

Des raisons et des manières d'intégrer la médiation dans le système de justice civile

Marie-France Chabot

Volume 40, Number 1, 1999

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043532ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043532ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Chabot, M.-F. (1999). Des raisons et des manières d'intégrer la médiation dans le système de justice civile. *Les Cahiers de droit*, 40(1), 91–112.
<https://doi.org/10.7202/043532ar>

Article abstract

After exposing the reasons why this author deems it to be useful and relevant to integrate mediation into the civil justice system, she explains how this could be done.

Her reasons are founded equally upon the very nature of mediation, its qualities and intrinsic benefits for the parties and society as well as upon current administrative and social needs that implicitly call for such a remedy. With regard to the means for achieving this end, the author first emphasises the implementation of logistics warranting an option between arbitration, mediation and a decision-making process, the trial. The issue is one of requesting and allowing parties to choose, yet that they be required to make a choice. This leads to the providing of duties that would fall upon the parties legal representatives, the parties themselves, court officials and judges. Moreover, she specifies that the public mediator, as an officer in the service of justice, must be granted a status and conditions for intervening that would protect and elevate such an officer to a rank similar to, but not to be assimilated into the magistracy.

Her call for a change suggests that the basic objectives of the *Code of Civil Procedure* be readjusted in such a manner that the system may tend to favour the following reality : A trial if need be, but not only nor necessarily a trial.

Des raisons et des manières d'intégrer la médiation dans le système de justice civile

Marie-France CHABOT*

Après avoir fait ressortir les motifs pour lesquels il lui semble pertinent et utile d'intégrer la médiation dans le système de justice civile, l'auteure explique comment cela pourrait être fait.

Ses motifs s'appuient autant sur la nature même de la médiation, ses qualités et ses bénéfices intrinsèques pour les parties et pour la société que sur la conjoncture administrative et sociale qui demande implicitement ce remède. Sur le plan des moyens, l'auteure insiste d'abord sur l'implantation d'une logistique découlant d'une option entre un mode amiable, la médiation, et un mode d'adjudication, le procès. Demander et permettre aux parties de choisir, mais aussi les interpeller au sujet de ce choix. Cela l'amène à prévoir des devoirs dont seraient responsables les procureurs des parties, les parties elles-mêmes, les gestionnaires d'instance et les juges. Par ailleurs, elle précise que le médiateur public, à titre d'officier de justice, doit se voir octroyer un statut et des conditions d'intervention qui le protègent et le sacralisent, tout autant que le juge, sans toutefois l'y assimiler.

Son appel au changement implique que les objectifs fondamentaux du Code de procédure civile soient adaptés de façon que le système tende à favoriser la réalité suivante : le procès s'il le faut, mais pas seulement ni nécessairement le procès.

After exposing the reasons why this author deems it to be useful and relevant to integrate mediation into the civil justice system, she explains how this could be done.

* Directrice des programmes de premier cycle, Faculté de droit, Université Laval.

Her reasons are founded equally upon the very nature of mediation, its qualities and intrinsic benefits for the parties and society as well as upon current administrative and social needs that implicitly call for such a remedy. With regard to the means for achieving this end, the author first emphasises the implementation of logistics warranting an option between arbitration, mediation and a decision-making process, the trial. The issue is one of requesting and allowing parties to choose, yet that they be required to make a choice. This leads to the providing of duties that would fall upon the parties legal representatives, the parties themselves, court officials and judges. Moreover, she specifies that the public mediator, as an officer in the service of justice, must be granted a status and conditions for intervening that would protect and elevate such an officer to a rank similar to, but not to be assimilated into the magistracy.

Her call for a change suggests that the basic objectives of the Code of Civil Procedure be readjusted in such a manner that the system may tend to favour the following reality: A trial if need be, but not only nor necessarily a trial.

	Pages
1. Des raisons d'intégrer la médiation dans le système de justice civile.....	94
1.1 La responsabilité d'offrir deux grandes options	94
1.2 La nécessaire valorisation du règlement amiable.....	95
1.3 Les bénéfices liés à la médiation des litiges civils	97
1.4 Les inconvénients liés à l'adjudication des litiges civils	99
2. Des manières d'intégrer la médiation dans le système de justice civile	102
2.1 L'adaptation des objectifs du <i>Code de procédure civile</i>	102
2.2 Le droit d'option entre deux forums de règlement	103
2.3 Le médiateur, un officier de justice au même titre que le juge	107
2.4 Les conditions d'accès au forum de médiation	109
Conclusion	112

Le présent texte ne développe pas tous les modes dits « alternatifs¹ » de règlement d'une manière aussi poussée les uns que les autres. Il se concentre principalement sur l'intégration de la médiation dans le système de justice civile. La négociation et l'arbitrage ne sont pas au centre de nos préoccupations, puisque nous sommes d'avis qu'ils ont déjà une place claire dans le système. Celle-ci pourrait certes encore être améliorée, surtout en ce qui concerne la négociation. Par ailleurs, il faut se rappeler que les parties peuvent toujours avoir recours à la négociation, à la médiation et à l'arbitrage, sans passer par le système ou encore en choisissant d'en sortir².

Pour sa part, l'arbitrage conventionnel est déjà encadré par le Code de procédure civile³, à titre de solution de rechange à l'adjudication publique des litiges. Son résultat, la sentence arbitrale, peut, si la partie ayant obtenu gain de cause le souhaite, être homologuée et prendre ainsi valeur de jugement exécutoire. Quant à la négociation, elle opère déjà en marge du système et en complémentarité avec celui-ci. En effet, le *Code civil du Québec* a reconnu que la transaction issue du consensus des parties a valeur de chose jugée entre elles et le *Code de procédure civile* prévoit sa reconnaissance, par voie d'homologation ou autrement, aux fins de l'exécution forcée ou de la publicité⁴. En fait, la négociation est déjà très utilisée, entre autres par les avocats. Le Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien a souligné que seulement de 3 à 5 p. 100 des dossiers inscrits dans le système canadien de justice civile aboutissent à une décision judiciaire. De 95 à 97 p. 100 des causes inscrites ne s'y rendraient donc pas soit parce qu'elles font l'objet d'un désistement sans règlement, soit parce qu'elles ont été réglées à

-
1. Au lieu d'employer l'expression « modes alternatifs » (anglicisme dérivé de l'expression *alternative dispute resolution*), nous retenons plutôt les termes « modes non judiciaires de règlement ». Toutefois, nous développerons davantage une partie seulement d'entre eux : les modes amiables ou consensuels de règlement (négociation et médiation). D'autre part, quand il s'agira de viser les modes de règlement où un tiers décide du sort du litige, nous parlerons du « forum adjudicataire » pour préciser au besoin s'il s'agit du procès judiciaire ou de l'arbitrage.
 2. Cette affirmation souffre des exceptions dans des circonstances très précises. Les parties doivent avoir recours au processus judiciaire pour obtenir des mesures provisionnelles (voir l'article 940.4 du *Code de procédure civile du Québec*, L.R.Q., c. C-25 (ci-après cité : « C.p.c. »)), pour déterminer le caractère arbitral d'une question (art. 943 C.p.c.), pour faire annuler une sentence (art. 846 C.p.c.) ou la faire homologuer (art. 946 C.p.c.). Il en est de même pour l'homologation d'une transaction.
 3. Voir les articles 382 à 394 et 940 à 952 C.p.c.
 4. Voir les articles 2631 à 2638 et 2968 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après cité : « C.c.Q. ») et les articles 44.1, 279, al. 3 et 822.5 C.p.c.

l'amiable avant l'instruction⁵. Évidemment, ces données n'incluent pas les conflits réglés à l'amiable sans même faire l'objet d'une demande en justice.

Si nous estimons que la négociation et l'arbitrage sont déjà assez bien encadrés par le système de justice civile, il en va autrement de la médiation. Celle-ci doit certes pouvoir encore être utilisée sur une base privée, hors du système public, et n'être reliée à ce dernier que si les parties demandent l'homologation de son résultat conventionnel. Cependant, nous croyons aussi qu'il y a lieu de l'intégrer davantage dans le système et de lui donner un statut public aussi important que celui du procès judiciaire. Il s'agit de systématiser la possibilité de recourir à la médiation sans sortir du système public. Si cette suggestion est retenue, on ne pourra plus dire du système de justice qu'il est strictement judiciaire ou contradictoire.

Par ailleurs, nous laissons à d'autres la tâche de pousser l'étude de la pertinence de la gestion d'instance⁶. Nous tenons pour acquis qu'elle s'impose et qu'elle sera indispensable à l'intégration de la médiation dans le système de justice civile : la seconde n'ira pas sans la première. Nous en ferons cependant état au passage lorsque cela sera utile à notre propos principal.

1. Des raisons d'intégrer la médiation dans le système de justice civile

1.1 La responsabilité d'offrir deux grandes options

Jusqu'à maintenant, mis à part les récentes modifications en matière familiale et les dispositions relatives à l'arbitrage, le système de justice a dégagé une image plutôt monolithique, comme s'il n'y avait rien d'autre que l'adjudication qui soit apte à régler les problèmes juridiques des parties. Pour le justiciable ordinaire, le palais de justice, c'est l'endroit où il faut aller pour passer devant le juge, c'est une série de salles d'audience où règnent des juges et des avocats, en toge. C'est donc le palais du judiciaire.

Or, nous le savons, la justice peut certes être obtenue par l'entremise du processus judiciaire, mais ce n'est ni le seul ni nécessairement le meilleur moyen d'obtenir justice. C'est aussi un choix qui non seulement ne règle pas

5. ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Rapport du groupe de travail sur les systèmes de justice civile*, Ottawa, août 1996, 112 pages, p. 11.

6. Ce que l'on appelle en anglais le *case management* fait l'objet de recommandations de la part de tous ceux qui ont étudié la manière d'améliorer le système de justice civile en matière de coût et de rapidité. Il s'agit d'un processus d'intervention qui consiste à suivre le cheminement des dossiers dès leur entrée dans le système afin d'assurer que leur avancement adopte un rythme normal et qu'il suit les voies appropriées jusqu'à une solution finale. La gestion d'instance implique que les procureurs des parties ne disposent plus du monopole du contrôle sur ce point.

définitivement les problèmes, mais peut souvent aggraver la situation d'une ou de toutes les parties. Le règlement juste d'un conflit ou d'un litige peut se faire par d'autres modes de règlement.

Nous croyons donc qu'il est opportun de consacrer officiellement l'existence de véritables options. Il s'agit de créer un système à deux pôles : le premier étant celui du règlement amiable et le second, celui de l'adjudication. Le palais de justice serait un véritable centre de règlement des différends. Une fois entrées dans le système, les parties pourraient choisir de demander l'intervention soit du médiateur, soit du juge. Dans les deux cas, un tiers impartial et indépendant contribuerait à résoudre leur litige. La différence découlerait d'un choix propre aux parties : régler leur différend en prenant ensemble les décisions appropriées ou demander au juge de décider pour elles laquelle a raison dans ses prétentions de fait et de droit.

Le message ainsi envoyé serait clair : la justice et la résolution appropriée des litiges peuvent être recherchées par deux voies distinctes et complémentaires comportant chacune leurs mérites et leurs limites. La mise en œuvre systémique des deux pôles comprendrait essentiellement deux grandes qualités : la mise en valeur de la diversité, et donc de la liberté, ainsi que le renvoi aux responsabilités des parties quant au choix de privilégier l'une ou l'autre.

S'il y a lieu d'affirmer l'existence d'un choix à faire entre le règlement amiable opéré sous la gouverne du médiateur et l'adjudication prononcée par un juge, il faut donc intégrer solidement la médiation dans le système de justice civile et laisser la porte toujours grande ouverte à la négociation libre.

1.2 La nécessaire valorisation du règlement amiable

On prête à Abraham Lincoln les propos suivants : le pire règlement vaut mieux que le meilleur jugement. Les tenants de cette philosophie veulent décourager la judiciarisation des litiges. Au nom d'une juste reconnaissance de l'interdépendance des acteurs sociaux, l'idée que les parties doivent être encouragées à trouver une solution à leurs différends par la voie du dialogue et de la coopération est mise en avant. Selon cette approche, une victoire qui fait de l'autre un perdant est en réalité une défaite. C'est l'échec du dialogue, l'échec de l'autonomie des parties qui avaient la capacité de définir à la fois le problème et une solution mutuellement acceptable.

Les modes amiables de règlement constituent des modes privilégiés de règlement parce qu'ils sont basés sur le libre consentement. Un certain nombre de postulats fondent cette préférence. Les parties savent mieux que quiconque où sont leurs intérêts et sont en mesure, à certaines conditions, de déterminer quelles solutions leur conviennent le mieux. Les modes

amiables de règlement offrent aux parties une voix dans le déroulement et le dénouement du litige.

Chaque fois qu'un litige exige une restructuration des relations entre les parties, préférablement à une rupture, le règlement amiable est plus pertinent que l'adjudication. En effet, le juge ne peut faire beaucoup plus que trancher des questions de fait et de droit, conclure et ordonner sous peine d'exécution forcée. Par contre, au moyen de la négociation et de la médiation, les parties se réapproprient leur destinée et déterminent l'issue du litige selon leur propre volonté, en tenant compte de tous les éléments pertinents de leurs situations respectives. En somme, la solution négociée est une solution sur mesure, adaptée de façon précise au cas particulier des parties. Par opposition, la solution judiciaire est définie par l'application d'une règle générale à tous les cas qui sont visés par elle. Par ailleurs, il est reconnu que les parties exécutent plus facilement une décision à laquelle elles sont parvenues par consentement mutuel que si elles y ont été contraintes. Lorsque la solution vient d'un tiers, aussi sage paraisse-t-elle, elle pèche par le fait d'être imposée aux parties, de l'extérieur. Elles auront tendance à y résister pour ce motif et à rejeter l'odieux sur le tiers si la décision leur cause des inconvénients.

Au-delà des avantages liés aux modes amiables de résolution des litiges eux-mêmes, il existe des circonstances contemporaines qui plaident pour leur adoption. L'engorgement des tribunaux et les délais conséquemment subis par les parties constituent la première de ces circonstances. La seconde tient au coût élevé du processus judiciaire, lorsqu'on ajoute les frais extrajudiciaires aux frais judiciaires. La prétention essentielle des modes amiables de règlement est de requérir moins de temps et moins d'argent et surtout d'entraîner moins d'éléments irritants pour les relations futures des parties.

Toutefois, avec des statistiques telles que celles que nous avons rapportées plus haut⁷, y a-t-il encore lieu de chercher à donner une meilleure place au règlement amiable dans notre système de justice civile? Nous croyons que la réponse à cette question doit malgré cela être affirmative. Tout d'abord, il faut favoriser un recours beaucoup plus précoce au règlement amiable pour des raisons d'économie de temps et d'argent et pour améliorer la qualité des ententes. En effet, s'il reste un intérêt certain à transiger sur les marches du palais de justice après des mois, voire des années de procédure et de stress, il faut comprendre qu'*a fortiori* il existe un intérêt encore plus grand à régler plus tôt, à meilleur coût et mieux non

7. Voir le texte correspondant à la note 5.

seulement pour les parties mais aussi pour le système qui, autrement, perd des jours-juges aussi précieux que rares et coûteux.

Des projets pilotes et des études portant sur les avantages financiers d'un règlement amiable rapide ont démontré que la manière la plus efficace de réduire le coût et les retards demeure d'en arriver à un règlement amiable avant que l'on ne soit rendu à l'étape souvent longue de l'enquête préalable au procès⁸.

Une autre raison de faire la promotion des modes consensuels de règlement des litiges est le fait que cette promotion permettra, si elle est faite sous l'angle approprié, de contribuer à corriger un problème d'image et de crédibilité qui marque tant le Barreau⁹ que le système de justice lui-même. Pour améliorer la confiance du public envers la justice et les avocats, il pourrait être utile de montrer que les acteurs du système ont autre chose dans leur boîte à outils que les techniques du procès et qu'ils sont qualifiés pour aider les parties à choisir et à mener à terme le mode de règlement le plus approprié dans leur cas particulier.

Enfin, les modes consensuels de règlement des conflits ne sont pas que des palliatifs moins coûteux que le procès. Ils sont porteurs de changement dans les rapports entre les parties et aussi entre les parties et leurs procureurs. Les valeurs fondamentales des modes amiables sont l'autonomie de même que la recherche coopérative et responsable de solutions mutuellement acceptables et viables.

Cette préférence envers les modes consensuels de règlement est toutefois nuancée par la conviction que, dans un certain nombre de cas, le recours à l'adjudication sera préférable pour des raisons qui tiennent soit à la nature du litige, soit à l'identité et aux intérêts des parties, ou à des motifs d'ordre public. Par ailleurs, même lorsqu'un litige est par nature gérable en négociation ou en médiation, il peut exister des risques qui, à certaines conditions, pourront être contrôlés et minimisés¹⁰.

1.3 Les bénéfices liés à la médiation des litiges civils

Quoiqu'il soit pertinent de valoriser la médiation de façon distincte de la négociation, il faut se souvenir qu'elle appartient fondamentalement à la négociation. Dans son cas, cependant, la recherche d'entente est assistée par

8. ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *op. cit.*, note 5, p. 36.

9. Ce problème d'image a été souligné par le Barreau du Québec dans son rapport sur l'avenir de la profession : BARREAU DU QUÉBEC, *La pratique du droit au Québec et l'avenir de la profession*, juin 1996, Édition Léon Bédard, Directeur des communications, Barreau du Québec, 133 pages, p. 119.

10. Nous y reviendrons dans la section 2.4.

un tiers indépendant et impartial qui influe, par sa seule présence et par ses techniques, sur le déroulement du processus. Il a pour rôle d'assister les parties dans leurs pourparlers et de favoriser leur rapprochement.

Les parties y conservent le contrôle sur le contenu du règlement. Il leur est permis d'imaginer et d'adopter des solutions originales, hors des sentiers souvent restreints du droit substantiel. Ce n'est pas que ce dernier soit complètement ignoré, mais plutôt que les solutions retenues en médiation peuvent se situer en marge du droit applicable. En effet, le but fixé est différent de celui du législateur qui doit définir une solution d'application générale ou de l'adjudicateur qui doit appliquer cette règle générale. En médiation, les parties, avec l'aide du médiateur, cherchent à définir conjointement la solution particulière à un conflit particulier et à établir un cadre susceptible de prévenir les litiges futurs entre elles.

Il est crucial de souligner qu'il y a une grande différence qualitative entre, d'une part, des négociations par procureurs interposés (avec les distorsions qui les accompagnent nécessairement) et, d'autre part, un processus de médiation où les pourparlers se font directement entre les parties, sous la supervision d'un tiers impartial, spécialement formé pour régler les difficultés de communication qui caractérisent les négociations litigieuses. La seconde méthode, si elle reste un mode consensuel de règlement, est supérieure à la première dans la plupart des cas en fait de rapidité, de satisfaction réciproque et de potentiel préventif¹¹.

À ce sujet, le *Rapport du groupe de travail sur les systèmes de justice civile* fait état d'une analyse de rentabilité réalisée par l'Insurance Corporation of British Columbia sur l'utilisation de la médiation dans le règlement des actions pour lésions corporelles. Elle conclut que la médiation est encore plus rentable lorsqu'elle est effectuée au début de l'instance. Le Rapport ajoute que, selon une évaluation menée en 1995 d'un projet de solution de rechange pour le règlement des conflits sous la gouverne du tribunal, le règlement amiable des affaires qui n'ont pas fait l'objet de médiation prend deux fois plus de temps que dans le cas des affaires qui sont passées par la médiation. Qui plus est, on prévoyait des économies même en ce qui a trait aux causes qui n'avaient pas été complètement réglées à l'amiable par la médiation, précisément en raison de l'utilité de cette dernière pour élaguer et circonscrire les points litigieux qui donnent lieu au procès¹².

11. Voilà ce qui ressort de plusieurs rapports. Entre autres : CONCILIATION EN MATIÈRE CIVILE À LA COUR SUPÉRIEURE, *Rapport du groupe de travail sur le projet pilote de Montréal*, Montréal, 25 août 1998, p. 4.

12. *Ibid.*

Sur le plan psychologique, le fait de négocier avec l'aide d'un tiers les conditions d'une reprise du cours normal des affaires contribue à responsabiliser les parties face au présent et au futur de leurs relations. La médiation permet aux parties d'exprimer en présence l'une de l'autre et devant un tiers leurs émotions, leurs sentiments et leurs désirs. D'expérience, ce dernier élément est un de ceux par lesquels le règlement intervient et l'apaisement des relations devient alors possible.

De plus, la médiation opère en privé, contrairement aux séances du système judiciaire qui ont presque toujours lieu en public. En médiation, un conflit interpersonnel délicat ou dont l'objet est, par exemple, un processus industriel privilégié peut être traité sans la publicité du processus judiciaire. Les parties qui consentent à une médiation peuvent légitimement s'attendre que les communications effectuées lors de la séance de médiation demeurent confidentielles. Souvent, cette espérance de confidentialité constitue d'ailleurs l'un des motifs les ayant amenées à préférer la médiation. En outre, l'existence d'une garantie de confidentialité conditionne la facilité avec laquelle les parties s'expriment et, partant, le succès de la médiation elle-même. Il existe en effet déjà des garanties légales¹³ protégeant la confidentialité des pourparlers.

Nous ne nions pas que la médiation puisse, comme la négociation, présenter certains risques pour les parties. Nous croyons cependant que la formation et l'encadrement des médiateurs viennent déjà minimiser de tels risques. De plus, nous sommes d'avis que, plutôt que de recourir automatiquement au procès dès que certaines circonstances font émerger des risques à recourir à la médiation, il vaut mieux chercher à endiguer ces risques que de baisser les bras et de se priver ainsi des avantages de la médiation¹⁴.

1.4 Les inconvénients liés à l'adjudication des litiges civils

Notre société s'est donné des institutions de justice pour dire le droit et trancher les litiges selon le droit. Ainsi, des juges nommés par l'autorité publique sont à la disposition des parties. Selon deux auteurs, les cours de justice que nous connaissons constituent un héritage de l'esprit conflictuel des traditions militaires romaines¹⁵. À leur avis, l'esprit conciliateur qui caractérise la rhétorique grecque, comme ce que l'on connaît des mentalités asiatique et africaine, a été en quelque sorte mis en veilleuse par suite de

13. Nous y reviendrons dans la section 2.4 qui précisera, entre autres, les garanties nécessaires à la sécurité des parties en médiation.

14. *Ibid.*

15. M. TANCELIN et D. SHELTON, *Des institutions, branches et sources du droit*, Montréal, Éditions Adage, 1989, p. 130.

l'influence écrasante du droit romain, repris à son compte par l'Église romaine avec le droit canonique¹⁶.

Tout en se rendant à l'évidence que le système judiciaire contribue à la paix sociale, il faut admettre qu'il comporte également des effets irritants pour cette même paix sociale. Le processus judiciaire laisse souvent de telles séquelles entre les parties (celles-ci ayant exacerbé leurs antagonismes pendant l'instance) qu'il est parfois difficile de qualifier la solution judiciaire de « règlement » du conflit. Tout au plus a-t-on, dans ces cas, tranché une question momentanément, jusqu'à la prochaine manifestation du conflit, resté entier sinon aggravé par le mode de règlement lui-même. C'est dans de tels contextes que les avocats sont perçus comme des adversaires du règlement et des alliés du conflit.

Pour leur part, les membres du Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien ont constaté qu'un nombre élevé et toujours croissant de justiciables, tout en croyant vivre dans une société où leurs droits sont protégés par des lois, ont le sentiment de ne pas pouvoir exercer ces mêmes droits parce que le système de justice actuel est trop lent, trop coûteux et trop complexe. En somme, il y a un énorme problème d'accès. Quoiqu'elle soit toujours présente, la confiance dans le système de justice civile décroît.

Pour leur part, les membres du Comité quadripartite ayant étudié le rapport sur la justice civile au Canada¹⁷ ont défini l'objectif d'une réforme éventuelle en termes d'accessibilité. Selon eux, il faut se donner comme objectif de faire en sorte que le système de justice civile devienne suffisamment accessible pour que le justiciable voie ses différends résolus efficacement, rapidement et à un coût raisonnable¹⁸. De plus, ils ont adopté, entre autres, comme principe de la réforme qu'il fallait simplifier la procédure. C'est donc dire qu'ils ont vu des problèmes d'inefficacité, de complexité procédurale, de lenteur et de coût déraisonnable.

Paradoxalement, l'une des forces de notre système d'adjudication est aussi l'un de ses inconvénients majeurs : son caractère public¹⁹. La qualité

16. *Ibid.*

17. Comité quadripartite formé par le Barreau du Québec en novembre 1996. Ses membres étaient : Pierre J. Dalphond, juge à la Cour supérieure, Jacques Lachapelle, juge à la Cour du Québec ; pour le Barreau du Québec : M^e George Emery, président, M^e Denis Ferland, M^e André Roy, M^e Suzanne Vadboncoeur, secrétaire ; pour l'Association du Barreau canadien : M^e Marc-André Patoine et M^e George R. Hendy.

18. BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur le rapport de la justice civile au Canada*, Montréal, mai 1998, p. 19.

19. Voir le texte de l'article 13 C.p.c., qui établit la publicité du procès civil comme règle et le huis clos comme exception, sauf en matière familiale. En principe, le huis clos ne peut être ordonné que dans l'intérêt de la morale ou de l'ordre public.

de la réputation étant une donnée fondamentale tant pour la vie privée des personnes physiques que pour la santé financière des personnes morales et des entreprises, on comprend facilement le malaise de certains justiciables qui, étant simplement poursuivis ou, pire, déclarés responsables souffrent par la suite d'un coûteux problème d'image auprès de leur clientèle.

Enfin, il n'est pas inutile de rappeler que le juge, comme les procureurs, est pris dans un carcan de règles l'obligeant à mettre de côté certains aspects cruciaux des problèmes qui lui sont confiés et le contraignant à ne prendre en considération que certains faits prouvés en vertu des règles applicables. De plus, lorsque le dossier comporte des dimensions techniques ou scientifiques complexes, le droit de la preuve judiciaire et les enjeux du système contradictoire entraînent souvent des difficultés inextricables et des longueurs extrêmement coûteuses tant pour les parties que pour le système. Ce qui n'arrange rien à ce problème déjà difficile, c'est que, d'une part, le juge est un généraliste et que, d'autre part, les parties finissent par ne plus rien comprendre à leur dossier à cause de ce qu'elles appellent les « avocaseries ».

Malgré tout, la situation n'est pas telle qu'il faille répudier le système judiciaire. Selon Kathryn M. Werdegar, juge à la Cour suprême de Californie, les modes judiciaires et non judiciaires de règlement des litiges se complètent ; ils ont besoin les uns des autres²⁰. Elle affirme que les modes non judiciaires sont utiles non seulement parce qu'ils permettent d'alléger le fardeau des tribunaux en faisant sortir certaines causes complexes et longues du rôle judiciaire, mais aussi, de manière plus générale, par voie d'exemple et de contraste. Les modes non judiciaires sont utilisés pour répondre aux besoins des consommateurs. En effet, ils fleurissent parce qu'ils offrent ce que le système judiciaire traditionnel ne peut leur procurer. Tandis que, dans les débuts, les modes non judiciaires (surtout l'arbitrage) se tournaient vers les tribunaux pour y chercher conseil sur le plan de la procédure, elle observe qu'aujourd'hui les tribunaux s'orientent vers les modes de rechange à titre de modèles sur le plan de la flexibilité, de la rapidité, de l'économie et de la capacité à régler définitivement les litiges.

La juge Werdegar rapporte que, à la lumière des succès et de la popularité des différents modes non judiciaires, les cours fédérales américaines ont rendu disponibles aux parties une gamme complète de services prélitige, allant de l'évaluation neutre précoce au miniprocès, en passant par la

20. K.M. WERDEGAR, « The Courts and Private ADR, Partners in Serving Justice », *Dispute Resolution Journal* (avril 1996) 52, 53.

médiation et l'arbitrage²¹. Elle mentionne aussi qu'un nombre grandissant de cours civiles des États américains exigent que les parties soient passées par la médiation avant le procès. En somme, elle se réjouit du fait que les modes non judiciaires ont incité les tribunaux et le législateur à s'engager dans des changements innovateurs et constructifs aptes à rendre le système de justice plus capable de répondre aux besoins des parties en litige.

Par ailleurs, elle souligne que les modes non judiciaires, tant l'arbitrage que la médiation, opèrent à l'ombre de la loi ou, en d'autres mots, sous l'éclairage général de la loi et de la jurisprudence. Selon elle, les lois et les décisions des tribunaux fournissent des options, établissent un cadre minimal ou différent quant au règlement proposé par une partie à une autre. De plus, elle rappelle que les lois et les tribunaux donnent l'encadrement juridique indispensable aux processus d'arbitrage et de médiation. Ils ont notamment établi les limites du pouvoir du tiers impartial, les conditions nécessaires au caractère final des décisions arbitrales, les règles de confidentialité du processus de médiation, celles du caractère définitif des conventions, etc. Au vu de cette interdépendance et de cette complémentarité, l'auteure conclut à un partenariat sain et constructif vers l'atteinte d'un but social commun : offrir un système de résolution des litiges légaux qui soit plus approprié en matière de délais et de coût et qui soit empreint de plus de souplesse et de justice. Tout cela milite pour la bipolarité de notre système de justice civile.

2. Des manières d'intégrer la médiation dans le système de justice civile

2.1 L'adaptation des objectifs du *Code de procédure civile*

Le *Code de procédure civile* du Québec, à son article 2, nous indique clairement que le système de justice civile est actuellement organisé et conçu dans le but de « faire apparaître le droit et en assurer la sanction ; [...] Ces dispositions doivent s'interpréter [...], autant que possible, de manière à faciliter la marche normale des procès, plutôt qu'à la retarder ou à y mettre fin prématurément. »

Dans la mesure où les idées préconisées dans la première partie de notre texte seront retenues, il faudra adapter en conséquence l'objectif des règles du Code afin qu'elles reflètent et rendent possibles les changements souhaités. L'article 2 ne pourra rester intact. L'objectif actuel devra cohabiter avec un objectif plus général, celui de permettre en tout temps aux parties d'avoir accès librement soit au forum de règlement amiable, soit au

21. *Id.*, note 4, 55. L'auteure y mentionne à titre d'exemples : 28 U.S.C. §473 (a)(6)(B) ; Fed. Rules Civ. Proc., rule 16(a), (c)(9).

forum adjudicataire pour régler leur litige. Le procès devra donc hériter d'un statut optionnel plutôt que d'un statut central. En un mot : le procès certes, mais pas seulement et pas nécessairement le procès.

C'est la vision préconisée par le Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien. Selon lui, il faut mettre en place un système de justice civile qui offre aux parties de nombreuses options en matière de règlement de conflits, évolue dans un cadre administré par les tribunaux, dispose d'une structure d'incitation qui récompense le règlement amiable précoce et fasse du procès un mécanisme précieux du règlement des conflits, mais de dernier ressort seulement²².

Sauf en ce qui concerne le dernier élément mentionné, le rapport du Comité quadripartite du Barreau du Québec va aussi dans le même sens. Il recommande d'adopter comme premier principe celui de faciliter l'accès du justiciable aux services de justice. Implicitement, cela déborde le seul droit à un procès. Cet accès devrait permettre au justiciable de régler rapidement, efficacement et à peu de frais son problème soit en continuant dans la voie traditionnelle de l'adjudication, soit en ayant recours à un mode amiable de règlement des conflits²³.

Pour sa part, le Groupe de travail sur le projet pilote de Montréal, s'appuyant sur les résultats positifs obtenus, recommande que soit mis en place, dans toute la province, le plus tôt possible, dans tous les dossiers contestés devant la Cour supérieure, un mécanisme d'invitation à la médiation en matière civile et commerciale²⁴. Ce groupe participe donc d'un consensus qui va s'élargissant : le choix des parties doit être enrichi de nouvelles options en matière de règlement des différends.

2.2 Le droit d'option entre deux forums de règlement

La question se pose de savoir si le recours au forum amiable, plus précisément celui de la médiation, doit être un passage obligatoire et préalable au procès ou, à l'opposé, un droit d'option laissé entièrement à l'initiative des parties, ou encore se situer quelque part entre les deux. Le Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien a fait un choix plus près de la première voie :

Que chaque ressort :

a) offre, dans le cadre du système de justice civile, la possibilité aux parties de recourir à des mécanismes non exécutoires de règlement des conflits dès les

22. ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *op. cit.*, note 5, p. 25.

23. BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 18, p. 19.

24. CONCILIATION EN MATIÈRE CIVILE À LA COUR SUPÉRIEURE, *op. cit.*, note 11, p. 5.

premières étapes de l'instance et, à tout le moins, immédiatement après la clôture de la plaidoirie écrite et, ensuite, après la clôture des interrogatoires préalables ;

b) oblige comme préalable au recours au système judiciaire après la clôture de la procédure écrite et, plus tard, au droit à l'inscription au rôle, les parties à attester qu'elles se sont prévaluées du mécanisme non exécutoire de règlement des conflits, que la nature de la cause ne justifie pas un tel recours ou que ce dernier a été envisagé mais écarté pour des motifs valables²⁵ ;

Pour sa part, le Comité quadripartite formé par le Barreau du Québec a fait son lit plus près de la seconde solution, en rejetant l'idée de recours obligatoire ou préalable, mais en assortissant le recours libre à la médiation d'une possibilité d'obtenir une ordonnance d'un juge renvoyant les parties en médiation en tout temps pendant l'instance. Plus précisément, ce comité suggère que de nouvelles dispositions permettent aux parties :

en tout temps, pendant l'instance, [de] s'adresser à un juge (par exemple à celui qui procédera à la gestion de l'instance dans les cas où une telle gestion aura été accordée) pour que ce dernier réfère les parties en médiation, conciliation ou à une autre technique de règlement amiable (avec suspension des procédures s'il le juge approprié)²⁶.

Le Groupe de travail sur le projet pilote de Montréal, quant à lui, propose que le service à mettre en place consiste à lancer systématiquement des invitations aux parties à examiner, à différentes étapes du processus judiciaire, sur une base volontaire, la possibilité de régler leur dossier dans le cadre de la médiation²⁷.

Selon nous, il faut laisser les parties libres de soumettre leur litige au mode de règlement qui leur semble le plus approprié, mais il est légitime d'exiger d'elles qu'elles considèrent les différentes options en présence et qu'elles témoignent de cette démarche. Ici, il est possible de concilier la liberté avec une certaine contrainte. Le droit d'option entre le forum amiable et le forum adjudicataire peut s'exercer, par exemple, au moyen d'une déclaration assermentée attestant que l'on a considéré les deux et que l'on a conclu pour des motifs sérieux qu'un des deux forums devait être préféré, du moins pour l'instant.

Il est vrai que le succès des modes de règlement amiable est fonction de la volonté des parties d'y arriver et de la possibilité pour elles de considérer des solutions mutuellement acceptables. Cependant, il est mal fondé de conclure qu'aucune contrainte à ce sujet ne peut être exercée. La littérature atteste même le succès de médiations auxquelles les protagonistes ont

25. ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *op. cit.*, note 5, recommandation 1 a) et b).

26. BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 18, p. 21.

27. CONCILIATION EN MATIÈRE CIVILE À LA COUR SUPÉRIEURE, *op. cit.*, note 11, p. 5.

participé de manière forcée²⁸. Il est vrai qu'en matière de divorce il est particulièrement difficile de faire en sorte qu'un couple en rupture négocie face à face, même en présence d'un médiateur, les conséquences juridiques et financières de cette rupture. Cela est néanmoins non seulement souhaitable mais possible. Les parties y sont maintenant encouragées par des séances publiques ou privées d'information sur la médiation.

C'est pourquoi, dans l'intérêt commun, il ne faut pas hésiter à mettre en place les conditions les plus favorables possibles au règlement négocié des solutions aux litiges, au moins dans les matières de droit privé²⁹. Ces conditions favorables doivent inclure certaines obligations, notamment : l'obligation légale³⁰ et déontologique³¹ du procureur d'informer ses clients des diverses options disponibles (de leurs qualités et de leurs limites) ; l'obligation des parties d'attester le fait d'avoir pris connaissance de ces options³² et de les avoir évaluées de même que les motifs du choix effectué ; l'obligation des acteurs du système (juges, greffiers, etc.) de suivre les dossiers en instance et d'interpeller les parties et leur procureur lorsqu'il apparaît que le choix d'un forum doit être réévalué.

En ce qui concerne l'obligation de conseil du procureur, elle doit s'exercer dès le début de la consultation du client et aussi tout le long de l'exercice de son mandat. C'est pourquoi le procureur doit pouvoir accompagner son client aux séances de médiation. Le cas de la médiation familiale pourrait éventuellement continuer de faire exception sur ce point. Cependant, nous croyons que la porte ne doit pas être fermée aux procureurs, si les parties au divorce désirent leur présence.

Au-delà des obligations à instaurer, il faut d'abord créer une infrastructure logistique et législative qui actualise l'alternative, qui rend possible l'option entre les deux forums. Pour ce faire, il faut que le justiciable et son procureur puissent prendre conscience qu'à l'intérieur du palais de justice,

28. Voir à ce sujet les articles suivants : C.A. McEWEN et T.W. WILBURN, « Explaining a Paradox of Mediation », *In Theory, Negotiation Journal* (janvier 1993) 23 et suiv. ; M.R. VOLPE et C. BAHN, « Resistance to Mediation : Understanding and Handling it », *In Practice, Negotiation Journal* (juillet 1987) 297 et suiv.

29. Nous sommes d'accord qu'il faut exclure le règlement amiable en certaines matières : celles où le justiciable individuel se retrouve devant l'État (par exemple : les droits fondamentaux, le droit administratif, la question de la culpabilité en matière pénale ou criminelle)

30. Cela rejoint l'intention qui sous-tend l'article 9 de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, c. D-8, en l'accompagnant d'autres obligations complémentaires.

31. Il s'agirait ici d'un ajout à faire au *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1.

32. Cette obligation complète et renforce la première de la même manière qu'intervient actuellement l'article 814.4 C.p.c. en rendant obligatoire, en matière familiale, la séance d'information sur la médiation.

au sein du système de justice civile, il y a un carrefour constamment accessible. Il s'agit de faire du palais de justice un véritable centre de règlement des différends³³. Il doit devenir évident pour eux qu'à tout moment, de l'entrée jusqu'à la sortie du système, ils peuvent frapper soit à la porte du médiateur, soit à celle du juge. Il doit être possible de demander l'intervention du médiateur, que ce soit à titre préalable au recours au forum judiciaire ou à titre concurrent.

L'accès à cette option doit être précoce. C'est l'avis du Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien qui a cru nécessaire de chercher des manières d'alléger la pression qui s'exerce sur les tribunaux en réduisant le nombre de règlements amiables de dernière minute, bâclés sur les marches du palais de justice³⁴. Cette situation est en effet très coûteuse pour les parties et pour le système parce que ces règlements tardifs font perdre les jours d'audience qui avaient été réservés et qui ne peuvent pas être réaffectés. C'est pourquoi, pour éviter que le temps d'investissement des parties dans le différend joue contre le règlement lui-même, le Groupe de travail recommande que la possibilité de participer à un mécanisme non exécutoire de règlement soit offerte à la clôture de la procédure écrite, ou peu après, et de nouveau à la fin des interrogatoires préalables, selon la manière de faire dans les juridictions de *common law*. Le Comité quadripartite du Barreau du Québec, quant à lui, préconise un accès encore plus précoce au forum amiable, soit dès avant le début de la procédure écrite, voire au stade des moyens préliminaires³⁵. Dans le même sens, le groupe de travail sur le projet pilote de Montréal propose que « la première manifestation du système se tradui[se] par l'envoi aux parties, dès la production d'une comparution, d'un avis [produit par le système informatique] accompagné d'un dépliant sur la médiation³⁶ ».

Concrètement, il pourrait aussi être opportun de créer une requête nouvelle, qui pourrait être soit unilatérale, soit commune et qui consisterait à demander au gestionnaire d'instance que le dossier soit confié à un médiateur. En cas de requête commune, le gestionnaire proposerait automatiquement aux parties de choisir un médiateur à même la liste des médiateurs agréés et le processus suivrait son cours. Dans le cas d'une requête unilatérale, le gestionnaire d'instance aurait le devoir de convoquer les

33. C'est l'esprit des principaux rapports parus sur le sujet dans les années 90. Entre autres : *Rapport Blair de l'Ontario : révision de la justice civile*, Ottawa, Ministère du Procureur général, Cour de Justice de l'Ontario, mars 1995 et *Rapport complémentaire et final*, novembre 1996.

34. ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *op. cit.*, note 5, p. 37.

35. BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 18, p. 27.

36. CONCILIATION EN MATIÈRE CIVILE À LA COUR SUPÉRIEURE, *op. cit.*, note 11, p. 6.

parties et leurs procureurs à une rencontre avec un médiateur de style *convener*³⁷ dont le mandat consisterait à examiner avec les parties les possibilités de procéder en médiation. Un délai devrait être fixé de sorte de ne pas retarder indûment la marche du dossier vers une décision. À l'issue de cette rencontre, à défaut d'une entente sur le fait de procéder en médiation, le dossier reprendrait la voie du forum judiciaire.

L'enjeu central des propositions du Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien semble être le compromis suivant : les usagers ne contrôleraient pas le système dans la même mesure que par le passé et ils devraient renoncer à leur droit historique, exercé par tradition par l'intermédiaire de leurs avocats, d'établir dans un cadre très large leurs propres calendriers d'exécution et ordres du jour. En contrepartie de l'accroissement de la supervision des tribunaux, les usagers pourraient profiter d'un plus grand nombre d'options en matière de règlement des conflits et d'un mécanisme plus efficace. Cette perspective est envisagée par le Groupe de travail du Barreau canadien, tout en maintenant qu'un des objectifs élémentaires de ce nouveau système demeure de garantir le droit de choisir le mécanisme de règlement des conflits qui convient³⁸.

Pour que tous les acteurs du système puissent jouer leur rôle, le Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien recommande notamment que chaque tribunal prévoie un guichet initial de prestation de renseignements sur les options disponibles lorsque les citoyens font face à une querelle juridique et qu'ils soient orientés vers des ressources appropriées ; que les cours relatifs aux options en matière de règlement des conflits soient obligatoires dans les écoles de droit et les écoles de formation professionnelle et que les règles de déontologie exigent que les avocats examinent avec leurs clients toutes les perspectives du règlement amiable et leur expliquent les mécanismes offerts en matière de règlement des conflits³⁹.

2.3 Le médiateur, un officier de justice au même titre que le juge

Il nous apparaît que l'intervention d'un médiateur dans un dossier qui chemine dans le système de justice civile doit être considérée comme toute autre intervention d'un officier de justice, mandaté légalement pour le faire. On devrait alors parler d'un médiateur public⁴⁰. On établirait ainsi en

37. Nous ne connaissons pas de terme français directement équivalent. Il s'agit d'un tiers qui intervient pour tenter de convaincre l'une des parties ou les deux de se prêter à l'exercice d'une médiation. Ce rôle est un rôle de facilitateur. Son but est de faire asseoir les parties à une même table.

38. ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *op. cit.*, note 5, pp. 29-30.

39. *Id.*, recommandations 27-38 et 39.

40. L'expression est également employée par le professeur Antaki. Il retient aussi dans le

matière de médiation la même possibilité que celle qui existe actuellement en matière d'adjudication. Les parties peuvent s'adresser au juge public ou au juge privé (l'arbitre). Le premier agit sur la base d'un mandat d'ordre public et le second conformément à un mandat conventionnel. Dans le nouveau système, il resterait toujours possible pour les parties d'interpeller un médiateur privé, en dehors du système de justice civile, sur une base contractuelle cette fois, et sans contrainte autre que les règles d'ordre public pertinentes, tout comme les parties pourraient négocier directement ou par procureurs interposés. Cependant, elles pourraient dorénavant également déclencher l'intervention de médiateurs publics, dans le système de justice civile.

Ces derniers seraient choisis par le système, agréés en quelque sorte en tant que médiateurs publics. L'idéal est qu'ils travaillent à temps plein, comme le faisaient à l'époque les médiateurs de la Cour des petites créances, et comme le font encore les conciliateurs du ministère du Travail, de la Commission de la santé et de la sécurité du travail et ceux de la Régie du logement. C'est à cette condition que le médiateur public sera vraiment indépendant, qu'il consacrera toute son énergie à son rôle d'officier de justice, avec un agenda unique, sans les contraintes logistiques et financières de la pratique privée. De façon transitoire, cependant, il pourrait exister une liste de médiateurs privés qualifiés et reconnus, auxquels le gestionnaire d'instance et les parties pourraient avoir recours *ad hoc* à titre de médiateurs publics, dans les cas où, par exemple, l'équipe de médiateurs publics serait insuffisante en nombre ou aux fins du libre choix du médiateur par les parties.

Les médiateurs publics devraient bénéficier de conditions d'intervention semblables à celles des juges : mandat légal, salaires payés par l'État, indépendance, inamovibilité, immunité de poursuite⁴¹, obligation de confidentialité et « non-contrainabilité⁴² ». Ces médiateurs publics devraient tous être des juristes, formés à ce titre, et qui rempliraient les critères d'expérience, de compétence et d'honnêteté requis pour des fonctions de cet ordre de responsabilité.

Il ne faut pas non plus exclure la possibilité de généraliser ce qui existe à la Cour des petites créances, c'est-à-dire qu'un juge puisse proposer la

même sens l'expression « médiateur judiciaire ». N.N. ANTAKI, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 334.

41. N.N. ANTAKI, *op. cit.*, note 40, pp. 315-316, rapporte qu'une décision judiciaire américaine récente va dans ce sens. En particulier : *Wagshal v. Foster*, 28 F.3d 1249 (D.C. Cir. 1994).

42. Le même auteur parle de « immunité de divulgation en justice ». Il est favorable à cette immunité et à sa généralisation. Voir N.N. ANTAKI, *op. cit.*, note 40, p. 277, par. 513.

médiation dans un dossier particulier et agir lui-même comme médiateur dans ce cas, avec le consentement des parties⁴³. Pour être efficace, cette option doit satisfaire au moins trois conditions. La participation des juges à ce titre doit être volontaire. Il faut en effet prendre acte du fait que certains juges ne seront ni désireux de jouer ce rôle ni aptes à le faire. Ceux qui ne veulent pas être médiateurs devraient pouvoir s'exclure et la répartition des tâches et des causes devrait en tenir compte. De plus, les juges volontaires doivent acquérir une formation appropriée. L'art de la médiation n'est pas inné ; il nécessite une préparation professionnelle particulière et l'accès à une supervision. Cela est vrai pour tout le monde, même si certaines personnes sont plus douées que d'autres sur le plan personnel. Enfin, si cette fonction hybride⁴⁴ est ouverte pour les juges, il faudra aussi prévoir que, dans les cas où la médiation ne réussit pas complètement, le consentement des parties sera indispensable pour que le même juge puisse siéger par la suite dans la même cause, comme cela est maintenant rendu possible par les nouvelles règles de la Cour fédérale⁴⁵.

La pertinence de faire jouer éventuellement un tel rôle hybride par les médiateurs publics n'est toutefois pas envisagée ici. Une réflexion complémentaire reste à faire à ce sujet.

2.4 Les conditions d'accès au forum de médiation

Pour être fonctionnel, l'accès au médiateur du système public devra être simple, rapide et gratuit. Le processus de médiation devra être confidentiel et sans préjudice au recours par les parties au forum judiciaire, qu'il ait lieu avant l'instruction ou pendant cette dernière. Les parties devront avoir la possibilité de choisir ensemble leur médiateur, et ce, dans un délai raisonnable. En cas d'impossibilité de s'entendre sur ce point précis, le gestionnaire d'instance devrait pouvoir en désigner un d'office. Les procureurs devront pouvoir participer aux séances de médiation (à moins que les parties ne s'y refusent) et le médiateur ne devra alors permettre la signature d'une transaction qu'après que les procureurs l'aient révisée. Il y va de la validité des ententes.

43. Voir, à ce titre, le texte de l'article 975 C.p.c. : « Si les circonstances s'y prêtent, le juge tente de concilier les parties. Le cas échéant, le juge fait rédiger par le greffier, un procès-verbal constatant l'accord des parties ; cet accord, signé par les parties et contresigné par le juge équivaut à jugement. »

44. L'expression vise ici le fait qu'une même personne peut agir tantôt comme juge, tantôt comme médiateur.

45. *Règles de la Cour fédérale*, DORS/98-106, art. 266 et 270.

La gratuité expérimentée actuellement par les parties en médiation familiale⁴⁶ pourrait être élargie et étendue au système de justice civile dans son ensemble. Cependant, le principe d'un nombre déterminé de séances payées par l'État devrait disparaître au profit d'un système plutôt fondé sur la responsabilité du gestionnaire d'instance et du médiateur public. Le premier aurait le pouvoir de fixer un délai maximal pour la médiation lorsque des motifs sérieux l'exigeraient. Ce délai pourrait toutefois être prorogé sur demande des deux parties ou du médiateur public. Ce dernier, pour sa part, aurait le pouvoir et le devoir de mettre fin à une médiation qui, selon lui, n'a plus aucune chance de réussir. Comme il serait payé au moyen d'un salaire annuel, il n'y aurait aucun risque que le médiateur fasse durer une médiation destinée à l'échec. Le salaire versé au médiateur public pourrait être déterminé par règlement sur une base analogue à celle des juges.

Pour l'essentiel, il faut retenir que d'ores et déjà l'accès au juge est gratuit pour les parties. Le financement de leur recours implique pour elles le paiement de frais judiciaires et extrajudiciaires. Or, si le juge est gratuit, tandis que le médiateur public ne l'est pas, le recours au médiateur représentera des frais supplémentaires, et cela aura pour effet de diminuer l'intérêt de chercher à s'entendre, surtout que l'on n'est jamais certain d'y réussir. Le procès est si coûteux que le système a tout avantage à favoriser le recours au forum amiable en général et à la médiation en particulier, puisque ces modes de règlement ont la capacité de raccourcir la période de recherche de solution et donc, à long terme, de réduire les frais pour les parties et pour le système.

En plus de la gratuité, il faut assurer la confidentialité des pourparlers de médiation. Bien qu'en principe toute personne puisse être tenue de divulguer un élément de preuve au tribunal, les médiateurs doivent bénéficier d'un privilège de confidentialité en vertu de la loi. L'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne* reconnaît un droit au secret au citoyen qui se confie à un professionnel. Ce principe est textuellement repris, notamment dans la *Loi sur le Barreau*⁴⁷. De plus, le *Code de procédure civile* admet également ces principes en matière familiale⁴⁸. Le développement de la médiation a amené les tribunaux à reconnaître la

46. *Règlement sur la médiation familiale*, (1993) 125 G.O. II, 8648. Voir les articles 20 à 22 de l'appendice [c. C-25, r. 2.1].

47. *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., c. B-1, art. 131.

48. Il s'agit de l'article 815.3 C.p.c. qui prévoit que, à moins que les parties n'y consentent, rien de ce qui a été dit ou écrit au cours d'une entrevue de conciliation ou de réconciliation n'est recevable en preuve dans des poursuites judiciaires. La protection des séances de médiation en droit familial est également assurée par des lois particulières dans les autres provinces canadiennes. Voir par exemple : *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O., c. F-3, art. 3.

confidentialité des communications écrites et orales effectuées lors des séances de médiation⁴⁹. Par ailleurs, mentionnons qu'il existe au Canada un exemple de régime statutaire provincial de protection des séances de médiation en général⁵⁰. Il y a lieu chez nous d'envisager de donner une portée générale à l'article 815.3 du *Code de procédure civile*. C'est, entre autres, l'avis du Groupe de travail sur le projet pilote de Montréal qui prône son applicabilité en matière civile et commerciale⁵¹. En effet, le bien-fondé de la protection de la confidentialité des pourparlers de médiation, quel que soit le domaine du droit visé est évident : favoriser la bonne administration de la justice en facilitant le règlement amiable des conflits privés et en protégeant le recours éventuel des parties au forum judiciaire.

La confidentialité des pourparlers de médiation et la confiance des parties dans l'impartialité, l'indépendance et la compétence du médiateur contribueront à garantir le succès de la médiation dans le système de justice civile. Il faudra par ailleurs que son intégration dans le système de justice civile soit fortement publicisée et que l'on ne lésine pas sur le plan de l'éducation du public et des acteurs.

En médiation, le risque le plus souvent pointé du doigt est celui du déséquilibre des forces entre les parties. La médiation serait particulièrement dangereuse en matière familiale pour les femmes et par extension pour les plus faibles dans tous les conflits. Il nous semble que ce risque serait contrôlé en autorisant la présence des procureurs lors de la médiation elle-même ou en prévoyant que le médiateur ne permettra pas la signature d'une entente avant d'avoir renvoyé les parties consulter leur procureur et qu'elles aient déclaré sous serment l'avoir fait.

On allègue aussi qu'en médiation rien ne force les parties à donner toute l'information relativement à leurs revenus ou à d'autres données essentielles au litige. Cela est vrai. Par ailleurs, il serait délicat et peut-être contre-productif de doter le médiateur du pouvoir d'ordonner la remise de ces documents. Dans tous les dossiers où la possession de renseignements particuliers sera essentielle et qu'une partie et son procureur ne seront pas satisfaits de l'information fournie par l'autre partie, il leur sera toujours possible de procéder par *sub poena duces te cum* et de retourner au forum judiciaire, par exemple à l'étape des interrogatoires préalables. Toutefois,

49. *Sinclair v. Roy*, (1985) 20 D.L.R. (4th) 748 (B.C.S.C.); *Porter v. Porter*, (1983) 40 O.R. (2d) 417 (Ont. UFC.). Au Québec, voir : *Droit de la famille*—2250, [1995] R.D.F. 545 (C.S.).

50. Au Manitoba, voir : *Loi sur la Cour du banc de la reine*, C.C.S.M., c. C-280, art. 47(6)-47(8).

51. CONCILIATION EN MATIÈRE CIVILE À LA COUR SUPÉRIEURE, *op. cit.*, note 11, p. 7.

les médiations qui auront lieu après contestation liée ne souffriront pas de ce risque.

Quant au risque de perdre son droit au forum judiciaire ou de se voir opposer des preuves glanées en médiation, nous croyons que les garanties énoncées précédemment en matière de confidentialité et le droit d'option des parties entre deux forums constituent des solutions exhaustives à ces problèmes.

Conclusion

Sommes-nous en train de chercher à implanter des réformes dont le principal but soit économique ? Nous ne le croyons pas. Au contraire, nous sommes d'avis qu'il faudrait persister dans l'intégration de la médiation, même si le processus judiciaire n'était ni surchargé, ni lent, ni coûteux. Il faut plutôt voir dans ces propositions une volonté de favoriser la responsabilisation et une plus grande participation des justiciables à la gestion et à la résolution de leurs problèmes et aussi un plus grand apaisement de leurs relations. L'idée centrale repose bien davantage dans un changement fondamental de culture juridique, au cœur même du *Code de procédure civile*. Pour illustrer ce changement de culture, certains disent que la médiation est à la justice ce que les médecines douces sont aux services traditionnels de santé : ce serait une « justice douce ». Pour eux, le procès est probablement l'équivalent de la chirurgie, opération à laquelle ils admettent le recours dans certains cas, mais qu'ils croient devoir éviter le plus possible dans plusieurs autres. Douce ou alternative, la médecine proposée ici a la capacité de remédier à bien des maux et d'assainir les relations entre les parties.

À nos yeux, faire entrer le médiateur dans le palais de justice, par la grande porte, lui donner un statut égal à celui du juge et complémentaire ainsi que prévoir des options de modes de règlement, à la fois souples et bien encadrées, c'est fournir aux justiciables l'occasion d'être davantage parties prenantes à leur destin, en leur donnant accès à des ressources adaptées à leurs besoins. La participation des justiciables à la solution de leurs litiges peut procéder de manière optimale, grâce à l'encadrement de professionnels compétents : celui des procureurs des parties, du gestionnaire d'instance, du juge et du médiateur. Nous sommes prêts à relever ensemble ce défi.