

Allocution de Me Dominique F. Bourcheix  
Récipiendaire du Mérite du Barreau de Longueuil 2017  
pour son accomplissement comme médiatrice et sa contribution à l'avancement  
de la médiation au Québec

Cette reconnaissance de pionnière de la médiation, qui me touche beaucoup, me donne le privilège de nous faire réfléchir non pas sur les progrès que nous avons connus dans ce domaine depuis le début des années 90, mais sur les problématiques futures que je décèle et dont je crois respectueusement que la communauté juridique (magistrats, Barreaux, avocats et médiateurs) doit prendre conscience et bien métaboliser, pour assurer la pérennité du succès de la médiation tant judiciaire que privé et, la santé du système judiciaire. Je vous les soumetts en toute humilité, sans prétendre posséder la vérité, mais pour nous amener à une réflexion collective sur ces problématiques que je vois poindre à l'horizon. Elles sont, 1) la dévalorisation du système judiciaire dans la mouvance vers la médiation et 2) le tabou et les difficultés autour de la question de la place du droit en médiation.

### **Rappel historique et sociologique**

On ne peut parler de ces deux sujets sans faire un petit rappel historique et sociologique. Au moyen âge, la justice sociale était dictée par le droit divin des rois de vie ou de mort physique et économique sur leurs sujets. Droit qu'ils déléguaient à leurs seigneurs féodaux. On comprendra que lorsqu'est apparue la règle de droit, votée par un pouvoir élu, appliquée par un pouvoir judiciaire indépendant, la société a vécu ce nouvel ordre comme l'ultime forme de justice sociale. L'application de la règle de droit était synonyme de justice avec un grand « J », et cela, pendant des siècles.

Puis, les sociétés occidentales ont vécu une évolution sociologique collective gigantesque pendant la deuxième moitié du vingtième siècle suite à la plus longue période de croissance économique et de paix de l'histoire de l'humanité. Au point où la définition du mot justice a subi une métamorphose significative. Le modèle patriarcal de l'autorité comme fondement de la cohésion sociale est tombé à la fin des années soixante, or la loi représente l'autorité. La société est devenue éduquée et a développé sa pensée critique de sorte que le justiciable est devenu critique de la loi à laquelle il applique ses standards. Le luxe et la sécurité afférentes à nos sociétés nous ont permis de développer notre individualisme alors que la loi a un but collectif. Cet individualisme amène le justiciable à vouloir une solution à son conflit sur mesure et non celle dictée par la loi. Il veut s'impliquer dans la résolution du conflit, prendre le contrôle de sa destinée et décider par lui-même. Ajoutons à ces facteurs le fait que les lois évoluent beaucoup plus lentement que la société elle-même et que les individus veulent une solution rapide qui correspond à leurs valeurs. Cette évolution sociologique collective a aussi entraîné l'importance omniprésente des besoins psychologiques des individus au point où ils attachent plus d'importance à leur vécu émotif dans un conflit qu'à la substance des questions juridiques qu'il pose. Leur besoin d'être entendus, compris, respectés, qu'on tienne compte de leurs valeurs et qu'on respecte leur intelligence est immense et, ils n'auront pas de sentiment de justice si ces besoins ne sont pas adressés et comblés.

C'est à ces besoins que la médiation classique répond et c'est ce qui explique son apparition dans les années 80 et son succès grandissant. La médiation classique est devenue la justice avec un grand « J » car le justiciable profite d'un processus sans préjudice, où il peut s'exprimer, être

compris, participer, analyser en temps réel tous les aspects de son conflit et ainsi respecter son intelligence. Il peut apporter sa créativité aux solutions possibles, aller au-delà de la solution juridique pour répondre à ses vrais besoins et non à ses positions légales. Il veut l'aide et la rétroaction du tiers impartial sur tous les aspects du conflit. Il veut que ce tiers l'aide dans ses émotions, son vécu du conflit et ses véritables besoins. Il veut que ce tiers lui donne de la rétroaction sur la nature du litige (comme pour profiter d'une avant-première d'un procès). Il veut que ce tiers l'encourage dans la négociation mais rester maître de celle-ci. Une fois qu'il a eu tout cela, il veut rester souverain et ne pas se faire dicter le règlement.

C'est une forme de justice plus complète et plus sophistiquée parce qu'elle aborde le conflit dans sa globalité, de façon multidisciplinaire et met le citoyen au centre de la solution. En ce faisant, il se responsabilise de son conflit, ce qui a l'effet thérapeutique de l'aider à s'en libérer, tant substantivement que psychiquement. Alors, comment peut-on être contre la vertu d'une telle approche. C'est pourquoi on voit cette mouvance de la part des institutions juridiques, des Barreau, du législateur, des magistrats, de pousser les justiciables vers cette forme de résolution des conflits que ce soit la CRA ou la médiation privée.

### **La dévalorisation du rôle du système judiciaire dans la mouvance vers la médiation**

Cette mouvance comporte un piège. Celui de la dévalorisation du système judiciaire et de l'application de la règle de droit et, l'illusion que la médiation est une panacée.

C'est regrettable et dangereux car nous ne pouvons et ne pourront avoir le luxe de la médiation (judiciaire ou privée) si nous n'avons pas le filet de sûreté d'un système judiciaire efficace qui applique la règle de droit. Nombre de justiciables ont encore besoin de faire trancher un litige par la voie judiciaire. Nous avons évolué collectivement vers des besoins de résolution plus sophistiqués, mais tous les individus ne sont pas au même diapason et chaque situation a ses caractéristiques propres. Il faut se rappeler que cette évolution sociologique évoquée ci-haut constitue un profond changement de culture et ces changements prennent des générations à s'ancrer dans l'inconscient collectif. Beaucoup de gens voient le procès et le fait qu'un tiers en autorité tranche pour eux comme l'ultime forme de justice. Certains n'ont pas la force psychologique de se responsabiliser de leur part du conflit pour cheminer vers le règlement. D'autres peuvent vouloir établir un principe, un précédent jurisprudentiel, faire interpréter un texte de loi. D'autres encore voudront contrer un abus de pouvoir causé par un rapport de force inégal dans la négociation. En effet, depuis 25 ans que j'administre des médiations, j'ai trop vu ces cas où une partie profite de la situation pour forcer l'autre partie à accepter l'inacceptable. La seule façon de contrer cette loi du plus fort, cette loi de la jungle, c'est de recourir au filet de sûreté du test de la preuve et de son application juridique. De la même façon qu'en médiation nous ne jugeons pas les besoins des parties et tentons de les satisfaire, de la même façon, nous ne devons pas juger les besoins des parties de demander à un tribunal de trancher et nous devons les satisfaire.

N'oublions pas que le système judiciaire est au service du justiciable. Alors même s'il est bon que toutes les institutions poussent les gens vers la médiation (judiciaire ou privée), le système judiciaire ne doit pas abdiquer son rôle fondamental de trancher les litiges qui ne se sont pas réglés, de le faire rapidement, de mobiliser l'essentiel de ses effectifs à la tâche d'entendre les procès et de ne pas pousser les gens à régler à tout prix. Au stade de procédures interlocutoires, à la conférence préparatoire ou de gestion, oui, le moment est opportun de les inviter à essayer de régler. Mais si des gens ont attendu leur procès un an et plus et, le matin du procès se font

intimer par le juge que cela n'a pas de sens de mobiliser tant de jours pour ce dossier et qu'ils « devraient se parler », le système ne contribue pas à leur rendre justice. Ils vont peut-être régler le matin du procès mais par dépit de sentir que le système de justice n'est plus là pour eux. Malheureusement cette plainte court dans les couloirs des palais et dans la communauté juridique.

Le système judiciaire et la médiation sont deux modes appropriés de résolution des conflits et à ce stade d'évolution de nos sociétés, ils sont d'une complémentarité fondamentale. Le succès de la médiation ne doit pas se faire au détriment de cette grande démocratie qu'est l'application de la règle de droit pour ceux qui en ont besoin. Si nous ne veillons pas au grain, la médiation (judiciaire ou privée) deviendra l'application de la loi du plus fort et sa pérennité sera compromise rapidement.

### **Le tabou et les difficultés autour de la place du droit en médiation**

Au tout début de l'apparition de la médiation, puisqu'il s'agissait d'un mode visant à régler autrement que par la lucarne juridique, l'école de pensée qui prévalait dictait « qu'on ne parle pas de droit en médiation ». Il fallait trouver un terrain d'entente à travers les besoins des parties et chercher à faire du gagnant/gagnant à travers la complémentarité et la diversité de ces intérêts. De façon un peu caricaturale mais bien réelle, le justiciable avait deux choix : aller devant le juge où on ne parle que de preuve et de droit sans du tout considérer ses besoins ni ses émotions ou aller en médiation et parler de ses besoins et de ses émotions sans du tout parler des aspects juridiques qui pourraient s'appliquer s'il ne règle pas.

La médiation nous vient de la culture juridique anglo-saxonne, laquelle est très dynamique et évolutive. Dans les juridictions anglophones où la médiation a pris son essor dès les années 90, cette question du droit en médiation a été vite métabolisée en appliquant le modèle de la médiation classique de Harvard. La médiation classique enseigne qu'un des rôles du médiateur est d'amener les parties à négocier selon l'approche de la négociation raisonnée. C'est-à-dire, d'identifier les intérêts en jeu de part et d'autre et de travailler à solutionner le conflit à partir d'un postulat gagnant/gagnant pour les satisfaire, cela au-delà des positions juridiques et de la solution juridique. Mais cette méthode enseigne aussi qu'un des outils pour y arriver et pour dépositionner les parties lors d'impasses, c'est l'utilisation des normes applicables au problème et de considérer l'alternative s'il n'y a pas d'entente négociée. La méthode vise même à amener les parties à négocier une entente qui est meilleure que leur alternative. La méthode rappelle cependant que l'utilisation de ces outils n'est pas faite pour dicter l'entente selon la solution juridique mais uniquement pour retourner aux besoins des parties pour arriver à une entente créative, taillée sur mesure. Elle enseigne aussi que tous les dossiers ne commandent pas de parler des normes applicables, cela dépend des circonstances et elle nous rappelle l'importance des techniques de personnes tout au long pour adresser les besoins psychologiques.

À titre d'exemple, imaginons qu'une partie demande des dommages punitifs et n'en démord pas dans la négociation, alors qu'elle ne rencontre pas les critères d'application pour les obtenir. Elle vit cette demande avec beaucoup d'émotion. Le médiateur qui applique la négociation raisonnée peut, après avoir travaillé tout l'aspect émotionnel du blocage, informer la partie des critères d'applications à une telle demande et l'inviter à juger par elle-même si elle pense qu'elle en aurait. En ce faisant il l'amène à être son propre juge, respecte son intelligence sans lui imposer quoi que ce soit et, se sert du doute créé pour revenir de façon aidante à ses besoins. Il le fera en lui demandant ce que représentent ces dommages punitifs selon son sens de justice personnel.

Très souvent les gens vont répondre qu'ils veulent faire une différence et que leur dossier serve à changer les façons de faire de l'autre partie. Voilà la découverte d'un besoin auquel on peut travailler en amenant l'autre partie à changer ses façons de faire. Les médiateurs taillent souvent des ententes de cette façon. Elles sont gagnantes/gagnantes car il n'y a pas de dommages punitifs payés mais l'objectif visé par la demande est accompli. De toute évidence on a aussi réussi à concevoir une entente créative qu'un tribunal n'aurait jamais pu ordonner.

Cette utilisation de la négociation raisonnée respecte toute la sociologie de la médiation discutée plus haut. Elle permet d'aborder l'information juridique applicable aux parties sans leur donner d'opinion, elle leur permet de mesurer une entente négociée à la lumière de leur alternative juridique, elle les aide à cheminer, elle leur permet de prendre une décision en toute connaissance de cause et de se satisfaire du règlement obtenu, elle s'assure de leur plein consentement à une entente négociée. Les normes applicables sont abordées comme un élément du dossier parmi tant d'autres pour pouvoir revenir à la pierre angulaire de tout le processus, la recherche de la satisfaction des besoins au-delà d'une norme juridique imposée.

Il faut cependant parfaitement maîtriser l'art de la négociation raisonnée pour ne pas tomber dans le piège de rester bloqué sur la solution juridique et de vouloir faire de la justice expéditive en médiation. Ce piège est réel et beaucoup en ont peur. Alors que dans les juridictions anglo-saxonnes ce sujet a été bien intégré, au Québec, nous n'avons pas du tout métabolisé ce sujet au point où il est tabou depuis toujours. Je crois que cela vient de notre culture juridique cartésienne et codifiée. Si on regarde un plan cartésien, il y a deux axes : X ou Y. C'est l'un ou l'autre, on parle de droit ou on n'en parle pas, sans nuances. D'autre part, tant que la doctrine nous dit qu'on ne doit pas faire quelque chose, on ne le fait pas. Dans notre mentalité de culture codifiée, nous attendons qu'un texte nous y autorise. Cette autorisation ne vient pas car nous sommes restés figés dans le modèle original des années 80 où il fallait à tout prix s'éloigner de la solution judiciaire. Après tout, c'est une méthode alternative au procès. Pourtant savez-vous que les anglo-saxons ont changé l'appellation ADR (*alternative dispute resolution*) pour ADR (*appropriate dispute resolution*). Autrement dit, dans ces méthodes, il ne faut pas être dogmatique, il faut faire ce qui est approprié à la situation. Ne pas ignorer l'éléphant blanc que peut représenter la norme applicable a depuis longtemps, été jugé approprié en médiation classique dans nos juridictions voisines. Au Québec les universités enseignent le modèle dogmatique des premières années qu'on ne parle pas de droit en médiation, tous les textes de doctrine sont demeurés les mêmes, les règles des CRA préconisent noir sur blanc ce dogme alors qu'en pratique on sait que les juges ont en général, adopté un autre modèle. Seul le règlement sur la médiation aux petites créances fait bande à part timidement en intimant que le médiateur donne toute l'information pertinente aux parties. On sait en coulisse qu'il parle du droit mais n'ose pas le dire. Il est temps d'oser. Car si on ne nomme pas le tabou, on ne peut aborder le vrai débat sur les bonnes pratiques pour le dompter. On se prive d'évoluer.

Il est donc grand temps que nous fassions une réflexion collective sur cette question. Ceci parce je sais que le mot est fort, mais je crois que l'inconfort de la profession juridique face à la place des normes en médiation relève de la castration. Je crois que c'est la raison pour laquelle les avocats ne trouvent pas leur place en médiation, ni pour en faire, ni pour y référer leurs clients vers un collègue médiateur. Je crois que c'est ce qui a grandement contribué au fait que la médiation privée n'a pas levé au Québec contrairement aux États unis et dans le reste du Canada et que les justiciables se sont tournés vers les CRA. C'est dommage parce que la profession juridique, qui a une position privilégiée pour développer ce nouveau créneau de pratique très prometteur, passe à côté au profit d'autres professions qui ne vivent pas cette question existentielle de la place des normes en médiation. Croyez-vous qu'un comptable/médiateur ne

parlera pas des règles d'évaluation de la valeur d'une compagnie dans une dispute d'actionnaires? Qu'un notaire ne parlera pas des règles de liquidation des successions dans une dispute testamentaire? Qu'un ingénieur ne parlera pas des règles de l'art applicables dans un dossier de vice de construction? La clé ce n'est pas de ne pas en parler, c'est la façon de le faire. D'une part sous forme d'information pour que les justiciables puissent analyser tous les éléments pertinents à l'équation de leur litige mais surtout, sans agir comme un juge qui tranche le débat uniquement par la norme. Car la médiation (judiciaire ou privée) ne doit pas répéter le modèle du tiers qui tranche et dicte la solution aux parties sinon cela deviendra une justice expéditive sans le bénéfice du procès. C'est un réel danger.

La pérennité de la médiation d'ici les 20 prochaines années va devoir passer par la qualité de la négociation raisonnée appliquée dans ce processus offert aux justiciables du 21<sup>ème</sup> siècle tant en médiation privée que judiciaire. Ces justiciables s'annoncent encore plus sophistiqués et exigeants que ceux de la fin du 20<sup>ème</sup>. Si la médiation se limite rapidement aux normes, à la solution juridique où à celle que conçoit le médiateur, sans la sophistication de toutes les techniques raffinées de la négociation raisonnée, cette forme de justice expéditive va bien vite les désillusionner. Nous risquons de voir un retour du balancier où ils vont préférer se faire dicter la solution par le juge après avoir fait leur preuve au procès plutôt que de se faire dicter un jugement expéditif par un médiateur. Ces même justiciables n'iront pas non plus vers un processus de médiation où ils n'ont pas l'occasion de bénéficier de l'information normative pertinente à leur dossier qui peut faire partie de l'équation dans la résolution du conflit. Si on les prive de considérer ces éléments dans un processus de résolution, ils ne sentiront pas qu'on respecte leur intelligence ni leur capacité de prendre leur destinée en mains, ce qu'ils veulent plus que tout.

La demande de médiation va grandissante. Les CRA ne fourniront pas et les juges doivent avant tout rester disponibles pour trancher et ce, rapidement. La profession juridique doit trouver sa place privilégiée dans cette pièce maîtresse d'accès à une nouvelle justice. Pour ce faire elle doit métaboliser adéquatement les techniques reconnues et développées dans les juridictions d'où nous vient la médiation, pour contribuer à son essor au Québec et surtout, à sa durabilité. Je nous invite donc tous, avocats, Barreaux, universitaires et magistrats à amorcer et conjuguer une réflexion sur ces questions. Nous contribuerons tous ainsi à l'évolution essentielle de la vision moderne d'accès à la justice.

Merci