

# Le médiateur et les dilemmes éthiques: proposition d'un cadre de réflexion

Louise OTIS\* et Catherine ROUSSEAU-SAINE\*\*

## RÉSUMÉ

La médiation est souvent source de dilemmes qui font intervenir l'éthique, la déontologie et le Droit. Ces dilemmes éthiques surviennent aussi bien dans le cours de la médiation judiciaire que de la médiation extra judiciaire. Les codes de conduite professionnelle ont établi des principes régulateurs destinés à guider les médiateurs dans leurs interventions, mais ils ne peuvent prévoir tous les enjeux et questionnements éthiques qui interviennent dans le cours des activités médiationnelles. Cet article (1) examine les principes éthiques fondamentaux qui s'appliquent aux médiateurs, (2) souligne les conflits qui opposent certains de ces principes, (3) identifie les dilemmes éthiques qui confrontent les médiateurs, et (4) propose une démarche réflexive au regard des choix éthiques.

Mots Clés: Dilemme éthique – Médiateur – Juge médiateur

## INTRODUCTION

Le fondement de nos sociétés repose sur la règle de droit qui intègre les valeurs morales communes aux sujets de droit. La hiérarchisation des normes de conduite fait intervenir un ordre de rapport entre les manifestations de l'action humaine qui sont posées et définies par l'éthique, la déontologie, la morale et le droit. Ces normes de conduite sont sans cesse interpellées et souvent confondues.

La morale est la science de l'action juste et de la vie bonne dans une société donnée. La morale expose les préceptes absolus ou transcendants du *vivre ensemble*. Elle représente la conscience partagée selon les coutumes, les temps et les lieux du monde. Elle fonde les principes régulateurs de l'action et de la conduite.

---

\* Professeur et Juge international, Université McGill. email@louiseotis.com ou louise.otis@mcgill.ca.

\*\* Avocate, Université McGill. catherine.rousseau-saine@mail.mcgill.ca.

L'Éthique est une discipline réflexive qui cherche à évaluer la conduite humaine au regard d'un système de valeurs. L'Éthique appliquée s'incarne dans la réalité et définit les actions qui peuvent mener à l'action juste. Quand les moralistes latins ont assimilé la pensée grecque, ils ont conservé le mot *ēthika* qui fut latinisé et dont la signification fut ramifiée en fonction du caractère subjectif de la morale.

L'éthique est une recherche de sens. L'éthique a une dimension subjective. Elle réfère à des valeurs qui ont cours en un lieu et un temps circonscrits dans le présent. Elle est fonction de l'objet, mais centrée sur le sujet. Elle s'attache à des valeurs relatives et immanentes.

La déontologie trouve son point de fixation dans les activités humaines règlementées. La déontologie traduit l'action juste en règles et devoirs régissant notamment l'exercice des professions. Les fondements de la déontologie se retrouvent ainsi dans les codes de conduite des ingénieurs, architectes, médecins, avocats, etc... Même les juges canadiens de nomination fédérale, qui sont institutionnellement indépendants, sont régis par des «Principes de Déontologie Judiciaire».

Le Droit définit les règles de fonctionnement de la société humaine en vue de son bien-être et de sa pérennité. Il permet, défend, sanctionne, punit. Le droit transfigure la morale en action.

La médiation est un mode consensuel ou obligatoire de résolution des différends fondée sur la négociation et assistée par un tiers neutre, le médiateur. En Amérique du Nord, la médiation est soit judiciaire soit extra judiciaire.

La médiation extra judiciaire intervient en marge du système de justice formel. Elle résulte de la simple volonté des parties opposées, du contrat qui l'institue comme mode de résolution précédant l'arbitrage ou encore de la loi qui l'impose préalablement à la judiciarisation du conflit.

La médiation judiciaire est un mode consensuel ou obligatoire de résolution des litiges fondée sur la négociation et intégrée au système judiciaire formel. Au Québec, la médiation judiciaire est volontaire et essentiellement présidée par des juges devant toutes les Cours et les Tribunaux, incluant la Cour d'appel.<sup>1</sup> Dans les autres provinces canadiennes, la médiation judiciaire est un mode hybride qui fait intervenir tantôt les juges tantôt les médiateurs institutionnels ou privés, par le référé judiciaire.

La médiation est souvent source de dilemmes qui font intervenir l'éthique, la déontologie et le Droit. Ces dilemmes éthiques surviennent aussi bien dans le cours de la médiation judiciaire que de la médiation extra judiciaire.

<sup>1</sup> L. OTIS, « La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire », 8<sup>e</sup> conférence Albert-Mayrand 2004, Montréal, Thémis, 2005; L. OTIS et E. H. REITHER, « Judicial Mediation in Quebec » dans Nadja Alexander, dir., *Global Trends in Mediation*, 2e éd., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006.

Les codes de conduite professionnelle ont établis des principes régulateurs destinés à guider les médiateurs dans leurs interventions. Ces codes fixent les orientations générales qui doivent gouverner les médiateurs, mais ils ne peuvent prévoir tous les enjeux et questionnements éthiques qui interviennent dans le cours des activités médiationnelles.

Plusieurs ouvrages et articles de doctrine ont été écrits sur l'éthique et la médiation.<sup>2</sup> De plus, un phénomène récent révèle le champ vivant de l'éthique médiationnelle. Il s'agit d'un corpus informel de règles de conduite développé empiriquement, en temps réel, par les médiateurs. En effet, par l'intermédiaire de groupes d'intérêt et d'associations nationales ou internationales de médiateurs, des discussions courrielles ou *online* permettent aux médiateurs d'exposer, de discuter et de résoudre les dilemmes éthiques qui les confrontent pendant la tenue d'une médiation.<sup>3</sup> Des principes consensuels émergent de ces discussions et viennent s'ajouter à ceux, plus généraux, qui fondent les codes de conduite. L'existence de ces modes pratiques d'intervention, qui permettent la résolution des questions éthiques par le conseil des pairs, offrent un nouveau champ d'analyse et de réflexion.

Cet article (1) examine les principes éthiques fondamentaux qui s'appliquent aux médiateurs, (2) souligne les conflits qui opposent certains de ces principes (3) identifie les dilemmes éthiques qui confrontent les médiateurs et (4) propose une démarche réflexive en regard des choix éthiques.

## SECTION 1: CODES DE CONDUITE PROFESSIONNELLE

Les règles éthiques de la médiation, définies en termes généraux, énoncent les meilleures pratiques et établissent les moyens de les mettre en œuvre. Les règles déontologiques applicables aux médiateurs fixent les normes de régulation de la médiation; ces règles sont tantôt issues de la loi, tantôt des codes de conduite professionnelle.

Les Codes de conduite régulant la médiation extra judiciaire sont de plus en plus répandus dans les sociétés qui encouragent la médiation. L'institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada ainsi que les instituts affiliés ont adopté des codes d'éthique et des codes de déontologie afin d'en assurer l'application.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Récemment, E. WALDMAN, avec la contribution de plusieurs médiateurs, a dédié un ouvrage à l'éthique et à la médiation: E. WALDMAN, *Mediation Ethics*, San Francisco, Jossey-Bass, 2011.

<sup>3</sup> Par exemple, plusieurs groupes de discussion se sont formés sur le site internet <<http://linkedIn.com>>. Le Kluwer Mediation Blog est aussi un autre exemple: <<http://kluwermediationblog.com>>. International Academy of Mediators a un site privé qui permet les activités conseils relativement aux dilemmes éthiques qui confrontent les médiateurs en exercice.

<sup>4</sup> ADR Institute of Canada <<http://www.amic.org/rules/conduct.html>>; Ainsi, l'Institut de Médiation et d'Arbitrage du Québec a adopté le Code d'Éthique des Médiateurs <<http://www.imaq.org/>> et L'institut de Médiation et d'Arbitrage de l'Ontario a adopté le Code d'Éthique <<http://www.adrontario.ca/>>.

Les médiateurs qui veulent bénéficier de la reconnaissance de ces institutions doivent adhérer aux règles énoncées dans ces codes. Le non-respect des règles éthiques peut entraîner la suspension ou le retrait de l'adhésion ainsi que des fonctions au sein de l'institut.

En regard de la médiation judiciaire, le Conseil judiciaire canadien a élaboré les *Principes de déontologie judiciaire* qui s'appliquent, en les adaptant, aux juges de nomination fédérale.<sup>5</sup> Des publications semblables existent aussi au Québec, en Colombie Britannique et en Ontario pour les juges nommés par les Provinces. Ces codes sont applicables *mutatis mutandis* aux juges qui agissent comme médiateurs. En Ontario, où un programme de médiation judiciaire obligatoire a été imposé dans les Cours de Justice des grands centres, le Ministère du Procureur général a élaboré le *Code type de déontologie de l'Association du Barreau canadien-Ontario* pour les médiateurs sélectionnés.<sup>6</sup>

Cette liste, sans être exhaustive, nomme certains des principaux codes de conduite pour les médiateurs disponible au Canada. Ces codes établissent les usages et les normes devant guider les médiateurs.

#### SOUS-SECTION 1: LES FONDAMENTAUX DÉONTOLOGIQUES DE LA MÉDIATION

Les principaux éléments qui composent les codes de conduite professionnelle s'attachent aux considérations éthiques propres à la médiation.<sup>7</sup> La majorité des principes essentiels sont communs aux différents codes.<sup>8</sup> Les principes convergents les plus significatifs sont l'autodétermination, l'impartialité, l'indépendance et le conflit d'intérêts, la confidentialité et la qualité du processus de médiation. Ces principes recouvrent tant la qualité du mode d'intervention que les attributs essentiels du tiers neutre.

Le processus de médiation judiciaire revêt une dimension éthique qui diffère sensiblement de celle qui caractérise la médiation extra judiciaire. Les acteurs qui participent à la médiation judiciaire sont appelés à jouer des rôles

<sup>5</sup> Cette publication peut être consultée à <[http://www.cjcccm.gc.ca/french/news\\_fr.asp?selMenu=news\\_pub\\_judicialconduct\\_fr.asp](http://www.cjcccm.gc.ca/french/news_fr.asp?selMenu=news_pub_judicialconduct_fr.asp)>.

<sup>6</sup> Cette publication peut être consultée sur le site du Ministère du Procureur Général de l'Ontario <<http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/courts/manmed/codeofconduct.asp>>; Voir aussi l'article suivant pour une explication plus détaillée du programme de médiation obligatoire en Ontario, ainsi que les autres programmes de médiation judiciaire à travers le Canada: L. OTIS, C. ROUSSEAU-SAINE, E. REITHER «Confidentiality in judicial mediation in Canada» in *The Multi-Tasking Judge: Comparative Judicial Dispute Resolution*, by Tanya Sourding and Archie Zariski, Australia, Thomson Reuters, 2013.

<sup>7</sup> Pour une revue des principes de base de la médiation et de différents codes d'éthique, voir C. CYRIL *International Commercial Mediation*, Chapter 12, Informa Law, 2008.

<sup>8</sup> D. HOFFMAN «Ten Principles of Mediation Ethics» 18 *ALTERNATIVES* 147, 2000; P. RENAUD «L'élaboration d'un code de déontologie en médiation: une réflexion» 27 *R.D.U.S.*, 1996-1997.

plus dynamiques qui les éloignent de la zone de confort à laquelle ils sont traditionnellement habitués.<sup>9</sup>

Pour les juges en particulier, la médiation les rapproche des parties dans un espace de proximité propice au dialogue utile. De ce fait, le juge médiateur exerce un rôle beaucoup plus actif que son rôle de décideur qui est, par essence, réactif. Par définition, le processus de médiation amène les juges à se rapprocher davantage des parties au litige et de leurs avocats ce qu'ils ne feraient pas dans le processus décisionnel. De plus, ce lien s'établit dans un environnement contextuel où les règles de conduite et les frontières d'intervention ne sont pas expressément définies.<sup>10</sup> Les rencontres en caucus, les discussions privées avec une seule des parties, le dévoilement d'informations confidentielles, les échanges téléphoniques et les courriels initiés par les parties sont susceptibles de faire naître des dilemmes éthiques tant pour le juge médiateur que pour les avocats.<sup>11</sup>

Le contexte législativement défini du système judiciaire classique procure, en apparence, une protection éthique étanche. Pourtant, il est intéressant de constater que les juges médiateurs sont très rarement interpellés en déontologie judiciaire. Depuis 1997, aucun juge médiateur au Québec n'a fait l'objet d'une sanction pour manquement aux principes généraux de déontologie qui les régissent. Pourquoi? La souplesse et la vitalité qui caractérisent l'intervention en médiation ne pouvaient s'accommoder de règles éthiques rigides et immuables. Voilà pourquoi la médiation judiciaire s'est développée à l'aube d'une politique sophistiquée de vigilance éthique qui garde le processus sous le contrôle étroit du juge médiateur. Celui-ci protège l'intégrité du système médiationnel en veillant sur le respect de trois principes éthiques fondamentaux: la confidentialité, l'autodétermination ou autonomie des parties et l'équité du processus.

De plus, au Canada, la formation et l'entraînement des juges médiateurs passent par la mise en situation des dilemmes éthiques. Simulation et démonstration des impasses éthiques font partie du contenu pédagogique des juges médiateurs. Ainsi l'autorégulation par les forces internes qui interagissent

<sup>9</sup> L. OTIS, « La justice conciliatoire: l'envers du lent droit » 3 *Éthique Publique: Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale*, 2001, p. 63.

<sup>10</sup> Voir R. A. BARUCH BUSH, « A Study of Ethical Dilemmas and Policy Implications » *Disp. Resol.* 1994; K.K. KOVACH, « The Intersection (Collision) of Ethics, Law, and Dispute Resolution: Clashes, Crashes, No Stops, Yields, or Rights of Way » 49 *S. Tex. L. Rev.*, 2008, p. 789-827.

<sup>11</sup> Sur les juges médiateurs, voir J. C. CRASTLEY, « Judicial Ethics and Judicial Settlement Process: Time for Two Strangers to Meet » 21 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 2006, p. 569; S. S. SHWEDER, « Judicial Limitations in ADR: The Role and Ethics of Judges Encouraging Settlements » 20 *Geo. J. Legal Ethics* 51, 2007. G. W. ADAMS, *Mediating Justice: Legal Dispute Negotiations*, Toronto, CCH Canadian, 2003, p. 183-184. Sur les non-juges, voir M. MOFFITT, « Suing Mediators » 83 *B.U. L. Rev.* 147, 2003; M. MOFFITT, « Ten Ways to Get Sued: A Guide for Mediators » 8 *Harv. Negot. L. Rev.* 81, 2003.

au cours de la médiation judiciaire a porté fruit. Le système de médiation judiciaire au Canada a fait la preuve de son dynamisme et de son effectivité au regard de l'éthique de la médiation judiciaire.

### §1 AUTODÉTERMINATION

Le principe de l'autodétermination impose au médiateur le devoir de s'assurer du consentement libre et éclairé des parties tout au long de la médiation. Ce principe se traduit par le devoir du médiateur de: (1) s'abstenir d'induire les parties à accepter une entente (2) d'informer les parties de leur droit d'accepter ou de refuser une entente, et (3) de respecter la liberté de décision des parties, pour autant qu'elle soit conforme à l'équité et au droit.

En médiation extra judiciaire, le médiateur s'applique à respecter l'autonomie des parties et à ne pas infléchir leur consentement. Toutefois, il ne porte pas la même responsabilité éthique que le juge médiateur en regard de l'expression d'opinions juridiques. En médiation judiciaire, le juge médiateur peut facilement influencer la décision des parties et de leurs avocats par son autorité morale, son statut et sa connaissance du droit. Voilà pourquoi les juges médiateurs doivent se retenir d'exprimer leur opinion sur le bien-fondé du litige. Leur rôle est de faciliter et de favoriser l'autonomie des parties et non de décider du litige. Sauf circonstances spéciales où le juge médiateur peut donner son avis de manière incidente et à la demande expresse des parties, il est de règle de ne pas influencer le consentement des parties.

Le médiateur, comme facilitateur neutre, peut – au moment opportun – présenter aux parties des options de solution. Il faut se rappeler que les parties ont souvent aliéné leur perception objective du conflit. Par une vision large, le médiateur les conduira à quitter le cadre étroit du différend pour explorer les avenues susceptibles de constituer des options valables de règlement. Toutefois, la responsabilité de la décision repose entièrement sur les parties. S'il les encouragera à prendre les risques nécessaires pour éteindre le conflit qui les oppose, jamais le juge médiateur ne leur retirera leur pouvoir décisionnel.<sup>12</sup>

L'autonomie des volontés suppose la capacité d'exprimer un consentement libre et éclairé. Le médiateur sera vigilant à tous les signes qui révéleraient chez une partie au conflit, une défaillance ou une inaptitude manifeste dans la capacité de déterminer ses choix et de consentir. La présence des avocats ne dégage pas le médiateur du devoir de s'assurer que les parties signataires de l'entente sont en mesure d'exprimer un consentement averti et lucide.

<sup>12</sup> L. OTIS, E. REITER «La médiation, Recours et Procédure en Appel» *LexisNexis*, 2011, p.153. Cet article qui énonce les principes éthiques du juge médiateur est adapté *mutatis mutandi* à la médiation extra judiciaire.

## §2 IMPARTIALITÉ DU MÉDIATEUR

Le principe d'impartialité signifie que le médiateur adoptera un comportement neutre et équitable à l'égard des parties pendant le cours de la médiation. Il se gardera de privilégier indûment la position d'une partie ou d'orienter le processus de manière qu'une partie soit favorisée.

Toutefois, il survient fréquemment que le médiateur ait à équilibrer son obligation d'impartialité avec son devoir de protéger l'intégrité du processus de médiation. Ce devoir inclut notamment le traitement équitable des parties. Le médiateur doit protéger les parties de tout abus d'influence ou de pouvoir.<sup>13</sup> Il est essentiel d'identifier les dynamiques de domination et de contrôle dès le début de la session afin d'éviter que la solution obtenue par la médiation ne reproduise ou ne renforce les problèmes qui ont initialement donné naissance au conflit.<sup>14</sup> En l'absence de règles procédurales formelles, et dans un cadre où la transaction est finale et lie les parties, il appartient au médiateur d'assurer l'équité du processus.

Parmi les facteurs qui peuvent entraver l'équité du processus on retrouve le déséquilibre du rapport de force qui laisse une partie sans pouvoir réel de négociation et les différences culturelles qui doivent être gérées avec soin et respect car elles affectent le style de négociation et l'expression de la volonté. Ces deux facteurs nous ramènent à la qualité du consentement libre et éclairé. Il appartient au médiateur de veiller à ce que le processus ne soit pas structuré de manière à causer un désavantage déraisonnable à l'une ou l'autre des parties, spécialement celle qui n'est pas représentée par avocat. En ces circonstances, le médiateur aura, parfois, à rétablir l'équilibre dans la salle de médiation sans pour autant compromettre sa neutralité.

## §3 CONFLIT D'INTÉRÊT ET INDÉPENDANCE

Les principes de conflit d'intérêt et indépendance établissent que le médiateur ne peut intervenir dans une médiation impliquant des personnes avec lesquelles il entretient ou a entretenu des liens personnels, professionnels ou économiques. Le médiateur ne doit avoir aucun intérêt sur l'objet de la médiation ni sur son issue. De même il ne doit entretenir aucun rapport avec les personnes qui y sont parties ou celles qui pourraient bénéficier du résultat d'une entente.

<sup>13</sup> L. OTIS, E. REITER «La médiation, Recours et Procédure en Appel» *LexisNexis*, 2011, p. 183; Voir généralement J. M. HYMAN, «Swimming in the Deep End: Dealing with Justice in Mediation», 6 *Cardozo J. Conflict Resol.* 19, 2004.

<sup>14</sup> R. S. ADLER et E. M. SILVERSTEIN, «When David Meets Goliath: Dealing with Power Differentials in Negotiations» 5 *Harv. Negot. L. Rev.* 1, 2000.

L'indépendance n'est pas un droit qui appartient en propre à chaque médiateur, car il est aussi le fondement de l'institution même de la médiation, qui repose sur l'intervention d'un tiers neutre et désintéressé. L'indépendance des médiateurs modèlent donc à la fois un état d'esprit qui se traduit par l'impartialité objective du médiateur et l'indépendance s'attache à la protection de l'institution de la médiation.

#### §4 CONFIDENTIALITÉ

L'efficacité de la médiation repose sur la confidentialité des échanges spontanés des émotions et des idées et sur l'établissement d'une synergie de communication qui permet aux négociations de porter fruit.<sup>15</sup> Aussi, la règle générale veut que, sauf circonstances exceptionnelles, tout ce qui est dit, écrit ou fait pendant la procédure de médiation est scellé sous le sceau de la confidentialité et ne peut être invoqué dans les procédures contentieuses.<sup>16</sup>

D'abord la loi. Au Québec, la confidentialité, inscrite dans la loi, est considérée comme une obligation juridique qui définit entièrement le processus de médiation. Cerner les contours de cette obligation juridique est parfois malaisé puisque le droit prétorien participe de systèmes juridiques différents. De plus, en codifiant la médiation le législateur a harnaché un instrument qui, par essence, est protéiforme et sans véritable frontière. La Cour d'Appel du Québec a bien résumé les règles que l'on peut dégager de la jurisprudence élaborée sur la règle de confidentialité en matière de médiation judiciaire:

Ce qui est confidentiel dans les discussions tenues dans le cadre d'une conférence de règlement à l'amiable ce sont les échanges qui mènent à un règlement, c'est-à-dire des éléments qui sont communiqués à l'occasion de cette conférence et qui n'étaient pas connus d'une partie avant cette conférence. Si un élément du dossier était connu des deux parties avant la conférence, il n'acquiert pas un statut de confidentialité parce qu'il y a été mentionné lors de la conférence. J'exclus évidemment les propositions de règlement faites avant la conférence qui demeurent privilégiées pour les principes déjà

<sup>15</sup> L. OTIS, E. REITER «La médiation, Recours et Procédure en Appel» *LexisNexis*, 2011, p. 180; G. W. ADAMS, *Mediating Justice: Legat Dispute Negotiations*, Toronto, CCH Canadian, 2003, aux pp. 290-300; J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, « La médiation: une alternative à la justice? » dans N. Kasirer et p. Noreau, dir., *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Thémis, 2002 aux pp. 161-64; C.J. MENKEL-MEADOW, « Ethics in Alternative Dispute Resolution: New Issues, No Answers from the Adversary Conception of Lawyers' Responsibilities », 38 *S. Tex. L. Rev.* 1997, pp. 407, 441 -443; A.M. BURR, « Confidentiality in Mediation Communications: A Privilege Worth Protecting », 57 *APR Disp. Resol.* 2002, pp. 64, 64 et 66.

<sup>16</sup> D. A. RUIZ, « Asserting a Comprehensive Approach for Defining Mediation Communication » 15 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 2000, p. 851; E. E. DEASON, « Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System » 17 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 2002, 239; M. A. WESTON, « Confidentiality's Constitutionality: The Incursion of Judicial Powers to Regulate Party Conduct in Court-Connected Mediation » 8 *Harv. Negot. L. Rev.* 29, 2003.



expliqués (codification de la règle de common Law qui définit l'étendue de la protection conférée aux pourparlers sans préjudice de règlement).

[...]

La confidentialité s'étend-elle à l'entente intervenue dans le cadre d'un règlement à l'amiable? Il y a de nombreux débats à ce sujet. La réponse peut varier au Canada d'une province à l'autre. Je vous propose de répondre négativement à la question, et ce, essentiellement parce que les règles juridiques et les principes à la base de la confidentialité des pourparlers de règlement sont tout à fait distincts de ceux relatifs à la confidentialité de l'entente issue de ces pourparlers.<sup>17</sup>

On a répertorié au Canada quatre exceptions centrales au principe de la confidentialité qui ont pour trait commun la protection de l'intérêt public. Il s'agit de: (1) l'atteinte à l'intégrité physique et psychologique d'un enfant, (2) l'urgence médicale, (3) le danger sérieux et immédiat causé à autrui et (4) l'échange d'information entre professionnels d'une même institution.

L'existence de la fraude (*outright fraud*) peut certainement permettre d'attaquer l'entente intervenue au terme de la médiation. En est-il de même de la faute professionnelle de l'avocat lorsqu'elle ne constitue pas une fraude? Nous ne le croyons pas. Comme pour le processus décisionnel, l'incompétence ou la négligence de l'avocat peuvent donner ouverture à un recours en dommages mais il serait attentatoire à la règle sacramentelle de la confidentialité de permettre l'atténuation d'un principe codifié alors qu'un autre recours est ouvert à la partie lésée.<sup>18</sup>

Maintenant l'éthique. Le principe de confidentialité doit aussi être considéré dans sa composante éthique. En tant que facilitateur du processus, le médiateur obtient des informations privilégiées qu'il doit savoir utiliser afin de favoriser la conclusion d'une transaction, tout en respectant les exigences de confidentialité.

La nécessité de maintenir un juste équilibre entre les parties devient plus apparente lors des rencontres individuelles qui surviennent dans le cours de la conférence de médiation. Se créent alors des cercles concentriques de confidentialité. Lors de ces caucus, des informations confidentielles sont révélées, souvent accompagnées d'instructions spécifiques sur la façon de les dévoiler à l'autre partie. L'habileté du médiateur est de savoir tracer la mince ligne entre la prudence excessive qui immobilise la négociation et l'audace démesurée qui affecte son impartialité et crée un bris de confiance.

<sup>17</sup> A. ROCHON, « La règle de confidentialité en médiation judiciaire, son étendue, ses exceptions » (16 juin 2011) à la p. 7 (conférence prononcée devant la Conférence canadienne de la médiation judiciaire), disponible en ligne, <<http://www.mediationjudiciaire.ca/Page.aspx?idPage=24>> (accédé le 24 août 2011). Voir également *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSS 41, [2010] 2 R.C.S. 592 aux par. 78-79.

<sup>18</sup> *Cassel v. Superior Court*, 51 Cal. 4th 113 à la p. 124 (Cal. Sup. Ct., 2011).

Lors d'une séance de médiation, le médiateur doit permettre aux parties – sous la protection de la confidentialité des échanges – d'examiner le litige sous tous ses aspects, de définir les questions essentielles de même que les intérêts sous-jacents à un règlement. Bref, il doit créer un environnement sûr qui permette aux parties de s'engager spontanément et sincèrement dans le processus de négociation sans que le rapport de force ne soit altéré. La confidentialité est le cœur de la médiation judiciaire et extrajudiciaire. À chaque fois qu'une brèche est faite dans cette enceinte fortifiée, c'est la confiance en l'institution de la médiation qui est ébranlée.

#### § 5 QUALITÉ DU PROCESSUS DE MÉDIATION

La qualité du processus de médiation est fondée sur la compétence du médiateur. Le médiateur doit avoir la formation adéquate et posséder les connaissances et les compétences qui l'habilitent à présider la médiation.

Le médiateur est d'abord et avant tout un expert du processus de communication et de négociation. Sa maîtrise du sujet qui fait l'objet du différend n'est pas généralement requise. Par exemple, les litiges de construction ou de responsabilité médicale ne commandent pas, sauf cas particuliers, que l'on connaisse les fins rouages du génie civil ou les préceptes de la science médicale. Instruit par les parties qui soumettront des exposés pré-médiation, le médiateur pourra aisément conduire la médiation en assurant la qualité du processus. Toutefois, il y a des champs de l'activité humaine qui exigent une expertise sur la matière faisant l'objet du litige. La médiation judiciaire en droit criminel est présidée par des juristes spécialisés dans le domaine. Il en va souvent de même avec les litiges portant sur les aspects techniques de la fiscalité, de la finance internationale ou du droit environnemental.

La médiation est structurée différemment de la négociation simple. Ici, la communication est triangulaire: les parties s'adressent l'une à l'autre, même si, à l'étape initiale, la communication est assurée par l'intermédiaire du médiateur. Le médiateur n'est pas le destinataire privilégié de la communication, mais plutôt un canal; les parties discutent ensemble à travers le médiateur parce qu'elles sont elles-mêmes titulaire du pouvoir décisionnel. Ceci étant, la qualité du processus sera assurée par l'habileté du médiateur de permettre la communication fluide mais balisée par des interventions ponctuelles destinées à circonscrire le différend et à faire progresser la négociation.

Cette dynamique trouve application même lorsque les parties sont hostiles et ne souhaitent pas se retrouver dans la même salle de négociations. Dans une

telle situation, le rôle du médiateur requiert habileté et maîtrise parce qu'il ferme alors le triangle de la communication en décidant quand et comment transmettre une information pertinente à l'une des parties de façon à maximiser les chances de régler le litige et ce, sans compromettre son devoir de confidentialité.

#### §6 ÉTHIQUE DES AVOCATS DANS LE PROCESSUS DE MÉDIATION

On peut difficilement détacher l'éthique du médiateur de celle des avocats qui représentent les parties. La médiation impose également aux avocats des obligations éthiques distinctes de celles qui s'appliquent dans le cadre du processus contradictoire. Contrairement au système de justice classique, la médiation est conçue pour donner la parole aux parties; la communication s'établit entre les parties (le médiateur étant un facilitateur et non un interlocuteur), plutôt qu'entre les avocats et le juge.

Ainsi le rôle que les avocats sont appelés à jouer en médiation judiciaire les amène à l'extérieur du cadre éthique conçu pour la plaidoirie et la représentation. Dans une certaine mesure, l'avocat doit privilégier la recherche d'une solution équitable négociée à la défense vigoureuse de la position de son client, puisque l'objectif de la médiation est de parvenir à une transaction juste pour les parties et non à la victoire unique. Dans le contexte de l'éthique de la médiation judiciaire, les avocats doivent se départir du paradigme de la compétition pour s'approcher de ce que Carrie Menkel-Meadow a décrit comme une «éthique non contradictoire».<sup>19</sup>

Au Canada, la conduite des avocats est généralement régie par des Codes de déontologie qui appliquent à tout avocat le cadre ou le mode d'exercice de ses activités professionnelles avec le client. Ainsi, l'avocat qui représente un client en médiation doit continuer à agir comme un avocat et est tenu par les dispositions de son Code de déontologie. Cependant, les obligations déontologiques de l'avocat vont vers deux directions.

D'une part, l'avocat a un devoir de loyauté envers son client. D'autre part, l'avocat doit aussi servir la justice et participer à la saine administration de la Justice. Dans le contexte d'une médiation, les avocats peuvent alors se retrouver en tension entre leur devoir de loyauté envers leur client, qui s'appuie sur une conception contradictoire ou compétitive de la profession d'avocat, et les

<sup>19</sup> C. J. MENKEL-MEADOW, « Ethics in Alternative Dispute Resolution: New Issues, No Answers from the Adversary Conception of Lawyers' Responsibilities », 38 *S. Tex. L. Rev.*, 1997, pp. 407, 414.

intérêts de la justice, qui tendent au contraire vers une conception coopérative ou inquisitoire.<sup>20</sup>

Finalement, au regard de la médiation judiciaire, il est intéressant de noter que le rôle de l'avocat à titre d'officier de la cour comporte un autre devoir soit celui d'informer le client de l'existence du service de médiation ou de le conseiller sur son caractère approprié. Le juge peut recommander la médiation aux parties au stade de la permission d'appeler ou à l'occasion de requêtes destinées au juge siégeant seul lorsqu'il estime que le dossier se prêterait bien à la médiation. Il peut arriver cependant que cette recommandation ne soit pas acheminée prestement aux parties.

L'honorable Marie-France Bich, juge à la Cour d'appel du Québec expose le problème en ces termes:

Dans un tout autre ordre d'idées, je faisais allusion tout à l'heure à la difficulté occasionnelle de faire « sortir » le juge du médiateur: une difficulté analogue existe chez certains avocats ou avocates qui n'arrivent pas à sortir de leur rôle de plaideur. En fait, il s'exprime là, je pense, la difficulté assez commune qui consiste à voir dans la négociation un phénomène qui ne relève pas du droit, mais s'y oppose, ou en tout cas, s'en distingue, alors qu'elle devrait au contraire être conçue comme partie intégrante du droit. La réticence résulte peut-être de ce que la médiation n'a pas de prétention à la normativité générale, au contraire de l'adjudication alors que nous, juristes, sommes moins à l'aise avec ce flou normatif.<sup>21</sup>

Pour encourager le recours à la médiation, il faut miser sur l'éducation: les avocats et le public en général doivent être informés de la disponibilité de la médiation et de son caractère approprié dans la majorité des litiges. Il faut également faire émerger la question éthique qui met en jeu l'obligation des avocats de faciliter l'administration de la justice et d'éviter un comportement motivé par des intérêts personnels.

## SOUS-SECTION 2: LIMITES FONCTIONNELLES DES CODES DE CONDUITE PROFESSIONNELLE

Les codes de conduite professionnelle des médiateurs listent les principes éthiques fondamentaux qui doivent gouverner la médiation. Ces principes paraissent simples à première lecture, mais se révèlent souvent imprécis et obscurs lorsqu'il s'agit de les appliquer aux situations de plus en plus complexes qui surviennent dans le processus de médiation. La médiation du XXI<sup>e</sup> siècle a

<sup>20</sup> A. T. KRONMAN, *The Lost lawyer: Failing Ideals of the legal Profession*, Cambridge, Mass., Belknap Press d'Harvard University Press, 1993. p. 152-154. Cf. J. A. COHEN, « Lawyer Rote, Agency Law, and the Characterization "Officer of the Court" », 48 *B11ff. L. Rev.* 349, 2000.

<sup>21</sup> Conférence prononcée le 17 juin 2011 devant la Conférence canadienne de médiation judiciaire (Montréal).

évolué des conflits de travail et des conflits privés vers les conflits de gouvernance, les recours collectifs, la médiation de droit criminel, les litiges environnementaux de grande envergure et les différends commerciaux dans le cadre de l'économie mondiale. L'avènement de la cyberjustice amène au premier plan la *e*-médiation<sup>22</sup> où les protagonistes et le médiateur vivent le processus de médiation à distance et ne se seront jamais mis en présence. Bref, des situations de droit national et transnational susceptibles de mettre en jeu d'innombrables acteurs, dans un cadre souvent indéfini.

Dans ces circonstances, les principes généraux énoncés dans les codes de conduite professionnelle orienteront le médiateur dans sa quête de solution à des dilemmes éthiques sans toutefois lui offrir le jugement de l'oracle.<sup>23</sup>

Une question se pose: est-ce que les codes de conduite professionnelle devraient énoncer des règles particulières afin de faciliter la résolution des questions éthiques. Les auteurs sont peu enclins à recommander la codification des règles spécifiques à l'éthique de la médiation. Comme l'explique la Professeure MacFarlane, les codes de conduite servent un but précis: établir les standards et paramètres devant guider les médiateurs dans l'accomplissement de leur mandat.<sup>24</sup> Nous partageons cet avis d'autant que la codification obligerait des amendements ponctuels afin de recenser tous les développements éthiques.

La médiation est un mode de résolution des conflits flexible et contextuel. L'environnement éthique est étroitement lié à la nature du différend, aux parties en présence, aux circonstances de temps et de lieu ainsi qu'au médiateur choisi par les parties ou imposé par la Cour. En considérant la variabilité des déterminants, il paraît que l'élaboration de codes de conduite détaillés serait superflète. La souplesse d'interprétation des principes généraux favorise l'adaptabilité contextuelle et correspond véritablement à l'esprit de la médiation.

Certes, cette approche ouvre la voie à des interprétations modulées des principes éthiques par les médiateurs. Toutefois, cette variation dans l'interprétation des principes généraux n'est guère différente de celle qui prévaut à l'égard des textes législatifs dans le droit prétorien. Les tribunaux pourront toujours intervenir lorsque l'expression libre et éclairé du consentement à une entente aura été viciée.

---

<sup>22</sup> Online Mediation.

<sup>23</sup> J. MACFARLANE "Mediating ethically: the limits of codes of conduct and the potential of a reflective practice model" *Osgoode Hall Law Journal*, 40:1, 2002; A.-C. YANG "Ethics codes for mediator conduct: necessary but still insufficient" 22 *Geo. J. Legal Ethics* 1229, 2009, pp. 1231, 1235 et suivantes.

<sup>24</sup> J. MACFARLANE "Mediating ethically: the limits of codes of conduct and the potential of a reflective practice model" *Osgoode Hall Law Journal*, 40:1, 2002, p. 54.

## SECTION 2: CAS PRATIQUES DE DILEMMES ÉTHIQUES

Nous énonçons ici certains dilemmes éthiques auxquels sont souvent confrontés les médiateurs.

### SOUS-SECTION 1: MÉCONNAISSANCE DE L'ÉVOLUTION DE LA LOI OU DU DROIT PRÉTORIEN

On sait que la qualité du processus suppose une préparation minutieuse de la médiation par le médiateur. Habituellement, les parties transmettent au médiateur un exposé des questions de faits et de droit avant la médiation. Au cours de son analyse du dossier, il arrive que le médiateur découvre des éléments susceptibles de modifier la position des parties lors de la médiation. Il peut s'agir de la modification de la loi, ou encore d'un apport jurisprudentiel nouveau qui vient moduler la situation de droit.

Si l'évolution du droit constitue un facteur déterminant sur l'issue de la médiation, le dilemme éthique devrait être résolu en faveur de la divulgation immédiate des informations. Si l'évolution du droit demeure purement accessoire à la recherche de la solution négociée, le médiateur devrait différer la divulgation afin de permettre aux parties de s'engager préalablement dans la négociation. Toutefois, dans le cas de la médiation judiciaire conduite par un juge, l'information- significative ou accessoire à la solution du litige- doit être divulguée à la première occasion utile. Le juge médiateur agit non seulement comme facilitateur neutre, il assure l'intégrité de l'institution judiciaire. Son statut de médiateur est subordonné à sa mission judiciaire.

Le médiateur, particulièrement le juriste, est choisi ou nommé en raison d'abord de ses habilités de facilitateur neutre mais également de sa connaissance du droit substantiel, qui est implicitement reconnue. La réputation d'un médiateur s'établit sur la foi de ces prémices. La divulgation d'un jugement déterminant ou d'une loi amendée ou nouvelle est essentielle à l'établissement d'un rapport de force équilibré. Une médiation menée consciemment en marge du droit porte atteinte à l'équité du processus.

La manière de dévoiler l'information est toutefois importante. Si l'une des parties est déjà informée de la situation juridique nouvelle mais ne l'a pas dévoilée, le médiateur choisira soit le caucus des avocats soit le caucus des parties pour faire la mise au point.

Il est certains médiateurs qui opinent pour la non divulgation du droit en arguant que les parties sont représentées par avocats. Conséquemment, selon eux, la déontologie professionnelle et la responsabilité légale permettront, le cas échéant, l'indemnisation de la partie lésée. Par essence, la médiation vise à prévenir et éteindre les litiges et non à en susciter de nouveaux.

## SOUS-SECTION 2: PARTIES NON REPRÉSENTÉES

Il n'est pas de tâche plus ardue pour un médiateur que d'équilibrer le rapport de force dans une session de médiation où l'une des parties est représentée par avocat et l'autre partie se représente elle-même. L'impartialité subjective du médiateur est constamment mise en danger. Si le médiateur choisit la parfaite neutralité, l'équité et la qualité du processus risquent d'être compromis. S'il choisit d'intervenir pour expliquer les options et donner un avis, il s'engage dans la voie irrémédiable du conseil et prête flan à la partialité. Comment réconcilier des principes éthiques qui paraissent ici divergents?

Dans un premier temps, il faut mesurer l'écart qui sépare les parties. Il arrive que la partie non représentée soit bien instruite de la nature du différend et du droit applicable. Dans un litige commercial, un comptable ou un planificateur financier peut fort bien renoncer à la représentation par avocat sans en subir le moindre inconvénient. En pareil cas, le médiateur agit comme avec des parties représentées sauf lorsqu'il est temps de procéder à des rencontres individuelles. Principalement, en médiation judiciaire, le médiateur évite les caucus avec une partie non représentée afin de protéger son impartialité. S'il faut absolument procéder à une rencontre individuelle, le médiateur requiert la présence d'un assistant qui signe l'engagement de confidentialité.

Si la partie non représentée n'est pas en mesure de comprendre suffisamment les enjeux de la médiation, le médiateur, en séance conjointe, devra requérir le consentement de la partie représentée pour donner des explications ponctuelles à la partie non représentée afin d'assurer le cheminement cohérent de la médiation. Si une entente est conclue, le médiateur pourra suggérer une période de réflexion (*cooling off period*) avant la signature de la transaction.

Les médiateurs, souvent confrontés à ce genre de dilemme, ont développé des méthodes d'analyse et de réflexion afin de les guider dans leurs interventions. La sous-section qui suit reproduit une discussion par courriel survenue en temps réel entre des collègues-médiateurs relativement au dilemme des parties non représentées. Cette discussion est reproduite intégralement afin de démontrer le bénéfice des échanges simultanés entre médiateurs et le nouveau champ d'analyse que constitue le conseil des pairs.<sup>25</sup> Les avis qui émergent de ces discussions viennent s'ajouter à ceux, plus généraux, qui fondent les codes de conduite.

---

<sup>25</sup> Dans les échanges courriels que nous avons examinés, les références aux parties et les faits identificateurs sont supprimés afin de protéger la confidentialité de la médiation. Ces échanges surviennent au sein d'associations professionnelles qui opèrent des sites codés.

§1 DILEMME DE LA PARTIE NON REPRÉSENTÉE DISCUTÉ PAR DES MÉDIATEURS  
OBJET DU COURRIEL: DILEMME ÉTHIQUE: PARTIE NON REPRÉSENTÉE

Question du médiateur: «Que feriez-vous dans cette situation?

Lors d'une médiation aujourd'hui, j'ai dû faire face à une situation complexe. Une des parties était jeune et non représentée alors que l'autre partie était un financier et avocat de 40 ans d'expérience. La partie non représentée avait intenté des poursuites pour le paiement d'un million de dollar qu'il alléguait lui être dû. La partie représentée avait fait de nombreuses promesses de paiement lors des mois précédents, mais ne les avait jamais tenues.

Lors de la médiation, les parties ont finalement conclu une entente. La partie non-représentée accepta de donner une quittance complète des réclamations connues et futures en échange du paiement du un million de dollars.

Cette entente était en fait un contrat unilatéral entre les deux parties. Si la partie non-représentée obtenait un million de dollars, il y aurait un contrat et elle devrait retirer ses réclamations. Cependant, si la partie représentée ne payait pas la somme promise, alors il n'y aurait pas d'entente et les parties se retrouveraient dans la situation qui prévalait avant la médiation. Les chances que la partie représentée remplisse son obligation étaient faibles puisque ses promesses passées n'avaient pas été tenues.

La partie non-représentée a aussi accepté d'inclure une disposition stipulant que l'entente était confidentielle, ce qui signifie, selon les lois de notre pays, qu'elle ne serait pas admissible devant les tribunaux. Cette disposition a donc rendu l'entente inexécutable en quelque sorte.

J'essaie d'être content, neutre et de toujours laisser les parties autodéterminer le résultat de la médiation. Cependant, le règlement désavantage clairement la partie non-représentée et je doute que la partie non-représentée comprenait réellement la signification de dispositions de l'entente. Si l'argent ne se présente pas («if the money fails to show up today as it has consistently for 10 months before coming to me»), la partie non-représentée ne sera pas satisfaite de l'entente et pourra dire à tout le monde que la médiation est une perte de temps. Si l'argent est versé, la partie non-représentée ne pourra plus réclamer quoi que ce soit à l'autre partie à cause de la quittance sur les réclamations connues et futures.

J'ai, bien entendu, insisté pour que la partie non-représentée consulte un avocat. Cependant, elle a refusé en disant que même si son ami-avocat ne l'avait pas rappelée, elle était satisfaite de l'entente et elle voulait la signer pour pouvoir enfin récupérer son argent.

J'aimerais beaucoup connaître votre opinion sur cette situation. Pouvez-vous penser à une approche créative dans une telle situation? Seriez-vous intervenu?



Auriez-vous été capable de vous asseoir tranquillement et regarder une telle situation avec un sourire poli sur votre visage? Quelles sont vos pensées?»

§2 RÉPONSES AU DILEMME DE LA PARTIE NON REPRÉSENTÉE OBJET DU  
COURRIEL: RE-DILEMME ÉTHIQUE: PARTIE NON REPRÉSENTÉE

Réponse no 1: «Je crois que tu as rempli tes obligations en tant que médiateur. Tu as réussi à amener les parties à avoir le meilleur état d'esprit pour conclure une entente. Ils n'auraient pas pu faire cela sans toi. C'est donc un bon résultat. Il est vrai que ce résultat peut ne pas être aussi satisfaisant qu'un accord bilatéral standard - où chaque partie promet quelque chose à l'autre - qui est exécutoire par l'une des parties en cas de violation et qui n'est pas protégée par les règles de confidentialité. Cependant, l'entente qui est intervenue entre les parties est tout de même une façon légitime d'amener les parties à résoudre leur différend. Tu leur as permis de conclure une entente et il leur appartenait d'en décider le contenu.

Si ta préoccupation est que la partie non-représentée va penser que la médiation était une perte de temps dans le cas où elle ne reçoit pas l'argent, alors ta préoccupation concerne uniquement l'image de la médiation. Même si le paiement ne se fait pas, les parties auront été amenées à se rapprocher d'une solution, ce qui n'est pas en soit une perte de temps.

Cependant, s'il y a réellement eu une perte de temps, c'est la faute de la partie non-représentée et non la tienne. Elle aurait dû obtenir une entente bilatérale, avec une disposition lui permettant de pouvoir la faire exécuter par les tribunaux. Si elle n'avait pas de réel rapport de force et qu'elle n'avait pas assez sensée pour le réaliser, c'est son problème et non le tien.

Est-ce que ta vraie préoccupation est que la partie non représentée n'a pu apprécier la signification de la quittance qu'elle a acceptée en échange du 1 million de dollars?

Cette préoccupation est toujours un problème lors de médiations avec des parties ayant des déséquilibres de force. Dans ce genre de situations, je m'assoie toujours avec les deux parties et je passe au travers de chacun des paragraphes de l'entente pour discuter en séance conjointe de leur signification et de leur impact. Je le fais surtout lorsqu'il est question de quittances. Après cela, si la partie la plus faible veut toujours signer l'entente, ainsi soit-il.»

OBJET DU COURRIEL: RE-DILEMME ÉTHIQUE: PARTIE NON-REPRÉSENTÉE

Réponse no 2: «Pour ton information, je ne fais jamais de médiation sans obtenir préalablement une renonciation écrite reflétant ceci:

- 1) Que je ne donne pas d'avis juridique et que je n'agis pas comme conseil ou avocat;
- 2) Que j'ai conseillé aux parties d'avoir un avocat présent lors de la médiation quitte à leur consentir une remise afin de leur permettre de le faire si elles changent d'idée le jour même de la médiation. Dans le cas où les parties choisissent d'ignorer ce conseil, je recommande que la partie non-représentée fasse examiner l'entente par un avocat avant de la signer;
- 3) Que je ne présenterai aucune option ni ne ferai aucune évaluation des offres.

En dépit de tout ce qui précède, je me sens tout de même obligé de donner aux parties des petits conseils supplémentaires durant la médiation ou, à tout le moins, des avertissements à propos des conséquences auxquelles elles peuvent s'attendre advenant une entente.

Dans ton cas, je crois que tu aurais dû avoir une discussion avec les parties («in joint session») sur la signification des quittances de réclamations connues et inconnues et discuter de l'impact d'une telle disposition sur les parties. Tu aurais dû faire de même pour la disposition concernant la confidentialité de l'entente. Ces dispositions concernent l'exécution de l'entente et je crois que c'est un sujet qui doit être abordé par le médiateur.

Je sais que certains de mes collègues peuvent penser que cela va trop loin et pourrait enfreindre le principe de la neutralité du médiateur. Je sais aussi que mes interventions peuvent être perçues comme étant en contradiction avec la renonciation que je fais signer aux parties non représentées. Mon intuition de médiateur et mon expérience me guident cependant d'agir ainsi.

Si la partie qui est représentée par un avocat n'est pas disposée à avoir ce genre de conversation, je lui expliquerais que c'est vraiment à son avantage afin de s'assurer que la partie non-représentée comprenne bien les obligations auxquelles elle s'engage pour assurer la viabilité de l'entente.

Je crois qu'il ne peut y avoir de consentement libre et éclairé lorsque des informations essentielles sont manquantes. Il est vrai que la partie non-représentée est libre de renoncer à toutes ses protections et garanties en espérant que l'argent arrivera comme promis. Cependant, elle doit le faire en étant bien informée.

Je crois que le principe de la neutralité exige parfois que le médiateur agisse pour remédier à certains déséquilibres afin d'amener les parties à être réellement sur le même pied d'égalité.

En bref, si j'avais été à ta place, je ne serais pas resté assis en souriant poliment sans dire un mot. Plutôt, j'aurais fait tous les efforts possibles pour informer la

partie non représentée que sa volonté de conclure un règlement sans avoir consulté un avocat diminue les chances que l'entente soit viable et satisfaisante pour les deux parties.

Finalement, si la partie représentée est seulement prête à accepter une telle entente et que la partie non représentée est tout de même prête à la signer en sachant qu'il se peut que cette entente soit futile, alors le médiateur ne peut plus faire grand-chose malheureusement.

Les parties doivent cependant savoir que toi, en tant que médiateur, tu n'es pas garant de l'équité de l'entente.»

### SOUS-SECTION 3: COMPORTEMENT DÉROGATOIRE

Le processus de médiation est souple et confère aux parties l'occasion d'échanger sur les rapports qui les lient et de relater l'histoire du conflit. Dans la plupart des cas, ces échanges sont importants pour permettre la structuration de la médiation en vue de dégager les positions et les intérêts. Il arrive que les parties, dégagées d'un cadre formel, expriment leur ressentiment de manière inadéquate et franchissent les limites de la bienséance et de la courtoisie.

Comment harnacher le comportement dérogatoire des parties sans atteindre à la qualité du processus et franchir les limites que commande l'impartialité?

Il faut réitérer que la médiation est un territoire neutre où le jugement moral est généralement absent. Sauf les cas limites, le médiateur expérimenté a la capacité de faire face à l'expression excessive des émotions sans risquer l'éclatement du processus de médiation.

La pause suivie d'une rencontre individuelle avec la partie récalcitrante permet habituellement de dénouer l'impasse.

Le médiateur est également la courroie de transmission des données factuelles du conflit. Il arrive que les parties aient un rapport distendu avec la vérité. Il n'est pas rare dans une salle de médiation de se retrouver face à l'exagération, aux demi-vérités, aux mensonges blancs et aux silences entendus. La bonne foi n'est pas non plus un prérequis à la tenue d'une médiation. Le médiateur gère le processus de médiation en tenant compte de ces facteurs et en s'assurant que les faits importants avérés servent d'assises à la solution du conflit. Le médiateur n'est pas gardien de la vérité sur laquelle il a peu de contrôle dans un processus de facilitation neutre. Toutefois, il a le devoir éthique de se retirer d'une médiation lorsqu'il constate que des informations déterminantes erronées ont été transmises en toute connaissance de cause en sa présence.

### SECTION 3: CADRE DE RÉFÉRENCE POUR LA RÉFLEXION ÉTHIQUE

Les interventions des médiateurs ne sont pas toujours approfondies et précédées d'une analyse réfléchie: la majorité des interventions sont fondées sur l'expérience, la capacité à réagir promptement, la connaissance acquise du dossier etc... Cette aptitude naturelle à intervenir rapidement est en fait l'un des attributs d'un bon médiateur.

Cependant, lors de situations imprévues et complexes, la réponse empirique fondée sur l'expérience spontanée est souvent insuffisante à assurer une intervention appropriée.<sup>26</sup>

Afin d'assister les médiateurs dans leur recherche d'un schème d'analyse des règles éthiques, quelques auteurs ont proposé des cadres de réflexion allant au-delà de la simple consultation des codes de conduite professionnelle ou de l'intervention intuitive. Le Professeur Georges Legault préconise la méthode d'éthique appliquée qui vise à prioriser un principe éthique à un autre après délibération menant à un choix conscient. Legault souligne trois actions destinées à guider le médiateur dans cette réflexion: développer les habiletés pour discerner les enjeux éthiques; délibérer sur le meilleur choix d'action dans les circonstances de l'espèce; et dialoguer avec les pairs afin d'assumer collectivement la rationalité de la décision.<sup>27</sup> De son côté, la Professeure Macfarlane propose une approche de «pratique réfléchie» semblable à celle proposée par Legault.<sup>28</sup> Ces cadres de réflexion soulignent l'importance pour les médiateurs de prendre conscience des conséquences de leurs interventions et de la motivation qui les guident.

Nous croyons que toute réflexion réfléchie et délibérée devrait amener le médiateur à: (1) définir le dilemme éthique; (2) identifier des lois, codes ou guides applicables; (3) consulter les pairs pour discerner les différentes options; (4) analyser les enjeux liés à chacune des options; et (5) prendre une décision réfléchie et délibérée en fonction de l'apport factuel.

En fait, il s'agit de passer d'une démarche individuelle de questionnement éthique à une approche collective qui interpelle les pairs, avec pour fin ultime d'enrichir la réflexion éthique et de valider le choix des interventions.

<sup>26</sup> Des études menées par le professeur Shane Frederick de MIT Sloan School of Management démontrent par le *Cognitive Reflection Test* qu'une réponse intuitive et prise sous impulsion n'est souvent pas la bonne. À ce propos voir S. FREDERICK «Cognitive Reflection and Decision Making» *The Journal of Economic Perspectives*, 19:4, Fall 2005, pp.25-48.

<sup>27</sup> G.-A. LEGAULT «La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit» 33 *R.D.U.S.*, 2002-2003, p. 81.

<sup>28</sup> J. MACFARLANE «Mediating ethically: the limits of codes of conduct and the potential of a reflective practice model» *Osgoode Hall Law Journal*, 40:1, 2002.

## SECTION 4: CONCLUSION

La médiation occupe un territoire de plus en plus vaste dans le champ des activités humaines. Il n'est donc pas étonnant que la réflexion éthique y joue désormais un rôle dominant. Mode privilégié de résolution des conflits, la médiation évolue au même rythme que la société avec laquelle elle chemine et à laquelle elle doit constamment s'adapter. Contrairement au système classique de justice fondée sur le modèle contradictoire, la médiation reçoit les conflits sans écart temporel et à l'abri du jugement moral.

Il va de soi que les codes de conduite professionnelle qui lient les médiateurs ne peuvent régir la vastitude des dilemmes éthiques qui surviennent dans une salle de médiation. Il n'est pas non plus souhaitable de codifier les interventions éthiques dans un modèle régulateur étroit et clos.

La flexibilité inhérente au mode médiationnel est incompatible avec la rigidité normative. Il faut privilégier un cadre de référence souple et évolutif, basé sur la réflexion éthique individuelle nourrie par la collectivité des médiateurs. La médiation est véritablement un dialogue collaboratif entre le médiateur et les parties et entre le médiateur et ses pairs.

