

Un phénomène de justice transcendant : La médiation judiciaire au Québec.¹

Louise Otis

Il y a 20 ans, au Canada, la médiation a fait une percée remarquable dans les institutions judiciaires par l'instauration de la médiation judiciaire soit la médiation présidée par des juges actifs, au sein des Cours et des Tribunaux. Le mouvement fut initié au Québec, en 1997, par un projet pilote de 18 mois sous la gouverne de la Cour de plus haute instance du Québec soit la Cour d'Appel. Au terme de ce projet, la médiation a été législativement intégrée à la Cour afin de confirmer son existence autonome et de régir son fonctionnement. Il s'agissait d'une première au monde.

Après l'instauration de ce nouveau modèle, les cours et tribunaux ont intégré la médiation judiciaire selon diverses variantes. Au Canada par exemple, au moins huit provinces, les trois territoires et la Cour fédérale ont adopté des formes de médiation rattachées au système judiciaire.

Le modèle québécois est particulièrement important puisqu'il intègre la justice judiciaire et la justice médiationnelle à tous les niveaux et dans pratiquement tous les domaines de droit, incluant les matières familiales et administratives, le droit civil et commercial et aussi le droit criminel.

Il constitue un système hybride unifié et intégré, unique au monde par sa longévité et son exhaustivitéⁱ. En conséquence, le modèle

¹ Cette allocution est tirée d'un texte qui sera publié par l'auteur en 2018.

québécois fournit une illustration saisissante des changements fondamentaux qui peuvent naître d'une réorientation radicale de la façon dont la justice est rendue.

À mon avis, la médiation judiciaire marque un nouvel ordre normatif plus participatif qui conçoit le litige de façon plus large et holistique et, partant, offre une justice plus complète et mieux adaptée aux besoins des parties aux prises avec une variété de conflits.

Posons un regard sur l'évolution des sociétés occidentales.

Au fil des décennies, les institutions étatiques de justice sont progressivement devenues le lieu principal d'expression et de résolution des conflits. Cette situation est due en partie à l'impérialisme sous-jacent du droit qui colonise toujours plus de champs de l'activité humaine afin de les intégrer à son discours et en partie au déclin d'ordres normatifs parallèles comme la religion. Bien que l'hégémonie du droit soit loin d'être complète - la science par exemple fournit un repoussoir puissant aux ambitions du droit - la société occidentale de ce début du 21^e siècle est hautement judiciarisée.

Plus spécifiquement, cependant, ces institutions étatiques de justice donnent corps à un droit particulier, avec des mécanismes de résolution des différends qui reflètent le droit qu'elles appliquent. Le principal mécanisme formel de résolution des litiges juridiques demeure **le procès** qui prend appui sur une procédure accusatoire et contradictoire qui a pour effet de judiciariser le conflit. Le pouvoir du modèle juridictionnel classique est tel que les autres modes alternatifs de résolution des différends tirent leur force de leur position « à l'ombre du droit » selon la formule devenu classique. La norme imposée par le processus juridictionnel continue de colorer leurs différends, de

donner un caractère d'urgence à leur résolution et fait peser sur eux une menace à tout le moins implicite afin de les garder dans le droit chemin. La norme, en bref, est un système de justice contrôlé par l'État dont l'objectif principal est d'assurer l'équilibre entre les intérêts opposés ou les droits subjectifs des parties au moyen d'une décision judiciaire.

Plusieurs facteurs ont contribué à assurer la longévité du système de justice contradictoire qui demeure encore aujourd'hui la voie royale de résolution des conflits juridiques. Nous pensons notamment à l'indépendance et l'impartialité des juges, à l'application d'un code de procédure uniforme et neutre, à l'assurance qu'ont les parties d'obtenir un jugement fondé, pour l'essentiel, sur la preuve qu'elles ont produite et, finalement, le respect de la primauté et de la stabilité du droit dans la résolution des litiges, telles qu'assurées par la règle des précédents.

Et puis, en creusant davantage, on voit que le rôle même des juges dans la régulation sociale a pour effet de consolider le système classique. Les juges étant de plus en plus confrontés à des questions à haute teneur sociale, ils sont implicitement appelés à définir les termes de l'évolution de la relation entre l'individu et la société. Par conséquent, le système judiciaire tel que nous le connaissons, avec ses garanties fondamentales de justice et d'équité procédurales, est un arbitre crucial du changement.

Toutefois, si le système classique convient parfaitement à l'accomplissement de certaines tâches - dont l'acte de juger est certes le pilier - il comporte de sérieuses lacunes pour d'autres tâches. Les limitations du système classique ont été examinées sous toutes ses coutures en pratique et en doctrine : la longueur des délais administratifs et procédurauxⁱ, les coûts judiciaires et extrajudiciaires exorbitants liés au débat contradictoireⁱ, le chevauchement des intérêtsⁱ, le traumatisme physique et psychologique associé à la

judiciarisation des conflitsⁱ, les limites inhérentes du débat contradictoire dans la recherche de la solution la plus susceptible de mettre un terme définitif au litigeⁱ. On sait que souvent, les juges - qui sont liés par le contrat judiciaire des parties - ne peuvent régler le litige de la meilleure manière. Ils ne peuvent proposer la meilleure solution pour régler totalement le litige et prévenir le retour devant les tribunaux.

La médiation a été développée au sein du système de justice en réponse aux faiblesses apparentes du modèle classique face aux besoins changeants et aux exigences de la société à l'égard du système de justice. Les modes de règlement des différends flexibles et centrés sur les parties comblent plusieurs des défauts du système contradictoire.

À mon avis, pour les litiges qui sont déjà dans le système judiciaire ou qui ont résisté à toute forme de règlement extrajudiciaire, la médiation judiciaire - par juges - constitue une alternative puissante à l'instrument plus direct et moins conciliant du procès contradictoire. Elle offre une voie mitoyenne qui combine certaines des vertus du processus juridictionnel et la flexibilité et l'adaptabilité de la négociation présidée par un tiers neutre. Elle représente non seulement une réforme sur le plan de l'efficacité mais également une redéfinition du rôle des tribunaux et des juges dans leur façon de rendre la justiceⁱ.

La médiation est plus rapide que le procès, elle n'impose pas la nécessité de préparer de longues et coûteuses procédures écrites et de tenir des interrogatoires hors cour. Elle permet de sauver des ressources matérielles tant aux parties qu'au système judiciaire lui-même. Pas besoin de greffier ou de huissier en médiation. Ni d'enregistrement.

Pourquoi un juge?

Les juges apportent à la table de la médiation plusieurs qualités et compétences particulières qui font d'eux des médiateurs efficaces. Premièrement, les juges ont une longue expérience d'intervention entre des parties qui vivent un différendⁱ.

Cette expérience pratique est renforcée par un second facteur, soit l'engagement du juge à résoudre les litiges et à rendre justice.

Troisièmement, le juge fait partie du système de justice public subventionné, ce qui constitue un avantage indéniable pour les parties pour qui le processus juridictionnel et les médiateurs privés sont trop dispendieux. Au Québec par exemple, il n'y a aucun coût associé à l'utilisation de la médiation judiciaire hormis les dépenses liées à la préparation de la session de médiation. Ces types de programmes ont par conséquent le potentiel d'offrir le meilleur des deux mondes; ils offrent la flexibilité de la médiation tout en utilisant les décideurs déjà en place sans frais additionnels.

La connaissance du droit par le juge constitue un facteur qui vaut son pesant d'orⁱ. Bien qu'elle découle également de l'expérience du juge, cette connaissance va au-delà de la capacité à discerner la façon d'aborder les parties à un litige. Les juges ont une compréhension des questions juridiques qui leur permet de se concentrer sur les enjeux sous-jacents au litige et les faire passer au premier plan lors des discussions entre les parties. Ils doivent cependant couper court à l'expression d'une opinion sur la cause. Bref, la présence d'un juge qui offre une supervision expérimentée pendant les négociations constitue un repoussoir idéal aux coûts de délégation et aux pertes d'efficacité entre les parties et leurs avocatsⁱ.

Les juges doivent bien sûr être formés pour faire de la médiation et, plus spécifiquement, être en mesure de relever certains des défis que présente la médiation judiciaireⁱ. Au Canada, seuls les juges qui ont suivi une formation intensive peuvent participer au programme de médiation judiciaire. Ces cours de formation sont entièrement conçus pour répondre aux besoins des juges, leur permettre de faire la transition entre le processus juridictionnel et la médiation et ainsi mener efficacement une séance de médiationⁱ. Changer le mode de pensée propre au processus décisionnel constitue la clef du succès; cette question doit être abordée explicitement lors de la formation du juge-médiateur parce qu'il n'y a pas de place pour un décideur judiciaire dans le cadre d'une séance de médiation.

Le rôle du juge-médiateur n'est pas de soutirer une transaction aux parties ou de diriger le processus vers un résultat particulier mais plutôt pour aider les parties à parvenir à leur propre résolution du conflitⁱ. La fonction judiciaire et l'opinion qu'en ont les parties peuvent donner une crédibilité au processus et contribuer à le faire progresser alors qu'il pourrait autrement échouer, mais utiliser cette fonction pour contrôler le processus a pour effet de le corrompre.

Un des avantages plus subtils de la médiation judiciaire, en particulier au stade de l'appel, provient de sa relation institutionnelle avec le processus juridictionnel. Un juge qui a reçu une formation adéquate en médiation se trouve en position idéale pour préserver l'intégrité du système contradictoire lors de la session de médiation en démontrant la déférence appropriée à l'égard de la décision de 1^{ère} instanceⁱ. En effet, permettre à un médiateur privé, même rattaché aux tribunaux, d'évaluer une décision en instance d'appel pourrait ébranler la confiance que peuvent avoir les justiciables dans les tribunaux et potentiellement affecter les perceptions du public à l'égard de l'autorité des décisions judiciairesⁱ.

Le modèle de médiation judiciaire permet de maintenir efficacement le processus de révision à l'interne. À la suite de la décision rendue par le juge de 1^{ère} instance, un confrère présidera la médiation du litige; si les parties parviennent à une entente, elle sera entérinée par un banc indépendant de juges de la Cour d'appelⁱ. La perception qu'a le public du processus judiciaire est fragile; un système intégré de médiation judiciaire pour les dossiers déjà judiciairisés permet d'assurer qu'aucun des processus – décisionnel ou médiationnel – ne nuira à l'autre.

En plus, lorsqu'elle est présidée par des juges, la médiation revêt une autorité morale très grande qui constitue un atout pour la résolution des dossiers.

Pourquoi une refondation du droit?

Mais surtout, la médiation représente non seulement une réforme sur le plan de l'efficacité mais également une re-définition du rôle des tribunaux et des juges dans leur façon de rendre la justice. Plus important, elle responsabilise désormais les citoyens face à leurs conflits. Elle les oblige à participer à leur propre jugement. Je disais à l'époque qu'il s'agit d'un véritable transfert freudien : les parties donnent la saisine de leurs litiges à la Cour, puis en demandant volontairement la médiation, les parties reprennent le contrôle sur leur litiges, l'espace d'une médiation, afin qu'ils puissent écrire eux-même leur jugement. La particularité est qu'elles sont assistées de tiers neutres qui connaissent le droit.

C'est en cela que l'on a pu écrire que la médiation judiciaire constitue une refondation de la justice. Un nouveau phénomène dans l'administration de la justice moderne.