

# Risky Business: Why Family Mediator-Arbitrators Should Take Risk Screening Seriously

A recent Ontario Superior Court of Justice decision illustrates the need for clearer guidelines for “screening for power imbalances and domestic violence”, a mandatory component of Ontario family arbitration. It also demonstrates the benefits for parties, lawyers and arbitrators in understanding that some methods of screening are more effective than others; and in ensuring that screening is done in accordance with the best practices before the mediation in a mediation-arbitration.

## Important case on “screening” in family mediation-arbitration

A recent Ontario S.C.J. decision illustrates the need for clearer regulation of “*screening for power imbalances and domestic violence*”, a mandatory component of Ontario family arbitration. [Regulation 134/07](#).

It also demonstrates that notwithstanding the latitude permitted family arbitrators under the regulation, screening should be done by the mediator-arbitrator, and not the parties’ lawyers, before mediation begins.

*Screening* is a form of early triage to identify those cases where private dispute resolution is not likely to be fair, effective or safe.

[Docherty v Catherwood](#) is a trial decision that followed a failed mediation-arbitration.

The arbitrator, a highly respected retired judge, began mediation in a mediation-arbitration before both parties had been screened for power imbalances and domestic violence. The lawyers—both very experienced—had provided certificates of Independent Legal Advice as required. The husband’s lawyer certified that the husband

“had been” screened; the wife’s lawyer certified that the wife “would be” screened. All of the above is permitted under the regulation.

Three months and many tens of thousands of dollars later, when the mediation failed and the parties were preparing for arbitration, the wife met with a respected screening specialist. She identified the wife as a procedurally vulnerable victim of domestic violence and recommended against arbitration.

The arbitrator resigned and the parties went to trial. The judge found that the wife was victimized by violence, often in the presence of the children and awarded her custody. (Mr. Docherty was successful on all other issues and awarded substantial time with the children.)

If the screening had been done differently, could the entire costly process have been avoided? Was the case ever appropriate for private med-arb? Ought it to have been



Hilary Linton, J.D.,  
LL.B., LL.M. (ADR),  
Acc. FM

*Hilary is a Toronto lawyer, mediator, arbitrator and adjunct law professor. Her company, Riverdale Mediation Ltd., specializes in designing fair, safe and empowering client-focused ADR processes, including mediation, arbitration, med-arb and parenting coordination. She is also the President of Toronto’s provider of free and subsidized family mediation services (mediate393 inc.). Hilary writes and speaks extensively on issues of mediation, arbitration, negotiation power, family violence, and dispute resolution process design. Hilary is past-chair of the ADR section of the Ontario Bar Association and a past-director of the Ontario Association of Family Mediation.*

screened back into court from the start?

*Docherty* is not the first SCJ case to deal with this topic. Screening was discussed at length in *Wainwright v Wainwright* (2012), a seminal decision on the process, its purpose and the best way to do it. (*Wainwright* was not mentioned in *Docherty*.)

There are good reasons for parties to try mediation, arbitration or med-arb. The record is private, and it can be fast. In med-arb, if the case does not settle, the same trusted professional will make a decision based on evidence and in a process the parties have designed.

However, if there is a significant imbalance of negotiation power, particularly one that arises from violence, private dispute resolution can be dangerous, ineffective and needlessly expensive.

Risks include processes that do not meet the parties’ needs; inaccurate assessments of credibility (because victims of violence can



be difficult people) which can be highly prejudicial in the intimate context of mediation and arbitration; outcomes that are coerced; a party, child, lawyer, or mediator/arbitrator being threatened, harmed or killed; or simply expensive, failed processes.

These risks are present even when the parties have lawyers. Unlike arbitrators, lawyers have no duty to take screening training. There are legitimate barriers between lawyer and client when it comes to disclosing such things as mental illness, depression, a history of violence. (Read [this story](#) for more.)

Regulation 134/07 requires arbitrators to be trained to identify the types of family violence; the factors and behaviours that predict post-separation harm or murder; the steps to take when a mediator-arbitrator believes such risks are present; and the ways to support both parties in finding a process that will be better for them (“safe termination”). It requires family arbitrators to certify that they have screened the parties themselves or that someone else has done the screening. Family arbitrators must pay attention to the results of the screening process throughout the arbitration.

## Why is screening essential in family arbitration?

1. Domestic homicides increase exponentially at separation. A legal consultation alone increases the chance that an abused spouse will be murdered. Adversarial processes escalate risk further.
2. Arbitrators provide a private service with a hefty price tag. It requires parties to opt out of many rights: a court hearing with full appeal options, a public record, security, access to quick restraining orders, easy enforceability of orders, access to family court support (domestic violence) workers, the authority of a sitting judge, access to duty counsel, access to free or heavily subsidized court-connected mediation that includes extensive screening, and other features that benefit the vulnerable.
3. Once a party agrees to arbitrate, they cannot change their mind. In a med-arb, they can quit the mediation— but not the

arbitration unless both consent.

Since family arbitration screening was mandated many mediator-arbitrators have relied on the lawyers to certify that their clients were screened. This is a poor practice. Lawyers meet only their own clients; the arbitrator cannot meaningfully “consider the results of the screening”; and confidentiality cannot be maintained if each lawyer is reporting results of screening to the arbitrator. Any violation of screening confidentiality can put a client’s safety at risk.

Those of us who do our own screening (everyone who is an accredited family mediator must screen) we find it makes for a much better process for everyone. We meet each client confidentially, before taking the case, to learn what each person needs procedurally to fully participate. If our risk assessment suggests the case is not suitable for med-arb, we will refer the parties to a process that we feel is better suited to them. Screening is supportive of each person; non-judging, non-fact-finding and purely focused on risk assessment and safety planning.

Can confidential meetings with mediation clients who may become arbitration clients lead to a biased arbitrator? Probably not; it really is no different from caucusing, something we all do routinely. And if it does, I would argue that the case is probably inappropriate for private med-arb.

Those mediator-arbitrators who are uncomfortable with the idea should, as a second-best option, send both clients to the same respected third party screener, and receive a *confidential* report from that person, rather than rely on counsel.

## Risks of family lawyers screening their own clients under the Arbitration Act Regulation

Those of us working in family law can count on one thing never changing: we are in a danger zone.

The percentage of separations involving some form of family violence/abuse has remained steady at about 50%. The num-

bers are higher among cases in court. There are more cases still involving violence plus mental illness, job loss, substance abuse, depression or other significant imbalance of negotiation power that can indicate a safety or other risk.

The first six months post-separation, when the parties are often dealing with lawyers, are the time of highest risk to personal safety.

We know that victims of domestic violence are often too afraid, embarrassed or unaware of the seriousness of the risk they face to disclose it to their lawyers. The higher the incomes and social status, the more obstacles to disclosure.

And we also know that if you only ask questions about violence, you will miss a large number of potentially highly dangerous cases, because the dangerous power imbalances arise in relationships based on coercion and control; violence may be a relatively minor factor.

Cases may not be appropriate for private dispute resolution for many reasons: the parties are too far apart; they are too high conflict; one or both lacks insight; the parties are not governable enough to comply with the rules; one party lives in fear for their life or that of their children; one party is too depressed to participate effectively, etc., and the oversight of the court is required.

Under Ontario’s Arbitration Act Regulation, only family arbitrators are required to take training in assessing whether a case is suitable for private ADR, known as screening. Screening is a process of identifying, assessing and managing these forms of power imbalance, family violence and risk. Many family lawyers have not taken this training.

Most of us who provide ADR processes believe that we have the responsibility to provide, to the best of our ability, a safe, effective and appropriately-designed process of negotiation and/or determination. This duty can be implied by the Standards of Practice and Codes of Conduct of our governing organization (eg. the Abuse Policy of the Ontario Association of Family Mediation) or the law (eg. the regulation



under Ontario's Arbitration Act; in British Columbia, s. 8 of the Family Law Act).

If neither the lawyers nor the mediator/arbitrator knows about a significant power imbalance resulting from coercive controlling violence, for example, the safety of clients or their children could be at risk by something as seemingly benign as sitting together in the waiting room.

Parties may participate in a process for which they are poorly suited, ungovernable, or incapable of participating effectively. Victims of violence may, unbeknownst to the mediator-arbitrator or lawyers, be coerced. Subtle threats of retaliation, undetected by anyone but the victim, may prompt unbalanced agreements or irrational behaviours. Victims may be seen as difficult, unpredictable, inconsistent, unreliable, unreasonable, and judged critically because they are terrorized or traumatized... with none of the lawyers nor mediator-arbitrator understanding why.

A mediator in a mediation-arbitration, not having conducted a risk assessment, may confront or "take on" a bullying aggressor, unknowingly exposing a victim or children to retaliatory harm after the proceeding. Mediators and arbitrators may be charmed by the professionalism and reasonableness of an abuser and, unconsciously, align with him or her to the detriment of a victim and/or the children. A depressed or angry client who has risk markers that have not been identified by the mediator or arbitrator, unable to effectively manage his or her emotions, may attack the other party in the parking lot afterwards; or may come back to the mediation room with a knife or gun; may take his or her own life after a meeting with the mediator or arbitrator; or arrange for someone to stalk and beat up the mediator-arbitrator. (Recall the [recent case in Arizona](#) where a party and his lawyer were murdered in the mediator's building following a mediation.)

These are some of the reasons why mediators, arbitrators and the parties' lawyers may want to ensure that effective risk assessment is done before a case is accepted. Otherwise, one runs the risk that, part way through an arbitration, the identification and assess-

ment of risk is made and the arbitration must be aborted. (We routinely advise our arbitration clients that the on-going requirement of screening means there is no guarantee that an arbitration will proceed or be completed.)

Experts will tell you that it can often be difficult to accurately assess power imbalances, and the assessment may not be made correctly right away, if ever.

This is why, under the Regulation, arbitrators must consider the results of the screening not only before the process begins, but also throughout.

There are two common arguments made against screening in family arbitration, aside from the concerns about bias and costs noted in the first post in this series.

**First:** judges don't screen so why should we? The answer is easy: we are not judges. We are taking people's money, in a private process, presumably because we can offer something better.

**Second:** we are lawyers, not mental health professionals. Again, the answer is easy. Screening is not mental health work; it is risk assessment, a valuable step in contemporary family dispute resolution.

It is important to acknowledge that none of us is perfect. The best screening processes provided by the most experienced screening professionals can still result in parties entering processes to which they are not suited. We do not guarantee safety or accuracy of assessment; we can only conscientiously and consistently implement the best practices we know.

What is, then, the best practice for screening in family mediation-arbitration? The community of those who teach and practice screening have agreed on this. They will be discussed in the next section.

## Best Practices in Screening in Family Med-Arb

There is a consensus among those who teach and practice screening for power imbalances and domestic violence that some ways of doing it are better than others.

The best practice has been established and

used for years in the context of mediation, and is adapted for family arbitration.

We suggest that family arbitrators should take responsibility for the integrity of the screening processes that are used in their arbitrations, and follow these guidelines:

1. Before starting the mediation phase of a mediation-arbitration, mediator-arbitrators should meet with each party, separately and confidentially, to assess whether the case is appropriate for mediation-arbitration. The mediator-arbitrator will seek to learn the concerns each client has about procedure; it is not a fact-finding exercise.
2. A key element of screening is its confidentiality. A person who has been threatened with death or fears for their life, or that of their children, will not disclose this fear unless they feel safe. The risk of retaliation for letting the 'cat out of the bag' in such cases is too great. Parties must be able to trust mediator-arbitrators to respect the confidentiality of all disclosures made in a screening process.

Screening is supportive of the needs of both parties. It is not for the purpose of finding out who is truthful, who is "good" or who is "bad." It is a non-judging, supportive procedural risk assessment, designed to inform the mediator-arbitrator sufficiently to decide whether to take the case and, if so, how to structure it well and safely for all.

It is the mediator-arbitrator's job to find out what is needed to do this, and to get that information in a safe way. If the mediator-arbitrator relies on the lawyers to do the job, then each party will be screened by a different person, making it obvious who disclosed information that caused the arbitrator to decide to terminate the process. This breach of confidentiality can be dangerous to someone in a coercive controlling relationship.

No one, other than the mediator-arbitrator, should know who "caused" the process to not proceed.

This is why the best and safest practice is for the mediator-arbitrator to do his or her own screening; or, alternately, send both clients to the same expert on screening processes, who will meet with them each separately and confidentially,

and ask that person to provide a single confidential report back to the arbitrator with procedural recommendations that do not disclose which party provided what information.

Neither party should know when the other was screened, or what the results of that person's screening meeting was. A "Confidential Screening Report", for example, should not be made an exhibit at a trial, or made public in any way. Such reports are provided to arbitrators in confidence, strictly for the purpose of helping the mediator-arbitrator decide whether to take the case and, if so, how to structure it safely and well for all.

If a mediator or arbitrator feels that a case is inappropriate for mediation-arbitration because one party is afraid or other power imbalances that cannot be addressed through adaptations in the process, the mediator-arbitrator should simply decline the case as being inappropriate. To disclose any more could put a victim of coercive controlling violence at risk of retaliatory harm.

3. If the mediator-arbitrator decides to proceed, he or she should design the process with the safety of the parties in mind. Should they be allowed to wait together? Should lawyers be present at all times? Should they come and leave at different times? Should there be referrals to counselling, anger management or court support workers for one or both, to assist their ability to manage the negotiation or the giving of evidence in the arbitration? Should there be security? Does this impact the decision about

whether a reporter should be present? Is there a risk to the mediator-arbitrator's safety? Should special precautions be taken? These procedural "safety planning" decisions should be made in a non-judgemental way, blaming neither party, and seeking to meet the individual needs that both parties will have expressed in their respective screening meetings.

It is a process that supports them both, blames neither, and seeks to give them a safe and effective mediation-arbitration process, one that is more likely to help them reach a fair settlement and enable them to participate fully and effectively in a safe mediation-arbitration.

4. These steps should be taken whether the parties have lawyers or not. Many assume that lawyers understand the risks faced by their own clients but the facts may not support this assumption. Lawyers often do not ask their own clients essential questions about risk and safety; victims of violence sometimes have been so focused on getting out of the relationship safely that they do not appreciate the risks they face until they are interviewed by a trained professional. Abusive clients often hide behind their stature in the community, their compelling personalities, their cultural or religious identity or their seemingly reasonable, rational behaviours. They are often able to credibly portray their traumatized spouse as "crazy", "irrational", "over-protective parent" or even an "alienator". Lawyers can be the last to know.
5. In those cases where the case is going

directly to arbitration, with no mediation component, the Regulation requires the arbitrator to have the screening done by a third party. The best practice is for the arbitrator to require both parties to meet with the same professionally trained "screener" who understands family law, mediation, arbitration, the dynamics of power and control, and screening procedures. The arbitrator should trust this person to provide him or her with a reliable sense of the suitability of the case for arbitration. This "screener" should meet both parties, separately and confidentially, and provide the arbitrator, in confidence, with a report that gives the arbitrator enough information to design a safe process and comply with his or her duty of identifying, assessing and managing the power dynamics at the start and throughout the arbitration process.

Relying on the lawyers to screen their own respective clients, or having each party screened by a different third party, although permitted, presents the arbitrator with considerable challenges in ensuring reliable and early risk assessment and maintaining confidentiality.

Screening for power imbalances and domestic violence is an important first step in all family law dispute resolution; and more so in mediation-arbitration than any other process. It is our hope that this discussion will reinforce the value of arbitrators implementing consistent and reliable screening protocols. 🌱

## Affaires risquées : Pourquoi les médiateurs et arbitres agissant en matière familiale devraient prendre au sérieux le dépistage des risques

Par : Hilary Linton, J.D., LL.B., LL.M. (PRD), Acc. FM<sup>1</sup>

Une récente décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario illustre la nécessité de se doter de lignes directrices plus claires pour « *dépister le déséquilibre du pouvoir et la violence familiale* », une composante obligatoire de l'arbitrage familial en Ontario. Cette décision démontre également les avantages, à la fois pour les parties, les avocats et les arbitres, de comprendre que certaines méthodes de dépistage sont plus efficaces que d'autres; et de s'assurer que le dépistage soit effectué suivant les meilleures pratiques avant la médiation dans un processus de médiation-arbitrage.

*Hilary est avocate, médiatrice, arbitre et professeure auxiliaire de droit à Toronto. Son entreprise, Riverdale Mediation Ltd., se spécialise dans l'élaboration de processus de PRD équitables, sécuritaires et centrés sur l'autonomisation du client. Ces processus comprennent la médiation, l'arbitrage, le méd/arb, et la coordination parentale. Elle est également la présidente du fournisseur de services de médiation familiale gratuits et subventionnés (mediate393 inc.) situé à Toronto. Hilary écrit énormément sur des questions touchant la médiation, l'arbitrage, le pouvoir de négociation, la violence familiale et l'élaboration de processus de résolution des différends, et elle en parle abondamment. Hilary a été la présidente de la section MERC2 de l'Association du Barreau de l'Ontario, et directrice de l'Ontario Association of Family Mediation.*



## Importante affaire de « dépistage » en médiation-arbitrage familial

Une récente décision de la C.S.J.<sup>3</sup> de l'Ontario illustre la nécessité de se doter d'un règlement plus clair pour « *dépister le déséquilibre du pouvoir et la violence familiale* », une composante obligatoire de l'arbitrage familial en Ontario. [Règlement 134/07](#).

Elle démontre également que, malgré la latitude que le règlement donne aux arbitres familiaux, c'est le médiateur-arbitre qui devrait effectuer la démarche de dépistage avant le début de la médiation, non pas les avocats des parties.

*Le dépistage* est une forme de sélection précoce qui permet d'identifier les cas où il y a peu de chance que des mécanismes privés de résolution des différends soient justes, efficaces ou sécuritaires.

[Docherty c Catherwood](#) est une décision d'un tribunal de première instance suite à un processus de médiation-arbitrage qui a échoué.

L'arbitre, un juge à la retraite très respecté, a entrepris la médiation dans un processus de médiation-arbitrage avant que les deux parties n'aient participé à la démarche de dépistage, dans le but de détecter un déséquilibre du pouvoir et de la violence familiale. Les avocats – tous deux chevronnés – avaient remis leurs certificats d'avis juridique indépendant comme il se doit. L'avocat de l'époux a déclaré que ce dernier « avait participé » à la démarche de dépistage; l'avocat de l'épouse a déclaré, pour sa part, que celle-ci « participerait » à la démarche de dépistage. Le règlement autorise ces types de déclaration.

Trois mois et plusieurs dizaines de milliers de dollars plus tard, alors que la médiation avait échoué et que les parties se préparaient à aller en arbitrage, l'épouse a rencontré une spécialiste reconnue dans le domaine du dépistage. Celle-ci a estimé que l'épouse, sur le plan procédural, était susceptible d'être victime de violence familiale et s'est prononcée contre l'arbitrage.

L'arbitre s'est récusé et les parties se sont rendues devant le tribunal. Le juge a constaté que l'épouse avait été victime de violence, souvent en présence des enfants, et lui a accordé la garde. (M. Docherty a eu gain de cause sur toutes les autres questions, y compris beaucoup de temps avec les enfants.)

Si la démarche de dépistage avait été faite autrement, aurait-il été possible d'éviter un processus aussi onéreux ? Est-ce que le méd/arb était approprié dans cette situation ? Est-ce que le dépistage aurait dû être refait au tribunal dès le début ?

*Docherty* n'est pas la première affaire de la CSJ à ce sujet. Le dépistage a été étudié à fond dans *Wainwright c Wainwright* (2012), une décision majeure sur le processus, son but et la meilleure façon de l'effectuer (l'affaire *Wainwright* n'a pas été citée dans *Docherty*.)

Il y a de bonnes raisons pour que les parties tentent la médiation, l'arbitrage ou le méd/arb. Le dossier reste privé, et ça peut être rapide. En méd-arb, si l'affaire ne se résout pas, le même professionnel de confiance rendra une décision selon la preuve et suivant un processus que les parties ont élaboré.

Cependant, s'il se trouve un déséquilibre important du pouvoir de négociation, en particulier venant d'un contexte de violence, il peut être dangereux, inefficace et inutilement onéreux d'avoir recours à un mécanisme privé de résolution des différends.

Parmi les risques encourus, on peut compter des processus qui ne rencontrent pas les besoins des parties; des évaluations de la crédibilité inexactes (puisque les personnes victimes de violence peuvent être récalcitrantes) pouvant être hautement préjudiciables dans le cadre intime que constituent la médiation et l'arbitrage; des résultats forcés; une partie, un enfant, un avocat ou un médiateur/arbitre menacé, blessé ou même assassiné; ou simplement des processus onéreux et voués à l'échec.

Ces risques sont présents même lorsque les parties font appel à des avocats. Contrai-

rement aux arbitres, les avocats ne sont pas tenus de suivre une formation sur le dépistage. Il existe des obstacles légitimes entre avocat et client lorsqu'il s'agit de divulguer de l'information telle que la maladie mentale, la dépression, des antécédents de violence. (Lisez [cette histoire](#) pour en apprendre davantage.)

Le règlement 134/07 exige que les arbitres soient formés à l'identification des types de violence familiale; les facteurs et comportements permettant de prédire des coups et blessures ou un meurtre suite à une séparation; les mesures à prendre si un médiateur-arbitre estime être en présence de tels risques; et les façons de soutenir les deux parties dans la recherche d'un processus qui leur convient mieux (« séparation sans danger »). Ce règlement oblige les arbitres familiaux à attester qu'ils ont effectué le dépistage eux-mêmes ou que quelqu'un d'autre l'a fait. Les arbitres familiaux doivent prêter attention aux résultats du dépistage tout au long du processus d'arbitrage.

## Pourquoi le dépistage est-il essentiel en arbitrage familial ?

1. Les homicides au sein de la famille augmentent de façon exponentielle au moment d'une séparation. Une simple consultation juridique augmente le risque qu'un/e conjoint/e victime de violence soit assassiné/e. Les processus accusatoires aggravent les risques encore davantage.
2. Les arbitres offrent un service privé à un coût excessif. Le fait d'y recourir demande aux parties de renoncer à certains droits : une audience offrant des options d'appel, un dossier public, de la sécurité, un accès rapide aux ordonnances d'interdiction, une facilité d'exécution des ordonnances, un accès au personnel de soutien du tribunal de la famille (violence familiale), l'autorité d'un juge, un accès à un avocat de service, un accès à une médiation gratuite ou subventionnée en grande partie, qui est relié au tribunal et comprend un dépistage approfondi, et autres options dont pourraient bénéficier les personnes vulnérables.

3. Quand les parties conviennent d'aller en arbitrage, elles ne peuvent plus faire marche arrière. Dans un méd/arb, elles peuvent se désister de la médiation – mais pas de l'arbitrage à moins que les deux n'y consentent.

Depuis qu'on impose le dépistage en arbitrage familial, plusieurs médiateurs-arbitres se sont fiés aux avocats pour attester que leurs clients avaient participé au dépistage. Il s'agit d'une mauvaise pratique. Les avocats ne rencontrent que leurs propres clients; l'arbitre ne peut véritablement « tenir compte des résultats du dépistage »; et la confidentialité ne peut être maintenue si chaque avocat présente les résultats du dépistage à l'arbitre. Toute violation de la confidentialité du dépistage peut présenter un risque pour la sécurité du client.

Ceux d'entre nous qui effectuons notre propre dépistage (tous les médiateurs familiaux accrédités doivent le faire) trouvons que cette façon de faire constitue un meilleur processus pour tout le monde. Nous rencontrons chaque client de manière confidentielle, avant d'accepter le dossier, pour connaître les besoins de chaque personne sur le plan procédural pour les faire participer pleinement. Si notre évaluation du risque indique que le dossier ne convient pas au méd/arb, nous référons les parties à un processus qui, à notre avis, est mieux adapté à leur situation. La démarche de dépistage soutient chaque personne : elle est sans jugement, ce n'est pas une enquête, c'est strictement axé sur l'évaluation des risques et elle vise à planifier la sécurité.

Est-ce que les rencontres confidentielles avec les clients de la médiation, qui peuvent potentiellement devenir des clients de l'arbitrage, peuvent risquer la partialité de la part de l'arbitre ? Probablement pas; ce n'est pas vraiment différent des caucus, que nous avons tous l'habitude de faire. Et si c'était le cas, j'affirmerais que le dossier n'est probablement pas approprié au méd/arb privé.

Ces médiateurs-arbitres qui ne sont pas à l'aise avec l'idée doivent, comme deuxième meilleure option, diriger les deux clients vers la même tierce personne

habilitée à la démarche de dépistage, et recevoir un rapport *confidentiel* de cette personne, plutôt que de se fier à un avocat.

### **Risques encourus par les avocats familiaux qui effectuent la démarche de dépistage auprès de leurs propres clients en vertu du règlement de la Loi sur l'arbitrage**

Ceux d'entre nous qui travaillons en droit de la famille pouvons nous appuyer sur une chose immuable : nous œuvrons en zone dangereuse.

Le pourcentage des séparations impliquant une forme ou une autre de violence familiale ou d'abus se maintient bon an, mal an, à environ 50 %. Les chiffres sont plus élevés pour les affaires traitées devant les tribunaux. Dans certains, en plus de la violence, il y a présence de maladie mentale, perte d'emploi, abus d'alcool et d'autres drogues, dépression ou autre déséquilibre important du pouvoir de négociation qui peuvent prédire un risque, entre autres, pour la sécurité.

Les premiers six mois qui suivent une séparation constituent la période où les parties consultent des avocats, et c'est à ce moment où les risques pour la sécurité personnelle sont les plus élevés.

Nous savons que les victimes de violence familiale sont souvent trop effrayées, embarrassées ou n'ont pas conscience de la gravité des risques auxquels elles sont confrontées pour en faire part à leurs avocats. Plus leur revenu et statut social sont élevés, plus ils ont de la difficulté à dévoiler leur situation.

Et nous savons aussi que si vous posez des questions seulement au sujet de la violence, vous manquerez un grand nombre de cas potentiellement très dangereux, parce que le danger dans les déséquilibres du pouvoir surgit dans les relations fondées sur la coercition et le contrôle; la violence peut n'être qu'un facteur relativement mineur.

Il n'est pas possible de recourir à une démarche privée de résolution des différends

dans certains cas, pour différentes raisons : trop de distance entre les parties; le conflit est trop grave; manque d'introspection de la part d'une des deux ou des deux parties; les parties peuvent être réfractaires à se conformer aux règles; une partie vit dans la crainte pour sa vie ou celle de ses enfants; l'état de dépression d'une partie peut l'empêcher de participer de façon efficace, etc.; la surveillance du tribunal est donc requise.

En vertu du règlement de la Loi sur l'arbitrage de l'Ontario, seuls les arbitres familiaux sont tenus de suivre une formation pour évaluer si un cas est adapté aux démarches privées de PRD, qu'on appelle dépistage. Le dépistage est le processus permettant d'identifier, d'évaluer et de gérer ces formes de déséquilibre du pouvoir, de violence familiale et tout risque qui y est relié. Plusieurs avocats en droit de la famille n'ont pas suivi cette formation.

La plupart d'entre nous qui fournissons des processus de PRD croyons qu'il est de notre responsabilité d'offrir, au meilleur de notre capacité, un processus de négociation et/ou de détermination qui soit sécuritaire, efficace, et qui s'adapte à la situation.

Cette obligation découle des Normes de pratique et Codes de conduite qui gouvernent notre organisation (p. ex. la politique en matière de violence de l'Association ontarienne de médiation familiale) ou de la loi (p. ex. le règlement en vertu de la Loi sur l'arbitrage en Ontario, en Colombie-Britannique, art. 8 de la Loi sur le droit de la famille).

Dans l'éventualité où ni les avocats, ni le médiateur/arbitre ne savent qu'il y a un grand déséquilibre du pouvoir issu, par exemple, du contrôle coercitif, la sécurité des clients, ou de leurs enfants, peut être compromise par quelque chose qui semble aussi anodin que le fait de s'asseoir ensemble dans la salle d'attente.

Les parties risquent de participer à un processus mal adapté, ingérable, ou encore ne pas être en mesure de participer efficacement. Il est possible qu'on ait fait pression sur les victimes de violence, sans que le médiateur-arbitre ou les avocats n'en



---

# Prix d'Excellence à la Mémoire de Lionel J. McGowan — Demande des nominations pour 2014

L'Institut d'Arbitrage  
et de Médiation  
cherche des  
nominations pour le  
Prix d'Excellence en  
Résolution  
Extrajudiciaire de  
Disputes.



Comité des Nominations McGowan  
Institut d'Arbitrage et  
de Médiation du Canada, Inc.  
234, rue Eglinton est, bureau 405  
Toronto (Ontario) M4P 1K5  
Télec. : 416-487-4429  
[admin@adrcanada.ca](mailto:admin@adrcanada.ca)

Le prix est accordé en honneur et en reconnaissance de Lionel J. McGowan, le premier Directeur exécutif de l'Institut d'Arbitrage du Canada, une des organisations fondatrices de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada. La présentation se fera lors de la Réunion Générale Annuelle de l'Institut à *Montréal, Québec, le 23 octobre 2014*. Deux prix sont décernés lors de la présentation : l'un en raison des contributions à l'Institut et au domaine au niveau national, et l'autre, en raison des contributions au niveau régional.

## Prix d'Excellence Régional

Ce prix est décerné à celui ou celle-ci qui a contribué au développement et au succès d'un Institut régional d'une façon incomparable, soit par son effort remarquable à court terme, ou par sa contribution constante sur une longue période et qui a contribué de façon significative à la promotion et/ou au développement de la PRD au sein de la région. Il faut noter que, payer ses frais pour plusieurs années, siéger sur un comité ou un Conseil d'administration pour plusieurs années, et avoir sa propre pratique de PRD avec rémunération, ne comptent pas envers un prix.

## Prix d'Excellence National

Ce prix est semblable au prix régional, mais est décerné en raison des contributions à l'Institut National. Les contributions du candidat à l'appui, le développement, et/ou le progrès de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, Inc. et ses politiques et programmes, et de promouvoir la PRD au niveau national, sont pertinents. Enseigner la PRD professionnellement, écouter aux cas de PRD, et d'autres activités de la pratique de la PRD, ne comptent pas. En plus, étant sur le Conseil d'administration de l'Institut national ne compterait pas, à moins que ça incluse des contributions majeures à l'Institut à travers le développement de la structure de l'Institut, des relations régionales-nationales, des programmes ou matériaux nationaux, du financement, ou d'autres initiatives significatives de l'Institut.

## Date de soumission

***La date limite pour recevoir les nominations est vendredi le 12 septembre 2014.***

Nous vous encourageons de soumettre vos nominations dès que possible, au Comité des Nominations McGowan, au bureau de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada, par télécopieur ou courriel électronique.

soient conscients. De subtiles menaces de représailles, que seules les victimes peuvent déceler, peuvent entraîner des ententes qui ne sont pas équilibrées, ou des comportements irrationnels. Les victimes peuvent être perçues comme récalcitrantes, imprévisibles, incohérentes, peu fiables, déraisonnables, et faire l'objet de critiques parce qu'elles sont terrorisées ou traumatisées... sans que les avocats et le médiateur-arbitre ne comprennent pourquoi.

Si un médiateur en médiation-arbitrage n'a pas procédé à une évaluation des risques, il peut devoir affronter ou encore « admettre » un auteur d'intimidation, inconscient qu'il expose une victime ou des enfants à une vengeance suite au processus. Les médiateurs et les arbitres peuvent être séduits par l'apparence professionnelle et le caractère raisonnable d'un agresseur et, inconsciemment, se concerter avec lui ou elle, au détriment d'une victime et/ou des enfants. Un/e client/e en dépression ou en colère dont les indicateurs de risque n'ont pas été décelés par le médiateur ou l'arbitre, qui est incapable de gérer ses émotions efficacement, peut attaquer l'autre partie dans le stationnement par la suite; ou peut revenir à la salle de médiation avec un couteau ou une arme à feu; peut s'enlever la vie après une rencontre avec le médiateur ou l'arbitre; ou s'organiser pour que quelqu'un traque et batte le médiateur-arbitre. (Rappelons-nous [la récente affaire en Arizona](#) où une partie et son avocat ont été assassinés sur les lieux d'affaires du médiateur suite à une médiation.)

Voici quelques unes des raisons pour lesquelles les médiateurs, arbitres et avocats des parties peuvent vouloir s'assurer qu'une évaluation du risque efficace soit effectuée avant d'accepter un dossier. Sinon, l'identification et l'évaluation du risque peut n'être faite qu'en cours d'arbitrage, qu'on pourrait devoir interrompre. (Nous informons systématiquement nos clients en arbitrage que l'exigence d'un dépistage en continu ne donne aucune garantie qu'un arbitrage suivra son cours ou se rendra à la fin.)

Les experts vous diront qu'il peut être souvent difficile d'évaluer les déséquilibres du

pouvoir avec précision, et si on l'effectue, l'évaluation peut ne pas être faite correctement du premier coup.

C'est pourquoi, en vertu de la réglementation, les arbitres doivent prendre les résultats du dépistage en compte non seulement avant que ne débute le processus, mais également tout au long.

Il y a deux arguments souvent invoqués qui s'opposent au dépistage en arbitrage familial, à part les préoccupations concernant la partialité et les coûts, dont on fait mention dans le premier élément.

Premier argument : les juges ne font aucun dépistage, alors pourquoi devrions-nous le faire ? La réponse est simple : nous ne sommes pas des juges. Nous facturons les gens pour un processus privé, c'est alors la moindre des choses d'offrir mieux.

Deuxième argument : nous sommes des avocats, pas des professionnels en santé mentale. Encore une fois, la réponse est simple. Le dépistage n'est pas un travail en santé mentale, il s'agit d'évaluation de risque, qui à notre époque, est une étape importante de la résolution des différends familiaux.

Il est important de reconnaître qu'aucun de nous n'est parfait. Les meilleures démarches de dépistage que les professionnels les plus chevronnés dans le domaine offrent peuvent encore faire en sorte que les parties entreprennent un processus mal adapté à leur situation. Nous ne garantissons ni la sécurité ni la précision de l'évaluation; nous ne pouvons qu'appliquer les meilleures pratiques que nous connaissons, de façon consciencieuse et cohérente.

Alors, quelles sont les meilleures pratiques de dépistage en médiation-arbitrage familial ? La communauté des gens qui enseignent et pratiquent le dépistage se sont mis d'accord sur le sujet. Elles seront traitées à la prochaine section.

### Les meilleures pratiques de dépistage en méd-arb familial

Ceux qui enseignent et pratiquent le dépistage des déséquilibres du pouvoir et de la violence familiale partagent l'avis unanime

que certains façons de faire sont meilleures que d'autres.

La meilleure pratique a été mise en place et est utilisée depuis des années dans le cadre de la médiation, et a été adaptée pour l'arbitrage familial.

Nous proposons que les arbitres familiaux prennent la responsabilité de l'intégrité des démarches de dépistage qui sont effectuées pour leurs arbitrages, et qu'ils suivent ces lignes directrices :

1. Avant de commencer l'étape de médiation d'un processus de médiation-arbitrage, les médiateurs-arbitres devraient rencontrer chaque partie, séparément et en toute confidentialité, afin d'évaluer si leur situation convient au processus de médiation-arbitrage. Le médiateur-arbitre cherchera à connaître les préoccupations de chaque client concernant la procédure; il ne s'agit pas d'une enquête.
2. Un élément-clé du dépistage est sa confidentialité. Une personne qu'on a menacé d'assassiner ou qui craint pour sa vie, ou celle de ses enfants, ne divulguera rien sauf si elle se sent en sécurité. Le risque de représailles après « avoir dévoilé le pot aux roses » dans de telles situations est trop élevé. Les parties doivent pouvoir faire confiance que les médiateurs-arbitres respectent la confidentialité de tout ce qu'ils révèlent durant la démarche de dépistage. Le dépistage profite aux deux parties. Il ne s'agit pas de trouver qui dit vrai, qui est le « bon » et qui est le « méchant ». C'est une évaluation du risque, sans jugement, dont le but est de soutenir le processus, conçu exprès pour donner suffisamment de renseignements au médiateur-arbitre pour qu'il décide s'il doit prendre le dossier et, le cas échéant, pour qu'il puisse élaborer le processus tout en assurant la sécurité et le bien de tous.

C'est le travail du médiateur-arbitre de trouver ce qui est nécessaire pour effectuer cette tâche, et d'obtenir ces renseignements de façon sécuritaire. Si le médiateur-arbitre compte sur les avocats pour effectuer cette tâche, chaque partie sera évaluée par une personne différente, ce qui mettra en évidence la





source du renseignement qui a mené l'arbitre à décider de mettre fin au processus. Ce manquement au devoir de confidentialité peut être dangereux pour une personne se trouvant dans une relation de contrôle coercitif.

Personne d'autre que le médiateur-arbitre ne devrait savoir qui a « causé » l'arrêt du processus.

Voilà pourquoi la meilleure pratique, et la plus sécuritaire, est celle où le médiateur-arbitre procède à son propre dépistage; ou comme autre alternative, celle où il envoie ses deux clients rencontrer le même spécialiste du dépistage, qui les rencontrera séparément et en toute confidentialité, et demandera à ce spécialiste de lui remettre un seul rapport confidentiel indiquant ses recommandations sur la plan des procédures à privilégier, ce qui ne dévoile aucunement quel renseignement vient de quelle partie.

Aucune partie ne doit savoir le moment où l'autre partie a été rencontrée pour le dépistage, ni ce qu'a donné cette rencontre de dépistage. Un « rapport confidentiel de dépistage » ne doit pas, par exemple, être déposé comme pièce à conviction au tribunal, ni rendu public d'aucune façon. De tels rapports sont destinés aux arbitres à titre confidentiel, dans le seul but d'aider le médiateur-arbitre à décider s'il prend le dossier et, le cas échéant, comment bien élaborer son processus pour la sécurité et le bien de tous.

Si un médiateur ou un arbitre estime qu'un cas se ne prête pas au processus de médiation-arbitrage parce qu'une partie a peur ou pour une autre cause de déséquilibres du pouvoir, et qu'il ne pourrait pas aborder cela en cours de processus, le médiateur-arbitre doit simplement décliner le cas le considérant inapproprié pour ce processus. Le fait de divulguer quoi que ce soit d'autre peut mettre une victime de violence par contrôle coercitif à risque de faire l'objet d'une vengeance.

3. Si le médiateur-arbitre décide de procéder, il doit élaborer le processus en gardant la sécurité des parties à l'esprit. Devrait-on les laisser attendre ensemble ? Est-ce que les avocats devraient être présents en tout temps ?

Devraient-ils arriver et repartir à différentes heures ? Devrait-on les référer pour un suivi psychologique, pour la gestion de la colère ou au personnel de soutien du tribunal, pour une ou l'autre des parties, ou les deux, pour les aider à la négociation ou à la remise de la preuve lors de l'arbitrage ? Devrions-nous avoir un service de sécurité ? Est-ce que ça influe sur la décision concernant la présence ou non d'un rapporteur ? Y a-t-il un risque pour la sécurité du médiateur-arbitre ? Devrait-on prendre des précautions particulières ? Ces décisions portant sur le plan procédural concernant la « planification de la sécurité » doivent être prises sans jugement ni reproche à l'une ou l'autre des parties, en cherchant à satisfaire les besoins individuels que les deux parties auront exprimés pendant leur rencontre de dépistage respective.

C'est une démarche qui soutient les deux parties, qui ne vise pas à faire de reproche à qui que ce soit, mais plutôt à leur offrir un processus de médiation-arbitrage sécuritaire et efficace, plus susceptible de les aider à atteindre un règlement juste, en leur permettant de participer pleinement et efficacement à un processus de médiation-arbitrage sécuritaire.

4. Ces mesures doivent être entreprises, que les parties aient consulté un avocat ou non. Plusieurs tiennent pour acquis que les avocats comprennent les risques auxquels sont confrontés leurs propres clients, mais les faits ne soutiennent pas cet a priori. Souvent, les avocats ne demandent pas à leurs clients les questions fondamentales concernant le risque et la sécurité; parfois, les victimes de violence veulent tellement sortir de cette relation en toute sécurité qu'ils ne se rendent pas compte des risques qu'ils encourent jusqu'à ce qu'ils soient interrogés par un professionnel compétent. Les clients violents se cachent souvent derrière leur notoriété dans la communauté, leur personnalité éloquent, leur identité culturelle ou religieuse, ou leur comportement qui paraît raisonnable et rationnel. Ils sont souvent crédibles lorsqu'ils décrivent leur conjoint/e traumatisé/e comme

étant une personne « folle », « irrationnelle », « surprotectrice pour les enfants » ou même « opprimante ». Les avocats peuvent être les derniers à le savoir.

5. Dans les cas où le dossier va directement à l'arbitrage, sans médiation, le règlement exige que l'arbitre ait exigé une démarche de dépistage par un tiers. La meilleure pratique pour l'arbitre est de demander aux deux parties de rencontrer le même professionnel formé comme « dépisteur » qui comprend le droit de la famille, la médiation, l'arbitrage, la dynamique du pouvoir et du contrôle, et les procédures de dépistage. L'arbitre devrait avoir confiance que cette personne lui donnera l'heure juste sur la pertinence de l'arbitrage dans le cas qui les concerne. Ce « dépisteur » devrait rencontrer les deux parties, séparément et en toute confidentialité, et remettre ensuite un rapport à l'arbitre, à titre confidentiel, dans lequel celui-ci trouve assez de renseignements pour lui permettre d'élaborer un processus sécuritaire qui se conforme à son devoir d'identifier, d'évaluer et de gérer la dynamique du pouvoir au début et tout au long du processus d'arbitrage.

Le fait de compter sur les avocats pour procéder au dépistage de leur client respectif, ou de faire en sorte que chaque partie soit rencontrée en dépistage par des personnes différentes, même si c'est permis, donne du fil à retordre aux arbitres dans leur rôle d'assurer une évaluation du risque fiable, qui doit être effectuée tôt dans le processus, et pour laquelle on maintient la confidentialité.

Le dépistage des déséquilibres du pouvoir et de la violence familiale est une première étape dans les différends en droit de la famille; et plus encore dans le processus de médiation-arbitrage que tout autre. Nous espérons que cette analyse renforcera l'importance de l'implantation, par les arbitres, de protocoles de dépistage cohérents et fiables. 🚧

1 NDT : Médiatrice familiale accréditée

2 NDT : L'Association du Barreau de l'Ontario utilise l'appellation « Mécanismes extrajudiciaires de règlement des conflits » (MERC) pour leur équivalent anglais « ADR ».

3 NDT : Cour supérieure de justice

