

Mémoire *amendé* sur l'Avant-projet de loi
instituant le nouveau Code de procédure civile

à l'attention du

Ministre de la Justice du Québec

préparé par

le Réseau pour une approche transformative du conflit

le 30 mars 2012

dont le mémoire original a été déposé à la Commission des Institutions de
l'Assemblée nationale du Québec le 1^{er} février 2012, disponible à :

<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-16641/memoires-deposes.html>

Table des matières

Abrégé	5
Allons-nous vers l'hyper-judiciarisation d'un « modèle unique » de médiation?.....	5
Solution proposée.....	6
Le Réseau pour une approche transformative du conflit	7
La loi des conséquences inattendues	8
Bref historique de la médiation I : le principe fondateur de l'autodétermination des parties	9
Bref historique de la médiation II : la médiation facilitante/intégrative issue de la négociation raisonnée	10
Bref historique de la médiation III : la médiation transformative au soutien de l'autodétermination des parties	11
Bref historique de la médiation IV : développement en parallèle d'autres modèles de médiation	12
La médiation transformative : une pratique à grande échelle qui a fait ses preuves	12
La médiation transformative au Québec	13
La pratique de la médiation au Québec est caractérisée par la diversité et le libre choix	14
La diversité des pratiques de médiation vue par la doctrine	14
Les différents niveaux de réglementation de la médiation vus par la doctrine	17
- Autoréglementation individuelle par les lois du marché	18
- Autoréglementation collective par les associations de médiateurs	19
- Régime mixte associations-État	20
- Régime législatif étatique de réglementation	21

Les associations de médiateurs reconnaissent la diversité des médiations	23
La tendance moderne est à la souplesse, à la diversité et au libre choix du justiciable	24
D'autres mémoires rejoignent les préoccupations du Réseau	25
- Mémoire et commentaire de Me Sylvette Guillemard	25
- Mémoire de Me Louise Lalonde	25
- Mémoire de l'Association du Barreau canadien- Division du Québec	26
- Mémoire de l'Association du Jeune Barreau de Montréal	26
- Commentaire de Me Thierry Bériault, président de l'IMAQ	26
Conclusion	27
Pour le Réseau pour une approche transformative du conflit	29
Annexe I – Recommandations	30
Article 2	30
- Commentaire	30
- Recommandation	31
Article 6	31
- Commentaire	31
- Recommandation	32
Article 607	32
- Commentaire	32
- Recommandation	33
Article 610	33
- Commentaire	34
- Recommandation	34

Article 615	35
- Commentaire	35
- Recommandation	36
Article 616	36
- Commentaire	36
- Recommandation	38
Article 618	38
- Commentaire	39
- Recommandation	39
Annexe II – L'exemple de la loi française	40
Annexe III - US Model Standards of Conduct for Mediators	42
Annexe IV – Analyse d'Alexander des 6 modèles de médiation	43
- La médiation évaluative	43
- La médiation axée sur le règlement	44
- La médiation facilitante	45
- La médiation de bon conseil	46
- La médiation d'inspiration traditionnelle	47
- La médiation transformative	48
Annexe V – La médiation transformative au soutien de l'autodétermination des parties (extraits)	
- En quoi consiste le travail de médiation?	50
- L'autodétermination des parties	50
- En quoi la médiation transformative est-elle si différente?	51

Mémoire *amendé* sur l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile présenté par le Réseau pour une approche transformative du conflit

Abrégé

Allons-nous vers l'hyper-judiciarisation d'un « modèle unique » de médiation?

Le Réseau pour une approche transformative du conflit (« le Réseau »), a déposé un mémoire sur l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile du Québec (l'APL) devant la Commission des Institutions de l'Assemblée nationale le 1^{er} février 2012.

Le Réseau se préoccupe de l'insertion, dans une loi de portée générale telle que le Code de procédure civile, de la description détaillée d'une méthodologie propre à un seul des modèles de médiation actuellement en usage dans le monde : le modèle facilitant/intégratif. Par ce choix inédit, le législateur prendrait la décision lourde de répercussions d'instaurer une seule façon officiellement reconnue de faire de la médiation au Québec, imposant aux praticiens et utilisateurs une norme uniforme et unique.

Nulle part ailleurs dans le monde n'a-t-on pris le pari de transformer par voie législative des étapes et des protocoles spécifiques, tirés d'un seul modèle de médiation, en autant d'obligations statutaires applicables à toutes les médiations. Si les dispositions de l'APL étaient adoptées telles que proposées, le moindre écart à ces obligations devrait être justifié et documenté par le médiateur et les parties, sous peine de sanction par les tribunaux. Pour se soustraire à ce carcan législatif, le médiateur et les parties devraient en effet rédiger et signer un document neutralisant ou écartant chacune des nouvelles obligations édictées par le Code de procédure civile.

Que le processus soit décrit dans la loi ou dans un protocole contractuel élaboré, une véritable judiciarisation de la médiation est à prévoir. L'application de l'APL, dans sa forme actuelle, viendrait déstabiliser la pratique de la médiation au Québec et suspendrait au-dessus de la tête de tous les médiateurs (y compris ceux qui voudraient bien essayer de s'y conformer) une épée de Damoclès susceptible d'être utilisée notamment par des parties ayant une personnalité difficile, querulente ou de mauvaise foi qui se diraient insatisfaites de la médiation.

La codification de la médiation, telle qu'elle apparaît dans la version actuelle de l'APL, prescrit dans le menu détail et de façon contraignante la conduite et les comportements du médiateur et des parties à la médiation, ce qui irait à l'encontre du principe fondamental de l'autodétermination des parties et limiterait considérablement l'informalité et la souplesse qui ont toujours été les marques de commerce de ce mode de résolution de conflits.

Au lieu de reconnaître et d'encourager la diversité de l'offre actuelle de médiation au Québec, cette création d'un « poids de la norme » législatif conférerait un prestige implicite à la seule médiation dorénavant codifiée par la loi et influencerait indûment les justiciables individuels et institutionnels dans le choix d'un mode de prévention et de règlement de différends (PRD).

Ce choix législatif sans précédent aurait pour conséquence inattendue et indésirable de déconsidérer, marginaliser, voire vouer à une lente disparition, les modèles de médiation qui obéissent à d'autres principes et donnent lieu à d'autres pratiques soit, entre autres, les modèles évaluatif et transformatif, le « deal-making », le « med-arb » et le droit collaboratif.

Les membres du Réseau sont d'avis que l'application de l'APL dans sa forme actuelle aurait comme résultat de freiner le développement naturel et évolutif de nouvelles façons de penser et de pratiquer la médiation et que cela ne constituerait nullement un avantage pour le public.

Solution proposée

La solution aux problèmes que soulève l'APL s'avère simple. Le mémoire du Réseau ne suggère pas de *réécrire* les sept articles de l'APL qui posent problème, encore moins d'*ajouter* quoi que ce soit aux dispositions existantes. Il suggère plutôt de procéder à un travail d'élagage judicieux et sélectif, qui laisserait intacts les grands principes à la base de l'actuelle réforme du Code de procédure civile. Il s'agit de *retrancher* certains détails des articles proposés, ayant pour effet de prescrire un protocole précis, propre au seul modèle facilitant/intégratif de médiation, pour ne laisser place qu'aux dispositions générales communes à tous les types de médiation employés au Québec et ailleurs dans le respect des principes universels d'autodétermination des parties et d'indépendance, d'impartialité et de confidentialité du médiateur. Il serait ainsi possible de préserver le principe de la diversité et du libre choix des pratiques de médiation, tout en conservant un cadre qui assurerait la protection du public.

Les besoins des utilisateurs de la médiation sont en constante évolution. On n'a qu'à constater les changements majeurs d'attitudes et de comportements intervenus depuis 30 ans entre les membres des *baby-boomers* et ceux de la « Génération Y ». À l'heure où le sur mesure est en train de remplacer le prêt-à-porter dans tous les domaines, ce n'est pas le temps de vouloir figer, cristalliser et imposer par une loi une seule façon d'envisager de faire la médiation. Il faut plutôt laisser la médiation continuer à évoluer en réponse aux besoins changeants des utilisateurs, caractérisés par une remise en question systématique d'arguments d'autorité dictés d'en haut et par une demande de participation active à une recherche de justice plus personnalisée.

Mémoire *amendé* sur l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile présenté par le Réseau pour une approche transformative du conflit

Le Réseau pour une approche transformative du conflit

Fondé en octobre 2011, le Réseau pour une approche transformative du conflit (« le Réseau ») regroupe une cinquantaine d'avocats, médiateurs, gestionnaires, directeurs et conseillers en ressources humaines, ainsi que d'autres professionnels ayant reçu une formation de base en médiation transformative au Service de formation continue du Barreau du Québec et souhaitant intégrer l'approche transformative à leur pratique. Le Réseau désire porter à l'attention du législateur ses commentaires et propositions quant à certaines dispositions de l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile (l'« APL ») et leur effet appréhendé sur la pratique de la médiation au Québec.

John Peter Weldon, porte-parole et fondateur du Réseau, est avocat depuis 1976, médiateur accrédité depuis 1993, formateur en médiation au Service de formation continue du Barreau du Québec depuis 1997 et professeur adjoint de médiation à l'Université Hofstra, Long Island, NY, depuis 2011. Collaborateur du professeur Robert A. Baruch Bush, coauteur de *The Promise of Mediation* et cofondateur de *l'Institute for the Study of Conflict Transformation*, John Peter Weldon est le premier francophone à recevoir l'accréditation de *Certified Transformative Mediator*TM. Avec plus de 800 médiations à son actif, il a développé une expertise en prévention, formation, médiation et enseignement en matière de harcèlement psychologique et de conflits interpersonnels au travail. Pionnier de la médiation transformative¹ au Québec, il y a formé près de 200 médiateurs débutants et d'expérience dans cette approche.

¹ On trouvera à l'**Annexe V** une description de la médiation transformative tirée de *La médiation transformative au soutien de l'autodétermination des parties*, Weldon, J.P., Journal d'arbitrage et de médiation du Canada, Vol. 21, No. 1, Printemps 2012. Voir aussi le site de l'Institute for the Study of Conflict Transformation à www.transformativemediation.org. La médiation transformative vise à favoriser des changements plus durables dans l'interaction entre les personnes qui vivent un conflit. Si la recherche de solution et le cheminement vers une entente sont des constituantes possibles de la médiation transformative, les principes fondamentaux de cette approche demeurent l'autodétermination et le libre choix des parties quant au processus et à son dénouement. Ainsi, la résolution d'un conflit passe non pas par l'imposition d'une procédure, mais par l'accompagnement des parties, par le médiateur, vers l'assainissement de leur interaction.

La loi des conséquences inattendues

Le Réseau appuie la volonté du législateur québécois d'encourager le recours aux modes de prévention et règlement de différends (« PRD »). Il est cependant des lois qui produisent des effets inattendus, voire non désirés, qui vont bien au-delà des bonnes intentions de leurs auteurs. L'Avant-projet de loi (« l'APL ») instituant le nouveau Code de procédure civile, dans sa version actuelle, soulève un problème qui nous paraît fondamental en rapport avec le développement pluridisciplinaire des modes de PRD au Québec.

La version actuelle de l'APL introduirait en effet au Code de procédure civile la codification complète d'une méthodologie de médiation, applicable « à titre supplétif »². L'enchâssement inédit du mode d'emploi d'un seul type de médiation dans une loi de portée générale aurait pour effet de privilégier ce type de médiation et de marginaliser par le fait même les autres types de médiation (évaluatif, transformatif, etc.), qui font pourtant partie de l'éventail des modes de PRD reconnus par la doctrine, les instances d'accréditation et les règles de conduite et de déontologie établies par diverses associations professionnelles de médiateurs partout dans le monde, dont de nombreux exemples seront cités plus loin.

En prescrivant un seul modèle de médiation sanctionné par la loi, les articles 2, 6, 607, 610, 615, 616 et 618 de l'APL auraient pour effet de placer tous les praticiens des autres modèles de médiation en marge du modèle codifié. Toute dérogation aux prescriptions du Livre VII devrait être expressément justifiée par les médiateurs et les utilisateurs qui préféreraient avoir recours à un autre modèle. Devant la diversité des approches actuelles en usage dans le monde, le Québec ferait cavalier seul en imposant par voie législative le « poids d'une norme unique ».

Nous avons reproduit en annexe les sept articles de l'APL visés par nos commentaires, avec *en italiques* les éléments qui auraient comme conséquence de codifier un mode de médiation unique à l'exclusion d'autres modèles en usage au Québec et ailleurs dans le monde, notamment le modèle transformatif de médiation que nous pratiquons. Pour chaque élément retenu, nous offrirons un commentaire détaillé, suivi d'une proposition de modification visant à retrancher les éléments qui posent problème et éviter les écueils soulevés dans le présent mémoire.

² Voir l'extrait de mémoire de la professeure Louise Lalonde, cité à la page 22 du présent mémoire, pour une opinion d'expert sur l'impact réel de l'application « à titre supplétif » de ces dispositions.

Bref historique de la médiation I : le principe fondateur de l'autodétermination des parties

Ce qui distingue l'ensemble des approches de médiation du processus d'adjudication, c'est le principe de l'autodétermination des parties, voulant que ce soit aux parties elles-mêmes et non à un tiers décideur qu'incombe la responsabilité de trouver des solutions à leur litige, aidées en cela par un tiers neutre sans pouvoir décisionnel (exception faite de l'approche « méd-arb »). Le principe de l'autodétermination occupe une place centrale dans toutes les définitions de la médiation que l'on trouve dans la doctrine³, dans les codes de conduite et de déontologie⁴ et dans les diverses formes de réglementation de la médiation⁵ partout au monde.

Voici comment les auteurs Boule et Kelly⁶ présentent la centralité du principe de l'autodétermination des parties dans la définition de la médiation:

« L'absence de formalisme et la flexibilité de la médiation permettent la participation entière et directe des parties au processus. La médiation est un mode de résolution de disputes hautement accessible. Grâce à son accessibilité et à son potentiel de participation, les parties en conflit, soumises à quelques règles élémentaires de décorum, peuvent converser, négocier et échanger des options à tout moment du processus. La participation directe des parties à la médiation se justifie au regard de la promotion de la prise de responsabilité pour les choix qui seront effectués et de la dignité de l'individu. Elle sous-tend que les parties sont capables de prendre elles-mêmes de meilleures décisions au sujet de leurs intérêts que ne le feraient des tiers, tels que juges ou arbitres, et que si elles se sentent maîtres du processus, elles seront plus enclines à appuyer les résultats qui en émaneront. Aucune autre méthode contemporaine de résolution de disputes ne fait autant de place que la médiation à la participation directe des parties, et même lorsqu'aucun règlement n'est intervenu, les parties ont évalué très positivement cet aspect « **d'autodétermination** » du processus. »

³ À titre d'exemple, voir Boule, L. et Kelly, K.J., *Mediation Principles, Process, Practice*, 1998, Toronto, Butterworths.

⁴ À titre d'exemple, voir les US *Model Standards of Conduct for Mediators*: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/dispute/documents/model_standards_conduct_april2007.aucthumbnail.pdf dont le *Standard 1: Self determination* est reproduit à l'Annexe III.

⁵ À titre d'exemple, c'est le sens de l'article 21 de la Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, reproduit à l'Annexe II.

⁶ *Op cit* Boule, L. et Kelly, K.J., à la page 41.

Bref historique de la médiation II : la médiation facilitante/intégrative issue de la négociation raisonnée

Il y a plus de 30 ans maintenant, la publication du best-seller *Getting to Yes*⁷ des auteurs Fisher et Ury, de l'Université Harvard, fournissait à la médiation son premier cadre théorique, celui de la négociation raisonnée, lui permettant ainsi de se tailler une place de choix dans ce qu'on appelait alors les modes alternatifs de résolution de conflits (*Alternative Dispute Resolution* (ADR)). Les ADR se présentaient comme une alternative au système adversaire d'adjudication devant les tribunaux, caractérisé par le principe de justice distributive.

Cette négociation raisonnée, incarnant le principe de justice intégrative, constitue l'origine de la médiation facilitante⁸ (en anglais : « *facilitative mediation* ») enseignée au *Harvard Programme on Negotiation* (PON) dès le début des années 1980. Ce modèle de médiation est enseigné sous le nom de médiation intégrative à l'Université de Sherbrooke depuis 1998. La médiation facilitante a rapidement gagné des adeptes partout en Amérique du Nord et en Europe. Quand on parle de *la* Médiation avec un M majuscule, on parle habituellement de cette approche « gagnante gagnante » qui représente actuellement le courant idéologique majoritaire chez les médiateurs.

L'impact du livre *Getting to Yes* et son influence sur le développement subséquent de la médiation ont été considérables. L'innovation consistait à encadrer et à professionnaliser le rôle du médiateur, lui prescrivant un protocole précis d'interventions visant à sortir les parties de leur conflit, les distancer de leurs positions de départ en les aidant à identifier leurs besoins et leurs intérêts et à repérer les points de convergences entre elles, dans le but de les amener à s'entendre.

En conformité avec la négociation raisonnée décrite dans *Getting to Yes*, la médiation facilitante/intégrative implique que le médiateur dirige les parties à la médiation en suivant des étapes préétablies, les amenant à conclure une entente mutuellement satisfaisante. Selon cette méthodologie, on reconnaît aux parties la responsabilité du contenu de la négociation et de son issue et on confie au médiateur la responsabilité de gérer le processus et les échanges en médiation. La distinction entre contenu et processus est centrale dans cette répartition des rôles. Puisque c'est le médiateur, non les parties, qui connaît les protocoles spécifiques à cette forme de médiation c'est à lui qu'il incombe de les appliquer et les faire respecter. En ce sens, on peut qualifier la médiation facilitante/intégrative de « directive » (en anglais : *mediator-driven mediation*.)

⁷ Fisher, R. et Ury, W. *Getting to Yes: Negotiating an Agreement Without Giving In*, 1981, New York, Random House Business.

⁸ Voir entre autres : Moore, C.W., *The Mediation Process*, 2^e Édition, 1996, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, pour une description du modèle facilitant de médiation.

Bref historique de la médiation III : la médiation transformative au soutien de l'autodétermination des parties

Treize ans après la parution du livre *Getting to Yes* arrive la publication du livre *The Promise of Mediation*⁹, en 1994, par les auteurs Bush et Folger de l'Université Hofstra, à Long Island, New York. Ce livre constitue un autre jalon important dans le développement de la théorie et de la pratique de la médiation. Tout en partageant avec les autres formes de médiation les principes éthiques universels que sont l'indépendance et l'impartialité du médiateur et le respect de la confidentialité, la médiation transformative postule qu'on ne peut faire de distinction nette entre le contenu et le processus d'une médiation. Si le médiateur décide du processus, il exerce, même à son insu, une influence sur le contenu et le résultat de la médiation. Bush et Folger ont donc poussé un cran plus loin le principe de l'autodétermination des parties, pour l'appliquer aussi au processus de la médiation. En 2005, L'American Arbitration Association, l'American Bar Association et l'Association for Conflict Resolution ont d'ailleurs amendé dans ce sens le *Standard I – Self Determination* des *US Model Standards of Conduct for Mediators*¹⁰, reproduit à l'**Annexe III**.

Dans l'édition de 1994 du livre *The Promise of Mediation*, Bush et Folger mettaient en garde les médiateurs contre toute forme de directivité, autant à l'égard du processus qu'à l'égard du contenu de la médiation. Il n'était cependant pas encore clair pour ces auteurs, à l'époque, quelles interventions le médiateur pouvait se permettre de faire sans tomber dans la directivité. Il a fallu la sortie de l'édition revue et améliorée de *The Promise of Mediation*¹¹ en 2005 pour disposer enfin d'une méthodologie complète, basée sur une description détaillée des quatre interventions non directives de l'approche transformative soit le reflet, le résumé, la vérification et le silence volontaire.

Les deux éditions du livre ont en commun l'abandon de tout protocole spécifique d'étapes à suivre et à faire suivre par les parties, propre à la médiation facilitante/ intégrative. Dans le modèle transformatif de médiation, ce sont les parties et non le médiateur qui décident de ce qui est important pour elles de discuter, de l'ordre dans lequel elles souhaitent en discuter, de la manière d'aborder les différents sujets, de l'adoption ou non de règles de conduite ou de communication, de la durée et de la séquence des discussions, et cetera. Dans ce modèle, toutes ces questions de processus relèvent non pas du médiateur, mais des parties elles-mêmes. Chaque fois qu'elles sont invitées par le médiateur à prendre une décision à cet égard, les parties

⁹ Bush, R.A.B., et Folger, J.P., *The Promise of Mediation*, 1994, San Francisco, Jossey-Bass.

¹⁰ *Model Standards of Conduct for Mediators*:

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/dispute/documents/model_standards_conduct_april2007.aucthcheckdam.pdf

¹¹ Bush, R.A.B., and Folger, J.P., *The Promise of Mediation, New and Revised Edition*, 2005, San Francisco, Jossey-Bass.

reprennent un peu plus confiance en leurs propres moyens et en leur capacité d'aborder efficacement le conflit qui les a déstabilisées. C'est en ce sens que l'on peut qualifier la médiation transformative de « non directive » (en anglais : *client-driven médiation*).

C'est cette distinction importante dans la directivité du médiateur qui fait en sorte que la codification des protocoles propres au modèle facilitant/intégratif ne peut convenir en aucune façon aux praticiens de la médiation transformative.

Bref historique de la médiation IV : développement en parallèle d'autres modèles de médiation

Parallèlement au développement de la médiation facilitante/intégrative, d'autres façons d'intervenir à titre de tierce partie impartiale se développaient au Québec et ailleurs dans le monde, même si ces façons ne s'appuyaient pas sur des écrits aussi prestigieux que les livres de Fisher et Ury et de Bush et Folger. On pense évidemment au « deal-making », qui a cours depuis longtemps dans le domaine des relations de travail au Québec, à la médiation évaluative¹², particulièrement affectonnée par nos médiateurs arbitres, au système hybride de « med-arb¹³ », qui a la faveur de bon nombre de nos médiateurs avocats, et au droit collaboratif¹⁴, cette médiation sans médiateur qui commence à se pratiquer chez nos avocats en droit de la famille.

La médiation transformative : une pratique à grande échelle qui a fait ses preuves

La médiation transformative a été adoptée en 1998 par l'US Postal Service (« USPS »), deuxième employeur en importance aux États-Unis, pour assainir un climat de travail caractérisé par l'accumulation de plus de 14 000 plaintes de discrimination et de harcèlement et par une quarantaine d'homicides sur les lieux du travail (d'où l'expression « *going postal* »).

Un mandat a été accordé par l'USPS aux médiateurs Bush et Folger pour former les 1 500 médiateurs externes requis par ce vaste programme, l'USPS visant non seulement à offrir à ses employés un processus rapide, informel et confidentiel de traitement de plaintes, mais aussi à favoriser chez eux le développement de compétences leur permettant de gérer eux-mêmes leurs conflits à venir. Les résultats impressionnants des dix premières années de l'application du

¹² Médiation évaluative : Ne pas jeter le bébé avec l'eau du bain (cliquer sur ce lien) de Jean Poitras, médiateur et professeur et professeur agrégé, Service de l'enseignement de la gestion des ressources humaines, HEC

¹³ L'arbitre médiateur, cet inconnu! de Nabil N. Antaki, arbitre médiateur et professeur invité à l'Université de Montréal http://www.droit.umontreal.ca/droitmontreal/DM_11.pdf à la page 17.

¹⁴ Voir le site du Groupe de droit collaboratif du Québec : <http://www.droitcollaboratifquebec.ca/fr/droitCollaboratif/principes.asp>

programme de médiation REDRESS™ ont été confirmés par une série d'études effectuées par l'équipe de recherche de l'Université de l'Indiana, dirigée par Me Lisa Bingham.

Les résultats de cette recherche¹⁵, basée sur l'analyse de 140 000 évaluations de participants au programme de médiation REDRESS™, sont probants : taux de participation volontaire de 82 %; taux moyen de satisfaction du processus de médiation chez les employés et les superviseurs participants de 90 %; taux moyen de satisfaction de la performance des médiateurs de 97 %; taux moyen de satisfaction de l'issue de la médiation de 67 %. L'instauration du programme a entraîné une baisse de 25 % des nouvelles plaintes formelles de discrimination et une baisse de 30 % des nouvelles plaintes informelles, une indication qu'employés et superviseurs se sentaient désormais plus compétents pour régler par eux-mêmes leurs différends.

La médiation transformative au Québec

Depuis 2009 au Québec, une formation en médiation transformative en milieu de travail¹⁶ est donnée plusieurs fois par année par Me John Peter Weldon, par le biais du Service de la formation continue du Barreau du Québec. Près de 200 avocats, médiateurs, gestionnaires, directeurs et conseillers en ressources humaines et autres professionnels ont déjà suivi cette formation, dont une cinquantaine de diplômés se sont regroupés pour former le Réseau pour une approche transformative du conflit en octobre 2011.

Au colloque *La médiation au travail : option rentable, effets durables* organisé par l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ) en avril 2011, Me Lisa Bingham, conférencière principale, a présenté les résultats concluants¹⁷ des dix premières années (1998-2008) du programme REDRESS™ de l'US Postal Service constatés par les chercheurs de l'Université de l'Indiana. Au même colloque, Me John Peter Weldon a fait une présentation¹⁸ des quatre modèles principaux de médiation en usage au Québec (transformatif, facilitant/intégratif, évaluatif et axé sur le règlement).

¹⁵ Bingham, L.B., Hallberlin, C.J., Walker, D.A., et Chung, W-T : *Dispute System Design and Justice in Employment Dispute Resolution : Mediation at the Workplace*, Harvard Negotiation Law Review Vol. 14:1 <http://www.hnlr.org/wp-content/uploads/2009/09/1-50.pdf>

¹⁶ Formation : *La médiation d'une allégation de harcèlement psychologique : l'approche transformative* : <http://www.barreau.qc.ca/formation/activite.jsp?noActiv=1433&namePage=activite.jsp&Langue=fr>

¹⁷ Présentation PowerPoint de L. Bingham : <http://www.imaq.org/2011/04/24/la-mediation-au-travail-option-rentable-effets-durables-presentation-des-conferenciers/>

¹⁸ Présentation PowerPoint de J.P. Weldon : <http://www.imaq.org/2011/04/24/la-mediation-au-travail-option-rentable-effets-durables-presentation-des-conferenciers/>

Au colloque *Harcèlement psychologique : bilan et perspectives d'avenir* organisé par l'IMAQ pour le mois de novembre 2012, les avantages et limites des modèles facilitant/intégratif et transformatif de médiation seront présentés afin de permettre aux participants de mieux comprendre la spécificité de chaque modèle et de pouvoir faire un choix éclairé quant au modèle à privilégier selon les circonstances.

La pratique de la médiation au Québec est caractérisée par la diversité et le libre choix

Notre Réseau ne peut se prononcer en ce qui a trait aux autres modes de PRD existants au Québec, tels la médiation évaluative, le « deal-making », le « med-arb » et le droit collaboratif, mais il est fort probable que les pratiques propres à ces autres modes se retrouvent, elles aussi, marginalisées par l'adoption législative d'une norme unique, importée d'un autre modèle de pratique que le leur.

« *La médiation que vous pratiquez est-elle approuvée par le gouvernement?* », voilà le genre de question qu'un médiateur pourrait bien se faire poser dorénavant par un client prospectif, au Québec, si l'APL était adopté dans sa forme actuelle.

À l'heure du pluralisme et de la diversité des médiations, nous croyons que la réflexion doit dépasser la simple dichotomie justice distributive/justice intégrative des débuts de la médiation pour approfondir le sens à donner au principe même d'autodétermination des parties. Dans ce contexte, la codification législative d'un protocole précis, propre à un seul modèle de médiation, ne nous paraît ni appropriée ni souhaitable.

La diversité des pratiques de médiation vue par la doctrine

Dans son article intitulé *The Mediation Metamodel: Understanding Practice*¹⁹, Alexander²⁰ présente une structure pour identifier et comparer différentes approches de médiation, afin d'aider notamment les médiateurs, les clients et les législateurs à faire des choix quant à l'approche qu'ils souhaitent favoriser en matière de résolution de conflits. Elle note d'emblée que l'orientation choisie par le médiateur (sa vision du monde, ses paradigmes de

¹⁹ N. Alexander, *The Mediation Metamodel: Understanding Practice*, Conflict Resolution Quarterly, vol. 26, no.1, Fall 2008 © Wiley Periodicals Inc. and The Association for Conflict Resolution.

²⁰ Professeure adjointe à l'Australian Centre for Peace & Conflict Studies (ACPACS), Nadja Alexander avait fondé le Dispute Management Centre à la TC Beirne School of Law. Elle a une vaste expérience comme médiatrice, chercheuse, professeure et consultante en médiation en Australie, en Europe, aux États-Unis et en Asie.

départ, ses comportements et la manière dont il conduit le processus de médiation) a un impact sur la dynamique de la médiation. Cette orientation peut influencer le comportement des participants, l'ordre du jour, le contenu et l'éventail d'options et d'issues possibles à la médiation.

L'auteure fait état de diverses études menées sur la médiation depuis les années 1950 en fonction du degré d'intervention du médiateur, du niveau de décision des parties ou du contenu. Diverses catégorisations ont été faites selon, par exemple, que le degré d'intervention du médiateur passe de plus passif à plus interventionniste, ou selon la manière dont le problème visé par la médiation est défini.

Alexander présente ensuite son « Métamodèle de médiation », basé sur :

- 1) la dimension interactive de la médiation
- 2) le niveau d'intervention du médiateur.

1) À propos de la dimension interactive, l'auteure identifie trois niveaux d'interaction :

- La négociation sur position, qui vise un règlement en fonction de la position légale ou autre des parties et implique des concessions mutuelles faites de part et d'autre jusqu'à l'atteinte d'un règlement mettant fin au différend.
- La négociation intégrative, par laquelle le médiateur fait ressortir les intérêts, besoins, motivations et préoccupations des parties plutôt que de mettre l'accent sur leurs positions, demandes, droits et réclamations. Ce type de médiation vise la résolution dans une conception plus large que le strict règlement du différend tel qu'initialement exposé.
- L'interaction transformative ou restauratrice et le dialogue guérissant, basés sur le dialogue. Cette approche ne met pas l'accent sur l'issue de la médiation ou le règlement, mais vise plutôt à transformer l'interaction entre les personnes en cause. L'idée sous-jacente étant qu'une fois les personnes capables de communiquer de façon constructive et avec respect, elles sont mieux en mesure de résoudre elles-mêmes leur différend. L'objectif varie selon qu'il s'agit de transformer la relation, réconcilier les parties, guérir ou opérer une transformation sociale.

2) À propos du type d'intervention du médiateur, Alexander identifie deux axes d'intervention : intervention axée sur le problème à résoudre et intervention axée sur le processus d'interaction entre les parties. L'auteure note au passage que même si le médiateur privilégie une intervention

sur l'un des axes, il intervient nécessairement sur l'autre. Cette distinction permet tout de même d'identifier une approche dominante, selon le médiateur.

- Par une intervention axée sur le problème, le médiateur intervient sur le sujet même de la médiation (qu'il soit légal, commercial, social, financier, personnel ou autre) parfois en donnant son avis, parfois en procédant à une évaluation ou en suggérant des options pour un éventuel règlement.

L'auteure note qu'il s'agit d'un style souvent plus directif, le médiateur se voyant plutôt comme un expert.

- Par une intervention axée sur le processus, le médiateur intervient sur la structure de la médiation (par exemple, la décision de procéder à des rencontres conjointes ou individuelles, l'établissement de l'ordre du jour de discussion, ou la disposition des personnes dans la salle) ou sur la dynamique de la médiation (par exemple, l'établissement de règles de communication, la façon de reformuler les propos des parties, etc.)

Dans ce type d'intervention, le médiateur agit comme un facilitateur ou un catalyseur plutôt que comme un expert quant au contenu. Il encourage les participants à faire preuve de curiosité et de créativité.

Ces distinctions étant faites, Alexander note que la façon dont le processus de médiation est mené a souvent une influence sur le contenu. En supportant la conversation des parties, le médiateur peut, même inconsciemment, se trouver à intervenir dans le problème, par exemple lorsqu'il établit l'ordre du jour de la conversation, selon les mots ou les sujets de discussion choisis, ou selon qu'il utilise des questions, qu'il souligne des positions ou des besoins, etc.

L'auteure précise qu'il est ardu de définir ce qu'est une médiation « réussie », soulignant la différence entre une médiation visant l'atteinte d'un règlement et celle visant à maximiser l'autodétermination des parties. Les parties peuvent avoir des attentes diverses telles que l'obtention d'un avis, la possibilité d'être entendues ou encore que « justice soit rendue ». Alexander énumère divers buts recherchés en médiation :

- le règlement du différend
- l'accès à la justice
- la résolution du conflit
- un règlement répondant aux besoins des parties
- l'autodétermination
- la transformation d'un comportement destructeur en une conversation constructive

- la réconciliation
- la restauration du climat et la stabilité dans l'entourage affecté par le conflit.

Le type d'intervention du médiateur pourrait donc varier en fonction du but recherché.

Alexander présente ensuite son « Métamodèle de la médiation », identifiant les types de médiation suivants :

- La médiation évaluative
- La médiation axée sur le règlement
- La médiation facilitante
- La médiation de bon conseil
- La médiation d'inspiration traditionnelle²¹, et
- La médiation transformative.

Un résumé de l'analyse d'Alexander de chacune de ces approches en fonction d'une part, du type d'intervention du médiateur et d'autre part, de la dimension interactive du processus est reproduit à l'**Annexe IV** du présent mémoire.

Alexander précise qu'en pratique, les approches sont fluides dans leur application, le médiateur pouvant commencer avec une approche puis s'adapter selon ce qu'il constate quant aux besoins et attentes des parties. Elle souligne également qu'il est important de reconnaître la variété de styles à l'intérieur même des six approches de médiation présentées.

L'auteure conclut que le législateur qui souhaite réglementer la médiation doit tenir compte des diverses approches existantes afin que la définition de la médiation qu'il adopte par voie législative soit suffisamment large pour ne pas exclure des pratiques qu'il faudrait inclure.

Les différents niveaux de réglementation de la médiation vus par la doctrine

Dans un deuxième article : *Mediation and the Art of Regulation*²², Alexander s'est penchée sur les différentes façons de réglementer la médiation en usage à travers le monde. L'auteure commence son article par le constat que « ... les différents types de réglementation découlent des tensions du débat éternel entre la diversité et l'uniformité en médiation ». Elle

²¹ À l'époque du Plan Nord, il est essentiel de reconnaître l'existence de la riche expérience des différents modes de médiation d'inspiration traditionnelle des nations autochtones. Voir par exemple : *Nunavik Justice Committees Explained*, Ève-Marie Préfontaine <http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/bs2094579> à la page 50.

²² Alexander, N. *Mediation and the Art of Regulation* (2008) QUTLJJ Vol 8 No 1 <http://www.austlii.edu.au/au/journals/QUTLawJJ/2008/1.pdf>

constate également que « la réglementation a été et continue d'être un des sujets les plus controversés dans le développement de la médiation. »

Alexander présente quatre niveaux de réglementation en ordre croissant d'institutionnalisation et de formalisme imposé « d'en haut » (*top down*) soit:

- 1) l'autoréglementation individuelle par l'opération des lois du marché
- 2) l'autoréglementation collective par les associations de médiateurs
- 3) le régime mixte associations-État
- 4) le régime législatif étatique

L'auteure précise que l'ordre de présentation ne représente pas un modèle d'évolution ou de développement dans les approches de réglementation de la médiation.

Voici l'analyse faite par Alexander des avantages et des inconvénients que comporte chacun des 4 niveaux de réglementation en usage :

Autoréglementation individuelle par les lois du marché (*Market regulation*)

C'est la première des deux approches dites « ascendantes » (*bottom up*)

Caractéristiques :

- Absence de règles explicites; chaque médiateur régleme sa propre pratique
- Obéit à la loi de l'offre et de la demande en médiation
- Basée sur le libre choix, la concurrence
- Les mauvais médiateurs finissent par être exclus du marché
- Liberté des parties de conclure par contrat ce qu'elles veulent comme médiation et donc de sortir d'un éventuel cadre réglementaire.
- Cette forme est moins d'actualité en raison de la présence d'organismes accréditeurs

Inconvénients :

- Les utilisateurs de la médiation ne sont pas bien informés sur les différentes pratiques, d'où une difficulté pour eux d'évaluer le service rendu
- Absence de mécanismes de rétroaction et de contrôle
- Plaintes contre des médiateurs peu fréquentes vu le coût de procédures

Autoréglementation collective par les associations de médiateurs (*Self-regulation*)

C'est la deuxième des deux approches ascendantes (*bottom up*)

Caractéristiques :

- Se distingue de l'approche formaliste imposée d'en haut (*top down*)
- À la charge des associations de médiateurs
- Appuyée par un nombre croissant de gouvernements nationaux et provinciaux
- Adoption de codes d'éthique à partir de la connaissance des besoins du milieu et de la réflexion sur sa propre pratique (*réflexive*) /ou/
- Adoption volontaire de codes d'éthique sous l'impulsion gouvernementale (*responsive*)
- Résultat d'années de consultation et de collaboration formelles et informelles
- Prévoit des mécanismes de supervision, de sondage, de recherche
- Fournit aux usagers un mécanisme pour porter plainte

Exemples :

- Recommandation de la Commission européenne
- *Government Pledge* du Royaume-Uni (2001)
- *CPR ADR Pledge*, signé par 5500 compagnies et cabinets d'avocats aux É.-U.
- *Mediterranean Charter on ADR* (2007)
- *Australian National Mediator Accreditation System* (2008)

- auxquels nous pourrions ajouter :

- US Model Standards of Conduct for Mediators (2005) adopté par l'*American Arbitration Association* (AAA), l'*American Bar Association* (ABA) et l'*Association for Conflict Resolution* (ACR) – voir extrait à l'Annexe III
- *Model Standards for Mediator Certification Programs* de l'*Association for Conflict Resolution* (ACR), principal regroupement nord-américain de médiateurs
- Code de conduite des médiateurs de l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada inc. (IAMCI), principal regroupement pancanadien de médiateurs
- Processus de certification de médiateurs de l'*International Mediation Institute* (IMI), principal regroupement international de médiateurs

Avantages :

- Ce sont des experts qui connaissent bien le domaine qui participent à l'élaboration de la réglementation
- Favorise l'innovation et le choix
- Mécanisme plus flexible, adaptable et à l'écoute des besoins des utilisateurs
- Obtient plus facilement l'adhésion des membres en raison de leur participation dans l'élaboration des règles
- La légitimité de la médiation elle-même est renforcée par la nature participative du processus
- Coût moindre pour collecter des renseignements, surveiller la pratique et faire respecter les règlements
- Peut suffire et permettre d'éviter de légiférer (ou de remettre le besoin de légiférer à plus tard)

Inconvénients :

- Exige la disponibilité de ressources (expertise et finances) des associations de médiateurs.
- Si l'association chargée de la réglementation s'en désengageait, il y aurait un manque de ressources pour vérifier et maintenir la qualité.
- Danger qu'un groupe d'intérêt domine une association et ne représente plus l'intérêt général de ses membres et du public

Régime mixte associations-État (*Formal framework*)

Lieu de rencontre entre l'approche ascendante (*bottom up*) et l'approche imposée d'en haut (*top down*)

Caractéristiques :

- Conventions internationales, directives, lois-cadre
- Établit des paramètres généraux à l'intérieur desquels l'autoréglementation collective peut spécifier les détails
- Sert de cadre général pour l'autoréglementation collective des associations de médiateurs
- Cadre plus souple, favorisant l'adhésion volontaire

Exemples :

- La directive sur la médiation de la Commission européenne (qui ne traite pas du *processus* de médiation)
- *European Code of Conduct for Mediators*
 - auxquels nous pourrions ajouter :
- Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale des Nations-Unies, dont nous citons l'article 6 sur la conduite de la conciliation :
 1. Les parties sont libres de convenir, par référence à un règlement de conciliation ou sur une autre base, de la manière dont la conciliation doit être conduite.
 2. En l'absence de convention des parties sur la manière dont la conciliation doit être conduite, le conciliateur peut mener la procédure de conciliation comme il le juge approprié, compte tenu des circonstances de l'affaire, des souhaits que peuvent exprimer les parties et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du litige.
 3. Dans tous les cas, le conciliateur s'efforce, dans la conduite de la procédure, d'accorder aux parties un traitement équitable et, ce faisant, il prend en compte les circonstances de l'affaire.
 4. Le conciliateur peut, à tout stade de la procédure de conciliation, faire des propositions en vue du règlement du litige.

Régime législatif étatique de réglementation (*Formal legislative approach*)

C'est la seule des quatre approches de réglementation de la médiation qui soit uniquement imposée d'en haut (*top down*)

Caractéristiques :

- Reconnaissance par l'État de la médiation comme mode légitime de résolution des conflits
- La réglementation se trouve insérée dans la législation

- Le pouvoir judiciaire est chargé de son application
- L'État délègue le pouvoir d'accréditation
- « C'est une manifestation de la pensée traditionnelle eurocentrique civiliste axée sur le droit positif, selon le concept d'un état « activiste », qui tend à adopter des approches interventionnistes et paternalistes propres à l'État-providence et à adopter des politiques basées sur la prémisse que l'État sait mieux que la société civile ce qui est bon pour elle. » (N. Alexander)

Exemples:

- Autriche (loi muette sur le *processus* de médiation)
- Slovaquie (loi limitée en matière de *processus* de médiation aux questions du début et de la fin de la médiation)
- Basse-Saxe (province allemande)
- Australie (pour le système d'accréditation en matière familiale)
- É.-U. (*Uniform Mediation Act* 2001, loi-cadre muette sur le *processus* de médiation)

Inconvénients :

- « Une approche de réglementation imposée d'en haut (*top down*) est en contradiction directe avec les valeurs mêmes de la médiation, à savoir l'autodétermination et la participation démocratique dans la prise de décisions » (N. Alexander)
- Approche qui a une capacité limitée de concilier les perspectives légales (du droit positif) et extra-légales (de la médiation)
- Approche qui reste nécessairement dans la généralité, mais qui doit composer avec la complexité, l'imprévisibilité et l'innovation inhérentes à la médiation
- « La délégation de l'activité régulatrice vers des organismes de contrôle financés par l'État selon les priorités qu'il a approuvées fera perdre l'expertise-terrain des praticiens dans des dédales légaux d'un processus législatif. » (N. Alexander)

À la lecture de ce grand tour d'horizon présenté par Alexander, on constate qu'avec l'adoption de l'APL dans sa forme actuelle, le Québec opérerait pour le régime le plus *top down* et le plus inflexible des quatre niveaux de réglementation répertoriés, soit le régime législatif étatique. Le Québec se retrouverait de plus le seul état au monde à inclure dans une loi d'application générale une codification détaillée imposant au médiateur et aux parties de se conformer à une méthodologie précise prescrite par voie législative.

En effet, contrairement aux quelques rares pays ayant choisi de réglementer la médiation par voie législative, soit l'Autriche, la Slovaquie et maintenant la France, le Québec serait seul à légiférer sur le déroulement même de la médiation, le type de négociation qui doit être utilisé, la conduite du médiateur et le comportement des parties, bref sur la façon concrète de mener une séance de médiation. Le caractère restrictif de la promulgation d'un protocole, rattaché à un seul type de médiation au détriment de tous les autres, irait donc clairement à l'encontre du développement pluraliste de la médiation partout dans le monde.

Pour ce qui est de la France, pays civiliste d'où provient notre droit civil québécois, le législateur a fait preuve 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, reproduit à l'**Annexe II**). La France s'est limitée à faire un rappel des principes universels d'indépendance, d'impartialité et de confidentialité qui doivent présider à toute médiation, choisissant de ne privilégier aucun modèle de médiation en particulier et laissant toute la place à la diversité et au libre choix des médiations et des médiateurs.

En lisant cet article important de doctrine de N. Alexander, on ne peut que constater l'écart énorme entre l'approche prônée par l'APL dans sa forme actuelle et toutes les autres formes de réglementation en vigueur ailleurs dans le monde.

Les associations de médiateurs reconnaissent la diversité des médiations

L'*Association for Conflict Resolution* (ACR), principal regroupement nord-américain de médiateurs et d'arbitres a homologué les *Model Standards for Mediator Certification Programs*²³ qui reconnaissent expressément les sept « frameworks » suivants : *facilitative, transformative, narrative, evaluative, inclusive, analytical or responsive*, le terme « frameworks » désignant : « *philosophies and methodologies that identify how the mediator carries out and identifies his practice* ».

Dans le même sens, l'*International Mediation Institute* (IMI)²⁴ de La Haye, principal regroupement de médiateurs sur le plan international, a instauré un processus rigoureux de certification de médiateurs selon des critères distincts applicables aux trois modèles de médiation reconnus par l'Institut : les modèles facilitant, évaluatif et transformatif²⁵.

²³ ACR *Model Standards for Mediator Certification Programs* :

: [http://www.acrnet.org/uploadedFiles/Practitioner/ModelStandardsOfConductforMediatorsfinal05\(1\).pdf](http://www.acrnet.org/uploadedFiles/Practitioner/ModelStandardsOfConductforMediatorsfinal05(1).pdf)

²⁴ l'*International Mediation Institute* (IMI) : <http://imimediation.org/>

²⁵ *Styles of Mediation: Facilitative, Evaluative and Transformative Mediation*

: <http://imimediation.org/mediation-styles>

Plus près de nous, l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada inc. (IAMCI), principal regroupement pancanadien de médiateurs au Canada, se contente d'invoquer dans son Code d'éthique des médiateurs²⁶ le principe central de l'autodétermination des parties, les obligations d'indépendance et d'impartialité du médiateur, du respect par lui de la confidentialité des échanges, d'absence de tout conflit d'intérêts de sa part, ainsi que des règles au sujet de la publicité et des frais de la médiation. Puisque le Code d'éthique des médiateurs de l'IAMCI ne contient aucune disposition qui puisse être reliée à un modèle ou à un autre de médiation, il permet aux parties d'avoir librement recours au modèle de médiation de leur choix.

La tendance moderne est à la souplesse, à la diversité et au libre choix du justiciable

Somme toute, que ce soit au Québec, en Amérique du Nord, ou ailleurs dans le monde, l'heure est au pluralisme et au libre-choix du modèle de médiation par les utilisateurs institutionnels et individuels de la médiation.

Le choix entre différentes approches de médiation est un choix fondamental et bénéfique pour le justiciable, une approche pouvant être appropriée dans certains cas et non dans d'autres. Il y a notamment une distinction à faire entre les différends susceptibles de mener à une procédure judiciaire ou administrative et ceux d'ordre plus interpersonnel (par exemple, les conflits relationnels en milieu de travail), pour lesquels la recherche d'une entente formelle ne constitue pas nécessairement une issue appropriée. C'est pour cette raison, entre autres, que la description précise d'un processus de médiation plutôt qu'un autre nous paraît inappropriée et non souhaitable.

Nous sommes d'avis que si le législateur québécois légiférait pour ériger en norme un modèle unique de médiation, cela aurait pour effet de guider le justiciable vers une pratique plutôt qu'une autre, ce qui va au-delà de son rôle. Cela bloquerait en outre l'évolution normale de la médiation sous ses diverses formes et condamnerait à la marge des modèles de médiation qui ont fait leurs preuves, ici comme ailleurs, et qui doivent assurément avoir voix au chapitre.

²⁶ Code d'éthique des médiateurs de l' IAMCI

:: http://www.adrcanada.ca/resources/documents/CodedethiquedemEDIATEURS2011avril15_000.pdf

D'autres mémoires rejoignent les préoccupations du Réseau

Quatre autres mémoires déposés auprès de la Commission des Institutions, ainsi que les commentaires d'un cinquième intervenant, rejoignent les préoccupations du Réseau décrites dans le présent mémoire. Nous vous référons particulièrement aux mémoires et commentaires présentés par Me Sylvette Guillemard, professeure agrégée de droit de l'Université Laval, Me Louise Lalonde, professeure titulaire de droit et première directrice du Programme de prévention et de règlement de différends à l'Université de Sherbrooke, l'Association du Barreau canadien - Division du Québec et l'Association du Jeune Barreau de Montréal. Nous en reproduisons ici quelques extraits :

Mémoire et commentaires de **Me Sylvette Guillemard** :

« Au-delà du principe qui milite en faveur de la non-codification de la médiation, l'avant-projet de Code de procédure civile apporte en la matière plus de difficultés qu'il n'en résout. Il comporte trop d'ombres et d'incertitudes, il propose d'introduire à titre de règles de droit des mesures qui ne peuvent prétendre à cette qualification, il présente des contradictions.

En voulant absolument faire de la médiation une sorte de « justice », en lui administrant pour les besoins de la cause la même médecine qu'aux modes judiciaires, on la dénature et on ne la sert pas adéquatement. Le danger ultime, que l'on ne peut écarter, est que cet encadrement normatif fasse diminuer l'attrait qu'elle présente pour les citoyens.» (Mémoire p. 29)

Commentaire de S. Guillemard :

« Alors, si vous me dites: Les articles 610 à 623, en l'occurrence, ce n'est pas obligatoire, ça ne doit pas effrayer les justiciables, eh bien, faisons-les sauter, à quoi ça sert? S'ils ne sont pas contraignants, si... là, il y a un petit peu une ambiguïté pour moi. Vous me dites: Regardez, ça n'encadre pas tellement. Alors, si ça n'encadre pas tellement, n'encadrons pas, ou alors ça encadre, et si ça encadre, j'ai peur... même un cadre souple, parce qu'il peut y en avoir des plus rigides que d'autres, j'enseigne la procédure civile, je sais de quoi je parle... »

Mémoire de **Me Louise Lalonde** :

« L'encadrement substantiel de la médiation privée se retrouve aux arts. 607 à 620 (nous excluons les articles relatifs à la médiation familiale de notre propos). L'art. 6 prévoit expressément que ces dispositions contenues au livre VII, s'appliquent à titre supplétif. Dans les faits, compte tenu de la pratique non formaliste de la médiation, il importe de noter que nombre de ces articles risquent de s'imposer aux parties.

Soulignons de plus que l'Avant-projet encadre la négociation, en intégrant des obligations aux parties, qui paraissent lourdes de conséquences pour un mode aussi informel et souple que la négociation. » (Mémoire pp. 33 et 34)

(...)

« Rappelons que ces dispositions, bien que supplétives, risquent de régir la médiation privée, à moins que les parties, pour en éviter l'application, ne concluent des ententes tout aussi précises que ces articles, ce qui constitue une exigence pour le moins paradoxale à la pratique de la médiation. » (Mémoire p. 35)

Mémoire de l'Association du Barreau canadien- Division du Québec :

Articles 616 et 626

Le niveau d'ingérence et de pouvoir accordé aux médiateurs à l'article 616 cause une certaine inquiétude puisqu'il semblerait que le médiateur bénéficiera d'un contrôle et d'un pouvoir d'ingérence accrus alors que les parties, en réalité, devraient être maîtres de leur dossier en tout temps.

(...)

J. Notions d'« intimidation » ou de « manipulation »

Il serait opportun de définir ces deux concepts tels qu'ils sont utilisés à l'article 616. (Mémoire p. 68)

Mémoire de l'Association du Jeune Barreau de Montréal :

« À notre avis, il est inutile d'encadrer la négociation des parties par des dispositions spécifiques. Les dispositions applicables au comportement d'une personne en général que l'on trouve dans le *Code civil du Québec* nous semblent amplement suffisantes.

Plus précisément, l'article 607 de l'Avant-projet pourrait être interprété comme créant des obligations susceptibles de sanction, ce qui risque d'occasionner des litiges supplémentaires. À notre avis, les articles 607 et 608 de l'Avant-projet devraient être retirés. » Mémoire p. 14

Commentaire de Me Thierry Bériault, président de l'IMAQ :

« L'autre chose c'est qu'il faut être très, très prudent de ne pas trop encadrer les choses dans le Code de procédure civile. Les modes de PRD se doivent d'être flexibles, ils sont en évolution. Or,

si vous... plus vous allez mettre de précisions sur le comportement, sur la conduite, là, je ne parle pas du minimum nécessaire, je pense qu'on risque de se nuire dans ce sens-là et que je vous invite, moi, à garder ça le plus large possible.»

Conclusion

Nous avons vu que ce qui distingue la médiation de l'adjudication, c'est le rôle que l'on reconnaît aux parties de décider elles-mêmes de l'issue de leur dispute, selon le principe fondamental de l'autodétermination des parties. La codification de la médiation, telle qu'actuellement formulée dans l'APL, viendrait miner ce principe et cela, de trois façons.

Premièrement, en codifiant dans le détail les pratiques spécifiques du modèle facilitant/intégratif de médiation, l'adoption de l'APL aurait l'effet d'ériger en modèle unique un seul des modèles de médiation reconnu par la doctrine et les associations nationales et internationales de médiateurs, marginalisant par le fait même les autres modèles de médiation en usage au Québec et ailleurs dans le monde. Cette prescription législative inédite aurait un impact structurant sur la pratique de la médiation qui risquerait de transformer en monopole un seul modèle de médiation au détriment de tous les autres. Dans sa forme actuelle, l'application de l'APL risquerait de restreindre le libre choix des utilisateurs institutionnel et individuel quant au choix approprié d'un type de médiation ou d'un autre, interférant ainsi avec les forces du marché et réduisant d'autant l'espace d'autodétermination des parties.

Deuxièmement, en insérant dans une loi une série d'obligations régissant dans le détail la conduite du médiateur et le comportement des parties à la médiation, l'APL risquerait de déstabiliser la pratique de la médiation au Québec en multipliant les motifs potentiels de contestation judiciaire du processus et, par voie de conséquence, de l'issue des médiations. On peut s'attendre à ce que des médiations soient régulièrement soumises à l'adjudication des tribunaux, pour examiner leur conformité avec les exigences de la loi et vérifier si toutes et chacune des prescriptions contenues dans l'APL ont été scrupuleusement suivies, à tout moment, par le médiateur et par chacune des parties. L'APL, tel que formulé actuellement, fragiliserait la pratique de la médiation, suspendant une épée de Damoclès au-dessus de la tête des médiateurs et en fournissant des outils aux parties quérulentes ou de mauvaise foi qui se diraient insatisfaites du processus ou de son résultat. Ce serait désormais aux juges, non aux parties elles-mêmes, de juger si le processus suivi était satisfaisant ou non et cela irait, encore une fois, à l'encontre de l'autodétermination des parties.

Troisièmement, en sélectionnant pour cette codification législative un modèle de médiation requérant du médiateur qu'il joue un rôle directif dans la gestion du processus et de l'interaction entre les parties, l'APL sanctionnerait un transfert important du pouvoir des parties

au médiateur. Selon le modèle de médiation facilitant/intégratif, c'est le médiateur qui doit mener les parties vers l'élaboration de solutions, à travers une série d'étapes prédéterminées, à l'exclusion d'autres formes d'accompagnement ou d'autres modèles de médiation. Ce choix du législateur imposerait aux parties un modèle directif de médiation et de médiateur, restreignant de façon importante l'exercice de leur autodétermination.

Tel que décrit plus haut, il y a depuis une vingtaine d'années, au sein même de la communauté de praticiens professionnels de la médiation, deux façons distinctes de comprendre la portée du principe fondamental de l'autodétermination des parties.

Les tenants de la médiation facilitante/intégrative soutiennent que ce principe ne doit s'appliquer qu'au contenu et non au processus de la médiation, celui-ci étant devant être géré par le médiateur. C'est ainsi que l'on a pu qualifier cette médiation de « directive » (en anglais : *mediator-driven mediation*).

Les tenants de la médiation transformative sont pour leur part convaincus que distinguer processus et contenu n'est pas réaliste, le processus choisi pour mener une médiation ayant forcément un impact sur son contenu et son résultat. Ils affirment que si le médiateur tient à respecter pleinement le principe de l'autodétermination des parties, il doit soutenir de façon systématique l'autogestion du processus et des échanges par les parties à la médiation²⁷. C'est ainsi que l'on a pu qualifier la médiation transformative de « non directive » (en anglais : *client-driven mediation*).

La réflexion s'impose aujourd'hui aux théoriciens et aux praticiens de la médiation de prendre en compte, entre autres, la nouvelle dichotomie directivité/non-directivité du médiateur. Il serait selon nous préjudiciable de vouloir figer, cristalliser et imposer par une loi une seule façon d'envisager de faire la médiation. Les approches mises au point il y a 30 ans ont évolué sous diverses formes et l'évolution doit pouvoir se poursuivre dans le futur.

Il y a heureusement un moyen fort simple de lever ces trois entraves au principe de l'autodétermination des parties qui distingue la médiation de l'adjudication et de pallier les problèmes que soulève l'APL. Pour faire en sorte que la législation québécoise se conforme à la tendance mondiale actuelle de respect de la diversité des pratiques de médiation et du libre choix des justiciables, il suffirait de retrancher les éléments directement reliés à la pratique du seul modèle facilitant/intégratif de médiation, soit les éléments mis en italiques dans les articles 2, 6, 607, 610, 615, 616 et 618 de l'APL que nous avons reproduits en annexe.

²⁷ Bush, R.A.B. et Folger, J.P., *Mediation and Social Justice: Risks and Opportunities* 2012, 27 Ohio St. J. on Disp. Resol. 1

Les mentalités, donc les besoins des utilisateurs de la médiation, sont en constante évolution. On n'a qu'à constater les changements majeurs d'attitudes et de comportements intervenus depuis 30 ans entre les membres des *baby-boomers* et ceux de la « Génération Y ». Il faut selon nous laisser la médiation continuer à évoluer en réponse aux besoins changeants des utilisateurs, dans le respect des principes communs à tous les types de médiation utilisés au Québec et ailleurs dans le monde, les principes universels d'autodétermination des parties et d'indépendance, d'impartialité et de confidentialité du médiateur. Il serait ainsi possible de préserver le principe de la diversité et du libre choix des pratiques de médiation, tout en conservant un cadre qui assurerait la protection du public.

Pour le Réseau pour une approche transformative du conflit :

Me John Peter Weldon, porte-parole : johnpeterweldon@gmail.com; 819 565-7120

Me Maureen Flynn, avocate, arbitre et médiatrice

Me Martha Shea, avocate collaboratrice

Me Hélène Rouleau, avocate médiatrice

Me Lucie Marier, avocate médiatrice

Me Nathalie Croteau, avocate médiatrice

Me Andrée Gosselin, avocate médiatrice

Me Jean-Frédéric Bleau, avocat médiateur

Me Violaine Belzile, avocate médiatrice

Annexe I - Recommandations

(Les éléments que nous proposons de retrancher de l'APL figurent *en italiques*.)

LIVRE I

TITRE I LES PRINCIPES DE LA PROCÉDURE APPLICABLE AUX MODES PRIVÉS DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

2. Les parties qui s'engagent dans une procédure de prévention et de règlement des différends le font volontairement. *Elles sont alors tenues d'y participer de bonne foi, de faire preuve de transparence l'une envers l'autre, à l'égard notamment de l'information qu'elles détiennent, et de coopérer activement dans la recherche d'une solution.*

Elles doivent, de même que les tiers auxquels elles font appel, veiller à ce que les démarches qu'elles entreprennent demeurent proportionnelles quant à leur coût et au temps exigé, à la nature et à la complexité de leur différend.

COMMENTAIRE : Bien que les principes énoncés au premier alinéa soient louables, les instaurer en obligations statutaires serait contraire au principe de l'autodétermination des parties et tout à fait irréaliste dans le cadre de la médiation. Il est difficile de concevoir comment quiconque pourrait les faire respecter ou les imposer, car le médiateur n'a pas, et ne devrait pas avoir, un rôle coercitif d'enquêteur ou de juge en la matière et il n'en a certainement pas les pouvoirs. L'imposition aux parties de quatre nouvelles obligations statutaires, dont la quatrième est également imposée au médiateur, se prêterait facilement aux interprétations et aux contestations pouvant fournir des prétextes pour faire invalider devant les tribunaux des ententes intervenues en médiation :

1^{re} obligation : *Elles sont alors tenues d'y participer de bonne foi*

2^e obligation : *de faire preuve de transparence l'une envers l'autre, à l'égard notamment de l'information qu'elles détiennent*

3^e obligation : *et de coopérer activement dans la recherche d'une solution*

4^e obligation : *Elles doivent, de même que les tiers auxquels elles font appel, veiller à ce que les démarches qu'elles entreprennent demeurent proportionnelles quant à leur coût et au temps exigé, à la nature et à la complexité de leur différend*

Pour faire respecter de telles obligations chez les parties en médiation, le médiateur devrait nécessairement faire preuve d'ingérence et de directivité à leur égard, ce qui minerait le principe d'autodétermination. Il est de toute façon difficilement concevable comment le médiateur, ou toute autre partie ou intervenant, pourrait assurer le strict respect de ces dispositions.

Il s'agit là d'éléments spécifiques au modèle facilitant/intégratif de médiation. Ceux-ci sont inappropriés et inapplicables à d'autres modèles en usage au Québec et ailleurs, dont la médiation transformative, et n'ont pas leur place dans une loi de portée générale.

RECOMMANDATION : Retrancher les éléments en italiques, ce qui donnerait le texte qui suit :

2. Les parties qui s'engagent dans une procédure de prévention et de règlement des différends le font volontairement.

TITRE I

LES PRINCIPES DE LA PROCÉDURE APPLICABLE AUX MODES PRIVÉS DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

6. Les parties qui conviennent de recourir à un mode privé pour prévenir ou régler leur différend déterminent, avec le tiers, le cas échéant, la procédure applicable au mode qu'elles ont choisi, *mais dans la mesure où cette procédure n'est pas ainsi établie et qu'elles procèdent par voie de médiation ou d'arbitrage ou s'inspirent de ces modes, les règles du livre VII du présent code s'appliquent à titre supplétif.*

COMMENTAIRE : On voudrait créer par cette disposition une nouvelle norme législative, celle d'un véritable « mini-code de procédure de la médiation » compris dans les 18 articles du Livre VII, auquel renvoie l'article 6. Toute dérogation aux prescriptions du Livre VII devrait désormais être justifiée expressément par les médiateurs voulant pratiquer un autre modèle de médiation, créant ainsi deux classes de médiateurs, ceux qui pratiqueront la médiation codifiée dans le Code de procédure et les autres, qui pratiquent d'autres modèles de médiation. Sur l'effet insidieux du « poids de la norme unique » qu'instaurerait la codification d'un seul modèle de médiation, voir l'extrait du mémoire de la professeure Louise Lalonde cité à la page 18 du présent mémoire.

RECOMMANDATION : Retrancher les éléments en italiques, ce qui donnerait le texte qui suit :

« 6. Les parties qui conviennent de recourir à un mode privé pour prévenir ou régler leur différend déterminent, avec le tiers, le cas échéant, la procédure applicable au mode qu'elles ont choisi. »

LIVRE VII LES MODES PRIVÉS DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

TITRE I

DISPOSITIONS INTRODUCTIVES

607. *Les parties qui conviennent d'une négociation doivent veiller à circonscrire adéquatement leur différend, à identifier leurs besoins et leurs intérêts respectifs et s'entendre sur l'information qu'elles doivent échanger pour leur permettre de prévenir ou de résoudre leur différend. Elles s'engagent également à présenter une proposition de solution et à en vérifier la compatibilité avec les besoins et les intérêts de l'autre partie.*

COMMENTAIRE : Il s'agit de la reproduction fidèle des protocoles spécifiques de la négociation raisonnée, à l'origine du modèle facilitant/intégratif de médiation. Puisque pour les tenants de ce dernier modèle, la médiation est une négociation guidée, on peut s'attendre à ce que les obligations édictées à l'article 607 soient invoquées par les parties lors d'une médiation. C'est la conclusion à laquelle arrive le professeur Jean-François Roberge, directeur du Programme de prévention et de règlement de différends de l'Université de Sherbrooke dans son commentaire devant la Commission des Institutions.

Si tel était effectivement le cas, il incomberait au médiateur de respecter les différentes obligations qui y sont énumérées, exigeant qu'il s'ingère de façon directive dans la nature et l'ordre des échanges entre les parties. Il s'agit évidemment d'un rôle incompatible avec celui, non directif, du médiateur transformatif.

1^{re} obligation : *Les parties qui conviennent d'une négociation doivent veiller à circonscrire adéquatement leur différend,*

2^e obligation : *à identifier leurs besoins et leurs intérêts respectifs*

3^e obligation : *et s'entendre sur l'information qu'elles doivent échanger*

4^e obligation : *pour leur permettre de prévenir ou de résoudre leur différend.*

5^e obligation : *Elles s'engagent également à présenter une proposition de solution*

6^e obligation : *et à en vérifier la compatibilité avec les besoins et les intérêts de l'autre partie.*

La création inédite de pas moins de six nouvelles obligations conférerait au médiateur un pouvoir qui devrait selon nous être laissé aux parties, selon le principe fondamental de l'autodétermination. L'imposition juridique d'obligations aussi contraignantes prêterait flanc à des interprétations et à des contestations, qui pourraient rapidement devenir des prétextes pour faire invalider les ententes intervenues lors de négociations ou de médiations. Cela risque de devenir une source constante d'instabilité dans la pratique de la médiation.

La description précise d'un processus de négociation plutôt qu'un autre nous paraît inappropriée et non souhaitable dans une loi de portée générale

RECOMMANDATION : Retirer l'article 607.

TITRE II

LA MÉDIATION

CHAPITRE I

LES RÔLES ET LES DEVOIRS DES PARTIES ET DU MÉDIATEUR

610. Le médiateur est choisi par les parties d'un commun accord, directement ou par l'entremise d'un tiers.

Il est chargé d'aider les parties à cerner leur différend, à identifier leurs besoins et leurs intérêts, à dialoguer et à explorer des solutions afin qu'elles parviennent à une entente mutuellement satisfaisante. À leur demande, il peut être chargé d'élaborer avec elles une proposition pour prévenir ou régler le différend.

Il est tenu de dénoncer tout conflit d'intérêts ou toute situation qui pourrait laisser croire à l'existence d'un tel conflit ou mettre en doute son impartialité.

COMMENTAIRE : Le deuxième alinéa de l'article 610 reproduit fidèlement les quatre étapes du protocole spécifique du modèle facilitant/intégratif de médiation, transformées ici en autant obligations devant être respectées par tous les médiateurs. Selon ce modèle particulier, c'est le médiateur qui est chargé de gérer le processus et les échanges entre les parties, les menant étape par étape vers une entente. C'est le médiateur qui doit mener le processus de médiation.

1^{re} étape obligatoire : *Il est chargé d'aider les parties à cerner leur différend,*

2^e étape obligatoire : *à identifier leurs besoins et leurs intérêts,*

3^e étape obligatoire : *à dialoguer et à explorer des solutions*

4^e étape obligatoire : *afin qu'elles parviennent à une entente mutuellement satisfaisante.*

5^e étape : *À leur demande, il peut être chargé d'élaborer avec elles une proposition pour prévenir ou régler le différend.*

Ce rôle du médiateur est incompatible avec le rôle non directif du médiateur transformatif, qui n'impose pas aux parties l'obligation de procéder par des étapes préétablies, mais leur reconnaît plutôt le pouvoir de décider elles-mêmes non seulement du contenu, mais du processus même de leurs échanges en médiation, selon l'application du principe de l'autodétermination des parties.

L'inclusion dans une loi d'application générale de la description précise d'un processus de médiation plutôt qu'un autre nous paraît inappropriée et non souhaitable.

RECOMMANDATION : Retrancher les éléments en italiques, ce qui donnerait le texte qui suit :

« **610.** Le médiateur est choisi par les parties d'un commun accord, directement ou par l'entremise d'un tiers.

Il est tenu de dénoncer tout conflit d'intérêts ou toute situation qui pourrait laisser croire à l'existence d'un tel conflit ou mettre en doute son impartialité. »

CHAPITRE II

LE DÉROULEMENT DE LA MÉDIATION

615. Avant d'entreprendre la médiation, les parties précisent *leurs engagements et leurs attentes*; le médiateur les informe sur son rôle et ses devoirs *et définit avec elles les règles applicables à la médiation et la durée du processus*.

Les parties s'engagent à participer à toute réunion à laquelle le médiateur les convoque. Elles peuvent, si tous y consentent, *même tacitement*, se faire accompagner des personnes dont la contribution peut être utile au règlement du différend. Elles sont tenues de s'assurer que les personnes autorisées à transiger sont présentes ou qu'elles peuvent être consultées en temps utile pour donner leur accord.

COMMENTAIRE : Il s'agit d'éléments spécifiques du modèle facilitant/intégratif de médiation.

1^{re} obligation : Le 1^{er} alinéa, qui impose l'obligation aux parties de préciser leurs engagements avant d'entreprendre la médiation, leur enlèverait toute discrétion et constituerait une ingérence dans l'autodétermination des parties. Cette nouvelle obligation placerait à nouveau le médiateur dans le rôle directif de celui qui doit la faire respecter.

2^e obligation : Le 2^e alinéa, qui impose l'obligation aux parties de participer à toute réunion à laquelle le médiateur les convoque, accorderait un pouvoir inapproprié au médiateur et entrerait en contradiction avec le principe du caractère libre et volontaire de la médiation pourtant consacré à l'article 2 de l'APL.

La référence à une acceptation *tacite* quant à l'accompagnement des parties pourrait devenir source de tension, de malentendus et de déséquilibre entre les parties. Il s'agit là d'une question qui devrait être abordée ouvertement et décidée démocratiquement par les parties, avant que la médiation débute.

Encore une fois, la description précise d'un processus de médiation plutôt qu'un autre nous paraît non seulement inappropriée et non souhaitable, mais contraire aux principes mêmes gouvernant toute forme de médiation.

RECOMMANDATION : Retrancher les éléments en italiques et le remplacer par le texte qui suit :

« **615.** Avant d’entreprendre la médiation, les parties précisent leurs attentes et le médiateur les informe sur son rôle et ses devoirs.

Les parties peuvent, si tous y consentent, se faire accompagner des personnes dont la contribution peut être utile au règlement du différend. Elles sont tenues de s’assurer que les personnes autorisées à transiger sont présentes ou qu’elles peuvent être consultées en temps utile pour donner leur accord. »

616. Le médiateur a l’obligation d’agir équitablement à l’égard des parties. *Il veille à ce que chacune d’elles puisse faire valoir son point de vue et il ne doit tolérer aucune intimidation ou manipulation de la part d’une partie. S’il constate un déséquilibre important entre les parties, il le dénonce et précise avec elles les mesures pour atténuer ou contrôler cette inégalité. S’il considère qu’un projet d’entente est susceptible de causer un différend futur ou un préjudice sérieux à l’une des parties, il les invite à remédier à la situation et, le cas échéant, à consulter un tiers.*

Il peut en tout temps, dans l’intérêt des parties, suspendre la médiation.

COMMENTAIRE : Il s’agit encore une fois d’éléments spécifiques du modèle facilitant/intégratif de médiation. L’imposition au médiateur de pas moins de cinq nouvelles obligations statutaires placerait celui-ci dans un rôle très directif, assimilable à celui d’un juge enquêteur, et prêterait flanc aux interprétations et aux contestations de ses décisions. Cela risquerait de fournir des prétextes aux parties qui souhaiteraient faire invalider par les tribunaux des ententes intervenues en médiation.

1^{re} obligation : *Il veille à ce que chacune d’elles puisse faire valoir son point de vue.*

Quoiqu’il puisse être utile que chaque partie fasse valoir son point de vue, chaque partie devrait se sentir libre d’adopter sa propre stratégie d’interaction et de négociation, dévoilant ses cartes au moment opportun et comme bon lui semble. Selon le principe de l’autodétermination des parties, ce sont elles qui sont les maîtres de leur médiation, pas le médiateur. Cette obligation renverse la donne, mettant le médiateur dans un rôle directif par rapport aux échanges entre les parties.

2^e obligation : *il ne doit tolérer aucune intimidation ou manipulation de la part d'une partie.*

On peut comprendre la bonne intention du législateur derrière cette disposition, qui en apparence va de soi. Mais à bien y réfléchir, cette nouvelle obligation obligerait le médiateur à porter un jugement de valeur sur le caractère « intimidant » ou « manipulant » du propos d'une partie et à jouer un rôle de censeur pour y mettre fin immédiatement.

Quiconque a agi comme médiateur est conscient que ces termes sont hautement subjectifs – à témoin une partie masculine qui dénoncerait avec force les pleurs « manipulateurs » d'une partie féminine, celle-ci l'accusant à son tour de faire preuve « d'intimidation » à son égard en élevant le ton. Cette disposition méconnaît la réalité des échanges en médiation, souvent caractérisés par l'expression d'émotions fortes (larmes, ton grinçant, etc.) qui doivent être « accueillies » avant que les parties ne soient en mesure de les changer et d'échanger de façon plus raisonnable.

Non seulement l'adoption forcée par le médiateur d'une politique de « tolérance zéro » face à des modes d'expression donnant lieu à des interprétations personnelles subjectives risque-t-elle de mettre fin prématurément à la médiation, mais dans les cas où la médiation se poursuivra, la partie « fautive » ainsi rappelée à l'ordre aura perdu confiance en l'impartialité du médiateur qui vient de sévir contre elle. Cette disposition prêterait vraisemblablement flanc à toutes sortes de controverses en cours de médiation et risquerait de transformer l'échange en une série d'objections, tout comme à la Cour. Le médiateur, transformé en juge, se devant de trancher la situation séance tenante, ce qui n'était sûrement pas l'intention du législateur.

3^e obligation : *S'il constate un déséquilibre important entre les parties, il le dénonce et précise avec elles les mesures pour atténuer ou contrôler cette inégalité*

On comprend encore une fois la bonne intention du législateur derrière cette disposition, qui en apparence va de soi. Cette obligation obligerait cependant le médiateur à porter un jugement de valeur sur l'existence ou non d'un « déséquilibre entre les parties » et à déterminer ensuite si un tel déséquilibre est « important ». S'il devait conclure à un « déséquilibre important », le médiateur serait alors forcé par la loi d'intervenir comme « sauveur » de l'une et comme « oppresseur » de l'autre. Dans ce cas, le médiateur perdrait son impartialité en prenant fait et cause pour le « faible » contre le « fort ». Les qualificatifs de « faible » et de « fort » sont souvent relatifs, jamais statiques et parfois trompeurs – à témoin le pouvoir occulte de la victime qui arrive à faire remuer mer et monde à son secours.

Quoi qu'il en soit, cette disposition obligerait le médiateur à dénoncer l'inégalité au lieu et place des parties et à préciser avec elles les mesures devant être prises pour l'atténuer ou la contrôler, autant de gestes hautement directifs qui viendraient enlever le pouvoir des parties de s'autodéterminer et s'autoréglementer, deux pratiques au cœur de la médiation transformative.

4e obligation : *S'il considère qu'un projet d'entente est susceptible de causer un différend futur*

5e obligation : *ou un préjudice sérieux à l'une des parties, il les invite à remédier à la situation et, le cas échéant, à consulter un tiers.*

On comprend encore une fois la bonne intention du législateur derrière cette disposition. Mais à y voir de plus près, cette disposition impose au médiateur deux nouvelles obligations. Il doit d'abord porter un double jugement sur tout projet d'entente auquel sont arrivées les parties en médiation : ce projet d'entente est-il susceptible de causer « un différend futur »? Ce projet d'entente est-il susceptible de causer « un préjudice sérieux » à l'une des parties? On se demande comment le médiateur pourrait remplir la première obligation et, à moins d'exercer les fonctions d'un juge, comment il pourrait remplir la seconde.

Dans l'un ou l'autre cas, le médiateur doit inviter les parties à remédier à la situation et/ou à consulter un tiers. Cette disposition viendrait encore une fois substituer le jugement du médiateur au jugement des parties, battant en brèche les principes de l'autodétermination des parties et de l'impartialité du médiateur et prêtant flanc aux interprétations et aux contestations judiciaires des ententes intervenues en médiation.

RECOMMANDATION : Retrancher les éléments en italiques, ce qui donnerait le texte qui suit :

« **616.** Le médiateur a l'obligation d'agir équitablement à l'égard des parties.

Il peut en tout temps, dans l'intérêt des parties, suspendre la médiation. »

618. *L'entente contient les engagements précis des parties et met un terme au différend. Elle ne constitue une transaction que si la matière et les circonstances s'y prêtent et que la volonté des parties à cet égard est manifeste.*

Le médiateur veille à ce que les termes et les conséquences de l'entente soient compris par les parties et qu'ils correspondent à leur volonté.

COMMENTAIRE : Cette disposition prescrit ce que doit obligatoirement contenir l'entente à laquelle en arrivent les parties. Selon le principe fondamental de l'autodétermination des parties, l'entente contient ce que les parties veulent bien qu'elle contienne. Dans la pratique, il s'agit d'un document sur mesure, qui peut aller du document formel de plusieurs pages au document informel d'à peine quelques phrases. Un tel document contiendra des engagements parfois généraux, parfois précis et parfois, il ne contiendra pas d'engagements du tout, se limitant à des constats jugés suffisants par les parties pour mettre fin au différend. Parfois aussi, l'entente n'apportera qu'un règlement partiel du différend, résultat qui n'est pas dénué de valeur pour les parties, laissant à d'autres paliers de décision (administratif ou judiciaire) le soin de décider de ce qui n'a pu faire l'objet d'une entente entre les parties à la médiation. La première phrase de cette disposition crée une obligation qui, par sa rigidité, nous semble inappropriée compte tenu de la nature souple et adaptable du processus de médiation.

RECOMMANDATION : Retrancher les éléments en italiques, ce qui donnerait le texte qui suit :

« **618.** L'entente ne constitue une transaction que si la matière et les circonstances s'y prêtent et que la volonté des parties à cet égard est manifeste.

Le médiateur veille à ce que les termes et les conséquences de l'entente soient compris par les parties et qu'ils correspondent à leur volonté. »

Annexe II – L'exemple de la loi française²⁸

L'article 21 de la Loi **relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (Loi n° 95-125 du 8 février 1995)**

TITRE II : Dispositions de procédure civile

Chapitre Ier : La médiation

Section 1 : Dispositions générales

Article 21

Modifié par Ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 - art. 1

La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige.

Article 21-1 Créé par Ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 - art. 1

La médiation est soumise à des règles générales qui font l'objet de la présente section, sans préjudice de règles complémentaires propres à certaines médiations ou à certains médiateurs.

Article 21-2 Créé par Ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 - art. 1

Le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence.

Article 21-3 Créé par Ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 - art. 1

Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité.

Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties.

Il est fait exception aux alinéas précédents dans les deux cas suivants :

²⁸ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000350926>

- a) En présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne ;
- b) Lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution.

Lorsque le médiateur est désigné par un juge, il informe ce dernier de ce que les parties sont ou non parvenues à un accord.

Article 21-4 Créé par Ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 - art. 1

L'accord auquel parviennent les parties ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition.

Article 21-5 Créé par Ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 - art. 1

L'accord auquel parviennent les parties peut être soumis à l'homologation du juge, qui lui donne force exécutoire.

Annexe III - US Model Standards of Conduct for Mediators²⁹

American Arbitration Association (Adopted September 8, 2005)

American Bar Association (Approved by the ABA House of Delegates August 9, 2005)

Association for Conflict Resolution (Adopted August 22, 2005)

STANDARD I. SELF-DETERMINATION

A. A mediator shall conduct a mediation based on the principle of party self-determination. Self-determination is the act of coming to a voluntary, uncoerced decision in which each party makes free and informed choices as to process and outcome. Parties may exercise self-determination at any stage of a mediation, including mediator selection, process design, participation in or withdrawal from the process, and outcomes.

1. Although party self-determination for process design is a fundamental principle of mediation practice, a mediator may need to balance such party self-determination with a mediator's duty to conduct a quality process in accordance with these Standards.

2. A mediator cannot personally ensure that each party has made free and informed choices to reach particular decisions, but, where appropriate, a mediator should make the parties aware of the importance of consulting other professionals to help them make informed choices.

B. A mediator shall not undermine party self-determination by any party for reasons such as higher settlement rates, egos, increased fees, or outside pressures from court personnel, program administrators, provider organizations, the media or others.

²⁹US Model Standards of Conduct for Mediators:

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/dispute/documents/model_standards_conduct_april2007.authcheckdam.pdf

Annexe IV – Analyse d’Alexander des 6 modèles de médiation³⁰

La médiation évaluative

Degré d’intervention du médiateur:

- Haut niveau d’intervention du médiateur quant au problème
- Négociation sur positions
- But : l’accès à la justice et l’atteinte d’un règlement de façon efficace, rapide, sur une base technique ou légale
- Le médiateur départage les arguments et positions des parties et donne son avis sur le bien-fondé des positions et sur l’issue probable en cas d’adjudication ou d’arbitrage

Niveau d’interaction des parties:

- Restent axées sur leurs droits et positions
- Problème défini de façon stricte et légale
- Ne tient pas compte d’enjeux plus vastes
- Les parties souvent accompagnées par leurs avocats

Cette approche est utile lorsque:

- Les parties ne sont pas experts et que l’enjeu est complexe ou technique
- Les parties ne sont pas motivées à aller en médiation
- Les parties ont une vue irréaliste sur le bien-fondé de leur dossier
- Les parties veulent obtenir l’opinion d’un professionnel spécialisé/expérimenté
- L’aspect relationnel n’est pas une priorité
- Les parties souhaitent une résolution rapide du dossier

Critiques de cette approche:

- Pas de distinction nette avec l’évaluation neutre, la conciliation, le « *case appraisal* »
- Le médiateur n’aide pas les parties à trouver elles-mêmes leur solution
- Le médiateur prend une grande responsabilité quant à l’issue de la médiation
- La participation des parties est faible et il y a un potentiel d’insatisfaction
- Les intérêts réels des parties peuvent être négligés

³⁰ N. Alexander, *The Mediation Metamodel: Understanding Practice*, Conflict Resolution Quarterly, vol. 26, no.1, Fall 2008 © Wiley Periodicals Inc. and The Association for Conflict Resolution.

- Les propositions de règlement du médiateur ne prennent pas nécessairement en compte l'intérêt à long terme des parties (ex : l'amélioration de leur relation)
- Les parties peuvent être portées à retenir de l'information pour que l'opinion du médiateur penche en leur faveur
- N'encourage pas les parties à reconnaître la perspective de l'autre
- Nombre limité de solutions proposées (vs aborder le problème dans une dimension plus large)
- Plus difficile pour le médiateur de préserver une image de neutralité étant donné qu'il émet ses avis
- Plus grand risque de réclamation à l'encontre du médiateur.

La médiation axée sur le règlement

Degré d'intervention du médiateur :

- Processus mixte d'interventions au niveau du processus et du contenu
- But : l'accès à la justice et l'atteinte d'un règlement de façon efficace et rapide
- Le médiateur « coache » les parties et leurs avocats dans la négociation et les encourage dans la recherche de solutions (peut glisser vers la directivité au niveau des concessions)
- Le médiateur est souvent choisi en fonction de ses connaissances légales ou techniques
- Invite assez tôt les parties à des entretiens individuels/en aparté (parfois les parties ne reviennent pas en rencontre conjointe, auquel cas le médiateur ira de l'une à l'autre pour transmettre les offres et contre-offres)

Niveau d'interaction des parties:

- Négociation axée sur les positions
- Parties souvent accompagnées par leurs avocats
- Degré d'autonomie un peu plus élevé que l'approche précédente

Cette approche est utile lorsque:

- La négociation sur position est préférée à la négociation sur intérêts
- L'issue du litige est plus importante que la relation entre les parties, ou il n'y aura pas de relation future
- Les avocats négocient en l'absence des parties
- Le problème à régler est unique et déterminé

Critiques de cette approche:

- Tend à ne pas prendre en compte les besoins et les intérêts (peut omettre certaines options qui seraient favorables à court, moyen ou long terme)
- Les négociateurs expérimentés auront souvent l'avantage
- Les avocats prennent charge de la négociation à la place de leurs clients
- Les parties n'apprennent pas à négocier de façon constructive pour le futur
- Le médiateur ajoute peu aux techniques de négociation habituelles des avocats
- Il est plus difficile de se sortir des impasses sans les techniques créatives de résolution de problème et d'élaboration d'options.

La médiation facilitante

Degré d'intervention du médiateur :

- Approche de négociation intégrative
- But : l'autonomie et l'autodétermination des parties
- Le médiateur se limite à intervenir au niveau du processus (non sur le contenu)
- Il « coache » les parties et crée un environnement qui favorise la négociation sur la base de leurs intérêts
- Le médiateur ne donne pas d'information légale, ni d'opinion
- Il est choisi en fonction de ses habiletés en communication et son absence de lien avec les parties

Niveau d'interaction des parties:

- Chaque partie est encouragée à exprimer ses besoins et ses intérêts et à reconnaître la perspective de l'autre
- Si des avocats sont en présence, leur rôle est limité au conseil (les parties parlent elles-mêmes, avec le soutien de leur avocat).

Cette approche est utile lorsque:

- Les parties souhaitent maintenir une relation dans le futur
- Les parties sont capables de négocier elles-mêmes, mais ont de la difficulté à entamer le processus ou sont dans une impasse
- Il y a possibilité de trouver des solutions créatives et axées vers le futur qui répondent aux besoins et intérêts des parties
- L'enjeu est multifactoriel (éléments légaux et non-légaux)

Critiques de cette approche:

- Risque qu'en l'absence de règlement, l'information échangée/divulguée soit utilisée dans le cadre d'un processus adjudicatif ou arbitral (malgré le caractère confidentiel du processus, une fois portée à la connaissance de l'autre partie)
- Moins appropriée si l'une des parties est moins articulée ou a peu d'habiletés en négociation
- Peut nécessiter un plus grand investissement au niveau du temps

La médiation « de bon conseil »

Degré d'intervention du médiateur :

- Combine l'intervention axée sur le problème et l'approche intégrative
- Le médiateur évalue la situation en se fondant non pas sur les droits et positions des parties, mais sur leurs intérêts et préoccupations
- But : l'accès à la justice et offrir un forum équitable pour résoudre le conflit de façon efficace, en trouvant une solution à long terme
- Donne son avis en identifiant les intérêts, les options, les alternatives et des solutions
- Le médiateur est souvent choisi pour sa réputation dans la communauté, ses habiletés de communicateur, sa sagesse, son sens de l'équité et sa capacité de comprendre le conflit.

Niveau d'interaction des parties:

- Le choix de la solution leur revient
- Le rôle des avocats varie en fonction du degré d'intervention du médiateur (plus il intervient, plus leur rôle sera consultatif)

Cette approche est utile lorsque:

- Le conflit comporte plusieurs aspects/enjeux et les parties ont besoin de conseils quant à la façon de le régler
- Les parties ont des réticences à proposer des solutions constructives
- Les parties souhaitent être guidées et s'en remettre à un tiers neutre pour l'issue du conflit
- Les parties ont des attentes irréalistes et cherchent une solution pratique
- Il y a déséquilibre entre les parties

Critiques sur cette approche:

- Bien que la solution trouvée puisse être intégrative, le processus ne montre pas aux parties comment gérer « l'après médiation »
- Il est difficile au médiateur de préserver une image d'impartialité lorsqu'il émet son avis
- Le médiateur porte la responsabilité du règlement au lieu des parties
- Selon le degré d'implication des parties, le médiateur peut se tromper sur les intérêts réels en présence et la dynamique entre les parties

La médiation d'inspiration traditionnelle

Degré d'intervention du médiateur :

- Beaucoup en commun avec la médiation « de bon conseil » (il y a toutefois des différences au niveau du but et de l'interaction entre les parties)
- Orienté vers le problème
- Le médiateur est souvent choisi pour sa sagesse et son ascendant sur les parties (par opposition à son expertise technique)
- But : restaurer l'harmonie et la stabilité dans la communauté (orienté vers la communauté plutôt que vers les individus; les valeurs de la communauté priment sur les intérêts des individus)
- La médiation peut être publique (devant les membres de la communauté)
- Le médiateur est souvent un chef, une personne âgée, un « leader » de la communauté (donc parfois partie prenante à la situation)

Niveau d'interaction:

- Dialogue ouvert entre les participants
- Riche en rituels, axé sur la restauration des relations dans le groupe, la réconciliation, les intérêts et les valeurs de la communauté

Cette approche est utile :

- Dans certaines sociétés traditionnelles, indigènes, religieuses
- La communauté a des normes et souhaite régler les conflits à l'interne et de façon cohérente
- Dans une association professionnelle ou commerciale, lorsque les normes de groupe ou informelles sont plus importantes que les normes légales/formelles

Critiques de cette approche:

- Les normes traditionnelles auxquelles elle réfère peuvent ne plus correspondre aux valeurs des jeunes ou des femmes
- Peut confirmer une culture dominante au détriment d'autres voix
- Laisse peu d'espace à l'autonomie individuelle

La médiation transformative

Degré d'intervention du médiateur :

- Orienté vers le processus
- But : transformer l'interaction entre les parties, réconcilier, guérir ; justice réparatrice
- Le médiateur est choisi pour ses habiletés au niveau du processus et ses habiletés relationnelles, ses connaissances (re : les causes de conflit, la psychologie, les sciences du comportement)
- Crée un environnement qui favorise le dialogue entre les personnes, où elles se sentent compétentes pour exprimer leurs sentiments, besoins et intérêts et reconnaissent ceux de l'autre.
- La structure de la médiation est réduite ; il s'agit d'un processus d'apprentissage
- Comprend la médiation « thérapeutique », dont les techniques dérivent de celles utilisées en thérapie et la médiation « narrative », par laquelle les personnes racontent leur vision subjective du conflit pour s'ouvrir à une nouvelle « histoire » qu'ils élaboreront ensemble

Niveau d'interaction des parties:

- Les participants dialoguent
- Ils apprennent à se comprendre et se respecter malgré leurs intérêts opposés
- Ils développent une confiance, une sécurité qui leur permet de se parler sans craindre de mettre en danger leurs intérêts respectifs
- Peuvent générer des options et des solutions axées sur le futur

Cette approche est utile lorsque:

- Le conflit est récurrent et cache des enjeux sous-jacents dont les parties acceptent de parler avant de résoudre le conflit lui-même
- Il s'agit de conflits relationnels
- Des enjeux émotifs ou comportementaux sont en cause
- Des valeurs ou des principes sont en cause

- Il y a dans le conflit une opportunité de développement personnel

Critiques de cette approche:

- Cette approche demande un plus grand investissement de temps que les autres approches
- Peu de mécanismes formels de protection pour les parties les plus faibles
- Si conduite de façon inappropriée, la médiation peut amener les parties dans une zone où le médiateur n'a pas la compétence pour intervenir
- Peut rendre le conflit plus difficile à résoudre parce que d'autres enjeux ont été mis sur la table.

Annexe V – La médiation transformative au soutien de l'autodétermination des parties³¹ (extraits)

En quoi consiste le travail de médiation?

Pendant plus de 30 ans, les praticiens de la médiation ont considéré le conflit comme l'expression d'une compétition entre les besoins et les intérêts des parties. Par le biais d'un processus contrôlé d'examen rationnel visant à identifier des points de convergence entre les besoins et intérêts respectifs des parties, le médiateur amenait les parties en discorde à franchir une série d'étapes prédéterminées de négociation destinées à les mener à une entente.

Il existe une autre façon d'envisager le conflit. Dans cette autre vision, le conflit est considéré essentiellement comme une crise d'interaction humaine. Les personnes aux prises avec un conflit ont des difficultés à mettre les choses en perspective, à se percevoir elles-mêmes et à percevoir leur adversaire de façon objective, ce qui les pousse par réflexe à réagir, soit en livrant bataille, soit en prenant la fuite ou en se figeant (*fight, flight, or freeze*). Elles se sentent privées de leurs moyens et tendent à considérer l'autre de la pire manière possible, créant ainsi un cercle vicieux où elles se posent en victimes et alimentent une hostilité réciproque, précipitant ainsi l'escalade du conflit.

Les médiateurs qui adhèrent à cette autre vision croient que ce dont les personnes en conflit ont le plus besoin, c'est d'être accompagnées par une personne qui les aide à mener un type particulier de conversation dans laquelle chaque partie va graduellement retrouver ses repères en reconquérant son autonomie personnelle et en devenant plus attentive à la manière dont l'autre partie vit la dispute. Au cours des 20 dernières années, la facilitation d'une meilleure communication entre les parties en conflit afin que puisse émerger une issue appropriée et durable a constitué la marque distinctive de la médiation transformative.

L'autodétermination des parties

Ce qui distingue toutes les approches de médiation de l'adjudication et de l'arbitrage est le principe fondamental de l'autodétermination des parties. Selon ce principe, c'est aux parties que revient la responsabilité de prendre des décisions ayant une incidence sur leur vie, avec l'aide d'un tiers, le médiateur. Si la médiation transformative partage avec les autres types de médiation les valeurs éthiques d'indépendance, d'impartialité et de confidentialité, ce qui la distingue, c'est l'étendue qu'elle accorde au principe d'autodétermination des parties, celui-ci s'appliquant non seulement au contenu de la conversation des parties en médiation, mais également au processus de cette conversation.

³¹ *La médiation transformative au soutien de l'autodétermination des parties*, Weldon, J.P., Journal d'arbitrage et de médiation du Canada, Vol. 21, No 1, Printemps 2012.

Or, l'étendue accordée au principe d'autodétermination des parties en médiation transformative a conduit certains à juger que l'adoption par les médiateurs transformatifs d'une position non directive à l'égard des parties encourageait les personnalités les plus fortes à dominer les séances de médiation. Cette conception est erronée. En effet, les parties ont voix égale au chapitre quant à l'orientation de la conversation lors des séances de médiation, et chaque partie dispose d'un veto sur la manière dont ces séances doivent se dérouler. Si à un quelconque moment, une partie estime que l'autre partie dépasse les limites et n'agit plus de façon raisonnable, elle peut demander de faire une pause, solliciter une rencontre en privé avec le médiateur, mettre fin à la séance ou mettre fin à la médiation. Les parties ne sont pas forcées de faire quoi que ce soit contre leur gré³².

(...)

En quoi la médiation transformative est-elle si différente?

La médiation transformative permet d'aider des parties à résoudre un conflit interpersonnel de façon efficace. Deux éléments importants la distinguent d'autres méthodes de médiation : d'une part, les parties sont autorisées à se parler franchement et ouvertement et d'autre part, ce sont elles qui déterminent les sujets à traiter et les buts à poursuivre.

Les médiateurs qui choisissent d'autres méthodes ont coutume de dire que ce sont les parties qui contrôlent le contenu de la médiation et que ce sont eux, les médiateurs, qui en contrôlent le processus, mais les médiateurs transformatifs voient les choses autrement. Convaincus que le processus même de la médiation a un effet direct sur son résultat, ils présentent la médiation non pas comme une démarche à suivre, mais comme une conversation qui répondra le mieux au besoin des parties d'aller au bout de leur pensée et d'exprimer leurs choix.

Vous vous demandez sans doute comment un médiateur responsable peut laisser ainsi aux parties la détermination de modalités telles que les règles de conduite et de communication, tout en menant efficacement une médiation. Je vais décrire dans cet article plusieurs techniques qui répondront par le détail à cette question, mais la clé de ce type de médiation, c'est l'adoption par le médiateur d'une approche non directive qui privilégie les échanges libres et ouverts entre les parties. Cette approche découle de la conviction que les parties, accompagnées de façon adéquate, ont ce qu'il faut pour parvenir à plus de clarté, prendre des décisions judicieuses, et commencer à prendre en compte le point de vue de l'autre. Au final, si les parties ont le sentiment d'avoir été entendues, elles considéreront les résultats auxquels elles seront elles-mêmes parvenues comme justes et raisonnables, ce qui favorisera une issue durable à leur conflit.

³² Simon, D., Does Mediation Threaten Social Justice? Bush and Folger Weigh In : <http://www.transformativemediation.org/?q=node/137>