após anos de experiência, sendo o seu Direito baseado na *Common Law* – diferentemente do Brasil, cujo Direito é baseado na *Civil Law*. Por outro lado, vale citar que, no Brasil, mesmo com as experiências exitosas de aplicação da Justiça Restaurativa citadas, ainda não há consenso para a sua adoção no Direito Positivo, uma vez que aqui ainda vigora o princípio da indisponibilidade da ação penal pública.

[937] Assim, como sugestões, apresentamos algumas ideias:

> a) Que o Poder Judiciário possa emitir normas sintéticas com foco nos resultados que se busca alcançar com a Justiça Restaurativa, possibilitando acompanhamento e avaliação mais simplificados. Poder-se-ia, por exemplo, destacar como objetivos o alcance da responsabilização do ofensor, o cuidado com a vítima, o reatamento das relações e a busca da não reincidência, deixando os processos e a aferição com maior liberdade para a determinação pelo juiz responsável. Ressalve-se, entretanto, que deverá ser uma prioridade o cuidado na formação de todos os operadores do Direito, mediadores restaurativos e pessoas da comunidade envolvidos na implantação da Justiça Restaurativa.
>
> b) Sobre a questão de definir caminhos para incrementar a aplicação da Justiça Restaurativa, através de normativos específicos, sugere-se que:
>
> i. Haja maior aplicação da Justiça Restaurativa no processo penal, particularmente nos grandes centros urbanos, que pode resultar bastante reparadora, dado que o afastamento das pessoas que vivem nessas áreas estimula o surgimento e agravamento de tensões sociais;
>
> ii. A Justiça Restaurativa seja aplicada como política pública, nas escolas públicas até o segundo grau, onde a prática tem mostrado que a sua adoção nos casos de conflitos juvenis é bastante positiva, além de contribuir para se forjar uma mudança de mentalidade sobre o

conflito, nas fases de maior socialização das pessoas. Chama-se a atenção para o fato de que a Resolução nº 458/2022 do CNJ trata especificamente de fomentar programas, projetos e ações de Justiça Restaurativa no contexto escolar;

iii. Outro campo fértil parece ser o dos conflitos organizacionais, das empresas. Além de resolver tais conflitos, estar-se-ia atuando na consolidação de uma forma eficiente no seu trato. Ajudaria também na consolidação dos valores da companhia, aumentando a produtividade e a permanência dos profissionais de maneira muito consistente e garantindo a longevidade, particularmente nas pequenas e médias empresas.

c) A Justiça Restaurativa pode ser usada em uma situação de "vizinhanças problemáticas", bairros ou regiões particularmente conflitivos nos quais a presença do Estado é muito ineficiente, como ocorreu no Programa Community Youth Conference implementado na Austrália a partir do modelo Wagga de Justiça. Podemos citar aqui, por similitude, as guerras entre grupos que controlam o tráfico de drogas em determinadas regiões de grandes metrópoles, como é o caso do Rio de Janeiro, que trazem enorme apreensão e instabilidade a comunidades que, quase sempre, têm menor assistência do Estado.

d) No exterior, há situações de grandes conflagrações ligadas a conflitos étnicos, como os ocorridos na África do Sul, onde foi utilizado com sucesso o conceito de Justiça Restaurativa, porque a resposta punitiva apenas iria escalar a espiral de violência criada. Situações análogas podemos encontrar em grandes greves, a exemplo dos movimentos dos caminhoneiros no Brasil em 2021. Por certo, a Mediação Restaurativa entre todos os envolvidos poderia resultar em soluções mais abrangentes e definitivas.

[938] Finalmente, é relevante destacar que, como diz Howard Zehr (2015), a sociedade tem que estar atenta para não perder a essência dos princípios da Justiça Restaurativa pela criação de programas pouco consequentes, no afã de disseminá-la rapidamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível on-line: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm (acesso em: 14 ago. 2022).

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível on-line: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.html (acesso em: 01 ago. 2022).

BRASIL. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso). Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Disponível on-line: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.html (acesso em: 11 out. 2022).

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça (org.). Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal, Brasília, Secretaria Nacional de Justiça, 2009. Disponível on-line: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf (acesso em 13. set. 2022).

CARDOSO NETO, V. Justiça Restaurativa no Brasil: potencialidades e impasses. Rio de Janeiro, Revan, 2018.

CARTA de Araçatuba. Princípios de Justiça Restaurativa. I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, 28, 29 e 30 de abril de 2005. Disponível on-line: https://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/CartaAracatuba.pdf (acesso em 09 set. 2022).

CARTA de Brasília. Princípios e Valores da Justiça Restaurativa, Conferência Internacional de 14 a 17 de julho de 2005. Disponível on-line: https://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/CartaBrasilia.pdf (acesso em 09 set. 2022).

CARTA de São Luís. Sobre Justiça Juvenil Restaurativa. Disponível on-line: https://www.calameo.com/books/000788872c46cd5660947 (acesso em 09 set. 2022).

CARTA do Recife. II Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa. Disponível on-line: https://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/CartaRecife.pdf (acesso em 09 set. 2022).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Mapeamento dos programas de justiça restaurativa, Brasília, CNJ, 2019. Disponível on-line: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974bfb8803a8697f3.pdf (acesso em: 29 set. 2022).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível on-line: http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289 (acesso em: 20 set. 2022).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 253, de 04 de setembro de 2018. Define a política institucional do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais. Disponível on-line: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2668 (acesso em: 20 set. 2022).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 288, de 25 de junho de 2019. Define a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade. Disponível on-line: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2957 (acesso em: 20 set. 2022).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 458, de 06 de maio de 2022. Acrescenta o artigo 29-A à Resolução CNJ no 225/2016, a qual dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível on-line: https://atos.cnj.jus.br/files/original1254312022060862a09c078c516.pdf (acesso em: 30 set. 2022).

DIAS, D. B. e MARTINS, F. A. "Justiça restaurativa: os modelos e as práticas", 19 jul. 2011, *Jus Navigandi*, n. 2939. Disponível on-line: https://jus.com.br/artigos/19582 (acesso em: 11 set. 2022).

EGLASH, A. "Beyond Restitution: Creative Restitution", em HUDSON, J. e GALLOWAY, B. (eds.), Restitution in criminal justice, Toronto, Lexington Books, 1977, pp. 91-129.

GRECCO, A. (org.). Práticas Restaurativas – um novo olhar para o conflito e a convivência, São Paulo, Sattva, 2019.

GRECCO, A. *et al*. Justiça Restaurativa em Ação – Práticas e reflexões, São Paulo, Dash, 2014.

MELO, E. R.; EDNIR, M. e YAZBEK, V. C. Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: Aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania, São Paulo, Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008. Disponível on-line: https://www.tjsp.jus.br/download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf (acesso em: 15 jul.2022).

ONU. Conselho Econômico e Social. Resolução 2000/14, de 27 de julho de 2000. Regulamenta os princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Disponível on-line: https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime_Resolutions/2000-2009/2000/ECOSOC/Resolution_2000-14.pdf (acesso em: 13 set. 2022).

ONU. Conselho Econômico e Social. Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2002. Regulamenta os princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Disponível on-line: http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf (acesso em: 13 set. 2022).

PALLAMOLLA, R. da P. Justiça Restaurativa: da Teoria à Prática, IBCCRIM, Monografia 52, 1982.

PEDROSO, H. H. e DAOU, V. "Metodologia Zwelethemba e sua Aplicabilidade na Comunidade de São Caetano do Sul-São Paulo-Brasil", em GRECCO, A. *et al*., Justiça Restaurativa em Ação, São Paulo, Dash, 2014, pp. 168-173.

PENIDO, E. de A. e MUMME, M. M. R. "Justiça Restaurativa e suas dimensões empoderadoras", agosto de 2014, Revista do Advogado, Ano XXXIV, n. 123.

SALMASO, M. N. “A Justiça Restaurativa e sua Relação com a Mediação e a Conciliação: trilhas fraternas e identidades próprias”, em LAGRASTA, V. F. e ÁVILA, H. de A., Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses – 10 Anos da Resolução CNJ nº 125/2010, São Paulo, Instituto Paulista de Magistrados (IPAM), 2020, pp. 389-408.

SANTOS, M. L. dos e GOMIDE, P. I. da C. Justiça Restaurativa na Escola – Aplicação e Avaliação do Programa, Curitiba, Juruá, 2014.

SCURO, P. “Justiça nas escolas: função das câmaras restaurativas”, em BRANCHER, L. N.; RODRIGUES, M. M. e VIEI, A. G. (orgs.), O Direito é aprender, Brasília, Fundescola/MEC/Banco Mundial, 1999, v. 1, pp. 47-58.

SICA, L. “Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa”. *De Jure*: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, jan./jun. 2009, n. 12, p. 411-447. Disponível on-line: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28064 (acesso em 10 set. 2022).

SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. G. (orgs.). Justiça Restaurativa. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. Disponível on-line:https://acrobat.adobe.com/link/review?uri=urn:aaid:scds:US:1b4c86b4-5070-3f61-9d95-ffe3c6e1accf (acesso em: 07 ago. 2022).

TRIBUNAL de Justiça do Paraná. Manual de Justiça Restaurativa. Disponível on-line: https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/7836487/Manual+JR+-+NUPEMEC+TJPR.pdf/2dee4c67-fc1a-40ae-a896-9b86a7d631a1 (acesso em: 01 set. 2022).

ZEHR, H. Justiça Restaurativa, Série Da Reflexão à Ação, São Paulo, Palas Athena, 2015.

ZEHR, H. Trocando as lentes: um novo foco sobre crime e justiça, São Paulo, Palas Athena, 2008.

MEDIAÇÃO COMO AMPLIAÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA. A MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

José Celso MARTINS[162]

162 José Celso Martins, lawyer, master in political and economic law, pedagogue, president of TASP - São Paulo Mediation and Arbitration Center. arbitral@uol.com.br

RÉSUMÉ

Cet article vise à démontrer que la médiation peut être considérée, comme une procédure, comme un instrument de pacification des conflits qui élargit l'accès à la justice, en prenant notamment comme référence la législation brésilienne. L'élargissement de l'accès à la justice est un défi pour la société moderne qui cherche, avec la création de nouvelles procédures - la législation - et de nouveaux organismes publics et privés, à ouvrir d'autres possibilités pour promouvoir la pacification des conflits sociaux. La médiation en tant que solution auto-composée est une procédure qui guide la société dans la recherche d'une culture pacifique de résolution des différends. Le système capitaliste, dans son développement en tant que système, génère plusieurs relations juridiques, parmi lesquelles nous soulignons les relations de travail et les relations de consommation. Pour ces relations juridiques, la législation a déjà identifié la médiation comme un modèle efficace pour résoudre les différends. Les techniques de médiation peuvent être appliquées par des professionnels issus d'horizons les plus divers, ce qui facilite leur utilisation et leur accès. Pour le développement pratique de la médiation dans la société contemporaine, l'analyse suivante est nécessaire du point de vue de la communauté dans laquelle elle sera utilisée : la contextualisation historique et idéologique, les conflits sociaux les plus courants, la manière dont se développent les relations de travail et de consommation. L'établissement des concepts de médiation et d'accès à la justice, combiné à une brève recherche sur les différentes possibilités de recours à la médiation par les institutions publiques et privées conformément à la législation brésilienne, peut permettre de comprendre que la résolution des conflits par la médiation ne se limite pas à l'intervention de l'État dans la résolution des conflits. conflits par des méthodes hétérocompositionnelles et peuvent être améliorés, développés et élargis par la société civile organisée, par le biais d'institutions créées à cet effet spécifique ou par d'autres qui fonctionnent dans un format associatif comme les églises, les clubs, les écoles, les bibliothèques et autres.

MOTS-CLÉS

Conflits sociaux; Médiation; Accès à la justice; Moyens adéquats pour résoudre les conflits

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar que a mediação pode ser considerada, enquanto procedimento, instrumento de pacificação de conflitos que amplia o acesso à justiça, especialmente tendo-se como referência a legislação brasileira. A ampliação do acesso à justiça é desafio para a sociedade moderna que busca, com a criação de novos procedimentos – legislações - e de novos órgãos públicos e privados, permitir outras possibilidades de promover a pacificação de conflitos sociais. A mediação como solução autocompositiva é procedimento que orienta a sociedade na busca de uma cultura pacífica para solução de controvérsias. O sistema capitalista, no seu desenvolvimento enquanto sistema, gera diversas relações jurídicas dentre as quais destacamos as relações de trabalho e as relações de consumo. Para estas relações jurídicas, a legislação já tem apontado a mediação como modelo eficiente para a

solução de controvérsias. As técnicas de mediação podem ser aplicadas por profissionais das mais diversas formações, o que facilita sua utilização e acesso. Para o desenvolvimento prático da mediação na sociedade contemporânea, faz-se necessária a seguinte análise na perspectiva da comunidade em que será utilizada: contextualização histórica e ideológica, conflitos sociais mais comuns, como se desenvolvem as relações de trabalho e de consumo. O estabelecimento de conceitos de mediação e de acesso à justiça, agregado a breve pesquisa sobre as diversas possibilidades de utilização da mediação por instituições públicas e privadas de acordo com a legislação brasileira, pode proporcionar o entendimento de que a solução de conflitos pela mediação não fica restrita à intervenção do Estado na solução de conflitos por métodos heterocompositivos e pode ser melhorada, desenvolvida e ampliada pela sociedade civil organizada, através de instituições criadas com esse fim específico ou por outras que atuem no formato associativo como igrejas, clubes, escolas, bibliotecas e outros.

PALAVRAS-CHAVE

Conflitos sociais; Mediação; Acesso à justiça; Meios adequados de solução de conflitos

INTRODUÇÃO

[939] A mediação como instrumento de pacificação social é um sistema adaptável às transformações sociais e sua utilização dentro das técnicas e normas já conhecidas amplia o acesso à justiça. Seu desenvolvimento deve ocorrer por meio de políticas públicas e de ações organizadas pelas diversas instituições privadas voltadas para as ações sociais dentro de cada sociedade, contextualizada pelas suas condições ideológicas, sociais e econômicas.

[940] Nossa proposta é demonstrar que a mediação como meio de pacificação de conflitos é instrumento capaz de ampliar o constitucional direito de acesso à justiça e da duração razoável do processo. De acordo com a Constituição Brasileira, Artigo 5º, Inciso LXXVIII: "*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*"

[941] No Brasil, a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ – promulgada em 29/11/2010, estabeleceu novos parâmetros para a solução de conflitos ampliando os procedimentos já existentes dentro do Poder Judiciário. Nesse contexto, a mediação passou a ser uma nova via de acesso à justiça colocada à disposição da sociedade brasileira, inclusive como procedimento adotado pelo Poder Judiciário por meio de CEJUSCs - Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, classificados como unidades judiciárias, que visam a pacificação de conflitos pela via autocompositiva.

[942] A essa Resolução se seguiram outras legislações para desenvolvimento da mediação no Brasil, dentre as quais destacamos a Lei 13.105/15 – Código de Processo Civil - e a Lei 13.140/15 - Lei de Mediação.

[943] Para o desenvolvimento da mediação em qualquer Estado, deve ser analisado o contexto histórico, social, econômico e ideológico em que será implementado o sistema. Iremos apresentar algumas experiências desenvolvidas no Brasil nos últimos anos. Esses exemplos acontecem na rede pública e privada. Na área privada, apontamos que muitas escolas têm aplicado a mediação escolar, além de grandes empresas como as redes E-Bay e Mercado livre. As câmaras de mediação e arbitragem privadas também têm apresentado níveis consideráveis de sucesso nas mediações, quando utilizam a mediação isoladamente ou como primeira fase de um procedimento arbitral. Na rede pública, temos instituições como os CEJUSCs ou a plataforma eletrônica "Consumidor.gov.br", promovida pela SENACON–a Secretaria Nacional do Consumidor, no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, que oferece ambiente para negociação on-line, no qual consumidor e fornecedor se comunicam com o propósito de solucionar um conflito. Quando não é possível a solução direta, um mediador é designado para auxiliar os envolvidos e os índices positivos são consideráveis.

[944] Portanto, o objetivo desse trabalho é apresentar a utilização da mediação como meio de acesso à justiça, uma vez que permite à sociedade resolver suas pendências de forma juridicamente definitiva e segura. Essa utilização pode ocorrer com a

intervenção direta do Estado ou de forma extrajudicial dentro de uma sociedade civil organizada.

1. JUSTIFICATIVA

[945] Antes de pensarmos na mediação como meio de pacificação de conflitos, torna-se fundamental conhecermos em que contexto social e econômico ela será aplicada, visto que, de acordo com o modelo econômico – capitalismo ou outro - e a condição de distribuição de riqueza da sociedade, poderemos ter a origem e motivação para os conflitos com características diferentes e, portanto, diferentes necessidades na busca de sua solução.

[946] A maior parte dos conflitos sociais decorrem da forma de distribuição da riqueza, especialmente na sociedade capitalista, cuja dinâmica impõe diferentes possibilidades de acesso aos bens e serviços produzidos dentro dessa mesma sociedade.

[947] A ideologia capitalista impõe a felicidade pelo consumo e pela propriedade privada, porém, para validar e manter esse modelo, torna precário e inviabiliza o acesso àquilo que essa mesma ideologia indica como o único caminho a ser seguido: o consumo e o trabalho. Assim, a precariedade criada pelo próprio sistema faz gerar uma série de conflitos, especialmente aqueles de natureza civil, trabalhista e consumerista.

[948] A pacificação de conflitos passa por uma mudança de cultura que implica na quebra de paradigmas e mudanças do sistema heterocompositivo, que hoje se tem como regra no Brasil, para o sistema autocompositivo.

[949] Para a mediação**,** como sistema autocompositivo, não há limites burocráticos ou legais para a sua aplicação e sempre haverá, como técnica, a escuta ativa e a empatia como fontes de aproximação do mediador àquele que necessita da solução de um conflito.

[950] O direito de acesso à justiça não deve se limitar ao direito de acesso ao Poder Judiciário estatal a fim de se obter soluções heterocompositivas. A autocomposição também deve estar no escopo jurisdicional do Estado. Nesse contexto, a mediação pode ser utilizada como procedimento organizado pelo Estado na busca do desfazimento do conflito e da pacificação social.

> Pesquisa realizada no Brasil demonstra que para cada grupo de mil habitantes, aproximadamente 127 pessoas ingressaram com uma ação judicial no ano de 2022, portanto houve um aumento em 7,4% no número de casos novos em 2022, em relação a 2021. Nesse indicador, são computados somente os processos de conhecimento e de execução de títulos executivos extrajudiciais, excluindo, portanto, da base de cálculo, as execuções judiciais diretamente iniciadas[163].

163 <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>, pg 102.

[951] O Poder Judiciário brasileiro sempre tratou a pacificação de conflitos por meio de procedimentos judiciais que tinham por objetivo uma decisão adjudicada no modelo heterocompositivo, que é uma decisão imposta por terceiro – juiz ou tribunal - para cumprimento por pessoas vinculadas ao processo dentro de determinado procedimento.

> O Poder Judiciário finalizou o ano de 2022 com 81,4 milhões de processos em tramitação, processos que de alguma forma aguardavam solução definitiva. Desses, 17,7 milhões, ou seja, 21,7%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2022, existiam 63 milhões de ações judiciais[164].

[952] Hoje, no Brasil, a mediação como instrumento de pacificação social encontra-se também regulamentada pela Lei n. 13.140/2015 e está prevista na Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil) como exercício regular a ser exercido dentro da organização do Poder Judiciário e como prática a ser utilizada como procedimento extrajudicial:

> Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República do Brasil, observando-se as disposições deste Código.
>
> § 3º – A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.
>
> Seção V – Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais.
>
> Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.
>
> Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo[165].

[953] A previsão do Código de Processo Civil Brasileiro, como principal fonte legislativa na organização de procedimentos judiciais, traz textualmente o reconhecimento da utilização do sistema autocompositivo como via de solução de conflitos e como prática a ser utilizada dentro de qualquer procedimento conhecido dentro da organização processual do Estado (LAGRASTA NETO, 2008, pg. 11).

164 <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>, pg. 92

165 <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>

> O Código de Processo Civil de 2015 (“CPC/2015(LGL\2015\1656)”) também ressaltou essa mudança de mentalidade, assim como a Lei de Mediação–mesmo que décadas depois do Código de Defesa do Consumidor (“CDC(LGL\1990\40)”), que, inovador no país, já deixava a porta aberta para os meios adequados desde 1990, da Lei de Arbitragem, de 1996, e da própria Constituição Federal de 1988, que, em seu preâmbulo, já falava de uma “sociedade [...] fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias166.

[954] A Lei n. 13.140/2015, como legislação que especificamente trata da mediação no Brasil, em seu art. 1º, define a mediação como técnica não adversarial, exercida por um terceiro imparcial, sem poder decisório, denominado mediador, escolhido ou aceito pelas partes, para auxiliá-las e estimulá-las a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

[955] Assim, sob todos os aspectos que analisamos a utilização da mediação, dentro da sociedade brasileira, percebemos que o sistema aponta para o procedimento autocompositivo como meio de ampliação de acesso à justiça.

1.1 A MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

[956] No Brasil, a mediação foi acolhida como procedimento a ser utilizado pelo Poder Judiciário para a pacificação de conflitos sociais a partir da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e para sua implantação foram criados dentro de todos os tribunais do Estado, os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), que a partir dessa Resolução passaram a criar e estruturar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs), classificados como unidades judiciárias que são utilizadas especificamente para a pacificação de conflitos por meios autocompositivos (LAGRASTA NETO, 2008, pg. 13).

> Em um momento no qual não havia marcos legais sobre a mediação, o papel da Resolução n. 125 do CNJ foi extremamente relevante. Além de trazer um Código de Ética, a Resolução estabeleceu parâmetros para a capacitação de conciliadores e mediadores judiciais, buscando assegurar a realização da conciliação e mediação de conflitos em todo o País, ao determinar que os órgãos judiciários ofereçam, além da solução adjudicada dos conflitos, mecanismos de resolução consensual de controvérsias entre as partes, bem como a prestação de atendimento e orientação aos cidadãos, com a criação de Núcleos e Centros de Solução de Conflitos e Cidadania167.

[957] Essa mesma resolução instituiu regras para criação de cursos para a formação de profissionais – mediadores e conciliadores - que são capacitados para a realização das sessões de mediação e conciliação, além do exercício de novas práticas que venham promover uma nova cultura para a pacificação de conflitos sociais no Brasil.

166 <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5772965/mod_resource/content/2/22.10%20-%20A%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20disputas%20online.pdf>, pg. 02.

167 <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-de-mediacao-e-conciliacao-na-jf-versao-online.pdf>

[958] O Brasil, no ano de 2021, já contava com 1.476 Centros de mediação e conciliação. Em 2023, são 8.625 mediadores e conciliadores capacitados para o exercício da pacificação autocompositiva, cadastrados no portal ConciliaJud[168].

> Na Justiça Estadual, esse número tem crescido ano após ano. Em 2014, eram 362 CEJUSCs, em 2015 a estrutura cresceu em 80,7% e avançou para 654 centros. Em 2016, o número de unidades aumentou para 808, em 2017 para 982 e em 2018 para 1.088. Em 2021, foram 11,9% sentenças homologatórias de acordo proferidas, valor que registrou crescimento em relação ao ano anterior, muito embora ainda não tenha retornado aos patamares que eram verificados antes da pandemia causada pela covid-19. Na fase de execução, as sentenças homologatórias de acordo corresponderam, em 2021, a 8,1%. É notória a curva de crescimento, tendo dobrado o valor ao longo da série histórica, com aumento em 4,6 pontos percentuais entre os anos de 2015 e 2021. Tal resultado pode decorrer do incentivo do CNJ para realizar conciliação na fase de execução, tendo sido um destaque na XVI Semana Nacional de Conciliação realizada (ano 2021). Na fase de conhecimento, a conciliação foi de 17,4%, um pouco acima (0,8 ponto percentual) do observado em 2020[169].

[959] A mediação vem sendo desenvolvida a partir dessa legislação e o número de processos/conflitos resolvidos pelas práticas autocompositivas demonstra que efetivamente a cultura da solução pacífica de conflitos está alterando o cenário predominantemente, que era de soluções heterocompositivas promovidas por meio de sentenças para a solução das controvérsias por meio de transações.

2. MEDIAÇÃO - CONCEITO

[960] Mediação é uma técnica de solução de controvérsias em que um terceiro – denominado mediador - sem poder de decisão e sem força vinculante facilita o diálogo entre as partes conflitantes, com o objetivo de desfazer o conflito e restabelecer a comunicação (MARTINS, 2021, p.46).

[961] A solução jurídica para a controvérsia obtida pela mediação será a transação, fenômeno jurídico que produz a coisa julgada da relação jurídica, portanto traz uma solução definitiva para o conflito, de acordo com o Art. 840 do Código Civil Brasileiro.

[962] Assim, a mediação é uma forma pacífica de solução de controvérsias na qual um terceiro imparcial e equidistante aproxima as partes, ouve suas razões e motivações e, sem poder de decisão, as auxilia no desfazimento do conflito e no restabelecimento da comunicação.

[963] A mediação também pode ser definida como um processo estruturado por meio do qual duas ou mais pessoas em conflito procuram voluntariamente alcançar um

168 < https://conciliajud.cnj.jus.br/ccmj >

169 <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>.

acordo para o seu litígio[170],–com a assistência de uma terceira parte neutra e qualificada chamada de mediador. Esse processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou pode ser imposto pelo direito de um Estado federativo, como ocorre no Brasil.

[964] Durante a mediação, as partes são convidadas a encetar ou reatar o diálogo e a evitar confrontos. As pessoas envolvidas no conflito desempenham um papel particularmente ativo nos esforços para encontrar a solução que mais lhes convém. A solução do litígio depende da obtenção de um acordo mediante concessões recíprocas, porém, se as partes não chegarem a uma composição amigável, o mediador não impõe uma solução. Dessa forma, o insucesso na mediação impõe aos interessados a busca de outros meios para resolver a questão.

[965] A mediação é procedimento célere que, na maior parte das vezes, tem menor custo que um procedimento judicial ordinário. Evita o confronto direto das partes, como conhecemos em um procedimento judicial ou arbitral, e permite-lhes manterem as suas relações profissionais ou pessoais para além do litígio. A mediação permite igualmente às partes encontrar soluções criativas para o seu litígio, o que não poderiam obter em um procedimento judicial.

[966] A mediação é um instrumento de pacificação social à disposição da sociedade, e como técnica autocompositiva - solução de um conflito obtida pelas próprias partes com ou sem a intervenção de terceiros - mostra-se extremamente útil para uma solução rápida, que no mais das vezes se mostra mais completa e perfeita, pois nesse modelo as partes vão participar ativamente na busca de uma solução e não simplesmente esperar que um terceiro solucione o problema sem sua direta intervenção - como ocorre nos procedimentos heterocompositivos.

[967] Existe uma pedagogia socialmente importante em todo conflito e, somente com a participação ativa das partes essa aprendizagem, pode ser aproveitada pelos envolvidos para o bem destes, como experiência de vida, bem como de toda a sociedade, que passa a ser conduzida por pessoas mais maduras e conscientes. O processo de aprendizagem que decorre do conflito, portanto, estende-se à formação pessoal/individual levando a pessoa para um novo patamar intelectual e emocional (MARTINS, 2021, pag. 73.).

[968] A mediação visa o desfazimento do conflito e o restabelecimento da comunicação entre os conflitantes. Assim, é considerada a técnica mais completa para a pacificação de conflitos, sendo esta técnica utilizada na pacificação de guerras entre Estados e na reconciliação de relações entre empresas, casais, em ambiente escolar e em demais relações, que por sua natureza são contínuas (SCHNITMAN, 1999, pg. 17).

[969] O mediador ajuda as partes a chegarem a um acordo sem expressar efetivamente nem formalmente uma opinião sobre as possíveis soluções para o litígio, e a solução final é produzida pelas próprias partes empoderadas pelo mediador.

170 Litígio, do latim litigiu é o pleito, demanda, disputa; contenda; questão levada ao conhecimento de terceiro com força vinculante sobre as partes – juiz togado ou árbitro.

[970] Dessa forma, a solução obtida pela autocomposição é muito diferente de um processo judicial ou arbitral, pois a solução proposta pelo sistema heterocompositivo atinge a pacificação pela eliminação do conflito, sempre com um viés somente jurídico, por meio de uma sentença proferida por um terceiro com poder vinculante sobre as partes, e isso ocorre sem que as partes necessariamente restabeleçam o relacionamento ou a comunicação após o encerramento do processo. Na heterocomposição, temos uma solução jurídica para o litígio/conflito, solução que não alcança, normalmente, a pacificação social.

[971] A conciliação, outro método autocompositivo, como regra, também se mostra suficiente com a eliminação do conflito pela aceitação de propostas, sem que necessariamente o conflito social seja desfeito e a comunicação restabelecida. Não é objetivo da conciliação que haja o restabelecimento da comunicação entre as partes litigantes, apesar que na prática isso seja possível. A eliminação do conflito é o escopo maior da conciliação.

[972] Para não haver dúvidas, a conciliação também se distingue da mediação na medida em que o papel do conciliador ultrapassa o do mediador, de modo a influir no ânimo das partes, apontando vantagens do acordo e dirimindo as tensões a fim de que se chegue a um acordo (GAILLARD e SAVAGE, 1999, pg. 9).

[973] Dessa forma, a mediação se torna o procedimento mais completo de pacificação de conflitos, pois, além de desfazer a controvérsia jurídica, restabelece a comunicação, condição necessária para a convivência e a verdadeira paz social.

[974] Dentre as técnicas que um mediador pode utilizar para a pacificação de um conflito está a possibilidade de ouvir as partes, além das questões que emergem como conflito (pretensão resistida). O mediador ouve as pessoas, suas histórias, suas justificativas e motivações para entender as razões do conflito e levar os envolvidos a considerarem outras visões, práticas e interpretações para obter a solução da questão.

[975] Na mediação não existe limite na apresentação das partes, que sempre poderão falar além dos limites da pretensão resistida. Essa condição não é possível em procedimentos judiciais, que se limitam a conhecer e aplicar o direito pretendido e aos fatos controversos, sem estar obrigado a conceber ou considerar as motivações, as necessidades, as possibilidades dos envolvidos, nem tampouco admitir como questão de valor o futuro da relação social posta em discussão.

[976] Por fim, cabe ao mediador a responsabilidade de analisar a condição social e econômica dos litigantes para encontrar um acordo mutuamente aceitável e realizável. A possibilidade e a verdadeira necessidade de cada uma das partes devem ser conhecidas e investigadas pelo mediador, para que o acordo obtido seja cumprido e que a paz entre as partes seja a mais duradoura possível.

[977] No aspecto jurídico, a pacificação obtida pela mediação deve ser reduzida a termo na forma de transação, como preveem os Artigos 840 e seguintes do Código Civil Brasileiro, para que a solução seja definitiva e promova a resolução de mérito como admite o Artigo 487, III, “b” do Código de Processo Civil do Brasil.

[978] Dessa forma, é importante ressaltar não somente a forma de se promover a solução de conflitos pela mediação, mas incorporar ao seu conceito o resultado jurídico, que é a transação, visto que essa solução promove o efeito da coisa julgada sobre a relação jurídica objeto da controvérsia.

> O instituto da coisa julgada se destina a tornar definitiva uma solução dada pelo Poder Judiciário a determinada controvérsia que a ele tenha sido submetida. É dividida, em geral, em duas espécies, a coisa julgada formal e a coisa julgada material. A coisa julgada formal significa que, em determinado processo, houve uma última decisão, por meio da qual se colocou seu termo final, sem que contra ela tenha sido interposto qualquer recurso. Constitui-se a coisa julgada formal em uma imutabilidade do *decisum* somente no âmbito do processo em que foi prolatado. Por sua vez, a coisa julgada material é a qualidade de *imutabilidade* e *indiscutibilidade*, ou, mais precisamente, a *autoridade*, com a qual resta revestida uma determinada decisão de mérito. Destina-se a coisa julgada material a garantir a segurança extrínseca das relações jurídicas, impedindo qualquer outra decisão a respeito da mesma lide[171].

[979] A mediação é um instituto capaz de pacificar conflitos como nenhum outro, visto que na heterocomposição o que se tem é uma solução jurídica para o litígio, de forma que o conflito social seja eliminado por uma decisão adjudicada, mas não necessariamente desfeito. A conciliação também no cumprimento de seus propósitos trabalha para que o conflito seja eliminado por força de um acordo juridicamente possível, mas não tem por escopo máximo o restabelecimento da comunicação, portanto, nenhum meio de pacificação é tão completo como a mediação, que visa o restabelecimento da comunicação social com o desfazimento do conflito.

[980] Conhecer as técnicas de mediação é condição indispensável para sua consecução e para sua validação como instrumento de pacificação social.

[981] Primeiramente, a participação dos envolvidos no conflito em uma mediação deve ser voluntária e de boa fé. Não é possível buscar a pacificação de um conflito pela mediação, se uma das partes não tiver interesse em participar de uma discussão para bem solucionar a questão. A boa-fé é condição indispensável para a validação de um contrato. Ela também é indispensável para a solução do conflito pela mediação, visto que as pessoas envolvidas devem estar imbuídas de ânimo de que a questão se resolva, para atender os seus interesses e para o bem de todos.

[982] Outra característica da mediação é que esta ocorre com a participação de uma terceira pessoa equidistante e aceita pelas partes envolvidas na controvérsia – o mediador. É importante que ele tenha vocação, conhecimento técnico e habilidade para resolver a controvérsia de forma segura e duradoura.

[983] A prática da mediação deve ocorrer de forma sigilosa, para que as pessoas se sintam à vontade e possam confiar que as informações conhecidas e discutidas na sessão de mediação não serão utilizadas como qualquer tipo de prova no caso de

171 <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/177/edicao-1/coisa-julgada>.

insucesso na tentativa de resilição do conflito. Há impedimento legal de que o mediador e todos que participarem da mediação possam atuar como testemunhas ou informantes de outros procedimentos que se seguirem à mediação.

[984] De acordo com o Art. 7º da Lei 13.140: "*O mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador*".

[985] Pautados na confiança, boa-fé e no sigilo que deve envolver uma prática de mediação, não deve existir limite na apresentação das partes. As pessoas deverão expor seus motivos e suas pretensões à vontade, de forma que possam falar muito além dos limites da pretensão resistida que se revela no litígio.

[986] Essa possibilidade prevista para a mediação é de grande valia e está ausente em outros meios de pacificação, que se limitam a conhecer o litígio e a possibilidade jurídica da pretensão deduzidas pelas partes sem se interessar pelas informações que giram em torno do objeto litigioso e do negócio jurídico que deu origem ao conflito.

[987] Assim, saber da história e das emoções envolvidas entre as partes com relação a elas mesmas e ao objeto do litígio é condição necessária para a pacificação de um conflito pela mediação.

[988] Outra possibilidade que deve ser tomada em conta em uma mediação é a orientação para o futuro. Pela mediação, as partes poderão compensar as possíveis perdas com ações que poderão ser levadas com uma visão para o futuro e dessa forma superar o problema presente. Essa possibilidade que a mediação coloca de se questionar o futuro e se colocar um novo horizonte para os litigantes não existe em um procedimento judicial ou arbitral, que só consegue conhecer (ou tentar conhecer) o passado e buscar um culpado ou responsável, para decidir sobre direitos e as obrigações envolvidas e colocar fim à lide.

[989] A motivação com vistas ao futuro é também uma condição que o mediador não pode abandonar, nem relegar a um plano menor. O conflito decorre de fatos que ocorreram no passado, que trouxeram consequências para o presente, trazendo angústia e perda para os envolvidos. Assim, diante da possibilidade de hoje se vislumbrar melhores condições para o futuro da relação, deve ser observada e valorizada essa condição como forte argumento para o restabelecimento da comunicação e da pacificação social.

[990] O acordo que leva à solução da controvérsia deve ser mutuamente aceitável e realizável. Não haverá uma verdadeira pacificação ou uma pacificação duradoura, se o acordo não puder ser cumprido por uma das partes ou por ambas. Cabe ao mediador investigar e conhecer as necessidades e possibilidades das partes, especialmente sobre o cumprimento das obrigações que estão assumindo com a transação que realizam.

[991] A verdadeira pacificação social de um conflito não está no acordo que assinam, mas no cumprimento do que está sendo acordado. Portanto, a transação a ser escrita

deve ser exequível, sob pena de se realizar um instrumento que não vai cumprir com o fim a que foi criado e potencialmente pode gerar novos conflitos.

2.1 DAS CONDIÇÕES OBJETIVAS PARA MEDIAÇÃO

[992] A realização de uma mediação exige condições objetivas que permitam aos envolvidos tranquilidade e disposição para chegarem ao resultado esperado, que é a pacificação. Assim, destacamos três elementos que devem ser considerados para a realização de uma mediação com sucesso: ambiente, comunicação e tempo (MARTINS, 2021, pg. 53).

[993] A primeira questão a ser observada é o ambiente. A mediação necessariamente será realizada em algum lugar. Dessa forma, o local onde serão realizados os trabalhos vai influenciar no comportamento dos envolvidos, e essa condição pode favorecer ou prejudicar os trabalhos na busca da solução para a controvérsia.

[994] O ambiente deve ser claro, aberto, bem ventilado, se possível climatizado, de forma que as pessoas não sintam nenhuma indisposição quanto ao local em que estão discutindo o problema. As instalações e a decoração devem ser sóbrias com cores em tons pastel, de forma que não venham a agredir ou desviar a atenção dos envolvidos ou causar desconcentração quanto ao que precisa ser conhecido e decidido.

[995] As pessoas envolvidas em um conflito e que buscaram a ajuda de um terceiro – mediador – estão, normalmente, angustiadas, cansadas e frustradas por terem chegado, por suas práticas ou pelas circunstâncias em que se envolveram, a uma situação que precisa ser resolvida e que não puderam resolver sozinhas. Ninguém está feliz em uma situação dessas, logo, o ambiente tranquilo e familiar sempre ajudará e ampliará a segurança dos envolvidos na tomada de decisões.

[996] Por fim, no ambiente em que estiver sendo realizada a mediação o nível de ruído deve ser o mínimo possível, visto que o barulho, o ruído em excesso, sempre desconcentra e provoca irritação, condições que por certo não vão favorecer, nem contribuir para a solução das questões colocadas como controversas.

[997] Outra questão a ser considerada para a realização de uma mediação é a apresentação e a forma como se estabelece a comunicação e o relacionamento interpessoal entre o mediador e as partes. As pessoas envolvidas em um conflito, ao chegarem no local onde será realizada a sessão, não sabem como serão recebidas, nem como os trabalhos serão feitos, assim, se torna indispensável que o mediador faça um acolhimento e preste esclarecimentos para que estabeleça com os envolvidos uma relação de confiança.

[998] Conhecer o problema a ser discutido, ter conhecimento técnico e se possível jurídico sobre o tema controvertido, conhecer os nomes das pessoas envolvidas, qualificação, endereço, origem, grau de ensino e formação são informações importantes e que o mediador já deve ter conhecimento antes do início da sessão. Ter o domínio dessas informações vai permitir ao mediador fazer uma apresentação que compatibilize as pessoas com a situação a ser resolvida e ampliará seu contato e respeito com as partes.

[999] Diante dessas informações, deverá o mediador apresentar e estabelecer a forma como os trabalhos serão desenvolvidos, qual é sua participação e o quanto pode contribuir para a solução do problema e, por fim, esclarecer que não tem poder de decisão, e que a decisão a ser conhecida ao final será das próprias partes, que agora são donas de suas decisões.

[1000] Uma comunicação clara, adequada e compatível com a condição de formação dos envolvidos é fundamental para o sucesso da mediação.

[1001] A última condição a ser observada para início de uma sessão de mediação é o tempo que será destinado para sua realização. É difícil determinar qual o tempo será o ideal para uma mediação, pois cada caso concreto terá pessoas diferentes e não podemos de início determinar qual será a complexidade do caso colocado para solução.

[1002] Dessa forma, o que podemos considerar é que o mediador e as partes possam dispor do tempo que for necessário para solução da questão, sem qualquer previsão prévia do tempo destinado para a realização dos trabalhos.

[1003] Esse talvez seja o modelo ideal, mas na maioria dos casos não podemos dispor de tempo indeterminado para a realização de uma sessão de mediação, assim, se torna fundamental que o mediador possa iniciar os trabalhos ciente do tempo que vai dispor para a sua realização, pois somente assim conseguirá avançar nas questões postas para discussão, convencendo os envolvidos de que houve um avanço na busca da solução e que, se necessário, a pacificação poderá ser obtida plenamente em outros encontros.

[1004] Assim, mais importante do que se ter o tempo que for necessário, se torna importante ter previamente o conhecimento do tempo disponível para cada sessão de forma que o mediador e os envolvidos se organizem em torno do objetivo e do tempo disponível.

[1005] Consideramos, portanto, objetivamente, três condições que devem ser observadas para a realização de uma sessão de mediação: o ambiente, a apresentação/comunicação e o tempo. O mediador deve sempre ter em mira essas condições para a realização de uma mediação.

[1006] Podemos conceber uma situação ideal, na qual o ambiente seja adequado, a apresentação tranquila e completa e o tempo suficiente, porém nem sempre essas condições serão possíveis, mas o importante é que o mediador esteja atento a elas e tenha conhecimento de que vão interferir no resultado de seu trabalho.

[1007] A impossibilidade de se ter condições ideais não inviabiliza a realização de uma mediação, mas pode dificultar a ação do mediador, que será mais exigido e terá que se valer de outras técnicas para obter o objetivo esperado de pacificação do conflito**.**

3. DA MEDIAÇÃO COMO ACESSO À JUSTIÇA

[1008] Mauro Cappelletti ensina que a satisfação jurisdicional somente ocorre se forem satisfeitas as três ondas renovatórias de acesso à justiça, que são a assistência judiciária aos pobres; a representação dos interesses difusos e a necessidade de buscar novas formas de acesso aos mecanismos jurídicos (CAPPELLETTI, 1988, p. 25).

> Após as chamadas "ondas renovatórias" descritas por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, e os "momentos metodológicos" de Cândido Rangel Dinamarco, o mesmo direito processual foi se desprendendo da ideia de que a resolução de conflitos somente se daria mediante atuação do Poder Judiciário. Os chamados métodos alternativos (ou adequados) de solução de conflitos (ADR) trouxeram à tona o sistema multiportas – a "multi-do or court house" de Frank Sander, de Harvard–que existe para que conflitos sejam resolvidos pela "porta" mais adequada, seja ela autocompositiva ou heterocompositiva, e sendo o processo judicial apenas uma das várias disponíveis. No Brasil, reporta-se a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2010, como o primeiro desses passos– ao menos de forma institucional – no sentido de fomentar mecanismos consensuais de resolução de conflitos como instrumentos efetivos de pacificação social, por meio da solução e da prevenção de litígios. Em busca de uma visão de "instrumentalidade do processo", passou-se aos poucos a defender o processualista como um sujeito "sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos de seu tempo e interessado em obter soluções adequadas", não limitadas às judiciais (MARQUES, 2019, pg. 02)[172].

[1009] O acesso à justiça e a duração razoável do processo devem ser aspirações tratadas como direito constitucional fundamental por qualquer sociedade que pretenda ter a justiça como via de se manter a paz social, visto que sem justiça não há paz. Para uma sociedade livre de controvérsias, a pacificação de conflitos deve ser vista como aspiração social e constitucional e que, para atingir esse objetivo, deve ir além de procedimentos judiciais contenciosos.

[1010] O direito de acesso à justiça não se limita ao acesso ao Poder Judiciário, mas sim ao resultado jurisdicional almejado. A ampliação de possibilidade de reclamações ou de ingresso de medidas judiciais não é suficiente para atender às necessidades da sociedade e à letra constitucional. Por isso, surge a importância de ampliação de meios e métodos de pacificação de conflitos e não de processos, procedimentos ou de lugares onde se possa reclamar. O importante e necessário é um resultado jurisdicional efetivo e satisfativo. (GRINOVER, 1990, pg. 12).

[1011] Para esse nível de dificuldade – permitir o acesso à justiça para todos e manter a paz social - a mediação pode contribuir como instrumento eficaz, especialmente para que os envolvidos possam entender e contextualizar o seu problema e por meio das técnicas de mediação e, assim, pensar outras formas de buscar uma solução das

172 <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5772965/mod_resource/content/2/22.10%20-%20A%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20disputas%20online.pdf>

controvérsias tanto nas questões individuais quanto nas coletivas, visando assim a minimização das diferenças sociais e econômicas.

[1012] Assim, a pacificação de conflitos deve ser de interesse de todos: do Estado, via Poder Judiciário, polícia, órgãos de defesa do consumidor e do trabalhador, como da sociedade civil, organizada por meio de práticas de responsabilidade das instituições especializadas, como Câmaras de mediação e arbitragem privadas, além de instituições como escolas, universidades, instituições religiosas, sindicatos, associações, etc.

[1013] Os CEJUSCS, criados a partir da Resolução 125, trouxeram um novo parâmetro sobre o uso da mediação no Brasil, visto que esses centros de mediação foram instalados em todos os tribunais do país, pulverizados em todos os fóruns, além de outros criados por outros órgãos públicos, como prefeituras, polícia militar, universidades e órgãos de classe.

[1014] Outros órgãos estatais foram criados para a realização da mediação a partir de plataformas eletrônicas como "Consumidor.gov.br", criada pela Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Essa plataforma oferece um ambiente semelhante a uma negociação on-line, onde o consumidor e o fornecedor podem se comunicar com o propósito de solucionar um conflito, de forma gratuita. Ao final, a plataforma divulga os índices de solução dos conflitos pelas empresas e as notas atribuídas pelos consumidores. Esse sistema de reputação criado incentiva as empresas a solucionarem os conflitos com o objetivo de terem um bom índice de satisfação junto aos consumidores[173].

[1015] No âmbito escolar algumas iniciativas de utilização da mediação se mostram válidas para a solução de problemas que surgem nas relações educacionais e para a redução da violência nas escolas. Muitos estados federativos brasileiros, como Mato Grosso, Ceará e São Paulo, vêm propondo formação para os profissionais da educação poderem atuar nas práticas pedagógicas com a resolução pacífica de conflitos, a fim de prevenir e diminuir os registros de violência e indisciplina nas escolas.

> Assinalam os estudos de Abramovay e Rua (2002) que no Brasil ainda são poucas as experiências em mediação escolar, entretanto, os estudos desenvolvidos já apontam como um meio hábil para a prevenção da violência na escola. Não obstante, a parceria entre órgãos que atuam direta ou indiretamente com a educação é de suma importância para o melhor resultado na mediação de conflitos e promoção de um ambiente harmonioso e pacífico. (COSTA, 2021)[174].

[1016] Centros de mediação e arbitragem igualmente têm realizado seu papel de pacificadores como o TASP – Centro de Mediação e Arbitragem de São Paulo, órgão privado que atua desde 1998 promovendo a pacificação de conflitos nas relações

173 <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5772965/mod_resource/content/2/22.10%20-%20A%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20disputas%20online.pdf>

174 <https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/21/16/mediacao-escolar-como-ferramenta-na-resolucao-de-conflitos-no-espaco-educacional>

comerciais, trabalhistas e imobiliárias. A câmara tem a previsão, em seu regulamento interno, de que as partes se valham da mediação como principal instrumento de pacificação, antes de instaurar qualquer procedimento arbitral: "Art. *53- Na hipótese de não ser alcançada a autocomposição, a controvérsia será submetida à arbitragem, se o contrato não dispuser em contrário, ou se assim decidirem as partes"*[175]. Essa forma de atuação tem garantido resultados que superam os 80% dos procedimentos administrados pela instituição.

[1017] Outro apontamento pertinente diz respeito ao grande número de câmaras de mediação e arbitragem privadas que estão em operação atualmente e que computam os processos resolvidos pela arbitragem, mas que igualmente utilizam primordialmente as técnicas de mediação em uma primeira fase e que somente após frustrada a tentativa de negociação é que enviam os conflitos para a arbitragem propriamente dita. "*Algumas, inclusive, oferecem cláusulas escalonadas modelo para os casos em que as partes desejem primeiro recorrer aos métodos autocompositivos para, depois, iniciar um procedimento arbitral no caso de as tentativas de mediação ou conciliação restarem infrutíferas*"[176].

[1018] Esse fato está previsto na maioria dos regulamentos internos das câmaras e reflete em um direcionamento dos procedimentos arbitrais à aplicação de técnicas de mediação, fazendo com que os procedimentos se aproximem mais da conciliação e da mediação como principal via de pacificação dos conflitos. A maioria dos resultados obtidos refletem, então, a eficácia da mediação em conjunto com a arbitragem e não apenas da arbitragem isoladamente.

> Concluiu-se que, muito embora as instituições catarinenses relatem elevada quantidade de arbitragens sendo administradas ou já concluídas, o que se verifica, em realidade, é o grande número de procedimentos concluídos por meio de acordos, e que, por isso, acabam mais se aproximando de técnicas de conciliação e mediação do que propriamente de arbitragens[177].

[1019] Instituições privadas também adotaram a mediação como método de solução de conflitos, como as redes Ebay e Mercado Livre, que desenvolveram uma plataforma eletrônica para a solução de controvérsias decorrentes dos negócios realizados no âmbito das empresas. Pesquisas apontam que após a implantação do sistema 98% dos conflitos deixaram de ser judicializados[178]. Essa iniciativa foi premiada pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ por romper com o modelo tradicional de solução de litígios e tentar reconstruir a relação dos usuários:

[1020] Gigante da Internet em vendas on-line, a empresa Mercado Livre apostou no diálogo para resolver conflitos ocorridos nas relações de consumo virtual e, de quebra,

175 <https://www.arbitragem.com.br/index.php/regulamento/regulamento-interno2>.

176 <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/ZgXNGBQzdp3QQmfnH7dhTHC/?lang=pt>

177 *Ibid.*

178 <https://conteudo.startse.com.br/noticia/nova-economia/64894/mercado-livre-odr-resolucao-conflito/amp>

conquistou o Prêmio Conciliar É Legal, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)[179].

[1021] Os resultados obtidos a partir da utilização da mediação por instituições públicas e privadas apontam para uma ampliação de acesso à justiça pela mediação com resultados que podem ser desenvolvidos e ampliados. Para o desenvolvimento do sistema, faz-se necessário a criação de políticas públicas e incentivos do Estado à iniciativa privada.

[1022] A organização das sociedades em torno da mediação aponta para outro nível de civilização. A civilização que se mantém não somente pela imposição do direito pelo Estado, mas por uma sociedade que busca a pacificação dos conflitos como exercício de cidadania para uma sociedade mais justa e democrática.

4. CONCLUSÃO

[1023] A Constituição Federal brasileira garante a todos os brasileiros e estrangeiros domiciliados no país o acesso à justiça e a duração razoável do processo, além dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

[1024] Para a mediação não há limite de tempo, não há limite de espaço, só há a possibilidade do desenvolvimento de novas técnicas, que tornarão esse instrumento eficaz de forma atemporal com possibilidade de aplicação em qualquer lugar que tenha por escopo a paz, a ética e a boa conduta, para uma vida melhor e uma sociedade mais justa.

[1025] As técnicas já conhecidas e adotadas para a realização da mediação se mostram operacionais e acessíveis com possibilidades de alterações e desenvolvimentos novos, diante de novas questões e novos contextos sociais. A mediação admite novas dinâmicas e novas possibilidades e historicamente sua correta utilização se mostra eficaz e objetiva no resgate da paz social.

[1026] A mediação se mostra como instrumento adaptável às diversas sociedades em respeito ao seu momento histórico, cultural e econômico. O diálogo, a facilitação na comunicação e a empatia são técnicas e possibilidades que sempre podem estar atualizadas com o momento de cada pessoa na sua vida em sociedade.

[1027] Muitos países como Estados Unidos, Canadá, Portugal, China, Argentina, Peru e Uruguai já utilizam esse modelo autocompositivo com resultados bastante satisfatórios para a sociedade e para os operadores do direito. A solução de controvérsias é necessária e representa um avanço nas relações sociais e econômicas de um Estado democrático de direito.

[1028] O mais importante e necessário diante de um conflito é se obter um resultado jurisdicional efetivo e satisfativo. A mediação representa verdadeiro meio de acesso à

179 <https://www.cnj.jus.br/cnj-premia-mercado-livre-por-conciliar-conflitos-antes-do-processo-judicial/>

justiça, pois permite à sociedade que resolva suas pendências de forma juridicamente definitiva e segura, fato que pode ocorrer com a intervenção direta do Estado ou de forma extrajudicial dentro de uma sociedade civil organizada.

[1029] Assim, podemos tratar da mediação como meio adequado de solução de controvérsias com amplas possibilidades de adaptação às condições culturais, sociais e econômicas de cada momento histórico de cada país e, consequentemente, enquadrá-la e admiti-la como verdadeiro direito do acesso à justiça e da duração razoável do processo.

[1030] A paz e a justiça social devem ser vistas como prática de responsabilidade da sociedade e de suas instituições e não devem ser tratadas como obrigação exclusiva do Estado. Nesse cenário, a mediação surge como efetivo instrumento de pacificação social e, consequentemente, de acesso à justiça à disposição da sociedade sem a intervenção exclusiva do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Theresa. ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. Enciclopédia Jurídica da PUC SP. Tomo Processo Civil, Edição 1, Junho de 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 05 de outubro de 1988. Brasília: Diário Oficial da União, 1988, on-line:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

BRASIL. Lei de Mediação, nº 13140, 26 de junho de 2015. Brasília: Diário Oficial da União, 2015, on-line: <https:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140>

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, on line: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>

BRASIL. Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Brasília: Diário oficial da União, 2015, on-line:< http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>

BRASIL. SENADO FEDERAL Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Brasília: Diário Oficial da União, 2010. On-line: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf>.

BRUNO TAKAHASHI [et al.]. Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal. Brasília : Conselho da Justiça Federal, 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2022 (ano base 2021). Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 2022, on-line: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em Números 2023 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2023, on line: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>

COUTO, Lucia Maciel; MONTEIRO, Edenar Souza. Mediação escolar como ferramenta na resolução de conflitos no espaço educacional. Revista Educação Pública, v. 21, nº 16, 4 de maio de 2021. On-line: <https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/21/16/mediacao-escolar-como-ferramenta-na-resolucao-de-conflitos-no-espaco-educacional>

FREITAS, Tainá. "Como o Mercado Livre atingiu 98,9% de 'desjudicialização' na resolução de conflitos'." Startse, 24 de maio de 2019. On-line: <https://conteudo.startse.com.br/noticia/nova-economia/64894/mercado-livre-odr-resolucao-conflito/amp>

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (ed.). Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 1999.
GRINOVER, Ada Pellegrini . A crise do poder judiciário. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo , v. 34, p. 11-25, 1990.

LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, José Celso. Arbitragem e Mediação – Conceitos e prática. 1 ed. São Paulo: Amélie Editorial, 2021.

MARQUES, Ricardo Damalso. A resolução de disputas online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, São Paulo, v. 5, p. 10, out./dez. 2019, on-line:<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5772965/mod_resource/content/2/22.10%20-%20A%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20disputas%20online.pdf >

MOURA, Aline Beltrame de et al. Arbitragem em números nas câmaras de Santa Catarina. Revista Direito GV, v. 17, n. 1, jan./abr. 2021, e2112.

SCHNITMAN, Dora Fried. Novos paradigmas em mediação. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

TOWARDS INSTITUTIONALIZING INTERNATIONAL MEDIATION

Vassilena GASHPAROVA[180]

180 Vassilena Gashparova is a conflict resolution specialist, practicing civil and judicial mediation in the European Union and the United States. She designs and delivers training on conflict resolution to international and non-governmental organizations. She holds a B.Sc. and M.Sc. in international relations from the University of Montreal. She currently pursues research in political mediation of transnational conflicts.

RÉSUMÉ

L'obligation de régler les différends internationaux par des moyens pacifiques est l'un des principes les plus fondamentaux des relations internationales. Divers mécanismes de règlement des différends sont à la disposition des États pour résoudre les différends internationaux. La médiation est sans aucun doute l'un des moyens de résolution des litiges les plus efficaces. Cependant, contrairement à l'arbitrage et au règlement judiciaire, les approches et les normes de pratique en matière de médiation manquent d'uniformité. Une analyse minutieuse des différends internationaux résolus dans l'histoire contemporaine révèle que les facilitateurs qui prétendent être des médiateurs ne respectent pas toujours les principes fondamentaux de la médiation, à savoir l'indépendance, l'impartialité et la neutralité.

Cet article appelle à l'institutionnalisation de la médiation internationale à travers une entité permanente indépendante. Il soutient que l'institutionnalisation de la médiation est le seul moyen d'atteindre un degré raisonnable de standardisation des pratiques et approches de médiation. L'institutionnalisation proposée rendra inévitablement la médiation plus accessible aux parties en conflit, ce qui entraînera le règlement d'un plus grand nombre de conflits par la médiation. L'institutionnalisation favorisera également la recherche et la littérature universitaire sur la médiation internationale, entraînant une professionnalisation accrue du domaine.

La première partie de cet article établit une distinction entre les mécanismes judiciaires de règlement des différends et les mécanismes diplomatiques de règlement des différends, y compris la médiation, qui continue d'évoluer de manière organique et non systématique. La deuxième partie explore des conflits internationaux bien connus qui ont fait l'objet d'une médiation réussie ou non par des personnalités éminentes, à savoir le Secrétaire général des Nations Unies, des chefs d'État, des chefs religieux et d'autres dignitaires. La troisième et dernière partie de l'article démontre que l'ONU, les États, les organisations internationales, les chefs religieux et d'autres personnalités éminentes sont rarement, voire jamais, des médiateurs appropriés car ils ne sont pas indépendants, impartiaux ou neutres pour diverses raisons. . La conclusion logique à laquelle conduit l'analyse est qu'il est grand temps d'institutionnaliser la médiation internationale en créant une entité indépendante permanente chargée de médier les différends internationaux.

MOTS-CLÉS

Gestion des conflits, Résolution des différends, Institutionnalisation, Médiation internationale, Organisations internationales

ABSTRACT

The obligation to settle international disputes through peaceful means is one of the most fundamental principles of international relations. A variety of dispute resolution mechanisms are at the disposal of states to resolve international disputes. Mediation is undoubtedly one of the most effective dispute-resolution means. However, unlike arbitration and adjudication, there is a lack of consistency in mediation approaches and

standards of practice. A careful analysis of international disputes resolved in contemporary history reveals that the facilitators who purport to be mediators do not always comply with fundamental principles of mediation, namely independence, impartiality, and neutrality.

This article calls for the institutionalization of international mediation through a permanent independent entity. It argues that institutionalizing mediation is the only way to achieve a reasonable degree of standardization of mediation practices and approaches. The proposed institutionalization will inevitably make mediation more accessible to disputing parties, resulting in a greater number of conflicts being settled through mediation. Institutionalization will also promote research and academic literature in international mediation, bringing about further professionalization of the field.

The first part of this article draws a distinction between judicial dispute resolution mechanisms and diplomatic dispute resolution mechanisms, including mediation, which continues to evolve in an organic and unsystematic manner. The second part explores well-known international conflicts that have been successfully or unsuccessfully mediated by prominent individuals, namely the Secretary-General of the United Nations, Heads of state, religious leaders, and other dignitaries. The third and last part of the article makes a case that the UN, states, international organizations, religious leaders, and other prominent individuals are rarely, if ever, suitable mediators because they are not independent, impartial, or neutral for a variety of reasons. The logical conclusion to which the analysis leads is that it is high time to institutionalize international mediation by establishing a permanent independent entity entrusted with mediating international disputes.

KEYWORDS

Conflict Management, Dispute Resolution, Institutionalization, International Mediation, International Organizations

INTRODUCTION

[1031] One of the most fundamental principles of international relations is the obligation to settle international disputes through peaceful means. (Articles 1.1 and 2.3 of the UN Charter). An impressive number and variety of dispute resolution mechanisms are at the disposal of states to resolve their international and transnational disputes. Many of these mechanisms are enumerated in Article 33 of the Charter of the United Nations. Over a period of several decades, mediation proved to be one of the most effective dispute resolution means. However, unlike arbitration and adjudication, there is a lack of consistency in mediation approaches and standards of practice. A careful analysis of international disputes resolved in contemporary history reveals that the facilitators who purport to be mediators do not always comply with fundamental principles of mediation, namely independence, impartiality, and neutrality.

[1032] This article calls for the institutionalization of international mediation through a permanent independent entity. It argues that institutionalizing mediation is the only way to achieve a reasonable degree of standardization of mediation practices and approaches. The establishment of a permanent and independent international mediation body can also ensure that mediators are impartial and neutral. The main reason it seems so much easier to have recourse to international arbitration and adjudication as opposed to mediation is that judicial dispute resolution mechanisms were institutionalized over 100 years ago. This institutionalization gave rise to codified procedures, consistent practices, and bodies of jurisprudence, which in turn increased their procedural transparency and legitimacy as effective dispute resolution mechanisms. Institutionalizing mediation will inevitably standardize mediation practices and approaches, and make mediation more accessible to disputing parties, resulting in a greater number of conflicts being settled through mediation. Institutionalization will also promote research and academic literature in international mediation, bringing about further professionalization of the field.

[1033] The first part of this article draws a distinction between judicial dispute resolution mechanisms – which have benefited from extensive institutionalization for the past 110 years – and diplomatic dispute resolution mechanisms, including mediation, which continues to evolve in an organic and unsystematic manner. The second part of the article explores well-known international conflicts that have been successfully or unsuccessfully mediated by prominent individuals, including Secretaries-General of the United Nations, Heads of state, religious leaders, and other dignitaries. The third and last part of the article argues that in the current state of affairs, it is extremely difficult to have an international dispute mediated by professional, independent, impartial, and neutral mediators. It makes a case that the UN, states, international organizations, religious leaders, and other prominent individuals are seldom, if ever, suitable mediators because they are not always independent, impartial, or neutral for a variety of reasons.

1. JUDICIAL AND DIPLOMATIC MECHANISMS FOR INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT

[1034] The obligation to settle international disputes through peaceful means is a fundamental principle of international law and international relations. Pursuant to

paragraph 3 of Article 2 of the UN Charter, all members of the United Nations "shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered[181]." The UN Charter devotes an entire chapter to the pacific settlement of disputes[182]. The UN Charter is not the only legal instrument dealing with pacific resolution of conflicts. states have signed a substantial number of bilateral and multilateral treaties and conventions of both regional and universal application aimed at the peaceful settlement of disputes. In addition, the General Assembly also adopted several resolutions regarding the peaceful settlement of disputes[183]. International disputes may be resolved peacefully through a variety of mechanisms. Article 33.1 of the UN Charter lists the main methods for resolving disputes. This provision states that "the parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, inquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice[184]." These various means of resolving conflicts fall into two broad categories – diplomatic mechanisms and judicial mechanisms. Judicial dispute resolution mechanisms consist of arbitration and judicial adjudication whereas diplomatic dispute resolution mechanisms refer to other means, including negotiation, mediation, fact-finding, conciliation, and inquiry. Below, we will briefly describe these various methods for settling international disputes.

1.1 JUDICIAL MECHANISMS

[1035] In the international arena, states may have recourse to a wide range of international courts and tribunals to resolve international disputes and tensions through peaceful means. Some international courts and tribunals are universal while others are regional. The International Court of Justice and the Permanent Court of Arbitration, for example, are courts of universal jurisdiction. The Court of Justice of the European Union, on the other hand, has regional jurisdiction. (Tavadian, 2021, p.124) Most judicial courts and tribunals with universal jurisdiction, including the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea are part of the United Nations System. In contrast, arbitral tribunals as well as regional courts, such as the Permanent Court of Arbitration, the Court of Justice of the African Union, or the European Court of Human Rights, are invariably independent and unrelated to the United Nations.

1.1.1 ARBITRATION

[1036] Arbitration is the determination of a dispute between states or between a state and a non-state entity through a legal decision rendered by one or more arbitrators and an umpire, or by a tribunal other than the International Court of Justice or another

181 Charter of the United Nations, 26 June 1945, Chapter I, Art.2. Accessible at: https://www.un.org/en/about-us/un-charter/chapter-1 (consulted 4/08/2022)

182 Chapter VI or Articles 33 to 38 of the United Nations Charter.

183 Manila Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes, GA Res 37/10, UNGAOR, 37th Sess, UN Doc A/Res/37/10 (1982) 261 [Manila Declaration]; United Nations Model Rules for the Conciliation of Disputes between States, GA Res 50/50, UNGAOR, 50th Sess, UN Doc A/Res/50/50 (1995) 1; Declaration on the Prevention and Removal of Disputes and Situations Which May Threaten International Peace and Security and on the Role of the United Nations in This Field, GA Res Res 43/51, UNGAOR, 43rd Sess, UN Doc A/Res/43/51 (1988) 276.

184 United Nations Charter, Chapter VI, Art.33, https://www.un.org/en/about-us/un-charter/chapter-6 (consulted 4/08/2022)

permanent tribunal (Collier & Lowe, 1999, p.31). Historically, international arbitration preceded international judicial bodies. When arbitration first appeared, a permanent international court or tribunal with compulsory jurisdiction only existed in the realm of ideas. Arbitration became the inspiration for the establishment of permanent judicial institutions (Merrills, 2000, p.3.).

[1037] Arbitration can be public or private in nature. It can also be an institutionalized dispute settlement means or an *ad hoc* one. Arbitration is public when it is instituted by states to resolve a dispute between them. It is private where companies or individuals are parties to the arbitral process. *Ad hoc* arbitrations are those which are established for the settlement of a specific dispute. Permanent or institutionalized arbitrations are those which are set up for the settlement of a category of disputes (Tavadian, 2021, p.125.) such as the Iran–US Claims Tribunal or the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)[185].

[1038] While international courts and tribunals, apart from international criminal courts, adjudicate disputes occurring primarily between states, arbitration is also available to non-state actors such as armed opposition groups or guerrillas and foreign investors and multinational corporations (Tavadian, 2021, p.126.).

1.1.2 JUDICIAL SETTLEMENT

[1039] Judicial settlement of a dispute refers to submitting the dispute to a permanent tribunal for a legally binding judgment or decision (Merrills, 2000, p.3). Since 1945, the international community has witnessed a proliferation of permanent international courts and tribunals. Some of those judicial institutions, such as the International Criminal Tribunals for Rwanda and the former Yugoslavia, as well as the Special Tribunal for Lebanon, are known as *ad hoc* tribunals because they were created for a specific mandate and for a limited time. The International Court of Justice, the World Trade Organization dispute settlement mechanism, the International Tribunal for the Law of the Sea, and the International Criminal Court are judicial institutions which are permanent in nature. Moreover, International courts and tribunals can be universal or in other words open to all states regardless of their geographical location or they can be regional in their jurisdiction. The European Court of Justice, the European Court of Human Rights, the African Court on Human and Peoples' Rights, the East African Court of Justice, and the Inter-American Court of Human Rights are a few of the many regional judicial dispute settlement institutions (Tavadian, 2021, p.127.).

[1040] It is however important to point out that none of the universal courts and tribunals mentioned above has competence to adjudicate a dispute involving a country which did not explicitly accept its jurisdiction. This principle of the state's consent to be bound by the judgments of an international court or tribunal applies even to the main judicial organ of the United Nations, the International Court of Justice. Therefore, the ICJ cannot hear a case where one of the parties to the dispute does not accept its jurisdiction (Tavadian, 2021, p.127.). The question of accepting or rather refusing to accept the jurisdiction of the various international judicial institutions by states constitutes a major impediment to the settlement of international disputes.

185 The Convention, 575 U.N.T.S. 159, in ICSID Convention, Regulations and Rules, Doc. ICSID/15 (Jan. 1985).

1.2 NON-JUDICIAL AND DIPLOMATIC MECHANISMS

[1041] Conflicts resolved through diplomatic means are normally documented and their outcome is reflected in a written agreement. Diplomacy is generally entrusted to professional diplomats, such as delegates representing their governments in international organizations, ambassadors and other embassy personnel, negotiators, officials of international organizations, and politicians handling foreign affairs. The way diplomatic dispute management is pursued is very often as important as its subject matter. Choosing a suitable conflict resolution mechanism is crucial for a successful resolution of a dispute. Below, we will explain different approaches that parties can opt for in pursuing diplomacy. Negotiations, consultations, good offices, inquiry, mediation, and conciliation are among diplomatic or non-judicial methods of international dispute settlement (Tavadian, 2021, p. 114.).

1.2.1 NEGOTIATION, CONSULTATIONS AND EXCHANGE OF VIEWS

[1042] Most international disputes are resolved through negotiation. Its flexibility and efficiency explain the success of negotiation as a highly effective dispute settlement method. Moreover, as opposed to judicial proceedings, the parties have full control over the duration, location, and scope of the negotiation process (Collier & Loew, 2000, p. 20.). Negotiations usually precede all other types of dispute-resolution mechanisms.

[1043] Negotiations, consultations, or exchanges of views are similar but distinguishable methods. The principal distinction between them is in the degree of the concessions expected from the parties. Negotiations may require a party to make important compromises before obtaining something in exchange. Consultations and exchange of views, on the other hand, can be seen as a chance for one party to hear out and take into consideration the perspective of the other party with respect to the debated issue (Tavadian, 2021, p. 118.). One of the limitations of negotiation refers to the balance of power that characterizes the relationship of the disputing parties and the fact that the terms of any negotiated agreement would tend to reflect not so much the quality and value of each party's case but rather their relative power (Merrills, 2000, p. 24). Information asymmetry is another important potential impediment to negotiations. It refers to the inequality between two negotiating parties in their knowledge of relevant facts and details pertaining to the opposing party's interests, and advantages or limitations. Predictably, that imbalance means that the party privy to more relevant information has a competitive advantage over the other party. Involving a third party, such as a mediator is a way of overcoming the information asymmetry during negotiations.

1.2.2 FACT-FINDINGS AND INQUIRIES

[1044] Fact findings are akin to investigations. This method is used when the facts are both pivotal and disputed by the parties. Its purpose is to enable a solution to the dispute by clarifying the facts through an impartial investigation[186]. Several bilateral and multilateral treaties, most notably the Covenant of the League of Nations and the UN Charter, explicitly provided for inquiry as a mechanism of dispute settlement. More recently the report *An Agenda for Peace* also emphasizes the role of fact-finding as a

186 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes (The Hague Convention I), 26 September 1928, 93 LNTS 343, art 9.

means of preventive conflict management[187]. The usefulness of this approach is to eliminate factual ambiguities by establishing the fact through a fact-finding or inquiry initiative so that the dispute-resolution process can be based on those facts. Fact findings and inquiries could be a useful dispute settlement mechanism not only for interstate tensions and disputes but can also be employed to tackle global issues and threats (Tavadian, 2021, p.120.), such as pollution and environmental challenges. The power to commence a fact-finding initiative is given to the Security Council, the General Assembly and the Secretary-General by the *Declaration on Fact-Finding by the United Nations in the Field of the Maintenance of International Peace and Security*[188] adopted in 1991 and preceded by *The Manila Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes* of 1982, which includes inquiry as a means of dispute settlement and which calls on member states to consider making greater use of the fact-finding capacity of the Security Council[189]. As we will later discuss in greater detail, in 1987, at the request of the Security Council through Resolution 598, Secretary-General Javier Perez de Cuellar undertook a fact-finding regarding the use of chemical weapons in the Iraq-Iran war[190].

1.2.3 CONCILIATION

[1045] Conciliation is a dispute settlement tool which has evolved from a resolution adopted by the League of Nations in 1922, encouraging states to seek a resolution to their disputes through conciliation commissions[191]. Consequently, conciliation was often included in multilateral treaties as an essential third-party mechanism for international dispute settlement. Conciliation usually combines certain elements of both inquiry and mediation. A conciliation commission begins with an objective investigation and evaluation of all aspects of the dispute to offer the conflicting parties a clearer perspective and understanding of each other's case. The next step in the conciliation process consists of the issuing of a report with a set of recommendations. Unless otherwise agreed by the parties, these recommendations are normally not binding (Tavadian, 2021, p. 124.).

1.2.4 GOOD OFFICES

[1046] When state parties to a dispute are unable to settle it directly between themselves, they may seek a third party's good offices as a means of preventing further aggravation of their dispute and as a method of facilitating efforts towards a peaceful

187 Agenda for Peace, Report of the Secretary-General pursuant to the statement adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992, UNGAOR, 47th Sess, UN Doc A/47/277 (1992) 1 p.23-25.

188 Declaration on Fact-finding by the United Nations in the Field of the Maintenance of International Peace and Security, GA Res 46/59, 46th Sess, UN Doc A/Res/46/59 (1991) 290.

189 Manila Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes, GA Res 37/10, UNGAOR, 37th Sess, UN Doc A/Res/37/10 (1982) 261 [Manila Declaration]; United Nations Model Rules for the Conciliation of Disputes between States, GA Res 50/50, UNGAOR, 50th Sess, UN Doc A/Res/50/50 (1995) 1; Declaration on the Prevention and Removal of Disputes and Situations Which May Threaten International Peace and Security and on the Role of the United Nations in This Field, GA Res Res 43/51, UNGAOR, 43rd Sess, UN Doc A/Res/43/51 (1988) 276.

190 SC Res 598 (1987), UNSCOR, 42nd Year, UN Doc S/RES/598 (1987) 5.

191 United Nations Office of Legal Affairs, Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes between States (New York: United Nations Publication, 1992), UN Doc OLA/COD/2394 at para 141.

settlement of the dispute[192]. Good offices are a third-party involvement with the objective to facilitate or even help restart the negotiations between the parties to a conflict. The third-party offering their good offices can be a single state, a group of states or a representative of an international organization. This person must be deemed acceptable to the disputing parties and generally employs his or her reputation or prestige of his office to persuade parties to resolve their differences peacefully[193].

[1047] The Secretaries-General of the United Nations have often undertaken good offices to resolve major political crises and conflicts such as the Cuban missile crisis, the Arab–Israeli war of 1967, the invasion of the Dominican Republic by the United States, the Iran hostage crisis, the Soviet withdrawal from Afghanistan, the conflict in Namibia, etc. Apart from facilitating the communication between the disputing parties so that they can resume negotiations in some cases, the third party offering good offices is authorized to go beyond the traditional limitations and to take a proactive role in the dispute settlement process by suggesting concrete solutions and leading shuttle diplomacy with the parties to discuss such proposals individually (Tavadian, 2021, p. 122-124).

1.2.5 MEDIATION

[1048] When the parties to an international dispute reach an impasse and are unable to solve their disagreement through negotiation the involvement of a neutral third party provides an opportunity to reach a solution acceptable to all the disputing parties (Merrills, 2000, p. 28.). Mediation is therefore a mechanism for peaceful settlement of disputes where the neuter or a mediator facilitates the exchange between the disputants with the objective to re-establish a dialogue and ease international tensions and hostilities. By maintaining a channel of communication between the parties the mediation process allows for the renewal of the negotiations towards a peaceful resolution of the dispute. The majority of regional and universal multilateral instruments, such as the *Charter of the United Nations*, the *Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes* or the *Pact of the League of the Arab States* for instance, refer to mediation as one of the principal mechanisms for resolving international disputes. The flexible, confidential, and informal nature of the mediation process (Tavadian, 2021, p. 121.) is what makes it an effective and adaptable conflict management tool. The role of a mediator can be filled by individuals such as former and incumbent Secretaries-General of the UN, states, intergovernmental organizations, non-governmental organizations, representatives of religious organizations such as the Catholic Church during the Beagle Channel conflict of 1979 or the missionaries of the Quaker Church during the Nigeria-Biafra conflict of 1967-1970 (Princen, 1995, p. 207.).

2. HISTORICAL OVERVIEW OF INTERNATIONAL MEDIATION

[1049] This section of the article discusses the appearance of mediation as an international dispute settlement mechanism as well as some of the most illustrious

192 *Id.* at para 101-102

193 *Ibid.*

examples of international mediation efforts by third parties, including states, Secretaries-General of the UN, and other prominent individuals.

[1050] International mediation received its first explicit endorsement as a means of dispute settlement in 1899 when the representatives of 26 countries gathered in The Hague to hold what is known today as the First Hague Peace Conference. The delegates met at the initiative of the Russian star Nicholas the 2nd. The meeting had two main goals: (i) to stop the proliferation of armaments in Europe; and (ii) to come up with new ways of settling disputes. Although its first objective was not attained, the conference did produce several declarations about the peaceful settlement of disputes. These declarations adopted during the Hague Peace Conference later resulted in the establishment of the Permanent Court of Arbitration or the model upon which the International Court of Justice was subsequently created. The necessity to use adjudication, arbitration or mediation as international dispute settlement mechanisms was the main accomplishment of The Hague Peace Conference. (Bercovitch, 2011, p. 15.).

[1051] Since then, many international conflicts have been resolved through mediation. As it appears from the cases described below, mediation attempts have been undertaken by a large spectrum of actors. These cases illustrate two points. First, they establish that mediation has played a key role in preventing major international conflicts. Second, they reveal that international mediation has been developing haphazardly. Mediation approaches have been inconsistent. For instance, the term 'mediation' has often been used to designate a variety of other third-party interventions, such as conciliation, inquiry, and negotiations. The so-called 'mediation' attempts have often consisted of a combination of third-party interventions. Most importantly, however, the cases also illustrate that, in many cases, the mediator was not independent, impartial, or neutral.

2.1 MEDIATIONS AND GOOD OFFICES BY UN SECRETARIES-GENERAL OF THE UN

[1052] The good offices and mediation roles of the Secretary-General in the prevention of conflicts and the peaceful settlement of disputes stem from the UN Charter and have been developed through practice since the establishment of the UN. The good offices and mediation roles can be undertaken at the Secretary-General's own initiative, in response to a request from one or more of the parties to a conflict or following a request from the Security Council or the General Assembly. The Secretary-General may either choose to take action himself or appoint special representatives and envoys to carry out good offices and mediation on his behalf. Numerous representatives of the Secretary-General also participate in peace talks or crisis diplomacy while overseeing UN political or peacekeeping missions in the field to assist countries and regions settle conflicts and disputes as well as diffuse tensions peacefully[194]. The following five examples leave no doubt that mediation – in the broad sense of the word – has played an essential role in preventing devastating escalations of international conflicts. Some of these conflicts such as the Cuban missile crisis had the potential of obliterating parts of the world.

194 'The Secretary-General and Mediation' available at https://peacemaker.un.org/peacemaking-mandate/secretary-general (consulted 13/09/2022)

Others, if not prevented, could have produced a spillover effect, and could have resulted in regional conflicts, leading to large-scale armed hostilities.

2.1.1 CUBAN MISSILE CRISIS MEDIATION

[1053] In 1962, U Thant, a former Burmese diplomat and the third Secretary-General of the UN mediated between Kennedy and Khrushchev the Cuban missile crisis – one of the most dangerous incidents of post-World War II history. He provided a channel of communication in the most critical moment of the conflict as well as an impartial point of reference to which both parties could respond positively, without losing face or appearing to concede or surrender. As the history of these troubled moments was written, U Thant received little recognition for his mediation efforts (Urquhart, 1987, p. 192-193.). However, in recognition of U Thant's intermediary services, President Kennedy has been quoted to say: "U Thant has put the world deeply in his debt[195]." Despite all, the role of the Secretary-General has been understated as the history of the crisis has been written, even though he was closely involved in assisting the parties to reach an agreement from the beginning of the escalation until the moment of the arms withdrawal weeks later[196].

2.1.2 BAHRAIN ARCHIPELAGO INQUIRY AND MEDIATION

[1054] In his memoir *View From the UN*, U Thant reflects on his experience mediating a dispute over the archipelago of Bahrain between Iran and the United Kingdom in 1970. Iran claimed that the archipelago is part of its territory and that the protection by the UK is what prevents the Shah from exercising his rights over Bahrain. The United Kingdom considered Bahrain to be a sovereign Arab state with which it had a special relationship. U Thant reached out and discussed with the Iranian and British Ambassadors to the UN the danger of the dispute escalating into an armed conflict. Following these discussions, in 1970, the Secretary-General received a formal request from Iran and later from the United Kingdom to mediate the dispute. He was asked to ascertain the true wishes of the people of Bahrain with respect to the future status of the archipelago. This was the first time in the history of the UN that the parties to a dispute entrusted it to the good offices of the Secretary-General by pledging to accept the findings of his personal representative provided that those findings were endorsed by the Security Council. Although U Thant's efforts averted a war in the Persian Gulf and his good offices eventually led to the independence of Bahrain (U Thant, 1977, p. 50.), U Thant acted more like a conciliator and arbitrator than a mediator.

2.1.3 IRAQ–IRAN MEDIATION AND FACT-FINDING

[1055] Between 1983 and 1988, at the request of the Security Council, Secretary-General Javier Perez de Cuellar mediated a peace deal between Iraq and Iran[197]. The Iran-Iraq War which lasted from 1980 to 1988 was a protracted armed conflict between

195 A Walter Dorn, "U Thant: Buddhism in Action" in Kent J Kille, ed, *The UN Secretary-General and Moral Authority: Ethics and Religion in International Leadership* (Washington, DC: Georgetown University Press, 2007) at 143.

196 A. Walter Dorn and Robert Pauk, Unsung Mediator: U Thant and the Cuban Missile Crisis, Diplomatic History, Vol. 33, No. 2 (April 2009). The Society for Historians of American Foreign Relations (SHAFR). Published by Wiley Periodicals, Inc., p.261 (available at https://walterdorn.net/pdf/CubanMissileCrisis-UnsungMediator_Dorn-Pauk_DiplHistory_Vol33No2_Apr2009.pdf).

197 Security Council Resolution 598: Iraq-Islamic Republic of Iran (1988), https://peacemaker.un.org/iraqiran-resolution598

the two neighboring states. In September 1980, Iraqi forces attacked western Iran along its border. Iraq's principal justification for the attack was the imperative to prevent Ruhollah Khomeini from exporting the new Iranian ideology to Iraq[198]. Fighting was ended by a 1988 cease-fire, though the resumption of normal diplomatic relations and the withdrawal of troops did not take place until the signing of a formal peace agreement on August 16, 1990[199]. In January 1987, Secretary-General Perez de Cuellar undertook a mediation initiative toward a peace settlement. Soliciting the support of all members of the Security Council in January 1987, he outlined several elements for their consideration. In July 1987, after extensive consultations, the Council adopted resolution 598 (1987)[200], which included Perez de Cuellar's recommendations. At the same time, at the request of the Security Council through Resolution 598, the Secretary-General also undertook a fact-finding regarding the use of chemical weapons in the Iraq-Iran war[201]. The ceasefire came into effect one year later. The success of the Secretary-General's mediation efforts was attributable to the support of the five permanent members of the Security Council[202]. It is noteworthy that the solution was not found by the parties but recommended by the mediator and was not really mediated but imposed on the parties by the Security Council. This is inconsistent with the principles of self-determination, impartiality, and neutrality that any mediation process should endeavour to observe.

2.1.4 POST-ELECTION VIOLENCE MEDIATION AND CONCILIATION IN KENYA

[1056] In December 2007, following the announcement of parliamentary election results in Kenya, violence erupted between ethnic groups, resulting in killings, rapes, and destruction of property. Fearing a large-scale ethnic massacre reminiscent of the Rwandan genocide, the international community began searching for a way to mediate the crisis. The chair of the African Union requested former Secretary-General Kofi Annan to mediate between belligerent parties. As the post-election violence in the country intensified, president-elect Kibaki and his rival Odinga agreed to a mediation team of African leaders under the lead of Kofi Annan (Anan, 2012, p.186-188.). Nearly seven weeks, multiple unsuccessful negotiation attempts and over 1000 deaths later, on February 14, 2008, Kofi Annan's mediation team brokered a political settlement "necessary to promote national reconciliation and unity" (Anan, 2012, p.199.). Averting a widespread ethnic conflict, the creation of Truth, Justice and Reconciliation Commission as well as a national referendum approving a new constitution which would change the face of Kenyan politics were among the major points negotiated and agreed upon with the assistance of Kofi Annan. However, Kofi Annan's interventions were not exclusively mediation; they had some aspects of conciliation.

198 Hadeel Oueis, 'Iraqi Christians want a stronger state and weaker militias', (24 April 2022), The Jerusalem Post. Accessible at https://www.jpost.com/opinion/article-704986

199 Britannica, The Editors of Encyclopedia. 'Iran-Iraq War'. Encyclopedia Britannica, (15 Oct. 2021), accessible at https://www.britannica.com/event/Iran-Iraq-War. (Accessed 13/09/2022.)

200 SC Res 598 (1987), UNSCOR, 42nd Year, UN Doc S/RES/598 (1987) 5.

201 *Ibid.*

202 'Iran-Iraq UNIIMOG', https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/past/uniimogbackgr.html (Accessed 13/09/2022)

2.1.5 FALKLAND ISLANDS MEDIATION

[1057] In 1982, Secretary-General Javier Pérez de Cuéllar mediated the Falkland Island conflict between the United Kingdom and Argentina (Pérez de Cuéllar, 1997.). Pérez de Cuéllar was able to engage in mediating disputes involving the permanent Security Council members, something that had bewildered his predecessors, U Thant, and Kurt Waldheim[203]. In 1982, during his first year in office, Pérez de Cuéllar attempted to broker a peace deal between the British and the Argentinian governments over the Falkland Islands, (known as Islas Malvinas in Argentina), after Buenos Aires invaded the archipelago. Although this mediation ultimately failed, a British diplomat involved in the talks recollects that the British government was impressed by the Secretary-General's mediation efforts[204]. One of the reasons for the impasse this mediation faced was the competing interests of other parties. Specifically, the United States and Peru were heavily invested in their own attempted and unsuccessful mediations between UK and Argentina. These two governments' mediation efforts were undoubtedly self-serving and, in the case of the United States, uncoordinated with and unsupportive of the UN mediation initiative as Pérez de Cuéllar reflects in his memoir *Pilgrimage for Peace* (Pérez de Cuéllar, 1999.). The failed mediation initiatives by both the UN and the third countries such as the United States, illustrate the difficulty for the UN Secretary-General to act as a truly neutral and independent mediator in conflicts involving a permanent member of the Security Council.

2.2 MEDIATIONS BY THIRD STATES, RELIGIOUS INSTITUTIONS, AND DIGNITARIES

[1058] Whilst cases mediated by the Secretary-General of the UN are well-known to the wider public, the three cases described below support the argument that states, religious leaders, dignitaries, and other influential individuals have also played an instrumental role as mediators in complex conflicts.

2.2.1 CAMP DAVID MEDIATION AND CONCILIATION BETWEEN EGYPT AND ISRAEL

[1059] In March 1979, Egyptian President, Anwar el Sadad, and Israeli Prime Minister, Menachem Begin, signed a peace treaty in Washington D.C. President Jimmy Carter, who presided over the signing, had dedicated in the previous two years a substantial amount of time, efforts, and resources to mediating a peace deal in the Middle East. Carter's mediation of the settlement was praised worldwide as a historic achievement in addressing multiple unresolved issues and bringing peace to the region. Jimmy Carter's mediation, however, did not attain a comprehensive solution to the Arab-Israeli conflict, and the US President ultimately resigned to dropping the most concerning and obdurate point of the discussion, the Palestinian question (Princen, 1995, p. 69.). The inability to tackle this most critical question upon which any lasting peace deal in the Middle East would depend raises questions about the impartiality and neutrality of the mediator when he is the president of a third country that has vested interests in the conflict. As the President of the United States, Jimmy Carter also had a personal interest to resolve

203 Richard Gowan, "Remembering Javier Pérez de Cuéllar's "Piecemeal" Approach to UN Peacemaking", International Crisis Group (6 March 2020) accessible online at: https://www.crisisgroup.org/global/remembering-javier-perez-de-cuellars-piecemeal-approach-un-peacemaking

204 *Ibid.*

the conflict through mediation. From the beginning of his presidency in 1977, he regarded peace in the Middle East as a major foreign policy objective. In line with his strategic goals, Carter publicly outlined his idea of a fair settlement. The Carter proposal called for an Israeli withdrawal to the 1967 lines, for the establishment of a Palestinian homeland in Gaza and the West Bank, and for a normalization of Israeli-Arab relations. The plan was promptly rejected by the Israeli Prime Minister despite the US being largely perceived as the benefactor of Israel (Princen, 1995, p.71-72.). The importance of American foreign aid and investment in both parties accounted for a negotiation dynamic, compelling the parties to negotiate not only with each other but also with the mediator. As might be expected, the principles of neutrality, independence, and impartiality are seriously undermined when the mediator is a governmental official of a third state with strategic interests in the outcome of the process. History bears witness that agreements reached under such conditions tend to be short-lived. Unsurprisingly, the UN General Assembly rejected the Camp David Accords because the agreements were concluded without the participation of the United Nations and the Palestinian Liberation Organization (PLO) and did not comply with the Palestinian right of return and right to self-determination. In December 1978, the UN General Assembly reiterated in the Resolution 33/28A that the Framework for peace agreements would only be valid if they were consistent with the framework of the United Nations Charter and its resolutions, including the Palestinian right of return and Palestine's right to sovereignty, and concluded with the participation of the PLO[205].

2.2.2 IRANIAN HOSTAGE CRISIS MEDIATION BETWEEN THE UNITED STATES AND IRAN

[1060] Another significant conflict resolved through mediation by a third State was the Iranian Hostage Crisis. After Shah Mohammad Reza Pahlavi was overthrown, he was admitted to the U.S. to undergo cancer treatment. The United States welcomed the former leader of Iran, upsetting the Iranian population and its government. In January 1979, 400 Iranian students broke into the American embassy in Tehran, taking 63 hostages. Iran demanded Shah's return to stand trial for crimes that he had allegedly committed during his reign. Shah was accused of crimes against Iranian citizens with the help of the Iranian secret police. Iran requested Shah's extradition in exchange for the embassy hostages. The United States refused to comply with the request and accused the Iranian government of a blatant violation of international law, and more specifically the principles of diplomatic immunity as defined by the Vienna Convention[206].

[1061] Algeria proposed to mediate the dispute. The Algerian Government set up a team of high-ranking officials and members of the Algerian intelligence whose objective was to maintain a channel of communication between the American and the Iranian governments in an effort to conduct shuttle mediation of the hostage crisis[207]. These

205 UNGA, 7 December 1978, Resolution 33/28 A. Question of Palestine Archived 11 January 2014 at the Wayback Machine (doc.nr. A/RES/33/2

206 Arslan Chikhaoui, (January 2021) '40 Years Later: The Role of Algerian Diplomacy During the Iran Hostage Crisis'. *NESA Center for Strategic Studies,* accessible at: https://nesa-center.org/40-years-later-the-role-of-algerian-diplomacy-during-the-iran-hostage-crisis/

207 Bart Barnes, (March 2011) 'Former secretary of state Warren Christopher dies at 85', *Washington Post* accessible at: https://www.washingtonpost.com/local/obituaries/former-secretary-of-state-warren-christopher-dies-at-85/2010/09/21/ABCPk6t_story.html

efforts led to the Algiers Accord signed by the parties on 19 January 1982. As a result of this agreement brokered by the Algerian team of mediators, American hostages were released on 27 January 1981. Some of the main provisions of the Algiers Accord stipulated that the US would not intervene politically or militarily in Iranian internal affairs and would remove the freeze on Iranian assets and trade sanctions against Iran[208]. The agreement reached by the parties was based on the course of action proposed by the Algerian negotiators, which transformed the Algerian intervention into a form of conciliation. Throughout the mediation process, it was clear to all parties that the Algerian government had vested interests in the outcome of the process and was not entirely neutral[209].

2.2.3 BEAGLE CHANNEL CONFLICT MEDIATION BETWEEN ARGENTINA AND CHILE

[1062] An interesting case when mediation was conducted not by a State but by a religious institution is the Beagle Channel conflict. In 1971, the Beagle Channel dispute between Chile and Argentina was submitted to binding arbitration under the auspices of the United Kingdom government, following an Arbitration Agreement signed in 1977 by President S. Allende of Chile and President A. Lanusse of Argentina. In May 1977, the tribunal ruled that the Beagle Islands belonged to Chile. On 25 January 1978, Argentina rejected the arbitration decision[210] and on 22 December 1978, in a show of power and determination, Buenos Aires commenced a military advance towards the Chilian border, only to withdraw its troops several hours later. Following Argentina's near invasion of Chile on December 23, 1978, the new Pope John Paul II, who was ordained merely two months earlier, began seeking a mediated solution to the Beagle Channel dispute. Even though the Chilean government's position appeared to be favoured by the principles of international law, the militarily more powerful Argentina had vehemently opposed any concessions[211]. To legitimize its credibility as a mediator, the Vatican relied primarily on its religious authority as a spiritual sovereign in the Catholic realm. Despite numerous obstacles, the Papal mediation team managed to secure tentative concessions in caucuses which were later incorporated into the final version of the treaty (Princen, 1995, p. 174-175.). In October 1984, following a five-year mediation effort by Pope John Paul II, Argentina and Chile signed a protocol in Rome which ended a century-old border dispute over land and sea rights at the tip of South America[212].

208 Full Text of the Algiers Accord available at https://www.parstimes.com/history/algiers_accords.pdf

209 Marvine Howe, (26 January 1981) 'Wary Algeria Edged into Pivotal Role', *New York Times,* accessible at: https://www.nytimes.com/1981/01/26/world/wary-algeria-edged-into-pivotal-role.html

210 'Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel 1977', Reports of International Arbitral Awards. Vol. XXI, (United Nations, 2006). Accessible at: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXI/53-264.pdf

211 Martin Anderson, (19 October 1984) 'Chile, Argentina Sign Protocol on Beagle', *Washington Post* accessible at: https://www.washingtonpost.com/archive/politics/1984/10/19/chile-argentina-sign-protocol-on-beagle/f8e5a9db-f01c-4a5a-9691-f91861c095eb/

212 The success of the mediation and the increasing willingness of Argentina to reach a mediated solution to the Beagle dispute was partially on account of the unfolding Falkland Island conflict to which Argentina was also a party.

3. TOWARDS A PERMANENT INTERNATIONAL MEDIATION BODY

[1063] The cases described above demonstrate that the third parties who intervened as mediators were not always consistent in their approach and often did not observe the fundamental principles of mediation, which include independence, impartiality, and neutrality. The notions of neutrality and impartiality are often confounded and used interchangeably in academic literature. We refer to neutrality as defining the relationship between the mediator and the outcome of the mediation process. Impartiality, on the other hand, is the lack of preference or bias by the mediator towards the parties to the mediation. The independence of the mediator refers to the fact that he or she does not depend on either party in any way: financially, politically, hierarchically, emotionally etc. Naturally, neutrality and impartiality are prerequisites for independence.

[1064] In a conflict opposing two countries, one would be hard-pressed to find a third country that would have no interests whatsoever in the outcome of the dispute to play the role of a mediator. The interests of any State are so varied and multifaceted that it almost always has some interest in the outcome of any international conflict. This reality deprives states of the essential characteristics of a mediator, which are independence, impartiality, and neutrality. In conventional mediation, the independence, neutrality, and impartiality of the mediator are based on the assumption that the parties have no pre-existing relationship with him or her. This presumption is inoperable when the mediator is a State. In the mediation between Israel and Egypt by US President Carter, the American interest in promoting peace and stability in the Middle was clearly articulated as a priority on the US foreign policy agenda. This was an element of a larger national security and economic agenda for the US government. Moreover, the success of the mediation was perceived as having a bearing on the approaching US presidential election of 1980 (Piercen, 1995, p. 100-101.).

[1065] In the case of the Algerian mediation of the Iranian Hostage Crisis, the role of a peace broker was a point of international prestige and a source of political capital with the aim of securing the American endorsement of the Algerian position with regard to the conflict in Western Sahara. At the time of the hostage crisis, the Algerian government was supporting guerrillas in the Western Sahara who were fighting against the annexation of the territory by Morocco[213]. Moreover, Algeria unambiguously expressed its aspiration to help reinforce the Iranian Islamic revolution by preventing an escalation of the crisis between the US and Iran[214]. Consequently, the Algerian government had clear interests in the outcome of the conflict between the two governments.

[1066] The neutrality and independence of the UN Secretary-General is an interesting topic for separate in-depth research. As per the UN Charter, the Secretary-General, and his staff are not permitted to seek or receive instructions from any government. They must abstain from any action that might negatively reflect on their position as international officials. Each member State of the UN also has an obligation to respect

213 Marvine Howe, (26 January 1981) 'Wary Algeria Edged into Pivotal Role', New York Times, accessible at: https://www.nytimes.com/1981/01/26/world/wary-algeria-edged-into-pivotal-role.html

214 *Ibid.*

the exclusively international character of the responsibilities of the Secretary-General and his staff and not to seek to influence them in the discharge of their responsibilities[215]. Even though the UN charter unambiguously requires the Secretary-General to be independent in the performance of his duties, such independence is illusory considering that he is appointed by the General Assembly on the recommendation of the Security Council for a five-year term in office with the possibility of reelection for a second term[216]. Any permanent member of the Security Council may veto the reelection of the Secretary-General for a second term. Hence, in practical terms, the UN Secretary-General is only truly independent from permanent members of the Security Council after his reelection for a second term or only during his last five years in office[217]. This is a significant limitation to the Secretary-General's suitability to be a mediator, particularly in conflicts where permanent members of the Security Council have vested interests or are parties to a conflict. However, even if none of the Security Council's permanent members is directly involved in a particular conflict, their interests in and alliances with the disputing parties can become a source of undue influence affecting the independence of the Secretary-General as a mediator.

[1067] Furthermore, as recent events have demonstrated, the Secretary-General can lose his neutrality and disqualify himself as a mediator by taking a stance on a specific conflict. For instance, during a Security Council meeting in May 2022 Secretary-General Antonio Guterres condemned the actions of a permanent member of the Security Council by describing Russia's invasion of Ukraine as "a violation of [Ukraine's] territorial integrity and of the Charter of the United Nations" and characterizing the war as "senseless in its scope, ruthless in its dimensions and limitless in its potential for global harm"[218]. While the content of the statement may sound morally justified, the Secretary-General disqualified himself as a mediator by taking a position on the conflict.

[1068] Spiritual leaders or religious institutions, including the Pope, cannot be credible mediators either particularly when the parties to the conflict do not belong to the same faith. The impartiality and neutrality of the Vatican were not challenged in the Beagle Channel mediation because both conflicting parties were Catholic countries. However, a representative of the Catholic Church would be an unlikely candidate to mediate a conflict between groups belonging to different religious affiliations.

[1069] We have seen that third countries, UN Secretaries-General, religious leaders, and other dignitaries can successfully mediate conflicts; however, their independence, impartiality, and neutrality can be easily challenged. The establishment of a permanent and independent mediation body would effectively address these concerns.

[1070] In May and June 1999, on the occasion of the celebration of the 100th anniversary of the first International Peace Conference, an Expert Meeting and a

215 Charter of the United Nations, 26 June 1945, Chapter XV, Art.100. Accessible at: https://www.un.org/en/about-us/un-charter/chapter-15

216 Terms of Appointment of the Secretary-General, GA Res 11 (I), UNGAOR, 1st Year, UN Doc A/RES/11(I) (1946) 14, para. 3.

217 Even though art. 97 of the Charter does not explicitly limit the appointment of the Secretary-General to two terms, a practice of limiting his service to a maximum of two terms in office has evolved over years since 1945.

218 Official Records of the UN Security Council, minutes of the 9027th meeting of the Security Council, UN Doc. S/PV.9027 (5 May 2022) p. 2

Conference were held in The Hague and then in Saint Petersburg. The agenda of topics discussed during the two conferences in 1999 was wide and included items such as the nonproliferation of a variety of weapons, internal armed conflicts, civil society, and humanitarian law. More interestingly, however, the peaceful settlement of international disputes and conflict prevention, where mediation figured most prominently, were given special attention[219]. Unfortunately, these gatherings stopped short of recommending the institutionalization of mediation. Although international mediation received its first explicit endorsement over 100 years ago (at the same time as arbitration and before judicial adjudication), actual steps towards institutionalizing the practice of mediation are yet to become a reality. International arbitration and adjudication reaped enormous benefits from their institutionalization. They gained prestige, consistency of approach, procedural clarity, and credibility as an independent dispute resolution mechanism. The proliferation of international courts and arbitration tribunals during the last century supports the proposition that institutionalization enhances not only their accessibility but also the perceived legitimacy and public awareness of dispute resolution mechanisms. The institutionalization of international mediation will no doubt lead to the same benefits. The importance of mediation has been recognized and emphasized multiple times by world leaders, UN General Assembly, UN Security Council, UN Secretaries-General, through resolutions, recommendations, mediation initiatives, expert meetings and conferences since mediation was first articulated as an international conflict settlement tool during the first Hague Peace Conference in 1899 and subsequently included in art. 33 of the UN Charter. If there is political will for its use and shared belief in its effectiveness in managing conflicts, what prevents the process of institutionalization of international mediation through the creation of a permanent international mediation body?

[1071] The institutionalization of mediation will equip the international community with a permanent, body staffed by professional mediators independent from any government, religious institution, or interest group. Mediators with no vested interests will be truly impartial and neutral. The case studies described above illustrate that mediation is often requested at the initiative of a third party as opposed to one of the belligerent parties. This can be explained by the dynamics of international conflicts. Because of the informal nature of the mediation process, if one of the disputing parties proposes mediation, their invitation could be construed as a sign of weakness. The institutionalization of mediation will trigger a cultural change, making it less prejudicial to refer disputes to mediation. It will simplify the referral of disputes to mediation and allow disputing parties to appoint a mediator without losing face. Institutionalization will also make procedural steps for requesting mediation transparent, consistent, and foreseeable. The proposed institutionalization could be accompanied by other measures, such as making mediation a mandatory step that the parties must exhaust before initiating legal proceedings. Once mediation proves to be unsuccessful, the parties could then turn to litigation.

219 "Outcome of the celebrations of the Centennial of the First International Peace Conference: Report on the conclusions", Annex to the Letter dated 10 September 1999 from the Permanent Representatives of the Netherlands and the Russian Federation addressed to the Secretary-General, UN Doc. A/54/381 (21 September 1999). www.un.org/law/cod/sixth/54/english/hague.htm (Consulted 26/07/2022)

[1072] The establishment of a permanent mediation body would also provide the advantage of expediting the dispute resolution process by significantly shortening delays caused by the negotiating and signing of pre-mediation agreements between the disputing parties. Such agreements are normally concluded before the mediation process begins[220]. However, the delays resulting from this step of the process would be avoided through voluntary adhesion to a permanent mediation institution. Gaining time is an advantage that cannot be underestimated as most conflicts have escalation points of no return after which mediation is less likely to be effective. The time required to identify and appoint a mediator as well as to negotiate and sign a pre-mediation agreement can often be a decisive factor and make a difference between peaceful resolution and armed hostilities.

[1073] Establishing a permanent body for international mediation is infinitely easier than setting up an international court or tribunal. States perceive the act of accepting the jurisdiction of an international court and tribunal as encroaching on their sovereignty. For instance, only 73 out of 193 member states of the UN and one permanent member of the Security Council have thus far accepted the compulsory jurisdiction of the ICJ. The United States withdrew its acceptance of the ICJ's compulsory jurisdiction in 1985 after the ICJ issued an unfavourable judgment against the US in a case relating to its military intervention in Nicaragua[221]. Becoming a member of a permanent body for international mediation does not entail the acceptance of any compulsory jurisdiction or relinquishment of sovereignty. The very nature of the mediation process with its principle of self-determination would serve as an incentive for all states to become signatories of a new universal mediation body.

[1074] The proposed institutionalization would also enable the codification of the mediation process and the professionalization of its practice. It would foster research and development of the process and practice of mediation. Such an international organization would become the reference point for building and sharing expertise in mediation, which could in the long run transform mediation into a primary dispute settlement mechanism.

[1075] For all these reasons, a permanent mediation institution is the solution to having dependable, legitimate, apolitical, neutral, impartial, independent, and qualified mediation teams ready to intervene on short notice.

[1076] The structure of the universal mediation institution, which we propose, can draw inspiration from the structure of the Permanent Court of Arbitration. To guarantee its independence, neutrality, and impartiality, the new permanent mediation organization should be an entity independent from all states and the United Nations System. A more detailed structure for such a body exceeds the scope of this article and can be the subject of a separate study.

220 Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America on the establishment of a mediation procedure regarding the Pacific Salmon Treaty. Montreal, 11 September 1995, 2029, UNTS 307.

221 Scott R. Anderson, (October 9, 2018) 'Walking Away from the World Court', *Lawfare,* Accessible at: https://www.lawfareblog.com/walking-away-world-court

CONCLUSION

[1077] Mediation is recognized as one of the most effective dispute-resolution mechanisms. Many important international conflicts and humanitarian disasters have been prevented or resolved through mediation. However, unlike other conflict resolution tools, such as arbitration and adjudication, the practice of mediation lacks consistency in approaches and standards of practice. An analysis of international conflicts resolved through mediation in recent history reveals that the international community does not currently have a permanent body staffed with independent, impartial, neutral, and qualified mediators ready to intervene on short notice. High-profile mediators, such as UN Secretaries-General, governmental officials, and other dignitaries often do not fulfill the requirements of independence, impartiality, and neutrality as they often have vested interests.

[1078] Institutionalizing international mediation would ensure a reasonable degree of standardization of mediation practices and guarantee the independence, impartiality, and neutrality of mediators. Establishing a permanent mediation institution would give rise to codified procedures, and consistent practices, which in turn would increase the procedural transparency and legitimacy of mediation as effective dispute resolution mechanisms. Moreover, institutionalization will also promote research and academic literature in international mediation, while bringing about further professionalization of the field. More importantly, a permanent mediation body would render this mechanism more accessible to disputing parties, ultimately resulting in a greater number of conflicts being settled and international crises being averted through mediation.

[1079] This article will hopefully generate interest in this topic and entice researchers to study and propose institutional structures and functioning of a permanent mediation body.

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

Monographs:

ANNAN, K. Interventions: A Life in War and Peace, London, Penguin Books, 2012

BERCOVITCH, J. Theory and Practice of International Mediation, New York, Routledge, 2011

COLLIER, L and LAWE, V. Settlement of Disputes in International Law, London, Oxford University Press, 2000

MERRILLS, J. G. International Dispute Settlement (Third eds.), United Kingdom, Cambridge University Press, 2000

PEREZ DE CUELLAR, J. Pilgrimage for Peace: A Secretary-General's Memoir, New York, St. Martin's Press, 1997

TAVADIAN, A. United Nations: Law Politics and Practice, Toronto, Irwin Law, 2021

THANT, U. View from the UN, London, David and Charles Publishers, 1977

URQUHART, B. A Life in War and Peace, New York, Harper, and Row Publishers, 1987

Articles:

ANDERSON, M., "Chile, Argentina Sign Protocol on Beagle", (19 October 1984) Washington Post. Accessible at: https://www.washingtonpost.com/archive/politics/1984/10/19/chile-argentina-sign-protocol-on-beagle/f8e5a9db-f01c-4a5a-9691-f91861c095eb/

ANDERSON, S. R., "Walking Away from the World Court", (October 9, 2018), *Lawfare,* Accessible at: https://www.lawfareblog.com/walking-away-world-court

BARNES, B., "Former secretary of state Warren Christopher dies at 85", (March 2011), Washington Post. Accessible at:https://www.washingtonpost.com/local/obituaries/former-secretary-of-state-warren-christopher-dies-at-85/2010/09/21/ABCPk6t_story.html

CHIKHAOUI, A., "40 Years Later: The Role of Algerian Diplomacy During the Iran Hostage Crisis", (January 2021), NESA Center for Strategic Studies, accessible at: https://nesa-center.org/40-years-later-the-role-of-algerian-diplomacy-during-the-iran-hostage-crisis/

DOEN, W. and PAUK, R., "Unsung Mediator: U Thant and the Cuban Missile Crisis", (April 2009), Diplomatic History, Vol. 33, No. 2. The Society for Historians of American Foreign Relations (SHAFR). Published by Wiley Periodicals, Inc., p.261. Available at https://walterdorn.net/pdf/CubanMissileCrisis-UnsungMediator_Dorn-Pauk_DiplHistory_Vol33No2_Apr2009.pdf.

GOWAN, R., "Remembering Javier Pérez de Cuéllar's "Piecemeal" Approach to UN Peacemaking", (6 March 2020), International Crisis Group. Accessible at: https://www.crisisgroup.org/global/remembering-javier-perez-de-cuellars-piecemeal-approach-un-peacemaking

LAUCIRICA, J.O., "Lessons Learnt from Failure: The Falkland/Malvinas Conflict", 2000, Seton Hall Journal of Diplomacy, and International Relations. p. 79-95. Accessible at: https://ciaotest.cc.columbia.edu/olj/shjdir/v1n1/shjdir_v1n1e.pdf

OUEIS, H., 'Iraqi Christians want a stronger state and weaker militias', (24 April 2022), The Jerusalem Post. Accessible at https://www.jpost.com/opinion/article-704986

The Editors of Encyclopaedia Britannica, "Iran-Iraq War", (15 Oct. 2021), Encyclopedia Britannica, accessible at https://www.britannica.com/event/Iran-Iraq-War.

Chapter in a collective work:

DORN, W., “U Thant: Buddhism in Action” in Kent J Kille, (ed.), The UN Secretary-General and Moral Authority: Ethics and Religion in International Leadership, Washington, DC, Georgetown University Press, 2007, p. 143-186.

Primary Sources:

ALGIERS ACCORDS, Full Text of the Algiers Accord available at https://www.parstimes.com/history/algiers_accords.pdf

GOVERNMENT OF CANADA, Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America on the establishment of a mediation procedure regarding the Pacific Salmon Treaty. Montreal, 11 September 1995, 2029, UNTS 307.

ICSID, International Centre for the Settlement of Investment Disputes the Convention, 575 U.N.T.S. 159, in ICSID Convention, Regulations and Rules, Doc. ICSID/15 (Jan. 1985).

THE HAGUE CONVENTION, Convention for the Pacific Settlement of International Disputes (The Hague Convention I), 26 September 1928.

UNITED NATIONS, Charter of the United Nations, 26 June 1945.

UN GENERAL ASSEMBLY, Manila Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes, GA Res 37/10, UNGAOR, 37th Sess, UN Doc A/Res/37/10 (1982) 261

UN SECURITY COUNCIL, Agenda for Peace, Report of the Secretary-General pursuant to the statement adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992, UNGAOR, 47th Sess, UN Doc A/47/277 (1992) 1 p. 23-25.

UN GENERAL ASSEMBLY, Declaration on Fact-finding by the United Nations in the Field of the Maintenance of International Peace and Security, GA Res 46/59, 46th Sess, UN Doc A/Res/46/59 (1991) 290.

UNITED NATIONS OFFICE OF LEGAL AFFAIRES, Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes between States (New York: United Nations Publication, 1992).

UN SECURITY COUNCIL, Security Council resolution 598 (1987) [requesting the Secretary-General to dispatch observers to supervise the cease-fire between Iraq and the Islamic Republic of Iran] SC Res 598 (1987), UNSCOR, 42nd Year UN Doc S/RES/598 (1987) 5.

UN GENERAL ASSEMBLY, 7 December 1978, Resolution 33/28 A. Question of Palestine (doc.nr. A/RES/33/28).

UNITED NATIONS, Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel 1977', Reports of International Arbitral Awards. Vol. XXI, (United Nations, 2006). Accessible at: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXI/53-264.pdf.

UNITED NATIONS, Outcome of the celebrations of the Centennial of the First International Peace Conference: Report on the conclusions", Annex to the Letter dated 10 September 1999 from the Permanent Representatives of the Netherlands and the Russian Federation addressed to the Secretary-General, UN Doc. A/54/381 (21 September 1999). www.un.org/law/cod/sixth/54/english/hague.htm (Consulted 26/07/2022).

UN SECURITY COUNCIL, SC Res 2171 (2014), UNSCOR, 69th Year, UN Doc S/RES/2171 (2014) 1 at para 11; Strengthening the role of mediation in the peaceful settlement of disputes, convict prevention and resolution, GA Res 70/304, UNGAOR, 70th Sess, UN Doc A/RES/70/304 (2016).

UNITED NATIONS, Terms of Appointment of the Secretary-General, GA Res 11 (I), UNGAOR, 1st Year, UN Doc A/RES/11(I) (1946).

UNITED NATIONS, 'Developing Guidance for Effective Mediation', Report drafted by the Planning and Analysis Team, Operations Service, Conflict Prevention Centre of OCSE on the issues discussed in a two-day workshop held in Jeddah, Saudi Arabia on 3 and 4 April 2012. (December 2012) https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/DevelopingGuidanceEffMediation_ROs.pdf

UNITED NATIONS, Perspectives of the UN and Regional Organizations on Preventive and Quiet Diplomacy, Dialogue Facilitation and Mediation: Best Practices from Regional Organizations", Report drafted by the Planning and Analysis Team, Operations Service, Conflict Prevention Centre of OCSE on the issues discussed in a two-day workshop held in Vienna, Austria on December 6 and 7, 2010. (February 11, 2011) https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/PerspectivesonPreventiveandQuietDiplomacy_OSCE2011_0.pdf

UNITED NATIONS, 'Regional Organizations in Conflict Mediation: Lessons of Experience and Cooperation with the United Nations.' report on the issues discussed during the third and fourth meetings of Regional, Subregional and other International Organizations on Preventive Diplomacy and Mediation hosted respectively by the League of Arab States (LAS) in Cairo on 5-6 February 2014, and the European Union (EU) in Brussels on 6-7 May 2015, co-organized by the United Nations (UN) and the LAS and the EU respectively, in collaboration with the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) and the Organization of Islamic Cooperation (OIC). Available at https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/OSCE_ThirdFourthMeetingRegOrgs_2016_0.pdf

Websites:

United Nations Peacemakers https://peacemaker.un.org

UNIMOG https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/past/uniimogbackgr.html

UN Secretariat Documentation https://research.un.org/en/docs/secretariat/sg