

LegisPratique

**RECOURS
ET PROCÉDURE
EN APPEL**

Éric Cadi

Tristan Desjardins

Nadia Effendi

Marie-Josée Hogue

Odette Jobin-Laberge

Sylvain Lussier

Doug Mitchell

Louise Otis

Mark Phillips

Guy J. Pratte

Eric H. Reiter



LexisNexis®

LegisPratique – Recours et procédure en appel

© LexisNexis Canada Inc. 2011

Décembre 2011

Tous droits réservés. Il est interdit, sauf en conformité avec les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*, de reproduire ou sauvegarder ce document sous quelque support (incluant la photocopie ou la sauvegarde électronique, soit de façon transitoire ou accidentelle, de ce document) sans la permission expresse du titulaire de son droit d'auteur. Toute demande de permission pour reproduction du document, en tout ou en partie, peut être adressée à la maison d'édition.

Avertissement : Quiconque commet une infraction aux droits d'auteur d'une œuvre peut s'exposer à des recours civils en dommages-intérêts et aussi à des poursuites criminelles.

LexisNexis Canada Inc.

215, rue St-Jacques, suite 1111, Montréal, Québec H2Y 1M6, 514-287-0339

Service à la clientèle

Produits imprimés : 1-800-668-6481

Courriel : commandes@lexisnexis.ca

Site Internet : www.lexisnexis.ca/quebec

Conception de la couverture : Peter Sibbald Brown

Infographie : André Vallée – Atelier typo Jane

Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives nationales du Québec et Bibliothèque et Archives Canada

Vedette principale au titre :

LegisPratique : recours et procédure en appel

Comprend un index.

ISBN 978-0-433-46797-7

1. Voies de recours - Québec (Province). 2. Procédure relative au procès - Québec (Province). 3. Québec (Province). Cour d'appel. I. Titre: Recours et procédure en appel.

KEQ1157.L43 2011

347.714'08

C2011-942646-3

Imprimé et relié au Canada

CHAPITRE 6

MÉDIATION

Louise Otis et Eric H. Reiter¹

INTRODUCTION

6-1. Au fil des ans, différents modes de règlement des conflits – en anglais *Alternative Dispute Resolution* ou ADR – ont été proposés, développés, critiqués, modifiés, renommés, redéfinis, puis lentement ramenés au sein de l'édifice normatif de l'État. La médiation judiciaire constitue l'un de ces modes de règlement qui s'attache particulièrement aux conflits qui ont franchi le seuil de la justice contradictoire pour habiter l'espace de l'instance judiciaire. Ces conflits, désignés sous le vocable de litiges, s'insèrent parmi les modes alternatifs (ou, plus récemment, appropriés) de règlement des litiges (MARL). Certains y voient la conquête de la « justice à plusieurs portes »², une recreation démocratique de la citadelle kafkaïenne du droit qui donne un visage plus humain au droit et à ses institutions³. D'autres y voient plutôt l'érosion de la justice, l'engouement passer pour la simplification et l'efficacité au détriment des principes de la responsabilité⁴. Quoi qu'il en soit, l'institutionnalisation de la médiation constitue une indication claire des changements ayant cours au sein de notre système juridique et dans notre façon de concevoir la justice et le droit.

1. Les auteurs tiennent à remercier M^e Josée Ringuette pour la traduction des textes des auteurs dont les extraits de « Mediation by judges », (2006) 6 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 351.
2. Voir Judith RESNIK, « Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication », (1995) 10 Ohio St. J. on Disp. Resol. 211. La métaphore du « palais de justice à plusieurs portes » est tirée des travaux de Frank Sanders dans les années soixante-dix. Voir Judith RESNIK, « Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication », (1995) 10 Ohio St. J. on Disp. Resol. 211, 216 no 19. Resnik prétend cependant que le rêve d'accessibilité à la justice cède peu à peu le pas au formalisme et à la rigidité. Voir aussi Deborah R. HENSLER, « Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement Is Re-shaping Our Legal System », (2003) 108 Penn. St. L. Rev. 165.
3. La documentation sur les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) est vaste. Voir généralement Carrie J. MENKEL-MEADOW, « Whose Dispute Is It Anyway? A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (in Some Cases) », (1995) 83 *Geo. L.J.* 2663; Jean R. STERNLIGHT, « ADR Is Here: Preliminary Reflections on Where It Fits in a System of Justice », (2003) 3 *Neu. L.J.* 289-304.
4. Plusieurs auteurs d'horizons différents ont exprimé des réserves et critiques sur les MARL avec des degrés variables de préoccupation quant aux défis qu'ils représentent pour le processus décisionnel classique. Voir généralement Judith RESNIK,

6-2. Ce chapitre est consacré à la médiation judiciaire, un mode institutionnalisé de règlement des litiges qui permet aux juges d'agir comme médiateurs dans le cadre de programmes de médiation intégrés au système de justice traditionnel⁵. Pour mieux comprendre comment la médiation judiciaire a pu remodeler le système de justice classique, nous utiliserons l'expérience québécoise et son programme de médiation judiciaire volontaire, mis en place à la Cour d'appel du Québec en 1997 et étendu par la suite à tous les tribunaux judiciaires et administratifs du Québec.

6-3. La médiation judiciaire au Québec est consensuelle, confidentielle et présidée par un(e) juge. Une demande conjointe de médiation, signée par toutes les parties au litige, amorce la procédure de médiation. Purement facultative, l'initiative de la médiation peut émaner des parties elles-mêmes, de leurs avocats ou de la recommandation d'un juge, acceptée par les parties. L'une ou l'autre des parties peut, à toute étape du processus de médiation, revenir à la procédure décisionnelle⁶. Le juge-médiateur est exclu de l'audition de l'appel advenant que la médiation ne donne pas lieu à une transaction.

6-4. Le modèle québécois a eu particulièrement beaucoup d'influence au Canada et à l'étranger parce que, contrairement aux diverses initiatives de médiation menées dans d'autres juridictions, le système de justice québécois intègre la justice judiciaire et médiationnelle à tous les niveaux et dans tous les domaines de droit, incluant les matières familiales et administratives, le droit civil et commercial et, plus récemment, le droit criminel⁷. Le modèle québécois a

« Managerial Judges », (1982) *Harv. L. Rev.* 374; Owen M. FISS, « Against Settlement », (1984) 93 *Yale L.J.* 1073; Owen M. FISS, « Out of Eden », (1985) 94 *Yale L.J.* 1669; Yves-Marie MORISSETTE, « (Dé)judiciarisation, (dé)juridicisation et accès à la justice », (1991) 51 *R. du B.* 585; Jeffrey W. STEMPEL, « Reflections on Judicial ADR and the Multi-Door Courthouse at Twenty: Fait Accompli, Failed Overture, or Fledgling Adulthood? », (1996) 11 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 297. Voir aussi David LUBAN, « Settlements and the Erosion of the Public Realm », (1995) 83 *Geo. L.J.* 2619, qui répond à certains de ces arguments.

5. Vu son apparition récente dans le monde du droit, il n'est pas étonnant que la littérature sur la médiation judiciaire – en tant que système hybride et intégré (incluant toutes les cours et les tribunaux d'une juridiction) – soit peu abondante. Ceci par opposition aux autres formes partielles de médiation judiciaire qui combinent des systèmes annexes ou font appel à des médiateurs professionnels. Voir Marc GALANTER, « The Emergence of the Judge as a Mediator in Civil Cases », (1985-86) 69 *Judicature* 257; Marc GALANTER et Mia CAHILL, « "Most Cases Settle": Judicial Promotion and Regulation of Settlements », (1994) 46 *Stan. L. Rev.* 1339; Hugh F. LANDERKIN et Andrew J. PIRIE, « Judges as Mediators: What's the Problem with Judicial Dispute Resolution in Canada? », (2003) 82 *R. du B. can.* 249; Edward BRUNET, « Judicial Mediation and Signaling », (2003) 3 *Nev. L.J.* 232; Laurence BOULLE, « Judicial Policies on Mediation and ADR: Australian Trends », (2004) 15 *World Arb. & Mediation Rep.* 194; Nancy A. WELSH, « The Place of Court-Connected Mediation in a Democratic Justice System », (2004) 5 *Cardozo J. Conflict Resol.* 117; Jean-François ROBERGE, « La médiation judiciaire "innovante" peut-elle améliorer le système judiciaire canadien? », dans Vincente FORTIER et Sébastien LEBEL-GRENIER (dir.), *Le droit à l'épreuve des changements de paradigme*, Montpellier, C.N.R.S., 2008; Warren K. WINKLER, « Some Reflections on Judicial Mediation: Reality or Fantasy? », (2010) 29 *Advocates' Soc. J.* 3-5.
6. Voir l'article 508.1 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, pour un survol du programme, voir *infra* par. 6-21. Sur la médiation judiciaire au Québec, voir Suzanne COURTEAU, « La conciliation judiciaire à la Cour supérieure », (2005) 3 *R.P.R.D.* 51; Louise OTIS, « The Conciliation Service Program of the Court of Appeal of Québec », (2000) 11 *World Arb. & Mediation Rep.* 80; Louise OTIS, « La justice conciliationnelle: l'envers du lent droit », (2001) 3 *Éthique Publique: Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale* 63; Louise OTIS, « La conciliation judiciaire à la Cour d'appel du Québec », (2003) 1 *R.P.R.D.* 1; Louise OTIS et Eric H. REITER, « Judicial Mediation in Quebec », dans Nadja ALEXANDER (dir.), *Global Trends in Mediation*, 2e éd., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006, p. 107-119.
7. Louise OTIS, « The Conciliation Service Program of the Court of Appeal of Québec », (2000) 11 *World Arb. & Mediation Rep.* 80, 81. En 2004, le système de justice québécois a mis sur pied un projet-pilote de facilitation en matière pénale en première instance et en appel. Le programme permet aux juges et aux avocats de se rencontrer afin de trouver une entente sur toute question relative à l'affaire, incluant la peine. Comme la médiation civile, le processus demeure confidentiel, mais contrairement à la médiation civile, les parties (la victime et l'accusé) ne sont pas présentes et le juge doit donner des motifs lorsqu'il accepte,

institué un système de justice hybride, unifié et intégré, unique au monde par sa longévité et son exhaustivité⁸. En conséquence, le modèle québécois fournit une illustration saisissante des changements fondamentaux qui peuvent naître d'une réorientation radicale de la façon de rendre justice. À notre avis, la médiation judiciaire annonce la venue d'un nouvel ordre normatif plus participatif qui conçoit le litige de façon large et holistique. Il s'agit véritablement d'une nouvelle offre de justice.

6-5. Il devient manifeste que le règlement des litiges par la voie de la médiation s'inscrit dans un courant dominant et constitue un élément du paysage juridique accepté – parfois avec réserve, parfois avec enthousiasme – par les parties, les avocats et les tribunaux⁹. Au Canada, par exemple, toutes les provinces, tous les territoires ainsi que la Cour fédérale ont rattaché des formes de médiation à leur système judiciaire¹⁰. La transformation est indéniablement en cours. Conséquemment, la question principale n'est plus de déterminer si la médiation a sa place à l'intérieur du système de justice, mais plutôt comment elle doit s'y intégrer et qui doit en exercer les attributs. Le temps est venu d'analyser l'intégration des diverses formes de médiation à notre système de justice, en s'attardant aux effets normatifs de cette intégration (encore largement inexplorés)¹¹ plutôt qu'à son impact pratique (qui a déjà fait l'objet de recherches)¹².

rejette ou modifie la proposition conjointe pendant les négociations. Voir les *Règles de la Cour d'appel du Québec en matière criminelle*, TR/2006-142, art. 1 («... «conférence de facilitation pénale» Conférence présidée par un juge réunissant les avocats des parties afin de tenter de trouver une solution partielle ou définitive de l'appel»); *Lefebvre c. R.*, 2005 QCCA 56, J.E. 2005-487; François DOYON, «Les conférences pénales de facilitation en droit québécois», dans *Développements récents en justice participative: la diversification de la pratique de l'avocat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 1-42.

8. Des systèmes analogues au modèle québécois sont en place depuis un bon moment en Norvège et au Danemark et ont été introduits notamment en Finlande le 1er janvier 2006. Courriel de la juge Kristen Kjelland-Mørde, Cour de district d'Oslo, Norvège (25 novembre 2005). Également, l'État de Victoria en Australie a institué, en 2009, un système de médiation judiciaire inspiré du modèle québécois. La formation des juges-médiateurs de Melbourne a été réalisée selon le programme de formation conçu au Québec. Voir aussi Béatrice BLOHORN-BRENNEUR, «Visage de la médiation judiciaire en France», (2005) 3 R.P.R.D. 65; Liming WANG, «Characteristics of China's Judicial Mediation System», (2009) 17 Asia Pacific L. Rev. 67-74.
9. Voir, sur la réception des MARL aux États-Unis, Jean R. STERNLIGHT, «ADR Is Here: Preliminary Reflections on Where It Fits in a System of Justice», (2003) 3 *Neu. L.J.* 289-304.
10. Les différentes cours de première instance utilisent une gamme de MARL : la médiation judiciaire (Québec, Cour fédérale), «*judicial dispute resolution*» (Alberta, où les parties elles-mêmes peuvent déterminer le rôle du juge), les «conférences de règlement» ou «*settlement conferences*» (Terre-Neuve-et-Labrador, Nouvelle-Écosse, Nouveau-Brunswick, Manitoba, Colombie-Britannique, Yukon, Territoires du Nord-Ouest, Nunavut) et la médiation obligatoire par des médiateurs non-juges (Terre-Neuve-et-Labrador, Ontario, Saskatchewan). Au niveau d'appel, on trouve la médiation par juges (Québec, Cour d'appel fédérale; possible en Alberta également), les «conférences de règlement» (Terre-Neuve-et-Labrador, Nouvelle-Écosse, Nouveau-Brunswick) et les «conférences préparatoires» (Colombie-Britannique, Yukon). Les cours d'appel de cinq juridictions (Ontario, Manitoba, Saskatchewan, les Territoires du Nord-Ouest, Nunavut) n'ont aucune provision pour les MARL, mais au moins en Ontario la médiation «ad hoc» par juges n'est pas inconnue (voir les propos de Warren K. WINKLER, «Some Reflections on Judicial Mediation: Reality or Fantasy?», (2010) 29 *Advocates' Soc. J.* 3-5).
11. Des travaux intéressants ont été réalisés sur cette question. Voir, par exemple, Jean R. STERNLIGHT, «ADR Is Here: Preliminary Reflections on Where It Fits in a System of Justice», (2003) 3 *Neu. L.J.* 289-304; Louise LALONDE, «La médiation, une approche «internormative» des différends? Analyse comparative des approches de G.A. Legault et de R.A. Macdonald», (2002-03) 33 *R.D.U.S.* 97; Louise LALONDE, «Les modes de PRD: vers une nouvelle conception de la justice?», (2003) 1 *R.P.R.D.* 17; Nancy A. WELSH, «The Place of Court-Connected Mediation in a Democratic Justice System», (2004) 5 *Cardozo J. Conflict Resol.* 117. Voir aussi Louise OTIS, «La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire», 8^e conférence Albert-Mayrand 2004, Montréal, Thémis, 2005; Carrie J. MENKEL-MEADOW, «Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of ADR», (2000) 16 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 1; Michal ALBERSTEIN, «Forms of Mediation and Law: Cultures of Dispute Resolution», (2007) 22 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 321-375.
12. Pour quelques exemples, voir Frank E.A. SANDER et Stephen B. GOLDBERG, «Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure», (1994) 10 *Neg. J.* 49; Michaela KEET et Teresa B. SALAMONE, «From

6-6. Dans cette perspective, nous examinerons de quelle façon la médiation judiciaire, en pénétrant au cœur même des institutions juridiques étatiques, a pu produire des effets à la fois sur les systèmes décisionnels et médiationnels. Puis, nous identifierons les éléments qui, à notre avis, constituent les principaux avantages de la médiation par juges ainsi que les dilemmes éthiques que soulève leur nouvelle mission judiciaire.

6-7. Ce chapitre se divise en trois parties. Dans la première, nous examinerons comment la médiation judiciaire répond aux difficultés inhérentes au processus décisionnel classique, surtout au niveau de l'appel. Dans la seconde partie, nous examinerons le déroulement du processus de médiation à la Cour d'appel. En troisième partie, nous nous interrogerons sur les questions d'ordre déontologique propres à la médiation judiciaire, et surtout la confidentialité, l'autonomie des parties, le traitement équitable des parties et l'éthique des avocats.

I. DU PROCESSUS DÉCISIONNEL CLASSIQUE À LA MÉDIATION JUDICIAIRE

6-8. L'expression règlement « alternatif » des litiges suggère l'existence d'une faculté de substitution en matière de résolution des différends – peut-être même d'un choix par défaut – dont la médiation, la conciliation, la facilitation, la conférence de règlement à l'amiable, les cercles de détermination de la peine, le processus « med-arb » ne sont que les reflets imparfaits, voire des choix de second ordre. Dans les sociétés occidentales modernes, la norme – même si souvent inaccessible à cause du coût, des délais, etc. – demeure le processus décisionnel classique soit la résolution des litiges par les tribunaux au moyen d'une décision rendue à l'issue d'un débat contradictoire entre les parties.

6-9. Bien que la représentation du monopole étatique sur la résolution des conflits soit solidement ancrée dans l'imaginaire collectif, représentation renforcée par le cinéma et la télévision, d'autres formes de résolution extrajudiciaire des conflits cheminent depuis déjà longtemps aux côtés du processus décisionnel¹³. Plus important encore, cette vision d'un monopole étatique repose sur une conceptualisation très étroite des conflits et de leur résolution¹⁴.

6-10. Si nous examinons différents types de conflits, nous réalisons que la vaste majorité d'entre eux naissent et sont résolus en marge des institutions étatiques. Chaque jour, sans

Litigation to Mediation: Using Advocacy Skills for Success in Mandatory or Court-Connected Mediation», (2001) 64 *Sask. L. Rev.* 57; Julie MACFARLANE, « Why Do People Settle? », (2001) 46 *R.D. McGill* 663; George W. ADAMS, *Mediating Justice: Legal Dispute Negotiations*, Toronto, CCH Canadian, 2003; Roselle L. WISSLER, « The Effectiveness of Court-Connected Dispute Resolution in Civil Cases », (2004) 22 *Conflict Resol. Q.* 55; et Timothy K. KUHNER, « Court-Connected Mediation Compared: The Cases of Argentina and the United States », (2005) 11 *ILSA J. Int'l & Comp. L.* 519.

13. Des racines sont tracées dans Jerome T. BARRETT et Joseph P. BARRETT, *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural, and Social Movement*, San Francisco, Jossey-Bass, 2004. Au Québec, entre 1899 et 1920, il y avait un programme de médiation formelle pour les affaires purement personnelles portant sur des biens meubles lorsque le montant réclamé n'excédait pas vingt-cinq dollars. Voir la *Loi concernant la conciliation*, L.Q. 1899, c. 54, art. 1. Les parties devaient se soumettre à une séance de conciliation avant de pouvoir accéder au processus décisionnel. Le programme a été aboli en 1920 par la *Loi amendant les Statuts refondus, 1909, relativement à la conciliation*, L.Q. 1920, c. 76.

14. Cf. Marc GALANTER et Mia CAHILL, « “Most Cases Settle”: Judicial Promotion and Regulation of Settlements », (1994) 46 *Stan. L. Rev.* 1339, à la p. 1390: « Once we see settlements not as a stray byproduct of the judicial process, but as part of the essential core, the responsibilities of courts can no longer be defined as coextensive with adjudication ».

qu'il soit nécessaire de recourir aux juges, médiateurs, arbitres ou à toute autre intervention formelle, les individus parviennent à résoudre efficacement d'innombrables conflits mineurs – parfois même majeurs – comme les disputes familiales et communautaires, les mésententes entre voisins, les différends au travail ou encore les divergences entre parents et enseignants sur les méthodes d'enseignement. Ce mode volontaire et informel de résolution des conflits constitue la forme la plus usitée de la justice profane qui, si elle n'existait pas, rendrait la vie en société impossible.

6-11. Les travaux de Stewart Macaulay sur les techniques de résolution informelle des conflits utilisées par les gens d'affaires américains dans les années cinquante¹⁵ ainsi que ceux de Robert Ellickson sur la régulation normative privée pratiquée par les propriétaires de ranch californiens dans les années quatre-vingt¹⁶ ont démontré que les institutions étatiques ne sont que les mécanismes de résolution de conflits les plus visibles et qu'il faudrait envisager la résolution de conflits comme un continuum allant de la simple négociation des mésententes jusqu'aux modes assistés de règlement des litiges. En d'autres termes, il faut cesser de voir le droit et les institutions de l'État comme un édifice monolithique et monopolistique afin de permettre aux formes alternatives de résolution des conflits de coexister, en toute égalité, avec le processus décisionnel classique¹⁷.

6-12. La médiation judiciaire représente l'institutionnalisation de la justice informelle au sein même du système de justice étatique¹⁸ qui se présente, dès lors, comme une structure ouverte et flexible que la société, en constante évolution, peut continuellement remodeler et réinventer en fonction de ses besoins.

A. Système classique

6-13. Au fil de l'évolution des sociétés occidentales, les institutions étatiques de justice sont progressivement devenues le lieu privilégié d'expression et de résolution des conflits. Cet état de fait est expliqué par différents facteurs dont l'impérialisme sous-jacent du droit qui colonise toujours davantage le territoire de l'activité humaine et, également, le déclin d'ordres normatifs parallèles comme la religion¹⁹. Bien que l'hégémonie du droit soit loin d'être absolue – la science, par exemple, fournit un puissant repoussoir aux ambitions du droit – il reste que la société occidentale de ce début du XXI^e siècle est hautement judiciarisée. Ainsi, la prépondérance du modèle décisionnel classique est telle que les autres modes de résolution des conflits tirent leur force de leur position « à l'ombre du droit »²⁰.

15. Stewart MACAULAY, « Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study », (1963) 28 *Am. Soc. Rev.* 55.

16. Robert C. ELLICKSON, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1991.

17. Cette idée est explorée par Roderick A. MACDONALD, *Lessons of Everyday Law*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2002, p. 38-42.

18. Voir Jean-Pierre BONAFÉ-SCHMITT, « La médiation : une alternative à la justice ? », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Thémis, 2002, p. 141, qui suggère que le développement de la médiation est une preuve de la décentralisation croissante et du pluralisme dans les systèmes de justice.

19. Yves-Marie MORISSETTE, « (Dé)judiciarisation, (dé)juridicisation et accès à la justice », (1991) 51 *R. du B.* 585, 596-597.

20. Robert H. MNOOKIN et Lewis KORNHAUSER, « Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce », (1979) 88 *Yale L.J.* 950.

6-14. Plus spécifiquement, les institutions étatiques de justice ont donné naissance à des mécanismes de résolution des litiges qui reflètent le droit qu'elles appliquent. Pendant des décennies, seul le mode processuel – encadrant la judiciarisation du conflit – a permis de résoudre les litiges au terme d'une procédure accusatoire et contradictoire. En somme, un système de justice étatique dont la finalité absolue et essentielle réside dans l'acte de juger, qui consiste à trancher l'opposition des droits subjectifs par une décision judiciaire.

6-15. Les traits dominants du système contradictoire classique façonnent le litige et déterminent la façon dont il sera résolu. Ainsi, l'ordre juridique d'autorité repose sur la polarisation des rôles (demandeur-défendeur; appelant-intimé), l'opposition des représentants légaux et l'exacerbation de l'antagonisme qui est à l'origine même du conflit²¹. Ces considérations entraînent la lourdeur du débat contradictoire qui ploie sous la charge procédurale (interrogatoires, incidents et moyens préliminaires, rapports d'experts...). En bref, le système contradictoire transforme le conflit en litige, c'est-à-dire en événement juridiquement défini que les tribunaux ne pourront examiner et résoudre qu'à travers la lunette étroite du droit.

6-16. Sur le fond, la détermination judiciaire des droits et obligations des parties constitue la pierre angulaire de la justice contradictoire. La cause et la résolution du conflit qu'abrite le litige constituent, au mieux, un objet accessoire du contrat judiciaire; le juge peut les ignorer sans risque puisque sa mission de décideur consiste à trancher judiciairement le litige défini par les parties²².

6-17. Plusieurs facteurs contributifs ont assuré la pérennité du système de justice contradictoire qui demeure toujours la voie royale de résolution des conflits. Mentionnons, notamment, l'indépendance et l'impartialité du décideur, l'application d'un code procédural uniforme et neutre, l'assurance que la décision judiciaire émanera essentiellement de la preuve administrée par les parties, la résolution du litige dans le respect de la règle de droit et la stabilité juridique assurée par les précédents judiciaires. Phénomène significatif, le judiciaire est devenu une fonction de régulation sociale qui définit ponctuellement le rapport ordinaire à la société et rend compte de son évolution (avortement, suicide assisté, droits à l'égalité, biodroits...). La décision judiciaire traduit la relativité de la norme juridique et témoigne du degré de risque que la société occidentale pluraliste consent à prendre en regard des valeurs communes qui la façonnent²³.

6-18. S'il est indéniable que le judiciaire est devenu un arbitre de la mutation de la société du XXI^e siècle²⁴, il reste que le système classique porte en soi ses propres limites. Ses carences

21. Louise OTIS, «La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire», 8^e conférence Albert-Mayrand 2004, Montréal, Thémis, 2005, p. 12.

22. Voir Kenneth J. RIGBY, «Alternative Dispute Resolution», (1984) 44 *La. L. Rev.* 1725, 1727.

23. Bien sûr, d'autres facteurs peuvent être énoncés comme l'inertie dans la pratique professionnelle des avocats dont la formation et la culture institutionnelle ont longtemps privilégié le système contradictoire et la préférence des parties pour le litige (leur «*day in court*»). Voir généralement Julie MACFARLANE, *The New Lawyer: How Settlement is Transforming the Practice of Law*, Vancouver, UBC Press, 2007, p. 1-24.

24. Voir, par exemple, l'honorable Beverley McLACHLIN, «The Supreme Court and the Public Interest», (2001) 64 *Sask. L. Rev.* 309, 311: So the primary task—indeed the only task—of judges is to resolve disputes between members of society or between members of society and the state. Yet in performing this function, judges inevitably are expected to perform a second function, namely, to ensure that the law develops in a way that is good for society and the men, women and children who are its members.

– maintes fois énoncées – ont créé une véritable crise de l'ordre judiciaire d'autorité et ont présidé à l'émergence de nouveaux moyens de résolution des conflits plus fonctionnels et mieux adaptés au règlement d'une grande partie des litiges civils et commerciaux.

6-19. Parmi les déficiences répertoriées, mentionnons les délais (administratifs et procéduraux)²⁵, les frais judiciaires et extrajudiciaires reliés au débat contradictoire²⁶, les *agency costs* résultant, souvent, du chevauchement des intérêts, les traumatismes physiques et psychologiques associés, plus particulièrement, aux longs conflits judiciaires et les limites inhérentes au débat contradictoire dans la recherche, notamment, de la meilleure solution susceptible d'éteindre définitivement le litige.

6-20. La convergence de ces défaillances, qui ont progressivement émergé au cours des dernières décennies, a signalé l'existence d'une crise de légitimité réelle au sein de l'ordre judiciaire d'autorité. À l'examen, il est apparu que la plupart des litiges civils peuvent trouver leur solution sans la nécessité d'un débat contradictoire complexe et coûteux. À l'usage, il a été démontré qu'un processus de règlement efficace des litiges, par la voie de la négociation assistée, correspond dans la majorité des cas aux besoins des parties et s'accorde mieux à la réalité juridique de notre temps.

B. Médiation judiciaire en appel

6-21. La médiation judiciaire a été développée au Québec, en 1997, à l'initiative de la Cour d'appel du Québec. L'expérience pilote de dix-huit mois visait à tester un modèle de médiation par juges afin de répondre aux faiblesses apparentes du modèle classique face aux besoins changeants de la société et aux attentes légitimes des justiciables à l'égard du système de justice. Il est vite apparu, au cours du déroulement du projet pilote, que la médiation, volontaire, flexible, gratuite et centrée sur les besoins des parties, constituait une alternative puissante au mode processuel ou contradictoire. Elle offrait une voie mitoyenne susceptible de conjuguer certaines des vertus du processus décisionnel à la souplesse et à l'adaptabilité du processus médiationnel. La médiation judiciaire est devenue une institution permanente de la Cour d'appel en 1999. Ce modèle de négociation assistée représente une redéfinition du rôle des tribunaux et des juges dans leur façon de rendre justice²⁷. En 2002, le législateur a codifié les règles régissant la médiation judiciaire et, plus spécifiquement, celles qui visent l'appel²⁸. Ainsi, l'article 508.1 du *Code de procédure civile* se lit ainsi :

508.1. Un juge peut, en tout temps, présider une conférence de règlement à l'amiable afin d'assister les parties dans la solution du différend qui les oppose. Le juge

25. Voir Sylvio NORMAND, « De la difficulté de rendre une justice rapide et peu coûteuse : une perspective historique (1840-1965) », (1999) 40 *C. de D.* 13, qui examine sur une période de plus de 100 ans les griefs en cette matière.

26. Erik S. KNUITSEN et Janet WALKER, « What Is the Cost of Litigating in Canada? », dans Christopher HODGES, Stephan VOGENAUER et Magdalena TULIBACKA (dir.), *The Costs and Funding of Civil Litigation : A Comparative Perspective*, Oxford, Hart, 2010, p. 239-260.

27. À cette étape, rappelons qu'il est question de la médiation présidée par un juge agissant comme un tiers neutre dans le contexte de l'enceinte judiciaire et non des différentes formes d'intervention judiciaire de nature évaluative ou obligatoire, comme la conférence de règlement ou le mini-procès.

28. L.Q. 2002, c. 7, art. 19.

bénéficie alors de l'immunité judiciaire. La conférence a lieu à huis clos, sans frais, ni formalités.

La tenue de la conférence de règlement à l'amiable repose sur le consentement des parties exprimé, par écrit, dans une demande conjointe. Le dépôt de cette demande suspend les délais impartis au présent titre.

La conférence de règlement à l'amiable est confidentielle et les règles qui la gouvernent sont fixées par le juge et les parties. Le juge ayant présidé la conférence ne participe à aucune audition relative à l'affaire.

La transaction qui termine une affaire est transmise, par le greffier, à une formation de la Cour afin d'être homologuée et rendue exécutoire.²⁹

6-22. Les règles générales prévues aux paragraphes 151.14 à 151.23 du *Code de procédure civile* s'appliquent également à l'instance de médiation en appel³⁰. Le législateur a intitulé cette procédure de médiation judiciaire « Conférence de règlement à l'amiable », une locution archaïque³¹ qui s'abrite sous le terme générique de médiation judiciaire. Cette dernière

29. La proposition instituant un nouveau *Code de procédure civile* suggère de garder cet article sans aucune modification sinon l'agencement de la numérotation.

30. Ces articles se lisent ainsi :

SECTION IV

DE LA CONFÉRENCE DE RÈGLEMENT À L'AMIABLE

151.14. Un juge peut présider une conférence de règlement à l'amiable. Il bénéficie alors de l'immunité judiciaire.

151.15. À toute étape de l'instance, le juge en chef peut, à la demande des parties, désigner un juge pour présider une conférence de règlement à l'amiable. Dans leur demande, elles lui exposent sommairement les questions en litige.

Le juge en chef peut également, de sa propre initiative, recommander aux parties la tenue d'une telle conférence. Si elles y consentent, il désigne alors un juge pour la présider.

151.16. La conférence a pour but d'aider les parties à communiquer, à négocier, à identifier leurs intérêts, à évaluer leurs positions et à explorer des solutions mutuellement satisfaisantes.

Elle a lieu à huis clos, sans frais, ni formalités.

151.17. La conférence est tenue en présence des parties et, si ces dernières le souhaitent, de leurs procureurs. Le juge qui la préside peut rencontrer les parties séparément, si elles y consentent. Peuvent aussi y participer les personnes dont la présence est considérée, par le juge et les parties, utile au règlement du litige.

151.18. Le juge définit, de concert avec les parties, les règles applicables à la conférence et les mesures propres à en faciliter le déroulement et il établit avec elles le calendrier des rencontres.

151.19. La conférence ne suspend pas le déroulement de l'instance, mais le juge qui la préside peut, s'il le juge nécessaire, modifier le calendrier des échéances.

151.20. Les parties sont tenues de s'assurer que les personnes autorisées à conclure une entente sont présentes à la conférence ou qu'elles peuvent être consultées en temps utile pour donner leur accord.

151.21. Tout ce qui est dit ou écrit au cours de la conférence est confidentiel.

151.22. Si un règlement intervient, le juge, sur demande, homologue la transaction

151.23. Si aucun règlement n'intervient, le juge ne peut par la suite entendre aucune demande relative au litige.

Il peut convertir la conférence de règlement à l'amiable en conférence préparatoire, si les parties y consentent.

31. À titre d'instigatrice de la médiation judiciaire, en 1997, la juge Louise Otis a choisi le terme original de « conciliation » pour rendre compte de la vocation institutionnelle de la médiation et apaiser les craintes que cette nouvelle institution, encore embryonnaire, pouvait susciter auprès de la collectivité juridique. Lorsque la médiation judiciaire devint une institution permanente de la Cour d'appel et que, rendant compte de cette évolution, le législateur l'intégra au *Code de procédure civile*, la Cour d'appel entreprit d'harmoniser les termes pour faciliter la diffusion et l'intelligibilité de cette voie de résolution des litiges désormais connue à travers le monde. Désormais, la « médiation judiciaire » désigne la médiation qui a cours au sein de l'institution judiciaire pour la résolution des litiges pendants devant les tribunaux. La médiation présidée par des médiateurs privés qui facilitent la résolution des conflits ou des litiges et qui dispensent leurs services professionnels à l'extérieur de l'enceinte des tribunaux s'appelle « médiation extrajudiciaire ». Il est superflûatoire, en 2011, de recourir à une multiplicité de termes pour désigner deux mécanismes de résolution des différends soit la médiation judiciaire et la médiation extrajudiciaire.

appellation fut choisie afin de rendre compte d'une institution unique et nouvelle et, ainsi, de faciliter l'harmonisation des termes.

6-23. Les règles de procédure de la Cour d'appel en matière civile³² se lisent ainsi :

Médiation judiciaire

40. Médiation judiciaire. La conférence de règlement à l'amiable prévue à l'article 508.1 du *Code de procédure civile* est désignée sous le nom de médiation judiciaire.

41. Demande conjointe. À toute étape du dossier en appel, une demande conjointe de médiation judiciaire peut être adressée au greffe de la Cour selon le modèle figurant à l'annexe III.^[33]

42. Date de la conférence. Sur réception de cette demande, le greffier communique avec les avocats pour fixer une date pour la séance de médiation.

43. Contenu du dossier. Un dossier sommaire comprenant l'inscription en appel, le jugement dont appel et, s'il y a lieu, les procédures et pièces choisies par les parties, est déposé au greffe de la Cour sept jours avant la tenue de la séance de médiation. La transcription des témoignages n'est pas requise.

44. Confidentialité. Tout ce qui est dit ou écrit au cours de la séance de médiation est confidentiel. À cette fin, les parties et leurs avocats s'engagent, par écrit, à garder confidentielle la teneur des échanges. Si la conférence ne permet pas de régler le litige, les juges qui, le cas échéant, entendent l'appel ne sont pas informés de l'existence de la médiation.

6-24. Il faut préciser que la Cour d'appel a également institué un système de médiation en droit criminel appelé « facilitation pénale »³⁴ dont les règles de procédure sont ainsi libellées³⁵ :

Conférence de facilitation pénale

61. Demande. Les parties représentées par avocat peuvent demander la tenue d'une conférence de facilitation pénale et doivent signer le formulaire dont le modèle figure à l'annexe II. Une telle conférence doit être autorisée par un juge.

62. Participation. Seuls les avocats y participent à moins que, du consentement des parties, une autre personne n'y soit autorisée par le juge. Le juge facilite la discussion et favorise les échanges qui ne sont pas enregistrés.

63. Confidentialité. Les avocats s'engagent, par écrit, à garder confidentielle la teneur des échanges. Si la conférence ne permet pas d'identifier une solution, le juge qui a présidé la conférence de facilitation pénale ne peut pas par la suite participer à l'audition de l'appel.

6-25. Quels sont les avantages de cette institution relativement nouvelle que constitue la médiation judiciaire en appel ?

32. *Règles de la Cour d'appel du Québec en matière civile*, (2006) 138 G.O. II, 5800.

33. Voir l'Annexe I de ce chapitre.

34. Le terme « facilitation pénale » vient de ce que l'accusé (non plus que la victime le cas échéant) n'assiste pas à la séance en personne mais par représentation juridique.

35. *Règles de la Cour d'appel du Québec en matière criminelle*, TR/2006-142.

6-26. L'efficacité. En éliminant la nécessité de préparer un mémoire d'appel et de faire retranscrire la preuve administrée en première instance, les parties font des économies substantielles de temps et d'argent. De plus, le délai d'attente est beaucoup moins long. Au Québec, les parties peuvent obtenir une séance de médiation en appel dans les semaines qui suivent la réception de leur demande conjointe de médiation. Le système de justice traditionnel en profite également puisque les causes référées à la médiation sont réglées, en substantielle majorité. Conséquemment, elles sont retirées de façon permanente de la voie judiciaire, ce qui contribue au désencombrement des rôles d'audition.

6-27. Il est intéressant de constater que les parties – au terme d'une séance d'environ quatre heures – peuvent non seulement exposer avec limpidité et concision la nature juridique du litige mais, également, amorcer un dialogue de dénouement se détachant de l'énonciation acrimonieuse du problème et ouvrant la voie à une solution participative qui préserve l'intérêt de chacun.

6-28. Les coûts. La procédure de médiation est offerte gracieusement aux justiciables qui n'encourent aucuns frais supplémentaires pour y accéder. De plus, la médiation en appel constitue une procédure accélérée qui permet aux parties qui le désirent de régler leurs litiges rapidement sans investir les ressources financières que commanderaient la préparation du dossier et l'audition en appel.

6-29. Gestion de l'appel. De plus, même si médiation ne conduit pas à une transaction, le processus aura permis aux parties d'identifier les questions qui méritent véritablement un examen par la Cour lors de l'audition. Elles pourront parfois conclure une entente partielle ou restreindre l'amplitude de leurs moyens d'appel. De plus, le juge-médiateur pourra identifier les causes qui méritent l'attention immédiate de la Cour et aussi prévoir des mesures de gestion de l'instance avec le consentement des parties.

6-30. Expression du conflit. Au-delà de l'efficacité et de l'économie des ressources, la médiation judiciaire répond à d'autres besoins plus intangibles. Elle permet aux parties d'orienter le processus de résolution du litige vers la recherche d'une solution viable négociée plutôt que vers un jeu à somme nulle (gagnant/perdant). La tension entre les parties s'en trouve diminuée et la pression psychologique réduite. À cette fin, le juge peut aider les parties à se détacher – temporairement – des questions juridiques et factuelles du dossier pour examiner plus largement le conflit qui les sépare.

6-31. Expression du libre arbitre. La médiation répond au besoin implicitement exprimé de la communauté de s'écarter d'un ordre de justice imposé pour rechercher – dans les cas qui le permettent – des solutions aux litiges qui sont mutuellement négociées et convenues³⁶. La médiation constitue une manifestation institutionnelle de l'émergence d'une certaine maturité

36. Voir Julie MACFARLANE, «The Mediation Alternative», dans Julie MACFARLANE (dir.), *Rethinking Disputes: The Mediation Alternative*, Toronto, Emond Montgomery, 1997, p. 1, aux pages 4 à 8; Louise OTIS, «The Conciliation Service Program of the Court of Appeal of Québec», (2000) 11 *World Arb. & Mediation Rep.* 80, 81.

collective, un mouvement vers un contrôle par la société de sa propre destinée judiciaire. À cet égard, Carrie J. Menkel-Meadow écrit :

[...] conventional forms of institutionalized searches for justice, in the form of courts and trial, are diminishing in use for a reason. They are suffering from evolutionary demise because they are failing to satisfy modern requirements for voice, justice, and conflict resolution.³⁷

6-32. Créativité des solutions juridiques. Contrairement au juge décideur, les parties ne sont pas tenues de régler leur litige dans le cadre souvent étroit des conclusions recherchées dans les procédures. Elles pourront à loisir négocier des solutions qui feront naître un nouveau rapport juridique ou qui s'écarteront complètement de la délimitation procédurale des questions en jeu. Toutes les solutions juridiques leur sont ouvertes pourvu qu'elles respectent la loi et ne dérogent pas à l'ordre public.

6-33. L'intégration de la médiation judiciaire au sein du système classique de justice étatique tend à résoudre la dichotomie des concepts en apparence opposés que sont autorité décisionnelle/capacitation des parties, antagonisme/interdépendance ou procédure/substance. Ainsi, la justice processuelle et la justice médiationnelle cohabitent dans la même enceinte et participent, selon leur vocation respective, à la réalisation de la mission première impartie aux tribunaux : rendre justice.

C. Pourquoi un juge ?

6-34. Au Québec, lorsqu'un litige est pendant devant les tribunaux, les parties peuvent demander à un juge de présider une séance de médiation. Si la médiation donne lieu à une entente, la Cour pourra entériner cette entente qui deviendra exécutoire comme tout autre jugement de la Cour. Si la médiation ne débouche pas sur une entente, le juge-médiateur sera exclu du procès ou de l'audition à venir afin de garantir l'impartialité du débat contradictoire.

6-35. Pourquoi demander à un juge, et surtout à un juge d'appel, d'être médiateur ? Cette question récurrente est légitime puisque la mission séculaire des juges est essentiellement de rendre jugement et que l'utilisation des ressources matérielles et humaines du système judiciaire doit être gérée avec parcimonie.

6-36. Précisons d'abord qu'il n'est pas essentiel que la médiation soit présidée par un juge, et ce, même dans un contexte judiciaire. Dans plusieurs juridictions, des médiateurs professionnels font partie du personnel de la cour et tiennent des médiations à titre d'officier de justice comme le sont les greffiers chargés d'entendre certaines requêtes³⁸. D'autres systèmes de justice optent

37. Carrie J. MENKEL-MEADOW, « Remembrance of Things Past? The Relationship of Past to Future in Pursuing Justice in Mediation », (2004) 5 *Cardozo J. Conflict Resol.* 97, 100.

38. Par exemple, les programmes de médiation dans la plupart des cours d'appel fédérales de circuit aux États-Unis sont dirigés par des médiateurs de la cour, habituellement des avocats qui font partie du personnel ou qui y travaillent sur une base volontaire. Voir Robert J. NIEMIC, *Mediation & Conference Programs in the Federal Courts of Appeals: A Sourcebook for Judges and Lawyers*, 2e éd., Washington, D.C., Federal Judicial Center, 2006, p. 12-13. Au Canada, plusieurs provinces ont opté pour un arrangement similaire. Voir *supra*, note 10. Pour une argumentation sur les avantages des « médiateurs

pour le référé en médiation. Dans ces systèmes, le juge identifiera les causes propices à la négociation assistée et en ordonnera le référé à des médiateurs privés dont les qualifications ont été préalablement reconnues. Le système médiationnel québécois permet également aux parties d'avoir recours à la médiation privée si elles le désirent; le choix de la médiation avec un médiateur judiciaire ou un médiateur extrajudiciaire ou privé demeure toujours la prérogative des parties.

6-37. Avoir intégré la médiation au système de justice étatique est indéniablement une avancée majeure dans la refondation de la justice. Faire intervenir directement les juges à titre de médiateurs, et ce, tout le long de la chaîne judiciaire, constitue une véritable révolution dans la manière de rendre justice : une nouvelle offre de justice. Certaines caractéristiques propres à la médiation judiciaire soutiennent ce choix.

6-38. *La déférence institutionnelle.* En 1997, au Québec, la médiation judiciaire institutionnelle était inexistante et la médiation extrajudiciaire ou privée était, au mieux, embryonnaire. Afin d'assurer la crédibilité du projet pilote, il a fallu préserver les qualités qui assurent le respect de l'institution judiciaire et son autorité. Choisir des juges d'appel actifs (et non retraités) pour agir comme médiateurs envoyait un signal puissant à la communauté juridique et aux justiciables. Il marquait l'importance que la Cour de dernière instance du Québec accordait à la médiation dans le contexte judiciaire. De plus, il mettait en exergue, éloquemment, la déférence qui doit être accordée aux tribunaux de première instance. Seuls les juges d'appel allaient présider une séance de médiation concernant un litige ayant fait l'objet d'un jugement de première instance toujours pendant devant la Cour d'appel³⁹. En effet, permettre à des médiateurs extrajudiciaires ou membres de la fonction publique d'évaluer une décision en instance d'appel pourrait ébranler la confiance des justiciables envers les tribunaux et potentiellement affecter la perception du public à l'égard de l'autorité des décisions judiciaires. Afin d'ajouter à la considération institutionnelle, la transaction qui met un terme à l'appel est homologuée par une formation de trois juges de la Cour⁴⁰.

6-39. *L'autorité morale.* Pour des raisons liées à la fois à la perception des justiciables et aux compétences des juges, ces derniers se révèlent des acteurs de premier plan dans la résolution négociée des litiges. La perception de la fonction judiciaire comme revêtant les attributs de l'impartialité et de l'indépendance est déterminante puisqu'elle confère aux juges un degré supérieur d'autorité morale et contribue à la crédibilité du processus⁴¹. L'usage de cette autorité morale constitue cependant un exercice délicat : le consentement des parties est l'un des fondements de la médiation judiciaire et les juges-médiateurs doivent se garder d'utiliser leur

publics», voir Marie-France CHABOT, «Des raisons et des manières d'intégrer la médiation dans le système de justice civile», (1999) 40 *C. de D.* 91.

39. Louise OTIS, «La justice conciliatoire : l'envers du lent droit», (2001) 3 *Éthique Publique : Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale* 63, 66-67.

40. *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 508.1(4).

41. Voir généralement Martin L. FRIEDLAND, *A Place Apart : Judicial Independence and Accountability in Canada*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1995. Ce sujet est controversé et les perceptions du public sur le judiciaire varient dans le temps et selon les pays (et les juridictions). Pour les États-Unis, voir AMERICAN BAR ASSOCIATION, *An Independent Judiciary : Report of the ABA Commission on Separation of Powers and Judicial Independence*, Washington D.C., American Bar Association, 1997.

position privilégiée pour infléchir le consentement à la médiation ou à l'entente venant clore le litige⁴². De plus, dans l'exercice de sa fonction, le juge-médiateur évolue dans un couloir d'intervention plus étroit que le médiateur privé puisqu'il ne peut lier la Cour par ses prises de position ni altérer le déroulement du débat contradictoire advenant l'échec de la médiation. Sa connaissance approfondie du dossier (procédures, preuve documentaire et jugement) lui permettra d'évaluer le bien-fondé des prétentions respectives des parties dans une perspective de compromis plutôt que de décision.

6-40. Au-delà des perceptions des parties, les juges apportent au processus de médiation des qualités et compétences qui font d'eux des médiateurs efficaces. D'abord, les juges ont une expérience directe dans la gestion des conflits et l'expression des mécontentes⁴³. Ensuite, l'institutionnalisation de la médiation judiciaire a permis de développer et d'offrir aux juges des formations de pointe en matière de négociation assistée⁴⁴. Ces cours de formation permettent aux juges de faire la transition entre le processus décisionnel et la médiation⁴⁵. Ce ne sont pas des juges décideurs qui facilitent la négociation des parties, mais bien des juges médiateurs chevronnés qui maîtrisent les habiletés de communication propres aux médiateurs professionnels. La différenciation des rôles est enseignée et pratiquée à travers la simulation et la démonstration.

6-41. *Gestion des ressources.* Au premier regard, le temps consacré à la séance de médiation en appel – généralement trois ou quatre heures, mais parfois davantage – semble souffrir de la comparaison avec celui généralement alloué aux audiences de dossiers similaires en appel – de 45 à 75 minutes. Or, à l'examen, un dossier réglé par la voie de la médiation en appel procure une économie de temps et de ressources appréciable.

6-42. La médiation est présidée par un seul juge alors que l'audition est menée par une formation composée de trois juges. Il en va de même de la préparation préalable du dossier. Soixante-quinze pour cent des médiations tenues à la Cour d'appel se concluent par une transaction. Environ quarante pour cent des auditions en appel se terminent par la prise en délibéré du dossier, ce qui commande la rédaction d'opinions et parfois de dissidences. Il n'est pas rare que le dossier d'appel commande l'audition de moyens procéduraux reliés au déroulement de

42. Jacqueline M. NOLAN-HALEY, « Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decision-making », (1999) 74 *Notre Dame L. Rev.* 775; Timothy HEDEEN, « Coercion and Self-Determination in Court-Connected Mediation: All Mediations Are Voluntary, But Some Are More Voluntary Than Others », (2005) 26 *Just. Sys. J.* 273. Voir aussi *infra*, partie II.B.

43. Voir Louise OTIS, « La justice conciliatoire : l'envers du lent droit », (2001) 3 *Éthique Publique: Revue internationale d'éthique sociale et gouvernementale* 63, 66.

44. Voir Jean-François ROBERGE, « Could Judicial Mediation Deliver a Better Justice? Supposing We Trained Judges as Experts? », (2010-11) 1 *Rev. d'arbitrage et de médiation* 1-46; Hugh F. LANDERKIN et Andrew J. PIRIE, « Judges as Mediators: What's the Problem with Judicial Dispute Resolution in Canada? », (2003) 82 *R. du B. can.* 249, 293-297. Sur la formation en médiation de façon générale, voir Alan SHARP, « The Training of Potential Mediators », dans Julie MACFARLANE (dir.), *Rethinking Disputes: The Mediation Alternative*, Toronto, Emond Montgomery, 1997, p. 349, et Janine HIGGINS, « Mediation: The Training Component », dans Julie MACFARLANE (dir.), *Rethinking Disputes: The Mediation Alternative*, Toronto, Emond Montgomery, 1997, p. 359.

45. Au Canada, l'Institut national de la magistrature, sous la direction de juges, a développé plusieurs programmes de formation en médiation judiciaire. Ces programmes incluent des séminaires sur la négociation, les conférences de règlement et d'autres aspects du processus.

l'appel ou à la protection des intérêts des parties. Encore là, le juge siégeant seul ou la formation de trois juges seront appelés à entendre les parties et à rendre des décisions interlocutoires.

6-43. Un système intégré de médiation par juges crée une synergie entre les tribunaux qui sont appelés à instituer une véritable collaboration judiciaire pour la résolution globale des conflits. Ainsi, il arrive fréquemment qu'à un dossier en instance d'appel soient rattachées des requêtes introductives d'instance connexes qui demeurent pendantes devant les tribunaux de première instance. De la même manière, une affaire en cours devant un tribunal de première instance peut également présenter des liens de rattachement avec un pourvoi en appel. Les parties ont la faculté de confier au juge-médiateur le mandat de régler tous les dossiers connexes à leur litige, même ceux en cours devant d'autres tribunaux. La perspective d'une résolution complète de tous leurs litiges peut également convaincre les parties de s'engager dans le processus de médiation plutôt que de continuer des procédures judiciaires multiples; les économies en temps et en argent ainsi que la possibilité de mettre un point final à leur conflit peuvent être des incitatifs puissants.

6-44. *Le rôle du juge-médiateur.* Au Québec, la médiation exige des juges qu'ils jouent un rôle différent de celui auquel la tradition judiciaire les a habitués⁴⁶. Le juge doit agir comme un négociateur neutre et efficace et non comme un oracle qui énonce le droit. Bien que ce rôle confère une grande latitude au juge, il lui impose également des contraintes. L'essence de la médiation judiciaire est de réinvestir les parties de leur pouvoir décisionnel; elles pourront alors concevoir la solution de leur problème ou décider, si elles l'estiment opportun, de renvoyer le litige devant la justice décisionnelle. Sauf circonstances particulières, le juge-médiateur ne doit pas exprimer son opinion sur le bien-fondé du dossier en appel. Bien que le juge-médiateur ne parle pas «judiciairement» lors d'une séance de médiation, son autorité morale est telle que les parties pourraient, à tort, interpréter les propos du juge comme traduisant la position définitive de la Cour. Afin d'éviter toute ambiguïté, les juges-médiateurs maintiennent généralement une attitude de retenue. Cette réserve n'empêche toutefois pas le juge-médiateur de questionner les certitudes d'une partie (*reality check*)⁴⁷.

6-45. Finalement, la médiation judiciaire ne doit pas, et ne veut pas, exclure la médiation extra-judiciaire. Ces deux modes de résolution des différends ne sont pas mutuellement exclusifs. Ils servent des buts différents tout en étant dirigés vers un objectif commun : résoudre les conflits en temps opportun, d'une façon satisfaisante et efficace. Les juges président la médiation à l'intérieur du système de justice étatique. Les médiateurs privés interviennent généralement à un stade moins avancé du processus conflictuel, de façon à résoudre et même prévenir les conflits avant que leur judiciarisation ne devienne la seule issue possible⁴⁸.

46. Louise OTIS, « La conciliation judiciaire à la Cour d'appel du Québec », (2003) 1 *R.P.R.D.* 1.

47. Voir généralement Daisy HURST FLOYD, « Can the Judge Do That? – The Need for a Clearer Judicial Role in Settlement », (1994) 26 *Ariz. St. L.J.* 45, 50-56, qui explore plusieurs techniques coercitives utilisées par des juges fédéraux de 1^{re} instance aux États-Unis pour procéder à la médiation de litiges.

48. L'un des problèmes potentiels avec le programme de médiation judiciaire réside dans la possibilité pour les parties d'entreprendre délibérément des procédures judiciaires, de façon à judiciariser leur conflit dès le départ et ainsi bénéficier des avantages financiers de la médiation judiciaire. Le problème ne s'est pas encore présenté au Québec où la médiation est gratuite pour les parties, mais pour éviter une telle situation on devrait exiger de certaines parties qu'elle soumette leur différend à la médiation privée avant d'être éligibles à la médiation judiciaire. Une telle exigence existe déjà au Québec

6-46. En conclusion, l'indépendance de l'institution judiciaire, l'impartialité de ses juges, leur connaissance approfondie du droit et des conflits, leur mission traditionnelle de disposer des litiges et de rendre justice expliquent pourquoi le juge-médiateur jouit, auprès des parties, d'une forte autorité morale.

II. DÉROULEMENT D'UNE SÉANCE DE MÉDIATION JUDICIAIRE

6-47. Bien qu'on y retrouve dans les deux cas un juge, des avocats et des parties, le processus de médiation judiciaire est très différent du processus décisionnel classique. Le rôle des acteurs, la dynamique de communication, les dilemmes éthiques et les buts recherchés diffèrent notablement. Nous examinerons chacune des étapes d'une séance de médiation judiciaire, en commençant par l'identification du conflit dans le contexte de la médiation, en enchaînant avec le consentement, l'ouverture, la communication et la négociation et en terminant avec la décision et la clôture⁴⁹. Chaque pas du processus soulève des questions qui illustrent les défis et le potentiel que présente la médiation judiciaire.

A. Conflit

6-48. Le conflit réside dans l'opposition de sentiments contraires qui tiennent à des intérêts, des valeurs, des principes ou des positions. Le conflit précède nécessairement la médiation. Habituellement, le conflit présuppose une relation même si le degré de proximité des opposants peut varier à l'extrême⁵⁰. En comprendre le contexte permet de saisir les interactions que les personnes entretiennent avec les institutions formelles du droit. Lorsque les personnes en viennent à rechercher l'assistance d'un tiers neutre, le conflit a déjà atteint un certain niveau d'inflexibilité et entraîné un coût financier et émotionnel⁵¹.

6-49. L'un des axes de la médiation consiste dans la capacité d'explorer la mésentente de façon syncrétique afin de tenter de résoudre la totalité du conflit plutôt que l'événement qui l'a temporellement cristallisé⁵². La compréhension de la nature fondamentalement relationnelle des interactions humaines ainsi que de leurs analogies juridiques s'est accrue au cours des dernières décennies⁵³. La médiation offre un moyen d'apprécier la structure et la complexité

en matière familiale où les parties doivent assister à une séance préalable d'information sur la médiation en présence d'un médiateur qui produira ensuite un rapport à la cour. Voir *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 814.3-814.14; Hélène DE KOVACHICH, « La médiation privée et la conciliation judiciaire », dans *Développements récents en justice participative : la diversification de la pratique de l'avocat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 93-104.

49. Ce modèle reflète l'approche utilisée lors des séances de médiation à la Cour d'appel du Québec et est basé sur le programme de formation et d'acquisition de compétences utilisé pour former les juges-médiateurs au Québec.

50. Bien que ce soit généralement vrai dans les affaires civiles, commerciales et familiales, lesquelles constituent le cœur de la médiation judiciaire, il y a bien sûr des circonstances où il n'y a aucune relation préexistante entre les parties. (Le cas de responsabilité civile où les parties sont étrangères l'une à l'autre ou celui d'une institution financière qui poursuit une caution qu'elle n'a jamais rencontrée sont des exemples classiques.)

51. Voir Gregory TILLET et Brendan FRENCH, *Resolving Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2009, qui font la distinction entre les litiges et les conflits.

52. Voir généralement Carrie J. MENKEL-MEADOW, « From Legal Disputes to Conflict Resolution and Human Problem Solving : Legal Dispute Resolution in a Multidisciplinary Context », 54 *J. Legal Educ.* 7-29.

53. Voir, par exemple, Jean-Guy BELLEY, « Théories et pratiques du contrat relationnel : les obligations de collaboration et

de ces relations pendant le processus de résolution du différend; elle permet de poser un regard sans jugement sur le conflit tel qu'il est vécu plutôt que formaté dans l'environnement artificiel du litige juridique⁵⁴.

6-50. Le conflit a marqué l'histoire de l'humanité depuis ses débuts; plusieurs y voient la caractéristique inévitable de l'être humain en relation⁵⁵. L'existence du conflit est une manifestation de la vie elle-même. On pourrait même dire qu'il en constitue l'un des signes vitaux. Lorsque l'écran d'un encéphalogramme affiche un point rouge latéral qui traverse, invariable, une ligne médiane, alors tout conflit a pris fin. Le conflit est l'expression de l'intelligence et de la créativité humaines telles qu'elles existent dans une variété de formes recouvrant toutes les sphères de l'activité humaine. Le conflit n'est pas un accident dans la vie des personnes et des sociétés. Il en constitue l'un des traits les plus significatifs.

6-51. Reconnaître le conflit comme la manifestation normale d'une société en mouvement et lui permettre de s'exprimer crée une société plus stable et plus harmonieuse. La paix n'est pas un état d'harmonie rigide, mais résulte des forces et des tendances opposées qui finissent par trouver leur point d'équilibre. Puisque le conflit est inhérent à la nature humaine, l'intégration sociale et juridique d'instruments de pacification, comme la médiation judiciaire, permet d'apprendre à le harnacher et en maîtriser les excès⁵⁶.

6-52. Reconnaître l'existence d'un conflit est chose relativement facile, mais en comprendre la nature s'avère souvent fort complexe. Une vaste littérature multidisciplinaire sur l'analyse et la taxinomie des conflits s'est développée afin de comprendre la nature et la diversité des conflits⁵⁷. Essentiellement, la façon dont nous comprenons et interprétons la nature des conflits est intimement liée au paradigme fondamental avec lequel nous choisissons de décrire les interactions humaines. Nos institutions, nos politiques sociales et nos systèmes de résolution des différends vont différer grandement selon que nous choisissons de considérer les interactions de la société dans laquelle nous évoluons sous l'angle de la coopération ou de la compétition. Souvent, notre vision du monde et de nos institutions nous prédispose dans un sens ou dans l'autre.

6-53. Jetons un bref regard sur la biologie de l'évolution. Le naturaliste anglais Charles Darwin et l'anarchiste russe Petr Kropotkin ont, chacun, développé des théories sur l'évolution à partir

d'harmonisation normative», dans *La pertinence renouvelée du droit des obligations : back to basics*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000; Robert LECKEY, *Contextual Subjects : Family, State, and Relational Theory*, Toronto, University of Toronto Press, 2008; Jennifer NEDELSKY, «Reconceiving Rights as Relationship», (1993) 1 *Rev. d'études const.* 1-26.

54. Voir Carrie J. MENKEL-MEADOW, «From Legal Disputes to Conflict Resolution and Human Problem Solving: Legal Dispute Resolution in a Multidisciplinary Context», 54 *J. Legal Educ.* 7, 8.

55. Voir, par exemple, Niall M. FRASER et Keith W. HIPEL, *Conflict Analysis : Models and Resolutions*, New York, North-Holland, 1984, p. 3; Gregory TILLETT et Brendan FRENCH, *Resolving Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

56. Voir Georg SIMMEL, *Conflict & the Web of Group-Affiliations*, trad. par Kurt H. Wolff et Reinhard Bendix, New York, Free Press of Glencoe, 1964; Lewis A. COSER, *The Functions of Social Conflict*, New York, Free Press, 1967; Morton DEUTSCH, *The Resolution of Conflict : Constructive and Destructive Processes*, New Haven, Yale University Press, 1973.

57. Voir généralement M. Afzalur RAHIM, *Managing Conflict in Organizations*, 4^e éd., New Brunswick, N.J., Transaction, 2011, p. 15-32; Niall M. FRASER et Keith W. HIPEL, *Conflict Analysis : Models and Resolutions*, New York, North-Holland, 1984, p. 3-8; Carrie J. MENKEL-MEADOW, «From Legal Disputes to Conflict Resolution and Human Problem Solving: Legal Dispute Resolution in a Multidisciplinary Context», 54 *J. Legal Educ.* 7, 11-16; Louis KRIESBERG, *Constructive Conflicts : From Escalation to Resolution*, 3^e éd., Lanham (Md.), Rowman & Littlefield, 2007.

d'hypothèses radicalement opposées⁵⁸. Là où Darwin voyait la compétition comme une force motrice, Kropotkin y voyait plutôt la coopération. La thèse de Darwin a pris forme au cours de son fameux voyage aux Îles Galapagos sur le H.M.S. Beagle. Là, il a pu observer un nombre impressionnant d'espèces animales confinées dans un espace exigü. Cette observation a conduit Darwin à envisager la sélection naturelle d'un point de vue malthusien fondé sur un principe de compétition : seuls les individus les plus forts et les mieux adaptés pouvaient survivre aux luttes pour acquérir l'espace, la nourriture et les partenaires. De son côté, Kropotkin a développé sa théorie pendant son service militaire de cinq ans en Sibérie où il a eu la chance d'observer un petit nombre d'espèces éparées sur la vaste steppe russe. Il en a résulté une théorie de la sélection naturelle fondée sur la coopération plutôt que sur la compétition : seules les espèces les plus susceptibles de coopérer avec les autres dans leur lutte commune pour les éléments vitaux pouvaient survivre dans cet environnement rigoureux.

6-54. En appliquant cette illustration au droit, la distinction entre le système classique processuel et le système médiationnel se présente en une manifestation du contraste entre les deux principes organisateurs fondamentaux que sont la compétition et la coopération. Aucun d'entre eux n'est exclusif bien sûr; la coopération pourra parfois éveiller l'instinct de compétition et la compétition pourra à l'occasion trouver son point d'aboutissement dans la coopération. Ainsi, le système processuel ne repose pas uniquement sur la détermination simple d'un gagnant et d'un perdant. Il comporte également un volet coopératif dans la mesure où la recherche commune de la justice et le respect des règles de procédure pour le cheminement conjoint du dossier sont véritablement mis de l'avant. De la même façon, le système médiationnel met en présence des parties qui, malgré leur intérêt prédominant à chercher ensemble la solution du litige, ont, au départ, des positions opposées dans le conflit⁵⁹.

6-55. Toutefois, le droit occidental repose pour l'essentiel sur un paradigme libéral qui met l'accent sur l'autonomie, la liberté et le volontarisme; ces qualités, qui se fondent sur l'intérêt individuel, tendent toutes vers la compétition plutôt que la coopération⁶⁰. La doctrine classique du contrat en est une illustration frappante; l'importance accordée aux droits subjectifs dans les systèmes de droit occidentaux en est une autre⁶¹.

B. Consentement

6-56. Au Québec, la médiation judiciaire est volontaire. Seul le consentement des parties peut y donner ouverture. Les parties peuvent avoir accès à la médiation judiciaire dans la plupart

58. Pour ce qui suit, voir Stephen Jay GOULD, «Kropotkin Was No Crackpot», dans *Bully for Brontosaurus: Reflections in Natural History*, New York, W.W. Norton, 1991, p. 325-339.

59. Des critiques du divorce par médiation, par exemple, ont noté qu'il était impossible d'éviter la compétition. Voir Penelope E. BRYAN, «Killing Us Softly: Divorce Mediation and the Politics of Power», (1992) 40 *Buff. L. Rev.* 441, 477-548.

60. Voir généralement Michael J. SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982; Charles TAYLOR, «Atomism», dans *Philosophy and the Human Sciences: Philosophical Papers*, t. 2, Cambridge, Cambridge University Press, 1985, p. 187.

61. Sur la théorie classique du contrat, voir P.S. ATIYAH, *Essays on Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 13-17, 121-149. Sur l'utilisation des droits subjectifs pour mettre à distance le système juridique de la coopération, voir Jean-Michel POUGHON, «Justice et codification», (2001) 42 *C. de D.* 725, 746-749.

des affaires civiles, familiales, commerciales, administratives et criminelles tandis que les questions constitutionnelles et celles portant sur la définition des droits au sens de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou de la *Charte des droits et libertés de la personne* sont exclues *ab initio*⁶². Dans ce dernier cas, les mesures remédiatrices déterminées par le jugement en première instance peuvent faire l'objet d'une médiation. Cependant, même à l'intérieur des champs de compétence reconnus, certaines affaires familiales comportant de la violence (lorsqu'il n'y a aucune possibilité réaliste d'atteindre un équilibre entre les parties) ou des voies de fait (lorsque des accusations pendantes confèrent à ces causes un caractère de droit public) ne peuvent être réglées en médiation⁶³.

6-57. Pour donner ouverture au processus de médiation, les parties doivent signer une « demande conjointe de médiation »⁶⁴. Cette demande est remise au greffier de la Cour, au plus tôt, après le dépôt de l'inscription en appel et, au plus tard, avant que le jugement ne soit rendu. Ainsi, il arrive qu'une affaire soit réglée quelques jours après le dépôt de l'inscription en appel ou, encore, pendant le délibéré d'une affaire. Ceci illustre que le conflit judiciaire évolue sans cesse et que des justiciables retranchés dans une attitude de ferme opposition peuvent, au gré des circonstances, souhaiter, à quelque moment du cheminement du litige dans l'instance, quitter la voie décisionnelle – temporairement et volontairement – pour amorcer une démarche judiciaire de règlement négocié sous l'autorité d'un juge de la Cour d'appel.

6-58. Dans les cas qui s'y prêtent, le juge en chef de la Cour peut recommander la médiation en faisant parvenir aux avocats ou aux parties une lettre suggérant que la cause pendante en appel soit référée au service de médiation de la Cour⁶⁵. Il s'agit d'une suggestion qui est habituellement reçue avec déférence par les parties.

6-59. Il arrive également que l'une des parties au litige, en appel, fasse la demande d'une conférence téléphonique afin qu'un juge-médiateur explique à toutes les parties la nature de la médiation judiciaire et ses avantages. Cela est fait afin de dissiper les craintes et de répondre aux interrogations des parties qui sont parfois réticentes à s'engager dans le processus de médiation par méconnaissance du système.

6-60. Lorsque le service de médiation reçoit la demande conjointe de médiation signée par les parties et leurs avocats, les responsables fixent une date pour la tenue de la médiation et s'assurent du nom des personnes (experts, conseils, ...) qui assisteront à la séance⁶⁶. De plus, dans les cas complexes, le juge désigné pour présider la médiation pourra requérir un exposé des faits et du droit visant à l'éclairer sur la nature du litige, son évolution depuis le jugement de première instance et les enjeux en médiation. Selon la nature de la cause, le juge décidera si ces exposés seront confidentiels ou échangés entre les parties.

62. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)]; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

63. Au Québec, ces limites ne sont pas définies par la loi, mais reflètent plutôt la pratique de la médiation dans le système juridique québécois, contrôlée par le filtre de la demande conjointe de médiation judiciaire.

64. Voir l'Annexe I de ce chapitre.

65. Voir l'Annexe II de ce chapitre.

66. Voir le *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 151.17.

6-61. La médiation judiciaire trouve son fondement et sa justification dans la volonté exprimée des parties au litige qui demeurent entièrement libres de s'engager dans une démarche médiationnelle et de s'en retirer, à toute étape du processus, pour réintégrer le système formel.

6-62. Le processus de médiation étant volontaire par nature, il est tributaire de l'état d'esprit des parties qui y consentent. Une partie peut saper l'intégrité du processus si elle le détourne de ses fins pour y gagner un avantage, sachant qu'elle pourra, à tout moment, revenir au système décisionnel si la médiation ne donne pas les résultats escomptés⁶⁷. Il incombe donc aux parties de définir clairement leurs attentes et le but recherché puisque la nature et la portée de leur consentement détermineront le cheminement de la médiation. D'ailleurs, le juge qui prépare le dossier en vue de la médiation scrute soigneusement la qualité du consentement des parties.

6-63. Le rôle déterminant du consentement dans la définition de la médiation met en évidence les différences qui séparent ce mode de règlement des litiges du processus décisionnel classique. Plus encore, ce fondement distinct du processus remet implicitement en question certains présupposés traditionnels de l'ordre normatif, en particulier le point de vue positiviste encore bien ancré selon lequel la légitimité du droit dépend de son imposition par une autorité supérieure⁶⁸. À cet égard, le juriste américain Lon L. Fuller écrit :

A serious study of mediation can serve, I suggest, to offset the tendency of modern thought to assume that all social order must be imposed by some kind of "authority". When we perceive how a mediator, claiming no "authority," can help the parties give order and coherence to their relationship, we may in the process come to realize that there are circumstances in which the parties can dispense with this aid, and that social order can often arise directly out of the interactions it seems to govern and direct. In consenting to bring their conflict to mediation rather than adjudication, the parties are themselves undertaking to be the architects of the social order in which they will live.⁶⁹

6-64. Cette idée du contrôle du processus par les parties est inhérente au concept de médiation. Elle a de toute évidence un potentiel révolutionnaire, mais il ne faut pas en conclure que la médiation est nécessairement en conflit avec le processus décisionnel ou que sa mission est de le remplacer comme source prédominante ou exclusive de normativité. Au contraire, la compréhension des différents fondements des prétentions à la légitimité de la médiation et du processus décisionnel met en évidence le rôle social distinct, essentiel et complémentaire de chacun.

6-65. La normativité fondée sur le consentement peut coexister avec la normativité fondée sur l'autorité de l'État⁷⁰. La médiation judiciaire, évidemment, estompe légèrement la frontière entre l'ordre normatif étatique et celui fondé sur le consentement parce qu'elle s'appuie à la

67. Comme nous le verrons dans la partie III, des contraintes éthiques peuvent régir cet aspect, particulièrement lorsque des avocats représentent les parties. Voir aussi John LANDE, « Using Dispute System Design Methods to Promote Good-Faith Participation in Court-Connected Mediation Programs », (2002) 50 *UCLA L. Rev.* 69.

68. Voir, par exemple, H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

69. Lon L. FULLER, « Mediation: Its Forms and Functions », (1970) 44 *S. Cal. L. Rev.* 305, 315.

70. Voir, par exemple, Lon L. FULLER, « Two Principles of Human Association », (1969) 11 *Nomos* 3.

fois sur la volonté des parties et sur des signes sémiotiques émanant du droit étatique. À titre d'exemple, la médiation est présidée par un juge à l'intérieur du palais de justice – même s'il ne s'agit pas d'une salle de cour – et occupe une place à l'ombre du système classique de justice puisque ses participants peuvent en tout temps mettre un terme à la médiation et retourner au processus décisionnel⁷¹. Certains types de litiges conviennent mieux à l'un ou à l'autre des processus⁷², mais en général, décider si un différend devrait être tranché par un juge ou confié à un médiateur se résume à « agencer le forum et la dispute »⁷³.

6-66. Le choix du processus est donc une décision politique prise par les parties en consultation avec leurs avocats et en considération de l'avis du juge qui parcourt les dossiers pour déterminer ceux qui se prêtent bien à la médiation. Selon la nature de leur litige, les parties ont la possibilité de choisir le mode de règlement des litiges qui leur paraît le plus désirable ou efficace, le tout basé sur la nature de leur différend, leurs ressources ainsi que leurs objectifs à l'égard du processus⁷⁴.

C. Ouverture

6-67. La séance de médiation commence généralement par une rencontre conjointe ou plénière à laquelle participent les parties, leurs avocats et le juge-médiateur⁷⁵. Cette séance a deux objectifs. D'abord, permettre aux participants de mieux comprendre l'objet de la médiation, vérifier la qualité du consentement et expliquer le déroulement du processus. Ensuite, permettre au juge-médiateur d'identifier les termes et la portée de son mandat afin d'établir des buts précis pour les prochaines heures.

6-68. Le juge-médiateur débute par une déclaration d'ouverture où il explique aux parties les éléments clés de la médiation judiciaire afin de la distinguer du processus décisionnel classique. En premier lieu, les parties doivent comprendre que le juge-médiateur agit à titre de médiateur et que son rôle n'est pas d'imposer une décision aux parties ou de leur donner une opinion sur le bien-fondé de la cause. Ensuite, les parties doivent être informées de la confidentialité du processus ce qui, au Québec, constitue une obligation juridique prévue par le *Code de procédure civile*⁷⁶. L'obligation de confidentialité vaut tant pour les parties que pour le juge. De plus, les experts qui assistent parfois les parties lors de la séance de médiation ainsi que les personnes qui prêtent assistance ou réconfort à l'une des parties sont requis de signer la

71. La sémiotique du processus décisionnel, de la médiation et d'autres modes de résolution des différends est explorée par Lela P. LOVE, « Images of Justice », (2000) 1 *Pepp. Disp. Resol. L.J.* 29.

72. Voir Lon L. FULLER, « The Forms and Limits of Adjudication », (1978) 92 *Harv. L. Rev.* 353, 366-371.

73. Traduction de l'expression « *fitting the forum to the fuss* ». Voir généralement Lester M. SALAMON, « The New Governance and the Tools of Public Action: An Introduction », dans Lester M. SALAMON (dir.), *The Tools of Government: A Guide to the New Governance*, New York, Oxford University Press, 2002, 1; Frank E.A. SANDER et Stephen B. GOLDBERG, « Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure », (1994) 10 *Neg. J.* 49.

74. Frank E.A. SANDER et Stephen B. GOLDBERG, « Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure », (1994) 10 *Neg. J.* 49.

75. Voir George W. ADAMS, *Mediating Justice: Legal Dispute Negotiations*, Toronto, CCH Canadian, 2003, p. 178-183. Voir généralement Michael WHEELER, « Anxious Moments: Openings in Negotiation », (2004) 20 *Neg. J.* 153.

76. Voir le *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 151.21 et par. 508.1(3) (concernant spécifiquement les appels). Sur la question encore non résolue des exceptions à la confidentialité de la médiation, voir *infra*, partie III.A.

demande conjointe de médiation qui comporte un engagement de confidentialité. Également, le juge prend soin de souligner aux parties que le dossier de médiation n'est pas conservé au registre des dossiers de la Cour et qu'il y a étanchéité parfaite entre le système décisionnel et le système de médiation⁷⁷. Finalement, le juge-médiateur termine en rappelant aux parties qu'il leur appartient, tous ensemble, de déterminer les règles propres au bon cheminement de la médiation⁷⁸.

6-69. La déclaration d'ouverture est essentielle parce qu'elle donne le ton à la médiation. Le juge-médiateur doit insister particulièrement sur la confidentialité tout en sachant qu'il devra y revenir sporadiquement au cours de la session. En particulier, il doit expliquer très clairement la différence entre une séance plénière et une séance en caucus (ou individuelle) et rappeler avec emphase que les échanges en caucus sont strictement confidentiels⁷⁹. Il importe également d'insister sur l'importance de la bonne foi, car la médiation, malgré la mise en présence d'intérêts opposés, requiert un climat de confiance⁸⁰.

6-70. Lorsque le juge-médiateur a terminé sa déclaration d'ouverture, les parties sont invitées à s'exprimer, si elles le souhaitent. Elles situeront les enjeux et dévoileront leurs attentes face au processus.

6-71. L'étape qui suit concerne la détermination du mandat conféré au juge-médiateur⁸¹. Cette phase est essentielle puisque la qualité et l'amplitude de la transaction éventuelle dépendront de la clarté et de la portée du mandat de médiation. Il faut donc déterminer si le mandat est limité au litige en appel ou s'il sera étendu à d'autres instances qui s'y rattachent⁸². Il arrive que cette question soit clarifiée avant la mise en présence des parties lors d'une conférence téléphonique préalable à la première rencontre.

6-72. Ensuite, le juge-médiateur de concert avec les parties et leurs avocats vont convenir des règles de fonctionnement⁸³. Les règles usuelles de la procédure contradictoire ne s'appliquent pas en médiation⁸⁴; il revient aux parties de convenir d'une procédure acceptable pour tous.

77. Les tribunaux au Canada commencent à définir les paramètres de cette étanchéité de la médiation judiciaire par rapport au processus décisionnel. Une des premières décisions est celle de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans *Condessa Z Holdings v. Rusnak*, (1993) 104 D.L.R. (4th) 96. Plus récemment, voir la décision de la Cour d'appel du Québec dans *Kosko c. Bijimine*, 2006 QCCA 671. Pour une argumentation favorable à la limitation du privilège de la conférence préparatoire, voir John A. EPP, «Civil Pretrial Conference Privilege: "A Cosmic Black Hole"??», (1993) 72 *R. du B. can.* 337.

78. Voir le *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 151.18.

79. Voir George W. ADAMS, *Mediating Justice: Legal Dispute Negotiations*, Toronto, CCH Canadian, 2003, p. 183-188.

80. Voir Lawrence SUSSKIND et Jeffrey CRUIKSHANK, *Breaking the Impasse: Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*, New York, Basic Books, 1987, p. 188-189; George W. ADAMS, *Mediating Justice: Legal Dispute Negotiations*, Toronto, CCH Canadian, 2003, p. 75-78.

81. La procédure étant basée sur le consentement, les parties déterminent le spectre des questions qui seront examinées en médiation, en consultation avec le juge-médiateur bien entendu. Voir Henry J. BROWN et Arthur L. MARRIOTT, *ADR Principles and Practice*, 2^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1999, p. 129.

82. Louise OTIS, «The Conciliation Service Program of the Court of Appeal of Québec», (2000) 11 *World Arb. & Mediation Rep.* 80, 82.

83. Louise OTIS, «The Conciliation Service Program of the Court of Appeal of Québec», (2000) 11 *World Arb. & Mediation Rep.* 80, 66.

84. Il ne faut pas pour autant en conclure que la médiation est sans contraintes. Voir Jack M. SABATINO, «ADR as "Litigation Lite": Procedural and Evidentiary Norms Embedded Within Alternative Dispute Resolution», (1998) 47 *Emory L.J.* 1289, qui soutient que certaines normes procédurales continuent de s'appliquer dans le contexte de la médiation. Voir aussi

L'expérience du juge-médiateur (et celle des avocats) permettra de s'assurer que la procédure choisie sera rationnelle, efficace et juste.

6-73. Finalement, la première séance plénière est généralement suivie d'une brève rencontre entre le juge-médiateur et les avocats qui, dans le cadre du processus de médiation judiciaire, agissent à titre d'officiers de la cour appelés à servir les intérêts de la justice⁸⁵. Le juge-médiateur et les avocats peuvent mettre à profit cette brève rencontre, en l'absence des parties, pour clarifier certaines questions procédurales. Plus important encore, cette rencontre avec les avocats seuls permet au juge-médiateur d'actualiser le dossier, de discerner les sensibilités des parties et de connaître toute information qui pourrait avoir un impact sur le déroulement des négociations. La rencontre avec les avocats apporte au juge-médiateur le point de vue des participants sur l'orientation de la médiation.

6-74. En médiation judiciaire, au niveau de l'appel, une partie du travail de caractérisation des faits et du droit a déjà été faite. Les parties n'ont peut-être pas encore préparé leurs mémoires, mais le dossier contient déjà le jugement rendu en première instance et l'inscription en appel. La preuve documentaire est souvent au dossier. Dans les cas complexes, un exposé sommaire vient éclairer le juge-médiateur sur la nature du litige.

6-75. Finalement, jetons un bref regard sur la configuration spatiale de la salle de médiation⁸⁶. Une salle d'audience est configurée de façon à faciliter la communication avec les juges. Il s'agit d'une configuration en V : les avocats des parties s'adressent directement à la formation des trois juges et exceptionnellement l'un à l'autre. De plus, le point de jonction (les juges) représente le point névralgique de la communication : les parties s'adressent exclusivement aux juges parce qu'ils sont détenteurs de l'autorité décisionnelle en dernière instance.

6-76. La médiation est structurée différemment, ou du moins devrait l'être. 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 médiateur⁸⁷. 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 titulaires du pouvoir décisionnel. Le processus décisionnel classique est fondé sur un modèle contradictoire qui accentue les intérêts antagoniques des parties ; la médiation repose sur un modèle dialogique qui facilite la négociation et ultimement la coopération⁸⁸.

6-77. 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

Nancy A. WELSH, « Disputants' Decision Control in Court-Connected Mediation : A Hollow Promise Without Procedural Justice », (2002) *J. Disp. Resol.* 179.

85. Sur le rôle des avocats en médiation, voir *infra*, note 138 et commentaires.

86. Voir Laurence BOULLE et Miryana NESIC, *Mediator Skills and Techniques : Triangle of Influence*, Haywards Heath, Bloomsbury Professional, 2010, p. 43-44.

87. Jonathan M. HYMAN, « Swimming in the Deep End : Dealing with Justice in Mediation », (2004) 6 *Cardozo J. Conflict Resol.* 19, 22.

88. Voir Edward BRUNET, « Judicial Mediation and Signaling », (2003) 3 *Nev. L.J.* 232, 235.

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 confidentialité⁸⁹. Dans les cas où les négociations se tiennent au cours de séances plénières, l'aménagement de la salle et les séquences d'échanges doivent être prévus avec soin de façon à faciliter le dialogue entre les parties tout en protégeant l'égalité et l'équité du processus⁹⁰.

6-78. La mission du juge-médiateur lors de l'ouverture est de tenir à distance la classification rigide du processus décisionnel classique le plus possible afin que la médiation ne devienne pas un prolongement de la procédure contentieuse. Dans la poursuite de cet objectif, il faudra parfois demander aux parties de se détacher de la caractérisation juridique formelle du litige afin de retrouver l'état d'esprit qui les habitait à l'origine du conflit, avant qu'il ne soit judiciaire. Il s'agit d'un premier pas essentiel à la communication qui doit s'établir par la suite.

D. Communication et négociation

6-79. L'essence de la médiation repose sur la communication entre les parties⁹¹. Le médiateur est un facilitateur neutre à travers lequel les parties s'adressent l'une à l'autre.

6-80. À l'ouverture de la séance de médiation judiciaire, les parties ont généralement adopté un état d'esprit propre au processus décisionnel : leurs positions sont définies à l'aune du mode contradictoire, le conflit est généralement envisagé dans une logique « gagnant-perdant » et le discours est centré sur leurs droits et obligations⁹². Leur récit initial sera d'abord résolument antagoniste, axé sur les griefs et blâmes de chacun⁹³.

6-81. Par la suite, le médiateur travaillera à changer ce type de discours; au départ, le simple fait d'exprimer franchement un point de vue est suffisant⁹⁴. En racontant leurs histoires en la présence l'une de l'autre, les parties établissent peu à peu une dynamique qui marquera le reste de la séance : l'alternance de la parole et de l'écoute. Cette polarisation des positions est amplifiée en appel parce que les parties ont déjà traversé un procès et, à l'occasion, rédigé leurs prétentions écrites pour l'audience. En résumé, bien que les parties communiquent dès le début de la médiation, elles ne négocient pas encore parce que l'élément crucial, l'écoute, n'est pas encore présent⁹⁵.

89. Voir George W. ADAMS, *Mediating Justice : Legal Dispute Negotiations*, Toronto, CCH Canadian, 2003, p. 183-184. Cette question a des implications éthiques particulières pour le juge-médiateur; voir nos propos dans la partie III.A.

90. Laurence BOULLE et Miryana NESIC, *Mediator Skills and Techniques : Triangle of Influence*, Haywards Heath, Bloomsbury Professional, 2010, p. 43-44.

91. Voir généralement Jean-Pierre BONAFÉ-SCHMITT, « La médiation : une alternative à la justice ? », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Thémis, 2002, p. 164-167, où la médiation est décrite comme « une nouvelle oralité ».

92. George W. ADAMS, *Mediating Justice : Legal Dispute Negotiations*, Toronto, CCH Canadian, 2003, p. 207-210.

93. George W. ADAMS, *Mediating Justice : Legal Dispute Negotiations*, Toronto, CCH Canadian, 2003, p. 207-210.

94. Sur la dynamique communicationnelle en médiation, voir généralement Gary SMITH, « Unwilling Actors: Why Voluntary Mediation Works, Why Mandatory Mediation Might Not », (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 847; Laurence BOULLE et Miryana NESIC, *Mediator Skills and Techniques : Triangle of Influence*, Haywards Heath, Bloomsbury Professional, 2010, p. 137-148; et George W. ADAMS, *Mediating Justice : Legal Dispute Negotiations*, Toronto, CCH Canadian, 2003, p. 213-221.

95. Laurence BOULLE et Miryana NESIC, *Mediator Skills and Techniques : Triangle of Influence*, Haywards Heath, Bloomsbury Professional, 2010, p. 148-150.

6-82. Le travail du juge-médiateur est d'amener les parties de la communication à la négociation, de la narration au dialogue, de la remontrance à la conversation⁹⁶. Au fur et à mesure que la médiation progresse, le médiateur aide les parties à transformer la communication vers une négociation axée sur le règlement du litige.

6-83. Transformer la dynamique communicationnelle entre les parties exige la création d'un mode d'écoute différent de celui auquel le système classique a habitué les justiciables⁹⁷. Dans le processus décisionnel, chaque partie écoute attentivement les arguments de son adversaire afin de pouvoir les réfuter dans sa plaidoirie. L'écoute vise à relever les failles dans l'argumentation de l'adversaire afin d'emporter la conviction.

6-84. La médiation requiert plutôt une « écoute constructive » qui tend à comprendre et à départager les intérêts. Le but est ici de parvenir à une transaction plutôt qu'à la victoire. L'écoute servira le dialogue des parties. Encourager cette transition requiert du médiateur une attention particulière à la dynamique du pouvoir dans la communication puisque le silence et la parole sont des indicateurs puissants⁹⁸. À cette étape, la communication est libre et ouverte.

6-85. Pour que la communication progresse de la contradiction au dialogue, il faut que les parties reconnaissent qu'elle constitue un mode relationnel habité par leurs relations passées et présentes⁹⁹. À la différence du processus décisionnel qui comporte des limites nécessaires de preuve et de procédure, la médiation permet aux parties d'explorer le litige de façon holistique. Les différends en droit des successions offrent une illustration souvent saisissante de cette différence puisqu'ils mettent généralement en relief la tension qui existe entre le litige juridique, dont la portée est limitée (par exemple la validité du testament, la liquidation, l'indignité...), et le conflit humain sous-jacent au litige dont émanent les réminiscences du passé, les rapports complexes de la fratrie (par exemple, « J'ai pris soin du défunt pendant des années et je n'obtiens rien en retour ! »). La négociation se construit et se nourrit de la compréhension des aspects relationnels du conflit¹⁰⁰.

E. Entente

6-86. Dans soixante-quinze pour cent des cas soumis à la médiation en appel, les négociations mènent à une transaction qui mettra fin au litige entre les parties. Lorsqu'une entente

96. Voir Sara COBB, « Creating Sacred Space: Toward a Second-Generation Dispute Resolution Practice », (2001) 28 *Fordham Urb. L.J.* 1017, 1028, qui envisage le médiateur comme un participant actif à la « construction sociale du sens » [nous traduisons].

97. Voir Laurence BOULLE et Miryana NESIC, *Mediator Skills and Techniques: Triangle of Influence*, Haywards Heath, Bloomsbury Professional, 2010, p. 148-150; George W. ADAMS, *Mediating Justice: Legal Dispute Negotiations*, Toronto, CCH Canadian, 2003, p. 179; Cheryl PICARD et autres, *The Art and Science of Mediation*, Toronto, Emond Montgomery, 2004, p. 232-233; Christopher W. MOORE, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, 3^e éd., San Francisco, Jossey-Bass, 2003, p. 175-177.

98. Morgan BRIGG, « Mediation, Power, and Cultural Difference », (2003) 20 *Conflict Resol. Q.* 287.

99. Voir généralement Carrie J. MENKEL-MEADOW, « Remembrance of Things Past? The Relationship of Past to Future in Pursuing Justice in Mediation », (2004) 5 *Cardozo J. Conflict Resol.* 97.

100. Voir Lawrence SUSSKIND et Jeffrey CRUIKSHANK, *Breaking the Impasse: Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*, New York, Basic Books, 1987, p. 32-33.

de principe est conclue, le juge-médiateur quitte la salle de médiation et laisse aux avocats le soin de rédiger la transaction intervenue entre les parties¹⁰¹. Il n'interviendra dans le cours de la rédaction que si une mésentente survient quant au sens des termes ou qu'un imprévu fait renaître un point litigieux.

6-87. Une fois l'entente rédigée, elle sera révisée par les parties et habituellement signée en présence du médiateur, afin de s'assurer qu'elle reflète leur consentement¹⁰². Ensuite, si les parties le désirent, la transaction sera présentée à la Cour pour homologation¹⁰³. Sauf violation de l'ordre public, une déraisonnabilité manifeste dans des matières visées par l'ordre public de protection ou une incompatibilité avec la loi, l'acquiescement des volontés sera respecté par la Cour.

6-88. L'entente qui met fin au litige en appel doit être soigneusement rédigée; ses caractéristiques essentielles sont l'intelligibilité, la complétude et l'anticipation. Ses termes doivent être précis afin d'éviter le recours aux interprètes extérieurs, ce qui pourrait mener à l'anéantissement de son but et à une reprise du conflit¹⁰⁴. En bref, l'entente vise à éteindre le litige présent et à prévenir la naissance d'un conflit futur. Ainsi que le souligne Lon L. Fuller, la transaction crée un univers normatif à l'intérieur duquel les parties acceptent de vivre¹⁰⁵, une forme de constitution des rapports privés.

6-89. Comprendre la fonction prospective de la médiation est important parce qu'elle comporte souvent le maintien de relations entre les parties¹⁰⁶. Le processus décisionnel est plutôt rétrospectif, son objectif premier étant de trancher un litige passé entre les parties. Bien sûr, le jugement a des effets prospectifs puisqu'il oriente les rapports juridiques pour l'avenir¹⁰⁷. La médiation a une orientation résolument prospective¹⁰⁸ : en cherchant à résoudre le conflit dans une perspective globale, la médiation reconnaît que les parties sont liées par une relation complexe.

6-90. Melvin Eisenberg explique la différence entre la négociation « dirigée vers le règlement des litiges » et la négociation « dirigée vers l'établissement de règles visant à gouverner

101. Voir George W. ADAMS, *Mediating Justice: Legal Dispute Negotiations*, Toronto, CCH Canadian, 2003, p. 196; Cinnie NOBLE, L. Leslie DIZGUN et D. Paul EMOND, *Mediation Advocacy: Effective Client Representation in Mediation Proceedings*, Toronto, Emond Montgomery, 1998, p. 114-117.

102. Voir Jacqueline M. NOLAN-HALEY, « Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decision-making », (1999) 74 *Notre Dame L. Rev.* 775; Cheryl PICARD et autres, *The Art and Science of Mediation*, Toronto, Emond Montgomery, 2004, p. 183-184; Christopher W. MOORE, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, 3e éd., San Francisco, Jossey-Bass, 2003, p. 357-365.

103. *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 151.22 et par. 508.1(4).

104. Voir Cheryl PICARD et autres, *The Art and Science of Mediation*, Toronto, Emond Montgomery, 2004, p. 183-184.

105. Voir Lon L. FULLER, « Mediation: Its Forms and Functions », (1970) 44 *S. Cal. L. Rev.* 305, 311.

106. Voir, par exemple, Lon L. FULLER, « Mediation: Its Forms and Functions », (1970) 44 *S. Cal. L. Rev.* 305, 314 (« Mediation by its very nature presupposes relationships normally affected by some strong internal pull toward cohesion »); Andrew W. MCTHENIA et Thomas L. SHAFFER, « For Reconciliation », (1985) 94 *Yale L.J.* 1660, 1666, qui maintiennent que la justice est un produit de « reconciliation of brother to brother, sister to sister, sister to brother, child to parent, neighbor to neighbor, buyer to seller, defendant to plaintiff, and judge to both ». Pour une critique de cette position, voir Owen M. FISS, « Out of Eden », (1985) 94 *Yale L.J.* 1669.

107. Les litiges d'intérêt public, comme les questions constitutionnelles ou les affaires portant sur la définition des droits fondamentaux et des libertés, ont un caractère spécial puisqu'ils ont d'importants effets prospectifs.

108. Voir Carrie J. MENKEL-MEADOW, « Remembrance of Things Past? The Relationship of Past to Future in Pursuing Justice in Mediation », (2004) 5 *Cardozo J. Conflict Resol.* 97, 98.

la conduite future» des parties¹⁰⁹. La résolution efficace des affaires familiales, des litiges commerciaux entre gens d'affaires, des différends entre les actionnaires d'une compagnie, des mésententes entre voisins, etc., nécessite une médiation prospective harmonieuse puisque les conflits que recèlent de tels litiges sont intimement liés à la qualité des relations entre les parties.

F. Clôture

6-91. Clore une séance de médiation est une étape qui dépasse largement les bons souhaits et les salutations d'usage. Lorsque les parties ont acquiescé à la transaction, le médiateur a l'occasion de revoir le processus avec elles. Lors de cette séquence, les mesures de transformation et d'innovation que recèle la médiation judiciaire trouvent leur accomplissement.

6-92. Cette étape permet de développer et d'explorer la fonction éducative de la médiation judiciaire. Le juge-médiateur apporte au processus son autorité morale en plus d'une expérience approfondie du processus décisionnel et de la médiation. Cette position unique lui confère le statut d'observateur privilégié des conflits humains. Au terme de la médiation, le médiateur fait voir aux parties comment, à travers la négociation, elles ont entamé un dialogue axé sur la résolution de leur problème plutôt que sur un antagonisme stérile.

6-93. En faisant une rétroaction sur les heures consacrées à la médiation, le juge-médiateur peut amener les parties à comprendre et à intégrer dans leur vie des principes simples de résolution des conflits. Cette étape peut prendre cinq ou dix minutes; il importe toutefois que les parties réalisent qu'elles peuvent appliquer ces principes vécus à la solution de multiples conflits. Dans les faits, le juge-médiateur apprend aux parties à devenir des agents de transformation de la société dans laquelle elles évoluent.

6-94. Essentiellement, cette dernière étape permet de clore le processus de médiation. Lorsque les parties seront face à un autre conflit, elles pourront utiliser les aptitudes acquises en médiation afin de trouver elles-mêmes une solution utile sans avoir à recourir aux tribunaux. Cette procédure dont nous avons discuté ici – du conflit en passant par le consentement, l'ouverture, la communication, la négociation, la décision et finalement la clôture – n'est pas seulement un processus qui peut être utilisé dans la salle de médiation d'un palais de justice, devant un juge-médiateur et en présence des avocats. Il s'agit d'une approche heuristique du conflit. Le processus de médiation peut ainsi servir à former un corps de médiateurs informels qui prendront place aux côtés de la médiation judiciaire formelle et du processus décisionnel dans l'univers de la résolution des conflits.

6-95. Enseigner aux justiciables des stratégies de résolution de conflit peut représenter pour le juge-médiateur l'ajout de quelques minutes à la séance de médiation. Toutefois, cette démarche met de l'avant un aspect essentiel, mais souvent négligé du droit (et par extension du judiciaire),

109. Voir Melvin Aron EISENBERG, «Private Ordering Through Negotiation: Dispute-Settlement and Rulemaking», (1976) 89 *Harv. L. Rev.* 637, 637-638. Eisenberg note que ces deux formes de négociation ne sont pas mutuellement exclusives.

en l'occurrence sa fonction pédagogique¹¹⁰. Une partie du rôle judiciaire est de nature sociale : les juges procèdent à la résolution des litiges et favorisent la coordination et la coopération au détriment de l'antagonisme afin de promouvoir le maintien de l'ordre social¹¹¹. La médiation judiciaire et les leçons pédagogiques qu'elle met de l'avant permettent au juge-médiateur de jouer un rôle plus actif dans la pacification de l'environnement social.

III. ÉTHIQUE DE LA MÉDIATION JUDICIAIRE

6-96. Le processus de médiation judiciaire en appel revêt une dimension éthique qui diffère sensiblement de celle qui caractérise le processus décisionnel. Les acteurs qui participent à la médiation judiciaire en appel sont appelés à jouer des rôles plus dynamiques qui les éloignent de la zone de confort à laquelle ils sont traditionnellement habitués¹¹².

6-97. 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 que ce qu'ils ne le feraient dans le cadre du 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 définies¹¹³. 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 avocats¹¹⁴. Le contexte législativement défini du système 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 ?

6-98. 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

110. Voir, par exemple, Bruce J. WINICK et David B. WEXLER (dir.), *Judging in a Therapeutic Key: Therapeutic Jurisprudence and the Courts*, Durham (N.C.), Carolina Academic Press, 2003. Cf. Christopher L. EISGRUBER, «Is the Supreme Court an Educative Institution?», (1992) 67 *N.Y.U. L. Rev.* 961, qui critique l'idée que la Cour suprême des États-Unis devrait jouer un rôle éducatif.

111. Lon L. Fuller, par exemple, voyait le processus décisionnel comme l'une des formes essentielles de maintien de l'ordre social. Lon L. FULLER, «The Forms and Limits of Adjudication», (1978) 92 *Harv. L. Rev.* 353, 363-365.

112. Voir généralement Catherine MORRIS, «The Trusted Mediator: Ethics and Interaction in Mediation», dans Julie MACFARLANE (dir.), *Rethinking Disputes: The Mediation Alternative*, Toronto, Emond Montgomery, 1997, p. 301, à la page 302, qui insiste sur l'importance d'une approche large à l'éthique en médiation incluant tous les participants.

113. Voir Robert A. BARUCH BUSH, «A Study of Ethical Dilemmas and Policy Implications», [1994] *J. Disp. Resol.* 1; Kimberlee K. KOVACH, «The Intersection (Collision) of Ethics, Law, and Dispute Resolution: Clashes, Crashes, No Stops, Yields, or Rights of Way», (2008) 49 *S. Tex. L. Rev.* 789-827.

114. Sur les juges-médiateurs et la médiation, voir John C. CRASTLEY, «Judicial Ethics and Judicial Settlement Process: Time for Two Strangers to Meet», (2006) 21 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 569; Sylvia SHAZ SHWEDER, «Judicial Limitations in ADR: The Role and Ethics of Judges Encouraging Settlements», (2007) 20 *Geo. J. Legal Ethics* 51. Sur les non-juges, voir Michael MOFFITT, «Suing Mediators», (2003) 83 *B.U. L. Rev.* 147; Michael MOFFITT, «Ten Ways to Get Sued: A Guide for Mediators», (2003) 8 *Harv. Negot. L. Rev.* 81.

développée à l'aune 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'autonomie des parties et l'équité du processus. De plus, 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'auto-régulation par les forces internes qui interagissent au cours de la médiation judiciaire a porté fruit. Le nouveau système québécois a fait la preuve de son dynamisme et de son effectivité au regard de l'éthique de la médiation judiciaire.

A. Confidentialité

6-99. 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 permettent aux négociations de porter fruit¹¹⁵. Aussi, la règle générale veut que, sauf circonstances exceptionnelles, tout ce qui est dit, écrit ou fait pendant la procédure de médiation soit scellé sous le seau de la confidentialité et ne puisse être invoqué dans les procédures contentieuses¹¹⁶.

6-100. Étant donné l'article 151.14 du *Code de procédure civile*, la confidentialité est d'abord 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. L'honorable André Rochon, juge à 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

115. Voir généralement George W. ADAMS, *Mediating Justice: Legal Dispute Negotiations*, Toronto, CCH Canadian, 2003, p. 290-300; Jean-Pierre BONAFÉ-SCHMITT, « La médiation: une alternative à la justice? », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Thémis, 2002, p. 161-164; Carrie J. MENKEL-MEADOW, « Ethics in Alternative Dispute Resolution: New Issues, No Answers from the Adversary Conception of Lawyers' Responsibilities », (1997) 38 *S. Tex. L. Rev.* 407, 441-443; Anne M. BURR, « Confidentiality in Mediation Communications: A Privilege Worth Protecting », (2002) 57 *APR Disp. Resol. J.* 64, 64 et 66.

116. Voir *supra*, note 78 et commentaires; George W. ADAMS, *Mediating Justice: Legal Dispute Negotiations*, Toronto, CCH Canadian, 2003, p. 290-300. La définition des paramètres de la confidentialité ou du privilège en médiation judiciaire soulève de vifs débats. Voir John A. EPP, « Civil Pretrial Conference Privilege: "A Cosmic Black Hole" ? », (1993) 72 *R. du B. can.* 337; Anne M. BURR, « Confidentiality in Mediation Communications: A Privilege Worth Protecting », (2002) 57 *APR Disp. Resol. J.* 64; David A. RUIZ, « Asserting a Comprehensive Approach for Defining Mediation Communication », (2000) 15 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 851; Ellen E. DEASON, « Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System », (2002) 17 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 239; Maureen A. WESTON, « Confidentiality's Constitutionality: The Incursion of Judicial Powers to Regulate Party Conduct in Court-Connected Mediation », (2003) 8 *Harv. Negot. L. Rev.* 29.

principes déjà 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 vari[er] 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.¹¹⁷

6-101. Et plus loin :

Il y a entente. Il ne s'agit plus d'offre de règlement ou d'échanges en vue d'un règlement. Les raisons qui sous-tendent le principe de la confidentialité des discussions n'existent plus. À ce sujet, je vous renvoie aux propos du juge Guthrie de la Cour supérieure dans *R.B. c. C. (C.)W.*, [2004] R.J.Q. 1554 (C.S.).

Au Québec, la seule règle juridique qui assure la confidentialité de l'entente est l'engagement contractuel des parties à cet effet.

Je ne connais aucune décision judiciaire, règle de droit ou de preuve qui assurerait la confidentialité de pareille entente. Dans l'affaire *Weinberg c. Ernst & Young*, 2010 QCCA 1727, notre Cour n'a pas accepté, sans long débat j'en conviens, la proposition générale de l'avocat de l'appelant pour qui l'entente est une composante essentielle de la conférence de règlement à l'amiable et, qu'à ce titre, elle doit jouir de la protection que la loi accorde aux pourparlers eux-mêmes.¹¹⁸

6-102. Les exceptions à l'obligation juridique de confidentialité émanent du droit positif et du droit prétorien. Sauf l'article 39 de la *Loi de la protection de la jeunesse*¹¹⁹ et l'article 1472 du *Code civil du Québec* en matière de secret commercial, les exceptions proviennent du droit prétorien et résultent d'influences diverses dont la common law. On a répertorié quatre exceptions centrales au principe de la confidentialité qui ont pour trait commun la protection de l'intérêt public. Le juge Rochon énumère ces exceptions ainsi¹²⁰ :

- 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;
- 4) l'échange d'information entre professionnels d'une même institution.

117. André ROCHON, « La règle de confidentialité en médiation judiciaire, son étendue, ses exceptions », Conférence prononcée devant la Conférence canadienne de la médiation judiciaire, 16 juin 2011, à la p. 7, disponible en ligne : <http://www.mediationjudiciaire.ca/Page.aspx?idPage=24> (accédé le 24 août 2011).

118. André ROCHON, « La règle de confidentialité en médiation judiciaire, son étendue, ses exceptions », Conférence prononcée devant la Conférence canadienne de la médiation judiciaire, 16 juin 2011, à la p. 11, disponible en ligne : <http://www.mediationjudiciaire.ca/Page.aspx?idPage=24> (accédé le 24 août 2011).

119. L.R.Q., c. P-34.1.

120. André ROCHON, « La règle de confidentialité en médiation judiciaire, son étendue, ses exceptions », Conférence prononcée devant la Conférence canadienne de la médiation judiciaire, 16 juin 2011, à la p. 13, disponible en ligne : <http://www.mediationjudiciaire.ca/Page.aspx?idPage=24> (accédé le 24 août 2011).

6-103. 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.

6-104. Ainsi que l'a souligné la Cour d'appel de Californie à propos d'une exception dans *Cassel v. Superior Court* en janvier 2011¹²¹ :

Judicial construction, and judicially crafted exceptions, are permitted only where due process is implicated, or where literal construction would produce absurd results, thus clearly violating the Legislature's presumed intent. Otherwise, the mediation confidentiality statutes must be applied in strict accordance with their plain terms. Where competing policy concerns are present, it is for the Legislature to resolve them.

6-105. En d'autres termes, il n'y avait pas lieu pour les tribunaux de se substituer au législateur et créer une exception prétorienne à la règle législative qui prévoyait comme au Québec que tout ce qui est dit en médiation est confidentiel¹²².

6-106. Le principe de confidentialité doit aussi être regardé dans sa composante éthique. En tant que facilitateur du processus, le juge-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.

6-107. 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 juge-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.

6-108. Lors d'une séance de médiation, le juge-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. Chaque fois qu'une brèche est faite dans cette enceinte fortifiée, c'est la confiance en l'institution de la médiation qui est ébranlée.

121. *Cassel v. Superior Court*, (2011) 51 Cal. 4th 113, 124 (Cal. Sup. Ct.).

122. Qu'un principe analogue prévale au Québec est clair de l'arrêt *Kosko c. Bijimine*, 2006 QCCA 671, où la Cour d'appel (sous la plume du juge Rochon) a rejeté la tentative de l'appelant d'utiliser les paroles du juge-médiateur lors d'une séance de médiation judiciaire contre son avocat poursuivi en responsabilité professionnelle. Le principe a été de plus confirmé par la Cour suprême du Canada dans *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592, par. 78-79.

B. Autonomie des parties

6-109. Par son autorité morale, son statut et sa connaissance du droit, le juge-médiateur peut facilement influencer la décision des parties et de leurs avocats. 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.

6-110. Bien sûr, le rôle privilégié du juge-médiateur, comme facilitateur neutre, lui permettra – au moment opportun – de présenter aux parties des options de solution. Il faut se rappeler que les parties qui ont choisi la voie judiciaire ont souvent aliéné leur perception objective du conflit. Par une vision large, le médiateur les conduira à quitter le cadre étroit du litige judiciaire pour explorer les avenues susceptibles de constituer des options valables de règlement. Toutefois, la responsabilité de la décision repose entièrement sur les parties. Il s'agit d'un véritable transfert judiciaire. S'il les encourage à prendre les risques nécessaires pour éteindre le conflit qui les oppose, jamais le juge-médiateur ne leur retirera leur pouvoir décisionnel.

C. Traitement équitable

6-111. Le juge-médiateur doit protéger l'intégrité du processus de médiation de tout abus d'influence ou de pouvoir¹²³. Il est essentiel d'identifier les dynamiques de domination et de contrôle dès le début du processus afin d'éviter que la solution obtenue par la médiation ne reproduise ou ne renforce les problèmes qui ont initialement donné naissance au conflit¹²⁴. En l'absence de règles procédurales formelles, et dans un cadre où la transaction est finale et lie les parties, il appartient au juge-médiateur d'assurer l'équité du processus¹²⁵.

6-112. 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 négociation¹²⁶ et les différences culturelles qui doivent être gérées avec soin et respect, car elles affectent le style de négociation et l'expression de la volonté¹²⁷. Ces deux facteurs nous ramènent à la qualité du consentement libre et éclairé. Il appartient au juge-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 juge-médiateur

123. Voir généralement Jonathan M. HYMAN, «Swimming in the Deep End: Dealing with Justice in Mediation», (2004) 6 *Cardozo J. Conflict Resol.* 19.

124. Robert S. ADLER et Elliot M. SILVERSTEIN, «When David Meets Goliath: Dealing with Power Differentials in Negotiations», (2000) 5 *Harv. Negot. L. Rev.* 1.

125. Voir Julie MACFARLANE, «Why Do People Settle?», (2001) 46 *R.D. McGill* 663, 697-703.

126. Cet aspect est particulièrement important dans le contexte de la médiation d'un divorce. Voir Trina GRILLO, «The Mediation Alternative: Process Dangers for Women», (1991) 100 *Yale L.J.* 1545, 1582-1583; Penelope E. BRYAN, «Killing Us Softly: Divorce Mediation and the Politics of Power», (1992) 40 *Buff. L. Rev.* 441.

127. Voir David KAHANE, «Dispute Resolution and the Politics of Cultural Generalization», (2003) 19 *Negot. J.* 5; Isabelle R. GUNNING, «Diversity Issues in Mediation: Controlling Negative Cultural Myths», [1995] *J. Disp. Resol.* 55-93.

aura, à l'occasion, à rétablir l'équilibre dans la salle de médiation sans pour autant compromettre sa neutralité.

D. Éthique des avocats

6-113. La médiation impose également aux avocats des obligations éthiques distinctes de celles qui s'appliquent dans le cadre du processus décisionnel¹²⁸. 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 juge¹²⁹.

6-114. 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 représentation¹³⁰. 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 unique¹³¹. 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 J. Menkel-Meadow a décrit comme une «éthique non contradictoire»¹³².

6-115. Au Québec, la conduite des avocats est régie par le *Code de déontologie des avocats* qui s'applique à tout avocat «quel que soit le cadre ou le mode d'exercice de ses activités professionnelles ou la nature de sa relation contractuelle avec le client»¹³³. En d'autres termes, l'avocat qui représente un client en médiation doit continuer à agir comme un avocat et est tenu par les dispositions du *Code de déontologie*. Cependant, les obligations déontologiques de l'avocat vont vers deux directions, en particulier depuis les modifications apportées au *Code de déontologie* en avril 2004¹³⁴.

128. Très peu a été écrit sur les aspects éthiques du rôle de représentant de l'avocat lors d'une médiation, par opposition au rôle de l'avocat agissant comme médiateur. L'éthique n'est mentionnée que brièvement par Jovette LÉTOURNEAU et André LADOUCEUR, «Le rôle de l'avocat en médiation», dans *Développements récents en médiation (2001)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 33; Suzanne CLAIRMONT, «L'avocat et la médiation», dans *Développements récents en médiation (1996)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 155; Denis F. GAUTHIER, «Déontologie en médiation», dans *Développements récents en médiation (1995)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 83, à la page 86. Pour une exception, voir Carrie J. MENKEL-MEADOW, «Ethics in Alternative Dispute Resolution: New Issues, No Answers from the Adversary Conception of Lawyers' Responsibilities», (1997) 38 S. Tex. L. Rev. 407.

129. Voir *supra*, notes 89, 90 et commentaires.

130. Voir Julie MACFARLANE, *The New Lawyer: How Settlement is Transforming the Practice of Law*, Vancouver, UBC Press, 2007, p. 1-24; Larry R. SPAIN, «Collaborative Law: A Critical Reflection on Whether a Collaborative Orientation Can Be Ethically Incorporated into the Practice of Law», (2004) 56 *Baylor L. Rev.* 141.

131. Une analyse approfondie des incidences éthiques de la médiation en général et de la médiation judiciaire en particulier nous amènerait au-delà du champ couvert par ce chapitre. La présente section s'appuie sur certaines analyses ainsi que des exemples tirés d'un texte non publié de la juge Georgina Jackson de la Cour d'appel de la Saskatchewan. Georgina JACKSON, «The Place of the Ethical Principles for Judges in Judicial Mediation», 3-4 juin 2004, document non publié dont les auteurs ont copie.

132. Carrie J. MENKEL-MEADOW, «Ethics in Alternative Dispute Resolution: New Issues, No Answers from the Adversary Conception of Lawyers' Responsibilities», (1997) 38 S. Tex. L. Rev. 407, 414.

133. *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1, art. 1.00.01 [ci-après le *Code de déontologie*].

134. D. 351-2004, (2004) 136 G.O. II, 1840, art. 5 et 14.

6-116. D'une part, l'avocat a un devoir de loyauté envers son client¹³⁵. D'autre part, l'avocat doit aussi « servir la justice » et « ne peut agir de façon à porter préjudice à l'administration de la justice »¹³⁶. 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 intérêts de la justice qui tendent au contraire vers une conception coopérative ou inquisitoire¹³⁷.

6-117. Cette tension dans le rôle de l'avocat est apparente dans plusieurs dispositions du *Code de déontologie* et a pour effet de circonscrire le champ du travail de l'avocat lors d'une médiation. Par exemple, le devoir de servir la justice requiert de l'avocat qu'il « coop[ère] avec les autres avocats pour assurer la bonne administration de la justice »¹³⁸ et, lorsqu'une partie n'est pas représentée, l'avocat doit faire preuve de vigilance afin de ne pas induire l'autre partie en erreur ou abuser de sa bonne foi¹³⁹. L'effet des contraintes déontologiques lors d'une médiation est d'éloigner l'avocat de son rôle de plaideur pour l'amener vers un rôle plus général de soutien, de conseil et de vulgarisation¹⁴⁰.

6-118. Finalement, 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 approprié¹⁴¹. Dans le cadre du programme de médiation à la Cour d'appel du Québec, 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 les parties ne reçoivent pas l'invitation de recourir à la médiation (par exemple, lorsque la cause procède directement par appel de plein droit) et, conséquemment, ne soient jamais informées de son opportunité.

6-119. L'honorable Marie-France Bich, juge à la Cour d'appel du Québec, expose le problème en ces termes¹⁴² :

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

135. *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1, art. 3.00.01.

136. *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1, art. 2.01.01, par. 1-2. Voir aussi l'article 3.06.05 qui prévoit : « L'avocat doit sauvegarder son indépendance professionnelle quelles que soient les circonstances dans lesquelles il exerce ses activités professionnelles. Il ne peut notamment subordonner son jugement professionnel à l'effet d'une pression exercée sur lui par quiconque. »

137. Voir Carrie J. MENKEL-MEADOW, « Ethics in Alternative Dispute Resolution : New Issues, No Answers from the Adversary Conception of Lawyers' Responsibilities », (1997) 38 *S. Tex. L. Rev.* 407, 426-429; Anthony T. KRONMAN, *The Lost Lawyer : Failing Ideals of the Legal Profession*, Cambridge, Mass., Belknap Press d'Harvard University Press, 1993, p. 152-154. Cf. James A. COHEN, « Lawyer Role, Agency Law, and the Characterization "Officer of the Court" », (2000) 48 *Buff. L. Rev.* 349.

138. *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1, art. 2.05.

139. *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1, art. 3.02.01(i).

140. *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1, art. 3.02.04 (le devoir d'expliquer « la nature et la portée du problème... et des risques inhérents aux mesures recommandées »); art. 3.02.10 (le devoir d'informer le client de toute offre de règlement); art. 3.03.02 (le devoir de « fournir au client les explications nécessaires à la compréhension et à l'appréciation des services professionnels qu'il lui rend »).

141. Voir *Greene c. Mills*, [2003] R.J.Q. 3253 (C.Q.) (la Cour conclut qu'un avocat a un devoir d'informer son client de la disponibilité des services de médiation judiciaire).

142. Conférence prononcée le 17 juin 2011 devant la Conférence canadienne de médiation judiciaire (Montréal).

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.

6-120. 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 litiges¹⁴³. 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 personnels¹⁴⁴.

CONCLUSION

6-121. L'émergence de nouveaux modes de résolution des conflits au sein même du système de justice étatique est la preuve de la prise de responsabilité croissante des individus dans le processus de résolution de litiges. Ce mouvement indique l'émergence et l'acceptation d'une nouvelle conception du droit qui n'est plus envisagé comme un monopole transcendant et immuable de l'État contre lequel les individus ne font que réagir¹⁴⁵. Confrontés à la pénurie grandissante des ressources, aux crises de performance de plus en plus fréquentes au sein des institutions judiciaires et au rôle parfois contre-productif des avenues traditionnelles de résolution des conflits qui entretiennent la dynamique accusatoire du conflit qu'elles cherchent à résoudre, les justiciables veulent se réapproprier le pouvoir de résoudre leurs propres différends.

6-122. L'ordre normatif traditionnel n'est pas pour autant en perte de légitimité. L'ajout de la médiation judiciaire est le signe du renouvellement démocratique de l'ordre normatif et indicateur d'une saine flexibilité dont l'effet viendra renforcer la légitimité de l'ordre d'autorité. La participation des juges – gardiens de l'ordre social et des valeurs démocratiques – aux côtés de la communauté dans ce processus de transformation du système classique de justice civile, nous démontre que l'écart entre le judiciaire et le social s'amenuise et que la société, en étant mieux comprise, ne sera que mieux servie.

143. Voir généralement Marie-France CHABOT, « Le rôle de l'avocat à l'heure des modes alternatifs de règlement des litiges », dans *Développements récents en médiation (1996)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 127. Sur la nécessité d'un enseignement plus vaste des MARL, voir Andrew J. PIRIE, *Alternative Dispute Resolution : Skills, Science, and the Law*, Toronto, Irwin Law, 2000, p. 386-394.

144. *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1, art. 2.05 : « L'avocat doit éviter tout procédé purement dilatoire et coopérer avec les autres avocats pour assurer la bonne administration de la justice » et art. 3.08.03 : « L'avocat doit éviter toutes les méthodes et attitudes susceptibles de donner à sa profession un caractère de lucre et de commercialité ».

145. Voir, par exemple, Martha-Marie KLEINHANS et Roderick A. MACDONALD, « What Is a Critical Legal Pluralism? », (1997) 12 *Rev. can. droit et soc.* 25, 39-40, qui insistent sur le rôle créatif des sujets de droit dans l'« invention » du droit.

ANNEXE I
DEMANDE CONJOINTE DE MÉDIATION JUDICIAIRE¹⁴⁶

ANNEXE III
(Article 41)

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE

N°:
Première instance
N°:

.....
Partie APPELANTE

c.

.....
Partie INTIMÉE

DEMANDE CONJOINTE DE MÉDIATION JUDICIAIRE

Nous présentons une *Demande conjointe de médiation judiciaire* afin de trouver une solution définitive à notre litige par la conclusion d'une transaction.

Nous nous engageons à constituer, conjointement, un dossier sommaire qui sera déposé au greffe de la Cour dans les sept jours précédant la tenue de la médiation judiciaire. Ce dossier comprendra l'inscription en appel, le jugement dont appel ainsi que les procédures et les pièces que nous jugerons utiles.

Nous comprenons que les délais en appel (titre II du livre III du Code de procédure civile) sont suspendus à compter du dépôt de la *Demande conjointe de médiation judiciaire*.

Nous nous engageons à respecter la confidentialité de tous les échanges se déroulant pendant la procédure de médiation judiciaire, incluant les conférences téléphoniques, les visioconférences, les rencontres plénières et les rencontres individuelles.

Le

.....
Partie appelante

.....
Partie intimée

(Avocat/e spécialement chargé/e du dossier)	(Avocat/e spécialement chargé/e du dossier)
Nom :	Nom :
Étude :	Étude :
Adresse :	Adresse :
.....
Téléphone :	Téléphone :
Télécopieur :	Télécopieur :

S.V.P. retourner le formulaire, dûment signé, au greffe de la Cour d'appel en inscrivant sur l'enveloppe « DEMANDE CONJOINTE DE MÉDIATION JUDICIAIRE »

146. Disponible sur le site Web de la Cour d'appel du Québec : http://www.tribunaux.qc.ca/c-appel/ModeAlt/Mediation/Formulaire/docs/mediation_annexeIII.pdf.

ANNEXE II
EXEMPLE DE LETTRE D'INVITATION AU SERVICE DE MÉDIATION
DE LA COUR D'APPEL

Le

OBJET:

Maîtres,

Il ressort de l'examen de l'inscription en appel que ce pourvoi ne se prête pas à la procédure d'audition par voie accélérée, la complexité de l'affaire nécessitant la confection de mémoires selon les règles ordinaires.

Toutefois, la procédure de médiation des débats permettrait d'aider les parties impliquées dans ce litige à trouver une solution définitive à leur différend. Si vous choisissez cette option, vous n'avez qu'à compléter et qu'à retourner la **Demande conjointe de médiation judiciaire** ci-jointe. Dès réception de ce document au greffe de la Cour, une date vous sera rapidement communiquée pour une séance de médiation tenue par un/e juge de la Cour. Les délais pour la production de l'exposé et des documents de la partie appelante sont alors suspendus jusqu'à l'issue de la médiation.

Advenant que cela n'entraîne pas la solution du litige, le pourvoi suivra son cours normal après production d'un mémoire formel. Aucune mention de la médiation ne sera faite dans le dossier de la Cour et le/la juge qui aura dirigé la séance de médiation sera exclu/e de la formation chargée d'entendre le fond du litige.

Veillez recevoir, Maîtres, mes salutations distinguées.

J.C.A.

Pièce jointe

Édifice Ernest-Cormier
100, rue Notre-Dame Est
Montréal (Québec) H2Y 4B6
514-393-2022