

LA JUSTICE PARTICIPATIVE : PROMESSES, DÉFIS  
ET RÔLE DANS UNE SOCIÉTÉ DÉMOCRATIQUE

---

M<sup>e</sup> Nathalie Des Rosiers\*

TABLE DES MATIÈRES

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>449</b>
<b>I.- L'APPROCHE DE LA COMMISSION.....</b>	<b>449</b>
A. La justice « participative » .....	451
1. Le choix .....	451
2. Le déclin de la déférence .....	452
3. La culture de la participation .....	453
B. La structure du rapport.....	454
C. Critiques et enjeux.....	455
<b>II.- LA CONTRIBUTION DE LA COMMISSION : LES PRINCIPES DE FONCTIONNEMENT DES PROCESSUS PARTICIPATIFS .....</b>	<b>457</b>
<b>III.- RECOMMANDATIONS.....</b>	<b>459</b>

---

\* Doyenne, Secteur de droit civil, Faculté de droit, Université d'Ottawa et ancienne présidente de la Commission du droit du Canada.  
Le présent texte reflète mes vues personnelles.

<b>IV.- LE RÔLE DES AVOCATS DANS LE DÉVELOPPEMENT DE LA JUSTICE PARTICIPATIVE.....</b>	<b>460</b>
A. La réponse pragmatique .....	461
B. La réponse du « vrai croyant » ou du converti .....	462
C. L'instrumentaliste .....	462
D. Le sceptique ( <i>the dismissser</i> ).....	463
E. L'opposant.....	463
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>463</b>

## INTRODUCTION

1 En novembre 2003, La Commission du droit du Canada (la « Commission ») remettait au ministre de la Justice fédéral un rapport intitulé *La transformation des rapports humains par la justice participative*. Ce rapport couronnait plusieurs années de recherches et de consultations sur la question de la résolution des conflits dans une société moderne. Le rapport s'accompagnait d'un DVD réalisé avec l'Office national du film (« ONF »), la « Médiation de quartier : deux expériences citoyennes », qui faisait état des mouvements populaires de résolution de conflits qui émergent un peu partout au Canada et dans les cas étudiés à Longueuil et Trois-Rivières.

2 Qu'est-ce que la justice participative ? Pourquoi émerge-t-elle maintenant dans nos sociétés ? Quels sont les enjeux de ces nouvelles pratiques ? Où peut-elle conduire ? Quels sont les pièges à éviter ?

3 Mes remarques tenteront de mieux préciser l'apport du rapport de la Commission, des idées qu'il véhicule et surtout des tendances socio-économiques qui ont été notées et prises en compte par la Commission dans ses travaux sur la justice participative. Tout d'abord quelques mots sur la Commission.

### I.- L'APPROCHE DE LA COMMISSION

4 La Commission est un organisme fédéral indépendant dont le mandat est de fournir des conseils indépendants sur l'amélioration, la modernisation et la réforme du droit du Canada. Le préambule à cette législation énonce d'importants principes qui donnent un cadre à la Commission pour mener à bien son action :

- ◆ elle doit aborder le droit et le système judiciaire dans leur contexte socio-économique ;
- ◆ elle doit être innovatrice dans ses méthodes de recherche ; et
- ◆ elle doit faire ses recommandations en tenant compte des répercussions du droit sur les groupes et les individus.

5 Pour définir ses sujets de recherche, la Commission a décidé qu'il faut d'abord s'intéresser aux problèmes sociaux

tels qu'ils se présentent aux Canadiens, au-delà des limites juridiques et juridictionnelles traditionnelles. Ce n'est qu'à partir d'une bonne compréhension des problèmes « du monde réel » que la Commission est en mesure d'étudier la façon dont le droit peut entraver ou, au contraire, faciliter la résolution de ces problèmes. Par conséquent, la Commission a élaboré un programme de recherche articulé selon quatre thèmes complémentaires : les rapports personnels, sociaux, économiques et de gouvernance, en lieu et place du droit pénal et du droit administratif, par exemple. Ces thèmes ne visent pas à classer des sujets précis dans des catégories. La plupart de ces sujets pourraient être étudiés à partir de n'importe lequel de ces points de vue relationnels. Ces thèmes représentent plutôt une méthode différente d'aborder des problèmes.

6 C'est sous le thème des rapports sociaux que la Commission a tout d'abord exploré la notion de justice réparatrice. Elle a tout d'abord publié un document de discussion intitulé *De la justice réparatrice à la justice transformatrice*, dont le but était d'explorer le potentiel de la justice réparatrice en dehors du contexte du droit pénal. L'un des messages clés du document de discussion, qui d'ailleurs explique son titre, est que nous devrions considérer le processus de justice comme un processus de transformation, un processus au cours duquel les parties ne sont pas seulement ramenées à la situation antérieure au conflit, qui a d'ailleurs contribué à ce conflit, mais un processus qui vise à modifier le rapport de force entre les parties : à transformer ce rapport de force et le rendre plus égalitaire.

7 La Commission a aussi produit une vidéo intitulée *De la justice réparatrice à la justice transformatrice : le défi des conflits pour les collectivités* où les enjeux de la justice réparatrice étaient explorés. En parallèle, la Commission a subventionné plusieurs études qui visaient à mieux comprendre ce qui se passait aussi du côté civil ou administratif : la conciliation, la médiation en matière de famille ou de droit commercial. Elle a, entre autres, étudié les transformations du rôle de l'avocat et du juriste dans le cadre d'un processus de médiation. En effet, le travail de Julie Macfarlane, *Changement culturel ? Les avocats-plaideurs en droit commercial et le*

*Programme de médiation obligatoire de l'Ontario*<sup>1</sup>, visait à déterminer comment les avocats et avocates percevaient la médiation, comment ils s'adaptaient à leurs nouveaux rôles et quels enjeux éthiques se soulevaient dans ce contexte. J'en reparlerai plus loin.

8 Le processus de la Commission a aussi répertorié l'ensemble impressionnant de pratiques de justice « participative » partout au Canada. Et évidemment, elle a mené un grand nombre de consultations.

#### **A. La justice « participative »**

9 La Commission utilise le qualificatif de « participative » pour désigner les modes de résolution de différends dans lesquels les parties participent... non seulement au litige mais à sa résolution. L'essence de la justice participative réside dans l'exigence que le conflit soit résolu par les parties et non par une voix externe, juge ou arbitre.

10 La Commission note, dans un premier temps, la multiplication des processus communautaires de résolution de différends qui ont émergé un peu partout au Canada et dans le monde au cours des dernières décennies. Pourquoi assiste-t-on à un tel mouvement ?

11 Les tendances sociales lourdes qui expliquent l'engouement pour les mécanismes de justice participative :

##### **1. Le choix**

12 La Commission affirme :

13 Selon les résultats des consultations, les Canadiens et les Canadiennes souhaitent pouvoir choisir entre plusieurs modes de résolution des conflits, et nombre d'entre eux veulent avoir la possibilité de participer activement au processus de résolution.<sup>2</sup>

14 Nos sociétés offrent de plus en plus de choix aux consommateurs et aux citoyens : on peut choisir sa compagnie de téléphone, sa coupe de jeans, sa religion, son mode de vie.

<sup>1</sup> [http://www.lcc.gc.ca/fr/themes/sr/rj/macfarlane/macfarlane\\_toc.asp](http://www.lcc.gc.ca/fr/themes/sr/rj/macfarlane/macfarlane_toc.asp), consulté le 7 mars 2005.

<sup>2</sup> COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *La transformation des rapports humains par la justice participative*, [http://www.cdc.gc.ca/fr/themes/sr/rj/participatory\\_justice/participatory\\_justice.pdf](http://www.cdc.gc.ca/fr/themes/sr/rj/participatory_justice/participatory_justice.pdf)

Il existe un scepticisme par rapport aux solutions inflexibles, « faites d'avance », qui ne correspondent qu'à une façon de voir les choses.

- 15 Les modes alternatifs de résolution de différends comme ils étaient ainsi appelés, présentent justement un choix. Ils permettent d'opter pour quelque chose d'autre et donc de s'affirmer comme citoyen, de détenir un certain sens de contrôle sur le processus. Le choix ou la diversité, est une valeur importante du XXI<sup>e</sup> siècle et il n'est pas étonnant qu'elle se reflète dans le secteur de la justice.

## **2. Le déclin de la déférence**

- 16 En 1988, un politologue de l'Université de Toronto, Neil Nevitte, publiait un livre intitulé *The Decline of Deference* (Le déclin de la déférence)<sup>3</sup> où il notait que les valeurs canadiennes avaient changé : une société généralement mieux éduquée avait moins confiance envers l'autorité, qu'elle soit religieuse, politique ou judiciaire. Cette tendance ne s'est certes pas amenuisée. La société québécoise participe aussi de ce mouvement de déclin de la déférence.

- 17 Un aspect de ce « déclin » doit être souligné parce qu'il explique aussi la popularité des mécanismes comme la médiation. Beaucoup de sociologues notent que l'Internet, par son accès généralisé à une information variée, donne l'illusion que nous n'avons plus beaucoup d'experts<sup>4</sup>. (« Il suffit de chercher l'info sur le Net pour pouvoir se guérir de tous les maux »). Cette relation ambivalente avec « l'expert » se reflète évidemment dans le rapport entre le justiciable, son avocat et le juge. Il y a davantage de scepticisme à l'égard du service de l'expert, le paternalisme est rejeté et on veut être informé et participer.

- 18 Notons aussi, sans en faire trop de cas, la fascination par le réel et le concret, par la « reality tv ». En effet, dans les milieux universitaires, dans les médias, à la télévision, dans la société en général, on ressent le désir de passer de l'abstraction à la réalité. Les notions abstraites de justice, la

---

<sup>3</sup> NEVITTE, Neil *The Decline of Deference*, nouvelle édition, Toronto, Broadview Press, 1996.

<sup>4</sup> Voir entre autres, BARNEY, Darin, *Prometheus Wired: The Hope for Democracy in the Age of Network Technology*, University of Chicago Press, 340 p.

lutte imaginaire entre deux parties égales pour trouver la vérité, semblent être totalement détachées de la réalité et de la façon dont elles sont vécues concrètement. L'expérience vécue du conflit est conceptualisée dans un cadre de notions abstraites de pertinence des preuves et de contre-interrogatoire très sévères. Mais ces notions abstraites de justice n'englobent pas, semble-t-il, toute la complexité des expériences humaines.

19 À une certaine époque, l'écart entre la théorie et la pratique pouvait être toléré – la pensée logique et abstraite avait alors un ascendant sur les émotions et les expériences de vie. Mais nous nous sommes lassés de cela. L'écart s'est trop creusé et la légitimité des institutions est remise en question lorsque les gens n'arrivent plus à se projeter dans le modèle abstrait. Par ailleurs, nous vivons dans un monde où le récit a de plus en plus de valeur et où le rôle curatif de la parole est de plus en plus reconnu. Nous sommes à la recherche de tribunes où nous pouvons nous exprimer.

### **3. La culture de la participation**

20 La plupart des « gurus » de la gestion nous invitent à créer des modes participatifs de décision : à impliquer les employés dans leur environnement de travail, à leur donner une valorisation et une certaine autonomie pour prendre des décisions. Les manuels d'éducation des enfants et des ados parlent aussi de donner des choix, de laisser une mesure d'autonomie et de responsabilité aux enfants et ados. Il ne faut donc pas s'étonner que parallèlement à ces développements, les gens demandent de « participer » au règlement de leurs différends.

21 Les propos d'une intervenante dans le cadre des consultations de la Commission m'avait beaucoup frappée :

22 Je pense que les gens sont fatigués que la justice se fassent « sur » eux : ils veulent qu'elle se fasse « par » eux ou « avec » eux.

23 C'est peut-être ce sentiment d'avoir été exclus ou marginalisés par le processus contradictoire qui peut expliquer pourquoi partout au Canada et au Québec émergent des mouvements de justice participative.

24 La Commission conclut donc, en raison de ces facteurs, le désir de choisir, le déclin de la déférence et la culture de la participation, que la justice participative est ici pour rester, qu'il

ne s'agit pas d'une « mode », mais bien d'un mouvement qui répond à des tendances sociales profondes. Son rapport avait donc plusieurs objectifs :

- ◆ préciser les valeurs et les principes sous-jacents de la justice participative à la lumière de la documentation, des études et des expériences que ces innovations ont générées ;
- ◆ relever les préoccupations et les critiques fort semblables qui ont été exprimées au sujet des processus de justice réparatrice et de justice consensuelle ;
- ◆ déterminer les pratiques exemplaires en matière de justice participative au Canada ;
- ◆ explorer les changements nécessaires pour intégrer les processus de justice participative au courant dominant de la pratique du règlement des différends au Canada, sans en affaiblir les éléments créatifs ; et
- ◆ présenter des recommandations propres à mettre en valeur la capacité qu'a le système de justice d'offrir des résultats significatifs aux Canadiens et aux Canadiennes et d'instaurer une culture de la justice participative au Canada.

## **B. La structure du rapport**

25 La Commission commence par répertorier ce qui se passe au Canada en justice réparatrice et en justice « consensuelle ». Elle examine un peu les objectifs et valeurs de ces deux mouvements qui ont connu parallèlement des développements importants et soulignent les similarités.

26 Les différentes formes de justice « consensuelle » sont notées :

- ◆ *La médiation communautaire.* La plupart des programmes de médiation communautaire sont rattachés à des centres communautaires où les services peuvent être offerts par quelques employés rémunérés, et par des médiateurs bénévoles spécialement formés.

- ◆ *La médiation sous la supervision du tribunal.* Dans le système de justice civile, une cause peut être renvoyée à un processus de médiation autorisé.
- ◆ *Les conférences de règlement des litiges présidées par un juge.* Les règles de procédure offrent désormais une plus grande latitude aux juges afin qu'ils puissent jouer un rôle proactif en vue d'aider les parties à s'entendre. (Cette forme de justice consensuelle est aussi connue sous le nom de conciliation judiciaire ou de règlement judiciaire des différends.)
- ◆ *Le droit collaboratif familial.* L'avocat et son client s'engagent par contrat à régler le différend à l'amiable et à ne pas entamer de procédure judiciaire pour résoudre le problème du client.

27 Selon la Commission, un des avantages de la justice participative, c'est qu'elle permet une approche davantage multidimensionnelle. Il ne suffit pas de suivre les règles, mais faut-il aussi en arriver à une solution qui soit à la satisfaction de toutes les parties plutôt qu'à la seule satisfaction du gagnant de la cause. Tandis que le fait d'intenter des poursuites et d'engager des procédures signifie souvent qu'il n'y aura pas, et qu'il ne saurait y avoir, de rapports ultérieurs entre les parties en cause, la justice réparatrice et la justice consensuelle ouvrent la porte au développement de rapports de toutes sortes.

### **C. Critiques et enjeux**

28 Il existe des défis dans le cadre du développement d'une justice plus participative – le premier est partagé par tous les systèmes juridiques. C'est un défi très terre à terre puisque tout système a des failles. Il est important de reconnaître le risque d'erreurs. Il faut accepter le fait que ces erreurs sont inhérentes à l'expérience de rendre justice. Il y aura des failles, conséquences de la participation humaine. Il y aura des membres de la collectivité qui pousseront les victimes à participer, des processus qui seront manipulés, des intervenants ou médiateurs qui n'honoreront pas leur rôle et qui agiront pour des motifs ou des intérêts ultérieurs, de façon biaisée, ou encore qui seront incapables d'assumer cette fonction honorablement.

- 29 Il faut réfléchir au sujet de ces risques très concrets et s'en protéger. Nous devons sérieusement essayer de mieux comprendre la nature de ces risques – connaissons-nous les formes subtiles que peut prendre la coercition ? Comment nous y prendre pour mieux comprendre les pressions systémiques de façon à ce que les participants puissent vraiment choisir ?
- 30 Il n'y a aucun doute que la mise en place de processus informels et non réglementés de résolution des conflits fait l'objet de vives critiques de la part des gens qui se préoccupent de la protection des personnes vulnérables. Ces derniers craignent que l'instauration de processus privés et non réglementés puisse favoriser les parties les plus puissantes d'une façon qui, du moins en théorie, ne pourrait se concevoir avec des processus publics et davantage formels. Selon une des critiques formulées en ce sens, le fait de déléguer le pouvoir d'élaborer des solutions aux collectivités, voire aux parties concernées elles-mêmes, implique qu'il s'agit de collectivités saines ou de personnes en mesure de prendre des décisions justes et équilibrées.
- 31 Une préoccupation – voire une critique – tout à fait différente que suscitent les pratiques de la justice réparatrice et de la justice consensuelle est que la vision innovatrice qui les caractérise à l'origine risque d'être altérée par leur intégration à des structures institutionnelles et bureaucratiques.
- 32 Une dernière critique vise à suggérer que la justice participative n'est pas adaptée à tous les conflits. La recherche n'a pas encore permis de déterminer quels sont les types de causes qui sont les plus susceptibles de bénéficier des processus participatifs. Cependant, suite à son étude des processus de justice réparatrice et de justice consensuelle au Canada, la Commission en est venue à la conclusion que ces processus participatifs sont mieux adaptés à des différends où les deux parties s'engagent volontairement à participer et disposent des ressources nécessaires pour s'engager pleinement dans un processus de dialogue et de négociation. Qui plus est, le processus doit tenir compte de la situation locale et des considérations individuelles. Par exemple, un dialogue direct n'est peut-être pas toujours approprié, ou il peut s'avérer nécessaire de contenir ou de surveiller les résultats de la prise de décision par la collectivité, afin de prévenir l'apparition de l'intolérance et de l'« auto-justice ».

33 La Commission croit aussi qu'avec la mise en place d'un nombre suffisant de mesures de protection, les processus participatifs peuvent convenir à tous les types de conflits, qu'ils soient d'ordre monétaire, bipartites ou multipartites, privés ou publics, de nature pénale ou civile, et à tous les types de collectivités, qu'elles soient urbaines ou rurales, autochtones ou allochtones.

## II.- LA CONTRIBUTION DE LA COMMISSION : LES PRINCIPES DE FONCTIONNEMENT DES PROCESSUS PARTICIPATIFS

34 La Commission suggère qu'il est possible de dégager certains principes directeurs pour l'élaboration de processus participatifs. Ces principes, au nombre de 12, sont les suivants :

- ◆ *Une intervention précoce.* Plus tôt il sera possible d'intervenir de façon non menaçante, constructive et participative, plus la tension a des chances de diminuer rapidement.
- ◆ *L'accessibilité.* Pour que des membres de la collectivité et des représentants du système judiciaire puissent recourir à des processus participatifs, il est essentiel de les concevoir de façon à ce qu'ils soient accessibles et conviviaux sans être exagérément bureaucratiques.
- ◆ *Le caractère volontaire.* Il est essentiel que les parties puissent faire des choix éclairés quant à leur participation à des initiatives de justice réparatrice ou consensuelle, afin d'en garantir le succès. La participation obligatoire ne doit être envisagée que dans des conditions précises et limitées.
- ◆ *Une préparation soignée.* Indépendamment du caractère volontaire de la participation, une attention particulière doit être portée aux rapports entre les parties, où la peur ou l'intimidation semblent entrer en jeu. De plus, chaque participant doit avoir suffisamment de temps à sa disposition pour se préparer au processus.

- ◆ *Les occasions de dialogue direct.* Il faut offrir le dialogue direct au nombre des stratégies auxquelles les parties pourront avoir recours pour résoudre leurs conflits.
- ◆ *La défense et le soutien.* Dans le cadre de processus participatifs, tous ceux qui souhaitent offrir leur soutien aux parties devraient pouvoir le faire, pour autant qu'on précise que ce sont les parties elles-mêmes qui conservent le contrôle du processus dans lequel elles sont engagées.
- ◆ *La confidentialité.* L'assurance de la confidentialité et de l'inadmissibilité à titre de preuve de ce qui est dit est souvent d'une importance capitale pour l'efficacité des processus participatifs.
- ◆ *L'équité.* D'une façon générale, ce sont les parties elles-mêmes qui devraient décider de ce qui est « équitable ». Cela dit, il demeure nécessaire de s'assurer que la décision d'accepter une solution est vraiment librement consentie et que les solutions trouvées dans le cadre de processus participatifs sont de qualité et légales.
- ◆ *La pertinence et le réalisme des résultats.* Toute entente intervenant dans le cadre d'un processus participatif doit tenir compte des ressources disponibles (p. ex., des programmes de désintoxication, un revenu suffisant pour payer la compensation financière convenue, etc.). Dans la mesure du possible, il faut surveiller l'observation et la durabilité des ententes conclues, afin de pouvoir déceler rapidement les problèmes éventuels.
- ◆ *L'efficacité.* Bien qu'il soit important de ne pas mesurer les coûts uniquement sur le plan monétaire, les processus participatifs qui imposeraient une hausse des coûts à long terme à l'une des parties ou à l'État ont peu de chances d'être acceptés.
- ◆ *L'effet systémique.* En invitant les parties impliquées et leurs collectivités respectives à prendre elles-mêmes une décision pour le règlement du conflit, les processus participatifs risquent de modifier les

habitudes de la société en matière de traitement des situations conflictuelles et de résolution des conflits. Les processus participatifs donnent aux parties la chance d'apprendre de nouvelles façons de régler leurs différends.

- ◆ *La souplesse et l'adaptabilité.* Le concept d'auto-détermination qui constitue le fondement des processus participatifs signifie que l'on peut, et que l'on doit, faire confiance aux parties pour les laisser elles-mêmes prendre des décisions sur le déroulement du processus dans lequel elles se sont engagées. Elles devraient, par exemple, pouvoir décider des personnes présentes lors d'un entretien, de la durée de l'entretien, des points qui y seront abordés et du genre de solutions ou de résultats qui devraient être envisagés.

### III.- RECOMMANDATIONS

35 Dans le cadre de ses consultations, la Commission a entendu le point de vue de groupes et d'individus engagés dans des processus de justice participative. Ces consultations ont amené la Commission à proposer un certain nombre de recommandations à l'intention des gouvernements, des professionnels du droit et des groupes communautaires.

36 La Commission estime que les différents ordres de gouvernement et les groupes communautaires devraient investir dans l'élaboration de nouveaux programmes et dans l'amélioration de ceux qui existent déjà et que les gouvernements devraient adopter une attitude proactive et faciliter l'élaboration d'initiatives participatives de résolution des conflits. Plus précisément, la Commission recommande :

- ◆ que les gouvernements mettent sur pied des partenariats constructifs avec les centres existants de recherche et d'excellence en justice participative et avec les collectivités qui ont un intérêt pour la justice participative ;
- ◆ que les gouvernements encouragent les centres de recherche à travailler en collaboration avec les collectivités afin d'élaborer des pratiques exemplaires en matière de justice participative ;

- ◆ que les régimes d'aide juridique permettent la rémunération des avocats dans le cadre des travaux préparatoires et de la participation à un processus de règlement extrajudiciaire des différends au même taux que dans le cadre d'une procédure ou d'un procès traditionnel ;
- ◆ que l'Institut canadien d'administration de la justice et l'Institut national de la magistrature renforcent la formation des juges en matière de règlement extrajudiciaire des différends, afin de s'assurer qu'une telle formation est accessible à l'ensemble des juges ;
- ◆ que les Barreaux fassent de la formation continue en matière de règlement extrajudiciaire des différends une priorité, qu'ils encouragent leurs membres à suivre une telle formation et qu'ils passent en revue leur code de déontologie afin de s'assurer que les avocats comprennent bien le rôle de conseiller qui leur incombe dans le cadre des processus de justice réparatrice ou de justice consensuelle ;
- ◆ que les collèges et universités, et en particulier les facultés de droit, continuent d'améliorer la qualité de l'enseignement en matière de règlement extrajudiciaire des différends qui est offert aux étudiants en droit ; et
- ◆ que les entreprises et les organismes bénévoles révisent leurs politiques afin de s'assurer que la participation de leurs employés à des processus participatifs soit considérée au même titre qu'une citation en justice, et qu'ils continuent d'élaborer des projets de justice participative afin de résoudre les conflits au sein de leur organisation.

#### IV.- LE RÔLE DES AVOCATS DANS LE DÉVELOPPEMENT DE LA JUSTICE PARTICIPATIVE

37

J'aimerais terminer en mentionnant les travaux qui ont été faits et qui continuent d'être faits sur la place des avocats dans la justice participative, parce qu'ils en ont une. Ce serait une erreur que se priver de l'apport des juristes. Le rôle de

promotion de l'apport des juristes à la conception, à la réalisation des promesses de la justice participative ne peut pas être minimisé. À cet égard, je voudrais souligner le travail de pionniers de juristes comme Louis Marquis, Louise Lalonde, madame la juge Louise Otis.

- 38 Dans le cadre de ses recherches, la Commission a subventionné, entre autres, les travaux du professeur Macfarlane. Suite à une centaine d'entrevues, et de façon humoristique, cette dernière décrit les cinq types de réponses des juristes au phénomène de la médiation. Je la cite à cet égard.

#### **A. La réponse pragmatique**

- 39 Le pragmatiste a généralement une attitude positive envers la médiation et la perçoit comme étant une occasion utile d'explorer un règlement dans plusieurs cas, mais pas tous. Il la voit également comme ayant un « sens » pratique en ce qui concerne les frais juridiques extraordinaires qui font de plus en plus partie de la norme. Le pragmatiste voit ses clients accepter l'idée de la médiation pour les mêmes raisons et cela consolide mieux son orientation pratique envers la médiation. Il a toujours été très pragmatique envers les règlements : si une affaire doit être réglée, ce qui se passera généralement, pourquoi ne pas le faire le plus rapidement possible à des frais minimales ?
- 40 Le pragmatiste parle de ses expériences de la médiation d'une façon qui suggère que sa pratique n'a changé de façon significative à la suite de celles-ci et qu'il ne se voit pas faire les choses d'une manière bien différente – il n'utilise ses compétences de négociation que dans le cadre d'une médiation. Le pragmatiste reconnaît que, quelquefois, – mais seulement occasionnellement – la médiation produit des résultats significatifs qui sont surprenants et, en particulier, il reconnaît les répercussions relatives à l'inclusion plus active de certains clients dans le processus de négociation même. Cet autre avocat reconnaît que la médiation retire à l'avocat un certain contrôle traditionnel qu'il exerçait sur le processus de négociation, mais sa réponse concernant la « différence » suggère cependant qu'il ne voit pas la médiation comme étant un processus *différent*, mais plutôt comme étant un nouveau processus hâtif. Cette citation rend bien également l'essentiel du point de vue du pragmatiste que la médiation représente une réponse à l'étude

minutieuse des coûts qu'effectuent de plus en plus les clients.

### **B. La réponse du « vrai croyant » ou du converti**

41 Le vrai croyant a pris un engagement sérieux envers l'utilité du processus de médiation, qui va plus loin que la simple réorientation de ses stratégies d'exercice envers les nouvelles attentes et les nouvelles exigences des clients. Le vrai croyant parle de médiation en termes qui laissent entendre qu'elle a des répercussions significatives sur ses attitudes envers l'exercice, les clients et les conflits. Il peut même utiliser des métaphores presque religieuses telles que « converti » ou « transformé » ([Traduction] « j'ai la religion » pour décrire ce processus de changements personnel et professionnel. Il voit la médiation comme ayant un effet transformateur sur les relations, les résultats et le rôle de la plaidoirie même, qui va au-delà de l'utilisation du processus en tant qu'instrument.

### **C. L'instrumentaliste**

42 L'instrumentaliste considère la médiation et les médiateurs comme étant un processus ou un outil à « prendre » et à utiliser pour faire avancer les objectifs adversatifs – pour la plupart inchangés – des clients. Cet avocat a assimilé la médiation en tant qu'outil procédural devant être utilisé efficacement ou autrement évité ou neutralisé (en se présentant, mais en ne participant pas). Parmi les stratégies instrumentales favorites, notons l'utilisation de la médiation visant à réduire les attentes de l'autre partie ou en tant que « qu'interrogatoire à l'aveuglette » visant l'obtention des renseignements préliminaires. L'instrumentaliste ne croit pas que le client puisse jouer de rôle particulier au cours de la médiation, à moins qu'il ne soit fortement orchestré par lui-même. Il n'aura probablement eu que peu d'expérience – ou pas du tout – avec un style de médiation autre qu'une approche prédictive et évaluatrice. Il ira du rôle contradictoire au rôle plus conciliateur sans inconfort apparent en considérant que le second rôle représente un « jeu » plutôt qu'un changement véritable d'orientation.

**D. Le sceptique (*the dismisser*)**

- 43 Le sceptique considère la médiation comme une nouvelle « passade » qui, en fait, n'offre pas beaucoup de différences par rapport au modèle traditionnel de négociation pour l'obtention d'un règlement et ne présente donc aucun défi spécial au rôle de l'avocat.

**E. L'opposant**

- 44 Tandis que la résistance envers la médiation – surtout la médiation obligatoire – du sceptique est quelque peu passive et négative, l'opposant est beaucoup plus loquace sur les dangers et les risques que représente un changement de position vers l'établissement d'un consensus en tant que mode amiable de règlement. L'opposant considère le processus de médiation et le rôle de l'avocat dans ce processus comme une déformation de la bonne identité et de la responsabilité professionnelle de l'avocat. Le rôle principal et le plus authentique de l'avocat consiste à gérer une guerre au nom de ses clients.

CONCLUSION

- 45 Ces travaux nous indiquent bien qu'il reste encore du chemin à faire pour développer une culture de la justice participative au sein de la profession juridique. C'est un rôle que les facultés de droit doivent assumer et certainement, c'est un rôle que la section de droit civil voudra faire.
- 46 À mon avis, c'est très important que les juristes réfléchissent à la justice participative, à la fois pour le système de justice et pour la société démocratique. Vous me permettrez de conclure sur une remarque de nature un peu plus philosophique, soit la place qu'occupe la justice réparatrice dans une société démocratique.
- 47 Il est parfois utile de faire référence aux trois icônes de la pensée démocratique qui constituaient le slogan de la révolution française : « Liberté, Égalité, Fraternité ». De nombreux théoriciens, parmi lesquels Yves-Marie Morissette de l'Université McGill, et aussi le juge Charles Gonthier de la Cour suprême du Canada, ont fait référence à ces principes en analysant l'état de notre pensée démocratique actuelle.

- 48 Je trouve souvent utile de se référer aux trois principes de l'idéal démocratique de la Révolution française (Liberté, Égalité et Fraternité) pour réfléchir à certains développements de notre société. Yves-Marie Morrissette suggère ironiquement que nous connaissons bien la liberté, que nous commençons seulement à comprendre l'égalité et que nous ne connaissons rien de la fraternité.
- 49 Le concept de liberté visait à réduire les pouvoirs des gouvernements et c'est sans aucun doute ce que fait le système juridique traditionnel : liberté de contrat, présomption de l'égalité des parties, présomption d'innocence, limitation des pouvoirs de perquisition et de saisie, obligation d'avertir les suspects avant de s'immiscer dans leur vie privée, sont des éléments qui existent pour protéger la « liberté ». Le développement de notre système judiciaire repose beaucoup sur des idéaux de liberté datant du XIX<sup>e</sup> siècle.
- 50 Nous constatons que les récents défis liés au processus du système de justice sont fondés sur l'égalité : de nouvelles voix sont entendues, les voix des femmes, victimes que l'on n'écoutait pas dans bien des cas, l'aide juridique et les façons de mieux répondre à l'inégalité économique. Le sexisme et le racisme du système sont sans cesse dénoncés et des efforts sont déployés pour répondre à ces nouvelles exigences. Le système s'efforce de tendre peu à peu vers l'égalité.
- 51 La justice participative est peut-être synonyme de respect de la valeur de la fraternité. Il s'agit d'un processus destiné à soigner, tourné vers la coexistence future au lieu de l'isolation et du désengagement. Il s'agit là d'une grande promesse. La fraternité pourrait être une perspective qui correspond aux valeurs essentielles de la justice participative : respect du consensus et du partage du pouvoir, d'une écoute et d'une reconnaissance plus grandes. Cependant, nul ne veut d'une fraternité qui ne tiendrait pas compte des valeurs de la liberté et de l'égalité. De ce fait, nous devrions être inquiets à l'idée d'une justice participative qui exercerait un contrôle social plus important et qui fonctionnerait dans un contexte d'inégalité. C'est là le défi de la justice participative : venir s'ajouter à la liberté et à l'égalité, et non les remplacer au nom d'une nouvelle valeur.

- 52 À notre avis, la fraternité a sa place en démocratie. La justice participative ne peut pas être un simple à-côté; elle doit devenir une véritable alternative.

