

# Qui exerce le pouvoir décisionnel en médiation?

## Reflet de la diversité des pratiques

Par John Peter Weldon<sup>1</sup>, Joseph P. Folger<sup>2</sup> et Robert A. Baruch Bush<sup>3</sup>

(Dans le présent texte la forme masculine désigne à la fois les hommes et les femmes.)

### Introduction

Au cours des années 1970, le principe de l'autodétermination des parties est devenu la pierre angulaire de la médiation moderne<sup>4</sup>. À l'inverse d'un processus d'arbitrage ou judiciaire où les décisions qui lient les parties sont prises par la tierce partie, dans un processus de médiation, les décisions sont prises par les parties aidées du médiateur qui ne possède pas de pouvoir décisionnel<sup>5</sup>. Très tôt, l'autodétermination des parties a été érigée en principe directeur par les codes d'éthique des médiateurs<sup>6</sup>. Si le sens du terme semble aller de soi, ce principe a été interprété de façon différente au fil du temps selon l'approche de médiation pratiquée, chaque modèle obéissant à ses propres principes et méthodes, et chaque modèle obtenant la faveur de différents médiateurs et de différentes clientèles<sup>7</sup>. La diversification des approches de médiation a donné lieu à un débat fécond et fourni aux clients potentiels un choix de modèles, l'étendue du principe d'autodétermination variant significativement d'un modèle à l'autre.

À titre d'exemple, un médiateur évaluatif peut soutenir que conseiller et guider les parties vers une solution conforme à des normes établies respecte le principe d'autodétermination, tandis qu'un médiateur transformatif considérera une telle approche comme allant à l'encontre de ce principe. Est-il nécessaire que les médiateurs travaillent tous de la même façon? La plupart des médiateurs répondraient par la négative. Une autre question nous paraît plus pertinente : les codes d'éthique devraient-ils exiger que les médiateurs discutent avec les parties du processus qu'ils entendent utiliser et obtiennent leur accord quant à ce processus avant d'amorcer la médiation? Nous sommes de cet avis, et d'ailleurs plusieurs codes l'exigent<sup>8</sup>. En fournissant au préalable à chacune des parties une description claire de la méthode qu'il compte utiliser et en reprenant cette description en présence de toutes les parties avant la signature de la convention de

médiation, le médiateur donne à celles-ci la possibilité de déterminer si le modèle de médiation qu'il propose leur convient. Le public a désormais accès à plusieurs modèles de médiation et il importe que les utilisateurs sachent qu'il leur est possible de choisir le modèle qui leur convient, eût égard à leur situation.

La médiation n'a cessé d'évoluer au fil des ans et bon nombre d'approches nouvelles ont été proposées par les théoriciens de la médiation, préconisant, par exemple, que le médiateur axe sa pratique sur les intérêts des parties et veille au caractère équitable de la médiation en équilibrant le rapport de force entre elles. Quant à elle, la médiation transformative<sup>9</sup> dans laquelle les parties sont maîtres du processus (*party-driven mediation*<sup>10</sup>) a vu le jour dans les années 1990. Ces différentes approches n'ont pas fait l'unanimité chez les médiateurs et alors que certains codes d'éthique autorisent un large éventail d'approches, d'autres codes favorisent une seule approche à l'exclusion des autres.

Des codes d'éthique destinés à régir la pratique des médiateurs sont en cours de rédaction ou de révision. En outre, le gouvernement du Québec est en voie d'amender le Code de procédure civile pour y reconnaître la pratique de la médiation en l'encadrant de directives susceptibles de limiter le choix des approches<sup>11</sup>. Ces codes sont susceptibles d'exercer une influence importante sur la manière dont la médiation se pratiquera dans les années à venir. Certains codes restreignent les choix des médiateurs quant aux méthodes à utiliser, les obligeant à pratiquer un modèle précis de médiation<sup>12</sup>, d'autres privent les parties de leur pouvoir décisionnel en requérant que le médiateur mette fin à la médiation si elles ne respectent pas certaines règles spécifiques<sup>13</sup>. Nous soutenons que ces restrictions ne sont ni nécessaires ni souhaitables. Les codes d'éthique et autres formes de réglementation de la mé-

diation devraient, selon nous, être rédigés de façon à permettre la pratique de différents modèles de médiation et ne pas entraver l'émergence de nouvelles approches à l'avenir.

Le présent article offre un aperçu de certaines approches et des dispositions contenues dans certains codes d'éthique.

### La médiation axée sur les intérêts des parties

Au début des années 1980, le monde de la médiation a été fortement influencé par la publication de *Getting to Yes : Negotiating Agreement Without Giving In* (titre de la traduction française : Comment réussir une négociation)<sup>14</sup>. Les auteurs, Fisher et Ury, introduisaient la notion selon laquelle l'exploration des intérêts sous-jacents aux positions des parties permettrait de mieux définir les problèmes et de les résoudre afin de parvenir à des solutions mutuellement acceptables aux parties.

Sans être universellement adoptée, la médiation axée sur les intérêts des parties s'est tout de même largement répandue, sous le nom de « médiation facilitante »<sup>15</sup>. Cette approche postule que les médiateurs doivent guider les parties à travers une série d'étapes ou de phases précises de négociation dans le but de faciliter un règlement, dans un esprit de collaboration plutôt que de confrontation. Par l'application de certaines stratégies, par exemple « *dissocier les personnes de leur problème* », « *se concentrer sur les intérêts en jeu et non sur les positions des parties* », « *avoir recours à des critères objectifs* », les médiateurs ont commencé à jouer un rôle plus directif, assumant en conséquence une plus large part de responsabilité dans la résolution de problèmes. Si plusieurs ont vu dans cette approche une façon efficace de mener une médiation, d'autres y ont vu une atteinte à l'autodétermination des parties.



## Assurer le caractère équitable de la médiation

Parallèlement, au cours des années 1980, se développait un mouvement préconisant la recherche par le médiateur du caractère équitable de la médiation. Dans les années 1970, les médiateurs ne faisaient aucune représentation particulière quant au caractère équitable, selon quelque norme objective, des ententes conclues en médiation. Le devoir d'impartialité du médiateur s'appliquait au processus en tant que tel, mais la seule garantie offerte quant à l'issue de la médiation était que l'entente serait « mutuellement acceptable » aux parties<sup>16</sup>. En 1981, un théoricien de la médiation nommé Lawrence Susskind fit valoir que les médiateurs ne pouvaient ignorer le risque que des parties prennent de mauvaises décisions et acceptent des ententes de règlement inéquitables, préconisant l'obligation pour le médiateur d'intervenir de manière à minimiser ce risque<sup>17</sup>.

Un autre théoricien de la médiation, Joseph B. Stulberg, s'est objecté à ce point de vue en alléguant que les interventions du médiateur visant à assurer le caractère équitable de l'entente envisagée par les parties entraînent en contradiction avec son devoir d'impartialité et pire encore, compromettaient sa capacité d'assumer sa fonction principale : faciliter l'atteinte d'une entente mutuellement acceptable<sup>18</sup>.

Le débat s'est poursuivi, mais au fil du temps, une majorité de médiateurs se sont ralliés au point de vue voulant que l'une de leurs principales responsabilités soit d'assurer un règlement équitable entre les parties. Bien qu'il n'existe pas de recherche substantielle sur le caractère équitable des ententes conclues en médiation, particulièrement lorsque des parties de forces inégales sont en cause<sup>19</sup>, certains tests de compétence menant à l'accréditation des médiateurs évaluent maintenant si le médiateur a contribué à l'établissement d'une « entente équilibrée, juste et réaliste »<sup>20</sup>. Des médiateurs de divers secteurs de pratique en sont venus à endosser la responsabilité d'obtenir des résultats qu'ils jugent acceptables, justes ou réalisables, ce qui influence nécessairement leur façon d'intervenir dans le cadre de la médiation.

## Équilibrer les forces en présence

Certains théoriciens de la médiation ont proposé que les médiateurs interviennent pour équilibrer le rapport de force entre les parties afin d'assurer le caractère équitable de la médiation. Christopher Moore, auteur d'un texte de base largement utilisé sur la pratique de la médiation, préconise « d'aider la partie la plus faible à obtenir, organiser et analyser des données... d'éduquer la partie à planifier une stratégie de négociation efficace, d'aider la partie à développer des... ressources [afin de continuer à négocier, et] d'encourager la partie à faire des concessions réalistes... »<sup>21</sup>.

John Haynes, un autre expert largement reconnu, cofondateur de la médiation familiale, affirme que le fait d'équilibrer les forces entre les parties permet de prévenir le risque de règlements inéquitables. Il déclare :

« Quand le rapport de force entrave la capacité du couple à négocier une entente équitable, j'estime que le médiateur a la responsabilité de corriger ce déséquilibre.<sup>22</sup> »

« [Le] médiateur intervient en contrôlant la manière dont le couple communique et réorganise la communication de façon à diminuer le pouvoir du conjoint trop puissant pour augmenter le pouvoir du conjoint qui ne l'est pas assez.<sup>23</sup> » (soulignés ajoutés)

D'autres voix ont souligné que la présence de normes culturelles différentes pouvait constituer un obstacle à l'atteinte d'une solution équitable. Ainsi, le fait pour le médiateur d'insister pour que les échanges entre les parties s'effectuent à tour de rôle, de privilégier un débat rationnel portant uniquement sur les problèmes et les solutions, et de décourager les « débordements » émotionnels intenses peut, par inadvertance, désavantager des parties appartenant à des groupes socioculturels peu habitués, malhabiles ou mal à l'aise à communiquer de cette manière<sup>24</sup>.

La volonté du médiateur d'assurer le caractère équitable de la médiation fait face à une autre difficulté. La médiation étant, par sa nature même, un processus infor-

mel, cela signifie que le médiateur ne peut jamais savoir si les informations fournies par les parties sont exhaustives ou exactes, tout comme il ne peut exiger plus d'informations ou encore une garantie que l'information offerte est fiable ou authentique<sup>25</sup>. Or si le médiateur facilite un règlement basé sur des informations incomplètes ou inexacts, le résultat qui en découlera risque de ne pas être équitable.

Comme le souligne Stulberg de façon persuasive, en cherchant à équilibrer les forces entre les parties, le médiateur devient le défenseur d'une partie et risque de perdre la confiance de l'autre. Une fois cette confiance perdue, le médiateur peut difficilement travailler de façon efficace, cette autre partie ayant le sentiment de ne plus pouvoir se fier à son impartialité ou à sa neutralité, élément essentiel pour la crédibilité du processus de médiation<sup>26</sup>. Néanmoins, certains codes de déontologie recommandent<sup>27</sup> ou prescrivent<sup>28</sup> que le médiateur prenne la responsabilité d'équilibrer les forces et de modifier la dynamique relationnelle entre les parties. L'engagement du médiateur à équilibrer les forces entre les parties empiète malheureusement souvent sur son engagement à respecter le libre choix des parties et la vision qu'elles ont des solutions qui pourraient leur convenir.

## La médiation transformative (ou party-driven mediation)

En 1994, les auteurs de *The Promise of Mediation, Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*<sup>29</sup> ont proposé de revenir à l'autonomie et au pouvoir décisionnel des parties à la médiation en leur permettant de régler leurs différends à leur manière, et d'être les seuls juges de l'acceptabilité du processus et du caractère équitable de l'issue de la médiation.

Cette approche, appelée médiation transformative, dans laquelle les parties sont maîtres du processus avec le soutien du médiateur<sup>30</sup>, définit le principe d'auto-détermination de façon large, préconisant que la prise de décisions revienne entièrement aux parties, non seulement en ce qui a trait au contenu et au résultat des discussions, mais également à la manière dont se déroule leur interaction<sup>31</sup>. Ce sont les parties qui déterminent la manière dont



elles souhaitent traiter de leur différend pour que leur interaction soit la plus fructueuse possible. S'il survient un désaccord à cet égard, le médiateur invite les parties à en discuter et à déterminer si le processus peut se poursuivre et si c'est le cas, de quelle manière.

Les médiateurs transformatifs ne cherchent pas à équilibrer le rapport de force entre les parties et estiment que les codes d'éthique ne devraient pas les y obliger. En décrivant préalablement le processus de médiation à une partie potentielle, le médiateur transformatif explique que si un déséquilibre survient au cours de la discussion, il n'interviendra pas pour équilibrer les forces en présence, mais qu'en revanche, il soutiendra chacune des parties pour lui permettre de présenter son point de vue aussi pleinement et intensément qu'elle le souhaitera, en respectant son mode d'expression, qu'il soit rationnel, émotionnel ou les deux<sup>32</sup>.

Les praticiens de la médiation transformative considèrent que chaque partie dispose du moyen ultime de se défendre en cas d'injustice, soit le droit de mettre fin à la médiation si et lorsqu'elle le juge approprié, et ce droit est pleinement soutenu par le médiateur<sup>33</sup>.

Certains critiques prétendent qu'en adoptant une position non directive à l'égard des parties, les médiateurs transformatifs risquent de permettre à la partie la plus forte de dominer. Les tenants de l'approche transformative répondent à cela que chaque partie dispose du droit ultime d'opposer son veto sur la manière dont la conversation se déroule. Si, à quelque moment que ce soit, une partie considère que l'autre n'agit plus de manière raisonnable, elle peut demander de faire une pause, solliciter une rencontre en aparté, mettre fin à la séance ou mettre fin à la médiation<sup>34</sup>.

Selon ce modèle de médiation, les parties sont mieux placées que quiconque pour définir ce qui est juste pour elles<sup>35</sup>. Sur cette base et parce qu'il accorde un soutien constant aux choix des parties – principe fondamental de la médiation transformative — le médiateur minimise le risque d'un règlement inéquitable, et ce, même lors-

que les parties sont de force inégale<sup>36</sup>. Le souci du médiateur transformatif de remettre systématiquement le pouvoir décisionnel aux parties sur tous les aspects du processus et du contenu de la médiation a pour effet d'aider chacune d'elles à reprendre confiance en sa capacité à clarifier et à exprimer son point de vue, et à s'ouvrir au point de vue de l'autre. Dans le contexte plus constructif qui en découlera, il sera plus facile aux parties d'évaluer elles-mêmes le caractère équitable ou non du processus et du résultat de leur médiation.

Compte tenu du rôle central que joue le principe d'autodétermination en médiation transformative, il nous paraît important que les codes d'éthique n'excluent pas cette approche ou toute autre approche qui place l'autodétermination des parties au cœur du processus de médiation. En revanche, nous sommes d'avis qu'il est important que les codes d'éthique demandent au médiateur d'expliquer clairement son rôle aux parties, avec le modèle de médiation qu'il propose, afin que celles-ci puissent faire un choix éclairé et savoir à quoi s'en tenir lors de la médiation.

### Les codes d'éthique et les diverses pratiques de médiation

Certains codes d'éthique laissent place à un large éventail de pratiques, incluant celles qui visent à redonner le pouvoir aux parties quant au processus, tandis que d'autres codes, plus contraignants, prescrivent des pratiques où le processus est essentiellement dirigé par le médiateur. Nous nous référons à deux exemples canadiens pour illustrer ce point.

Le code d'éthique des médiateurs de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada (IAMC)<sup>37</sup>s'applique aux médiateurs comptant parmi les quelque 1800 membres de l'Institut. Ce code leur permet de soutenir sans réserve l'autodétermination des parties. Ses objectifs déclarés sont « *d'établir des principes directeurs d'éthique pour les médiateurs [et] d'assurer la protection du public qui utilise les médiateurs [...]* ».

Ce code d'éthique précise en outre : « *L'autodétermination est le droit des parties à la médiation de prendre volontaire-*

*ment et sans pression leurs propres décisions en vue de résoudre l'une ou l'autre des questions soulevées dans le différend. Chaque médiateur doit encourager et respecter ce principe fondamental de la médiation.* » Le code stipule également : « *Avant le début de la médiation, le médiateur informe les parties de son rôle dans le déroulement de la médiation et précise notamment que c'est aux parties et non au médiateur que revient la responsabilité de la décision.* » Renforçant cette idée, le code ajoute : « *Avant d'entreprendre la médiation, le médiateur doit faire des efforts raisonnables pour s'assurer que les parties comprennent le déroulement de la médiation.* » Une fois les parties informées du processus que le médiateur utilisera lors de la médiation, le code indique que « *Le médiateur rédige et exécute avec les parties une convention de médiation stipulant : (a) les modalités aux termes desquelles les parties engagent le médiateur [...].* »

L'approche de ce code d'éthique nous paraît exemplaire. En effet, il énonce clairement que les décisions des parties sont souveraines et n'érige pas le médiateur en arbitre ultime du comportement des parties. Il accorde plutôt à chaque partie, comme au médiateur, un veto potentiel en stipulant : « *Le médiateur peut suspendre ou mettre fin à la médiation à la demande écrite de l'une ou de plusieurs des parties* » et « *Le médiateur peut suspendre ou mettre fin à la médiation par une déclaration écrite du médiateur précisant que tout effort supplémentaire de médiation est inutile* ». Il convient de lire ces énoncés conjointement avec la disposition suivante : « *Un médiateur considérant que la médiation dans laquelle il est impliqué soulève d'éventuelles préoccupations éthiques (y compris, sans restriction, la perpétration d'un crime ou d'une tromperie délibérée) peut prendre les mesures appropriées en pareil cas, y compris suspendre ou mettre fin au processus.* » (soulignés ajoutés) (N. D. T. : cette dernière citation est une traduction libre de l'article 7.5 qui n'apparaît pas dans la version française de l'ADR Institute of Canada *Code of Conduct for Mediators*). À ces différents égards, on peut dire que le code d'éthique des médiateurs de l'IAMC autorise à la fois les modèles de médiation où le médiateur dirige



le processus et les modèles de médiation où le médiateur remet le pouvoir aux parties quant au processus.

Le code d'éthique des médiateurs de l'IAMC tranche nettement avec le code de déontologie de l'Association du Barreau canadien de l'Ontario (ABCO)<sup>38</sup> dont les restrictions imposées ont pour effet de miner l'autodétermination des parties. Ce code de déontologie s'applique aux médiateurs œuvrant dans le cadre du programme de médiation obligatoire (PMO) en vigueur dans les villes d'Ottawa, de Toronto et de Windsor.

Le code de déontologie de l'ABCO débute par une section qui requiert le respect de l'autodétermination des parties par le médiateur, suivie toutefois par une section qui confie au médiateur un pouvoir décisionnel considérable quant au processus et au résultat de la médiation. En voici les extraits :

Le code stipule : « *L'autodétermination est le droit des parties à une médiation de prendre leurs propres décisions, de plein gré et sans contraintes, concernant le règlement éventuel de toute question dans le différend. Il s'agit d'un principe de médiation fondamental que les médiateurs doivent respecter et encourager* ». Cet énoncé laisse croire que les parties peuvent « *prendre leurs propres décisions, de plein gré et sans contraintes* ». Cependant, la section XI. « Cessation ou suspension de la médiation » exige des médiateurs qu'ils mettent fin à une médiation si, selon eux, l'une des conditions suivantes est présente et n'est pas rectifiée par les parties :

- (a) *le processus est susceptible de porter préjudice à l'une des parties ou plus;*
- (b) *l'une des parties ou plus utilise le processus de manière abusive;*
- (c) *l'une des parties ou plus retarde le processus au détriment de l'autre partie ou des autres parties;*
- (d) *le processus de médiation est préjudiciable à l'une des parties ou plus ou au médiateur;*
- (e) *il semble que l'une des parties n'agit pas de bonne foi; ou*
- (f) *il existe d'autres motifs qui sont ou qui semblent être à l'encontre du processus.*

(soulignés ajoutés)

À partir de circonstances dont la description laisse une large place à l'interprétation (soulignées ci-dessus), cette disposition oblige le médiateur à : 1) porter un jugement sur ce qui se passe dans la salle de médiation (ou sur ce qui, selon lui, pourrait se passer à l'avenir), 2) signaler aux parties le comportement jugé inadéquat, 3) exiger que les parties rectifient le comportement reproché et 4) mettre fin à la médiation s'il juge que les parties n'ont pas respecté ses directives en ce sens. Sur ces points essentiels, on peut dire que le code de déontologie de l'ABCO prescrit un modèle de médiation où le processus est dirigé par le médiateur et qu'il exclut les modèles de médiation respectant le droit des parties à l'autodétermination quant au processus.

Comment un médiateur transformatif interviendrait-il dans les circonstances énumérées à cette disposition? Plutôt que d'exiger qu'une ou plusieurs parties rectifient un comportement semblant relever de ces catégories, il poursuivrait sa tâche principale, soit d'aider chacune des parties à regagner confiance en sa propre capacité d'exprimer son point de vue et de mettre les choses en perspective, le médiateur s'en remettant au jugement des parties<sup>39</sup> et les soutenant systématiquement dans ce processus. Dans le modèle transformatif, chaque partie détermine ainsi elle-même si l'autre partie utilise le processus de manière abusive, si le processus lui paraît préjudiciable, si l'autre partie agit de bonne foi ou si le processus de médiation est contre-productif.

## Conclusion

À l'ère de l'information, les approches, dans quelque domaine que ce soit, évoluent en permanence et de nouvelles approches sont continuellement mises à la disposition du public. Ainsi, la médiation facilitante n'est plus ce qu'elle était dans les années 1980 et la médiation transformative a considérablement évolué depuis sa formulation initiale en 1994. D'autres approches de médiation ont été introduites depuis, et cette tendance va se poursuivre et probablement s'accélérer. Nous sommes d'avis que les médiateurs seront d'autant plus efficaces qu'ils pour-

ront adopter l'approche de médiation qui correspond le plus à leur vision du conflit et de la nature humaine<sup>40</sup>. Afin de protéger le droit des utilisateurs de choisir l'approche de médiation qu'ils jugent appropriée pour composer avec les conflits auxquels ils font face, les codes réglementant la pratique des médiateurs doivent s'ouvrir à l'évolution constante de la théorie et de la pratique de la médiation.

Selon Peter Miller, médiateur d'expérience, une pratique éthique de la médiation exigerait qu'un médiateur soit transparent quant à la nature de son rôle et quant aux limites de ce rôle avec ses clients potentiels. Si les clients acceptent d'entamer la médiation sur la base qui leur est proposée, le médiateur devra alors procéder en adhérant à la description fournie à ses clients. Une pratique de médiation se voulant éthique devrait donc être explicite et le modèle de médiation ne devrait pas changer en cours de route<sup>41</sup>. En suivant cette logique, les médiateurs transformatifs devraient préciser qu'ils ne pondéreront pas les débats entre les parties, pas plus qu'ils n'orienteront ou ne limiteront ce qui peut ou ne peut pas être discuté dans le cadre du processus<sup>42</sup>. Les médiateurs de l'approche facilitante devraient quant à eux préciser qu'ils interviendront pour équilibrer les forces entre les parties, en décrivant les mesures qu'ils comptent adopter pour réaliser ce qu'ils entendent par cet équilibre. Les médiateurs évaluatifs auraient pour leur part à préciser aux parties que leurs décisions devront se conformer à des normes établies, en explicitant la nature de ces normes.

Afin que les utilisateurs de la médiation puissent exercer un choix éclairé, les codes d'éthique ou autres formes de réglementation de la médiation doivent assurer une place à la diversité des modèles de médiation, car eu égard à l'évolution des pratiques dans le domaine, le régime du modèle unique ne convient plus. Des codes d'éthique tenant compte de cette diversité existent déjà : ils mettent l'accent sur les principes de base communs à tous les modèles de médiation, soit l'autodétermination des parties, l'indépendance et l'impartialité du médiateur, ainsi que la confidentialité du processus<sup>43</sup>. ❁



- 1 John Peter Weldon, avocat et médiateur accrédité du Québec, enseigne la médiation transformative au Service de la formation continue du Barreau du Québec à Montréal, ainsi qu'à la faculté de Droit de l'université Hofstra, Hempstead, NY et à Aix-Médiation, Aix-en-Provence.
- 2 Joseph P. Folger est professeur à l'université Temple, Philadelphie, PA. Il est cofondateur de l'Institute for the Study of Conflict Transformation : [www.transformativemediation.org](http://www.transformativemediation.org)
- 3 Robert A. Baruch Bush est professeur à la Maurice A. Deane School of Law de l'université Hofstra, Hempstead, NY. Il est cofondateur de l'Institute for the Study of Conflict Transformation.
- 4 Alison Y. Taylor, Toward a Comprehensive Theory of Mediation, 19 Conciliation Courts Review 1, 4 (1981); Anne Milne & Jay Folberg, The Theory and Practice of Divorce Mediation: An Overview, in DIVORCE MEDIATION: THEORY AND PRACTICE (Jay Folberg & Anne Milne eds., 1998). JAMES J. ALFINI, SHARON B. PRESS, JEAN R. STERNLIGHT, & JOSEPH B. STULBERG, MEDIATION THEORY AND PRACTICE 2-11 (2d éd., 2006) pages 718-20; Robert A. Baruch Bush, Staying in Orbit or Breaking Free: The Relationship of Mediation to the Courts Over Four Decades, 84 N.D. L. REV. 735-38 (2008). Voir également Nancy A. Welsh, The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization, 6 HARV. NEGOT. L. REV. 1, 15-21 (2001), Jacqueline Nolan-Haley, Judicial Review of Mediated Settlement Agreements: Improving Mediation with Consent, 5 Penn St. Y. B. Arb & Mediation (2013) disponible à <http://www.ssrn.com/abstract=2249862>
- 5 Leonard L. Riskin, "Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed" (1996); (3d Éd. 2005).
- 6 Voir par exemple, ABA STANDARDS OF PRACTICE FOR LAWYER MEDIATORS IN FAMILY DISPUTES, STANDARD I.C., III.C. (1984), 18 FAM. L. Q. 363, 363-65 (1984). Voir également Welsh, supra, note 4, pages 34-52 (analyse du principe d'autodétermination dans les règles d'éthique des médiateurs du programme de médiation de l'État de Floride adoptées en 1992).
- 7 L'Association for Conflict Resolution reconnaît sept approches distinctes de médiation comme normes de pratique dans le cadre des programmes de certification des médiateurs. Il s'agit des approches suivantes : *facilitative, transformative, narrative, evaluative, inclusive, analytical et responsive*. Ces approches sont définies comme des « philosophies et des méthodologies qui caractérisent la pratique du médiateur et déterminent la nature de ses interventions » : [http://www.acrnet.org/uploadedFiles/Practitioner/ModelStandardsOfConductforMediatorsfinal05\(1\).pdf](http://www.acrnet.org/uploadedFiles/Practitioner/ModelStandardsOfConductforMediatorsfinal05(1).pdf); Alexander, N., The Mediation Metamodel : Understanding Practice, Conflict Resolution Quarterly, vol. 26, no.1, Fall 2008 © Wiley Periodicals Inc., distingue six modèles de médiation distincts : *evaluative, settlement, facilitative, wise counsel, traditional et transformative*; Boule, L. et Kelly, K.J., Mediation Principles, Process, Practice, 1998, Toronto, Butterworths, distinguant quatre modèles : *evaluative, settlement, facilitative et transformative*. L'International Mediation Institute (IMI) accorde une certification aux médiateurs selon des critères distincts fondés sur trois modèles de médiation reconnus par l'Institut : les modèles facilitant, évaluatif et transformatif : <http://imimediation.org>
- 8 Par exemple, la Mediate BC Society Standards of Conduct prescrivent : « Un médiateur doit s'assurer que tous les participants comprennent la nature du processus de médiation, le déroulement de ce processus, le rôle du médiateur et la relation entre les le médiateur et les parties. » [http://www.mediatebc.com/PDFs/1-28-Standards-of-Conduct/Standards\\_Conduct.aspx](http://www.mediatebc.com/PDFs/1-28-Standards-of-Conduct/Standards_Conduct.aspx)
- 9 Pour un aperçu de la médiation transformative, voir *La médiation transformative au soutien de l'autodétermination des parties*, John Peter Weldon, Journal d'arbitrage et de médiation du Canada, 2011, Vol. 21, n° 1, page 37 : [http://www.adrcanada.ca/resources/documents/ADRIC\\_JOURNAL\\_2012\\_Vol21\\_No1.pdf](http://www.adrcanada.ca/resources/documents/ADRIC_JOURNAL_2012_Vol21_No1.pdf)
- 10 Les termes *party-driven médiation* (médiation où les parties sont maîtres du processus) et *party-centered médiation* proviennent de deux sources. En premier lieu, des praticiens de l'approche transformative dans le contexte des conflits ethno-politiques qui, cherchant à décrire cette approche de façon claire et concise, ont constaté que *party-driven* était le terme le mieux compris par les parties. Voir Folger & Bush, Transformative Practice in Ethno-Political Conflict: An Emerging Initiative in TRANSFORMATIVE MEDIATION: A SOURCEBOOK—RESOURCES FOR CONFLICT INTERVENTION PRACTITIONERS AND PROGRAMS 31-50 (Joseph P. Folger et al., eds., 2010). En deuxième lieu, il est ressorti des discussions avec des collègues qui enseignent l'initiation à la pratique d'avocat dans les facultés de Droit que l'approche transformative faisait appel aux mêmes notions théoriques et pratiques que celles de l'approche dite « centrée sur le client » dans la profession juridique, approche qui souligne le rôle central de l'autonomie décisionnelle du client. Voir par exemple, Robert D. Dinerstein, Client-Centered Counseling : Reappraisal and Refinement, 32 ARIZ. L. REV. 501, 506 (1990) (Examen des fondements et principes de l'approche centrée sur le client). Nous reconnaissons que l'approche de médiation présentée dans cette partie de notre article peut bien être pratiquée par des médiateurs ne se réclamant pas explicitement de l'approche « transformative », d'où notre emploi du terme plus large de *party-driven médiation*.
- 11 Éditeur officiel du Québec, 2013, Projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile, ss. 1 à 7 et 610 à 620 : <http://www.assnat.qc.ca/en/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-28-40-1.html>. Pour un commentaire critique de l'Avant-projet de loi, voir Réseau pour une approche transformative du conflit : Mémoire amendé présenté à la Commission des Institutions du Gouvernement du Québec, 30 mars 2012 : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-1664/memoires-deposes.html>
- 12 Le MEDIATOR CODE OF CONDUCT AND ETHICS- ALBERTA COURTS oblige le futur médiateur à remplir un formulaire dans lequel il doit consentir à utiliser le modèle de médiation axé sur les intérêts des parties. <http://www.albertacourts.ab.ca/portals/ext/qb/civilmediation/CodeofConductandEthics.pdf>
- 13 Ministère du procureur général de l'Ontario, Code de déontologie de l'ABCO, Section XI. « Cessation ou suspension de la médiation » <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/courts/manmed/codeofconduct.asp>
- 14 Roger Fisher et William Ury, Getting to Yes: Negotiating an Agreement Without Giving In, New York, Random House Business. (1981) (titre de la traduction française : Comment réussir une négociation)
- 15 Carole J. Brown, Facilitative Mediation : The Classic Approach Retains its Appeal : <http://www.mediate.com/pfriendly.cfm?id=1180> (dernière consultation du site 20 mars 2013)
- 16 Joseph B. Stulberg, The Theory and Practice of Mediation: A Reply to Professor Susskind, 6 VT. L. REV. 85, 88-91 (1981). La théorie de Stulberg s'appuie entièrement sur la notion de facilitation d'une entente, sans égard au contenu de cette entente, dont la détermination revient uniquement aux parties.
- 17 Lawrence Susskind, Environmental Mediation and the Accountability Problem, 6 VT. L. REV. 1, 13-18 (1981). Susskind fait valoir que « la réussite d'un effort de médiation doit également être évaluée en fonction de l'équité. . . des accords conclus » et que les médiateurs doivent s'efforcer de « parvenir à des règlements justes et durables . . . ». Id. à 14.
- 18 Stulberg, supra, note 16, pages 86-87, 96-97, 110-17. L'argument de Stulberg à l'encontre de la notion de la « responsabilité » du médiateur suggérée par Susskind se fonde essentiellement sur son analyse faisant ressortir qu'une telle « non-neutralité » empêcherait le médiateur de s'acquitter de sa fonction principale, celle d'aider les parties à parvenir à une entente quelle qu'elle soit.
- 19 À l'inverse, une étude bien connue comparant les résultats obtenus en médiation et les résultats obtenus devant un tribunal pour des cas similaires a démontré que les minorités ethniques obtenaient plus fréquemment de moins bons résultats en médiation qu'à la cour, alors que le contraire s'avérerait pour les parties n'appartenant pas à des groupes minoritaires. Voir MICHELLE HERMANN ET AL., AN EMPIRICAL STUDY OF THE EFFECTS OF RACE AND GENDER ON SMALL CLAIMS ADJUDICATION AND MEDIATION (1993) (cite dans JAMES J. ALFINI, SHARON B. PRESS, JEAN R. STERNLIGHT, & JOSEPH B. STULBERG, MEDIATION THEORY AND PRACTICE 2-11 (2d éd., 2006), at 371-75). Ce type d'étude a ajouté de la crédibilité aux allégations formulées antérieurement que la médiation, en tant que processus informel, désavantagerait les minorités. Dans le même ordre d'idées, certaines études portant sur la médiation familiale ont montré que les ententes de « garde conjointe » survenaient beaucoup plus fréquemment en médiation qu'à la suite de décisions judiciaires, constat qui suggère que les femmes, qui cherchent plus souvent que les hommes à obtenir la « garde principale », sortent plus souvent perdantes en médiation que les hommes. Voir, par exemple, Roz Zinner, Joint Custody : Smart Solution or Problematic Plan, <http://www.adrc.com/adrc4/joint.htm> (dernière consultation du site 20 octobre 2011). Même si la recherche approfondie menée sur la médiation en milieu de travail dans le cadre du programme REDRESS de l'US Postal Service fait état du même degré de satisfaction à peu près chez les gestionnaires et les employés vis-à-vis des résultats obtenus en médiation, cette recherche ne présente pas de preuve quant à la nature de ces résultats, ni comment ils se sont comparés avec les résultats de cas semblables obtenus devant d'autres instances. Voir LISA BLOMGREN BINGHAM, MEDIATION AT WORK: TRANSFORMING WORKPLACE CONFLICT AT THE UNITED STATES POSTAL SERVICE, 19-22 (2003) (compte rendu de plusieurs études du programme de médiation REDRESS). En d'autres termes, à l'instar de la plupart des recherches qui visent à démontrer la valeur de la médiation au fil des ans, cette recherche reflète davantage les attitudes des parties vis-à-vis des résultats que l'équité objective de ces résultats.
- 20 Robert A. Baruch Bush, One Size Does Not Fit All: A Pluralistic Approach to Mediator Performance Testing and Quality Assurance, 19 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 965, 977-78 (2004) (citation du Supreme Court of Virginia Mediator Mentee Evaluation Form : disponible à : <http://www.courts.state.va.us/courtadmin/aoc/djs/programs/drs/mediation/forms/adr1001.pdf>)
- 21 CHRISTOPHER W. MOORE, THE MEDIATION PROCESS : PRACTICAL STRATEGIES FOR RESOLVING CONFLICT 391-93 (3d éd. 2003) (citation partielle de James A. Wall Jr., Mediation: An Analysis, Review, and Proposed Research, 25 J. CONFLICT RESOL. 157, 164 (1981)).
- 22 John Haynes, Power Balancing, dans DIVORCE MEDIATION: THEORY AND PRACTICE (Jay Folberg & Anne Milne eds., 1998) 280-81 (citation partielle de Jeffrey Z. Rubin & Bert R. Brown, The Social Psychology of Bargaining and Negotiation (1975) à la page 79).
- 23 Idem, pages 290-291.
- 24 Voir, par exemple, Leah Wing, Whither Neutrality? Mediation in the 21st Century (unpublished paper, [www.prasi.org/uploads/12\\_PRASI\\_Wing.doc](http://www.prasi.org/uploads/12_PRASI_Wing.doc)); Trina Grillo, The Mediation Alternative: Process Dangers for Women, 100 YALE L.J. 1545, 1555-75 (1991) at 1572-87; Richard Delgado et al., Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution, 1985 WIS. L. REV. 1359, 1391 (1985); RESOL. 55, 60-62 (1995) (points de vue critiques provenant de l'expérience de groupes minoritaires et de groupes féministes des modes alternatifs de règlement des différends, appuyés d'exemples spécifiques).
- 25 See Robert A. Baruch Bush, Efficiency and Protection or Empowerment and Recognition: The Mediator's Role and Ethical Standards in Mediation, 41 FLA. L. REV. (1989) 260-66 (discussion portant sur les limites de la capacité du médiateur à agir en tant que protecteur des droits des parties). Contrairement aux juges ou même aux arbitres qui ont l'autorité et les outils nécessaires pour exiger et vérifier l'authenticité des preuves, les médiateurs ne disposent pas d'une telle autorité ou de tels outils.
- 26 Jay Folberg & Alison Taylor, Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation at 35, 245; (1984); Joseph B. Stulberg, Mediation Theory and Practice 2-11 (2d éd., 2006) pages 86-87, 91-97. Voir aussi Joseph B. Stulberg, Mediation and Justice: What Standards Govern? 6 Cardozo J. Conflict Resol. 213 (2005) (exemples de mesures permettant d'établir la justice en



- médiation sans avoir recours à l'équilibrage du rapport de force, id. 241-44, concluant que « la médiation ... fournit un exemple puissant d'une justice considérée sous l'angle purement procédural... L'acceptabilité des résultats par les parties à la médiation constitue et devrait constituer la caractéristique déterminante de la notion de justice. Le recours à des normes externes au processus n'est pas nécessaire. ». Id. page 245)
- 27 Par exemple, le Code of Ethical Conduct for Mediators de l'ADR Institute of Alberta stipule dans un Commentaire avec des exemples et des lignes directrices que « le devoir d'impartialité ne doit pas empêcher un médiateur d'agir pour aider le processus de médiation, s'il constate par exemple un déséquilibre des forces et qu'il cherche à le rectifier ». (traduction libre) <http://www.adralberta.com/PDF/CodeOfEthicsAgreement.pdf>.
- 28 Par exemple, le code de déontologie de l'ABCO; ministère du procureur général de l'Ontario, supra, note 13.
- 29 Robert A. Baruch Bush and Joseph P. Folger, *The Promise of Mediation, Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, San Francisco, Jossey-Bass (1994); une nouvelle édition entièrement révisée et mise à jour été publiée sous le titre : Robert A. Baruch Bush and Joseph P. Folger, *The Promise of Mediation, The Transformative Approach to Conflict*, New and Revised Edition, San Francisco, Jossey-Bass (2005) (bien que les deux éditions portent le même nom, à part le premier et le dernier chapitre, il s'agit de deux livres différents). Voir aussi les travaux de l'Institute for the Study of Conflict Resolution : <http://www.transformativemediation.org/>
- 30 Voir supra, note 10.
- 31 Les médiateurs transformatifs considèrent le conflit comme une crise de l'interaction humaine qui entraîne les parties dans une spirale négative et destructrice en raison du sentiment des parties de ne plus pouvoir agir sur la situation et d'être fermées l'une à l'autre. Ils estiment pouvoir aider les parties à regagner confiance en leurs capacités et à briser le cycle du conflit par le soutien systématique de leur libre expression et de leur pouvoir de choisir.
- 32 Voir BUSH & FOLGER (2005), supra, note 29, pages 131-214 (présentation d'une étude de cas dans laquelle un médiateur offre ce genre de soutien aux parties).
- 33 Voir James R. Antes et al., *Transforming Conflict Interactions in the Workplace: Documented Effects of the USPS REDRESS Program*, 18 HOFSTRA LAB. & EMP. L.J. 429, 439 (2001) (description d'un cas de médiation en milieu de travail illustrant un médiateur soutenant la décision prise par une partie de mettre fin à la séance de médiation).
- 34 Le souci du médiateur d'apporter un soutien constant aux deux parties fait en sorte que celles-ci deviennent conscientes qu'elles sont traitées équitablement. Le médiateur transformatif ne décide pas *a priori* quelle partie est la plus faible et a donc le plus besoin de son aide. Les parties ont des chances égales de s'exprimer comme elles le souhaitent, qu'elles soient soi-disant plus faibles ou plus fortes. Le médiateur aide chaque partie à défendre efficacement son propre point de vue, dans ses propres termes, et aussi largement qu'elle le souhaite.
- 35 Joseph B. Stulberg, *Mediation and Justice: What Standards Govern?* 6 CARDOZO J. CONFLICT RESOL. 213 (2005) pages 241-45 (l'auteur convient que, lorsque le principe d'autodétermination a été respecté, l'acceptabilité des résultats par les parties est ultimement la meilleure garantie de « justice » d'une entente et il conclut que « l'acceptabilité des résultats par les parties à la médiation constitue et devrait constituer la caractéristique déterminante de la notion de justice. Le recours à des normes externes au processus n'est pas nécessaire ».
- 36 Voir BINGHAM, supra, note 19, (travaux de recherche documentant la perception du caractère équitable des résultats de la médiation transformative de la part des employés et des gestionnaires); Dorothy J. Della Noce & Hugo C. M. Prein, *The Case for Transformation: A Review of Theoretical and Empirical Support in TRANSFORMATIVE MEDIATION: A SOURCEBOOK—RESOURCES FOR CONFLICT INTERVENTION PRACTITIONERS AND PROGRAMS*, Joseph P. Folger et al., eds., 2010) at 93, 94-105 (résumé des résultats de nombreuses études documentant la perception du caractère équitable des résultats dans le cadre de médiations transformatives).
- 37 Code d'éthique des médiateurs de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada (IAMC) [http://www.adrcanada.ca/resources/documents/Reglesnationalesdemediation2011avril15\\_000.pdf](http://www.adrcanada.ca/resources/documents/Reglesnationalesdemediation2011avril15_000.pdf)
- 38 Code de déontologie de l'ABCO; ministère du procureur général de l'Ontario, supra, note 13
- 39 Voir Stulberg, supra, note 35
- 40 Joseph P. Folger, HARMONY AND TRANSFORMATIVE MEDIATION PRACTICE: SUSTAINING IDEOLOGICAL DIFFERENCE IN PURPOSE AND PRACTICE, *North Dakota Law Review* (2008) 84:3, 823-860, à la p. 855: «... les valeurs fondamentales de l'approche qu'adopte un médiateur dans sa pratique doivent résonner jusqu'à un certain point avec ses valeurs personnelles : ses points de vue sur la nature humaine, les conflits et le rôle des institutions sociales dans la résolution de conflits. Il est difficile pour les médiateurs de pratiquer avec efficacité et en toute confiance dans un cadre non conforme à leurs valeurs fondamentales. Lorsqu'il s'agit d'intervenir dans le feu de l'action, les valeurs personnelles des médiateurs l'emportent sur les compétences apprises lors de leur formation ou adoptées à partir de leur seule expérience professionnelle. »
- 41 Peter Miller, co-auteur avec Robert A. Baruch Bush de *Transformative Mediation and Lawyers: Insights from Practice and Theory in TRANSFORMATIVE MEDIATION: A SOURCEBOOK—RESOURCES FOR CONFLICT INTERVENTION PRACTITIONERS AND PROGRAMS* (2010) Joseph P. Folger et al., eds., (entretien privé avec l'un des coauteurs, 14 mars 2013).
- 42 Pour un coauteur de cet article praticien de l'approche transformative, cela signifie également d'inviter les parties potentielles à consulter, en ligne (<http://www.johnpeterweldon.ca>), un portrait détaillé de 8 pages sur la médiation transformative ainsi qu'une vidéo, afin que les parties puissent déterminer si cette approche leur convient ou si elles préféreraient plutôt une autre approche, avec un autre médiateur, et cela, avant de fixer une rencontre exploratoire.
- 43 Code d'éthique des médiateurs de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada (IAMC), supra, note 37. Pour ce qui est de la France, pays civiliste d'où provient notre droit civil québécois, le législateur a fait preuve en 2011 d'une brièveté exemplaire en édictant des dispositions d'une seule page sur la médiation dans sa Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (article 21 de la Loi n° 95-125 du 8 février 1995). La France s'est limitée à faire un rappel des principes universels : rôle central des parties, impartialité, compétence et diligence du médiateur, confidentialité du processus qui doivent présider à toute médiation, choisissant de ne privilégier aucun modèle de médiation en particulier et laissant une large place à la diversité et au libre choix des médiations et des médiateurs. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000350926>

## Règles nationales d'arbitrage – demande de commentaires

### Règles nationales d'arbitrage de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc. – demande de commentaires

Le comité des Règles nationales, nommé par le Conseil d'administration de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc., procédera à l'examen des Règles nationales d'arbitrage de ce dernier. Le comité invite tous les membres de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc. à faire part de leurs commentaires, suggestions et préoccupations au sujet des Règles nationales d'arbitrage.

Voir les Règles nationales d'arbitrage à : <http://adrcanada.ca/francais/rules/arbitration.cfm>

Veuillez transmettre vos commentaires d'ici le 15 août 2013 à Mary Anne Harnick, Directrice générale, à : [executivedirector@adrcanada.ca](mailto:executivedirector@adrcanada.ca)



ADR Institute of Canada, Inc.  
Institut d'Arbitrage et de  
Médiation du Canada Inc.

