



RPRD

REVUE DE PRÉVENTION ET DE
RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

droit préventif
médiation
système de
gestion des conflits
arbitrage
négoce

FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

VOLUME 1 NUMÉRO 2
PRINTEMPS 2003

 ÉDITIONS YVON BLAIS
UNE SOCIÉTÉ THOMSON

LA CONCILIATION JUDICIAIRE À LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC¹

*Louise Otis**

Le programme de conciliation judiciaire à la Cour d'appel du Québec vise à réinvestir les parties de leur pouvoir décisionnel et à réduire les défaillances institutionnelles du système classique de justice civile. Forte d'une démarche empirique impliquant la présidence de 300 séances de conciliation judiciaire, l'auteur nous présente les motivations organisationnelles, les caractéristiques, et les considérations préalables inhérentes à la conciliation judiciaire. De plus, le déroulement du processus de conciliation ainsi que le rôle du juge conciliateur sont exposés d'un point de vue pratique. La nouvelle méthode de résolution des conflits, instaurée à la Cour d'appel du Québec, se veut une nouvelle relation au droit et un enrichissement de la mission traditionnelle des magistrats.

Le conciliateur est, avant toutes choses, un négociateur neutre façonné par l'usage et la pratique. Il a choisi la voie du pourparler et du dialogue pour susciter la résolution des conflits par la conclusion d'un accord. Bien sûr, les théories du conflit, l'acquisition conceptuelle des modes de négociation et la théorisation des méthodes de règlement apportent au négociateur la distanciation nécessaire à la compréhension de son expérience. Cette conceptualisation permet au négociateur de valider son intervention empirique et d'intérioriser – de manière consciente et réfléchie – la qualité de son expérience.

* Louise Otis est juge à la Cour d'appel du Québec, Palais de Justice, 1 rue Notre-Dame Est, Montréal, Québec H2Y 1B6; courriel: lotis@justice.gouv.qc.ca; elle a instauré, en 1998, le premier programme de conciliation judiciaire en appel.

© 2003 Revue de Prévention et de Règlement des Différends, Volume 1, Numéro 2.

Ce texte ne se veut ni une théorie de la conciliation judiciaire ni un exposé exhaustif sur le fonctionnement du programme instauré à la Cour d'appel du Québec. Ce texte envisage plutôt le rôle du juge-conciliateur à travers le cheminement de l'instance conciliationnelle, vue de l'intérieur. Il ne s'agit donc pas d'un exercice académique, mais de la communication d'une expérience professionnelle résultant de 300 séances de conciliation tenues à la Cour d'appel. Cette expérience met en lumière l'importance pour le juge négociateur non seulement de maîtriser le droit substantiel mais de posséder une connaissance approfondie de l'âme humaine afin de pouvoir appréhender avec réalisme et empathie les conflits, leur complexité et leur humanité.

Les raisons ayant présidé à l'instauration de la conciliation judiciaire

En 1998, l'instauration d'un système de conciliation judiciaire² à la Cour d'appel du Québec témoignait d'une responsabilisation judiciaire en regard de la crise d'effectivité du système classique de justice civile. Il fallait – de prime nécessité – amenuiser la distance entre l'ordre d'autorité que représente le judiciaire et l'ordre social.

Les considérations qui ont inspiré la création du premier système de conciliation judiciaire au niveau d'une cour d'appel³ procèdent, notamment, des déficiences du système traditionnel: délais institutionnels, frais judiciaires et extrajudiciaires reliés au débat contradictoire, *agency costs*⁴ résultant, souvent, du chevauchement des intérêts, traumatismes physiques et psychologiques associés au long conflit judiciaire⁵. De plus, le jugement – qui constitue le point d'aboutissement du débat contradictoire – n'apporte pas toujours une solution intégrale au litige. L'application de la règle de droit et les limites du contrat judiciaire refrènent, dans certains cas, la créativité juridique indispensable à une résolution complète du litige⁶. Ainsi, à la Cour d'appel, il arrive que les seules solutions judiciairement possibles, au terme d'une audition, ne soient plus celles qui conviennent à l'évolution du litige qui, par l'écoulement du temps, a changé diamétralement de dimension. Le Président Aydalot, de la Cour de cassation de France, soulignait, avec justesse, que le temps est révolu où les juges pouvaient «donner des réponses mortes à des questions vivantes»⁷.

Finalement, dans les affaires qui s'y prêtent, les justiciables québécois sont désormais prêts à assumer leur destinée judiciaire. La maturité collective des sociétés occidentales autorise dorénavant les justiciables

à prendre part à l'élaboration des solutions judiciaires destinées à éteindre les litiges qui les confrontent. Cette justice participative qui permet l'expression d'une solution consensuelle, judiciairement négociée, connaît actuellement, un essor considérable et s'affermi au nom de l'essentialité⁹.

Les caractéristiques inhérentes à la conciliation judiciaire

La conciliation judiciaire s'inspire, généralement, des règles de la médiation privée en ce qui a trait, notamment, au consentement, à l'élaboration du mandat, à la communication, à la négociation (sous réserve du champ d'intervention) de même qu'à la rédaction d'une décision éclairée.

Cependant, la conciliation judiciaire comporte des caractéristiques inhérentes qui la distinguent fondamentalement de la médiation extrajudiciaire⁹.

Intégration au sein du système de justice

La conciliation judiciaire intervient dans le cadre de la procédure accusatoire et contradictoire alors que le litige est déjà pendu devant une instance judiciaire. La Cour d'appel du Québec et, depuis peu, les tribunaux de première instance et les tribunaux administratifs, ont intégré les deux voies de solution judiciaire (conciliation et audition) dans une structure hybride de résolution des litiges, unique, harmonieuse et fonctionnelle. Donc, la conciliation judiciaire ne constitue pas une mesure de solution des conflits de nature préventive mais s'insère véritablement au sein du système de justice classique.

Le Conciliateur est un juge

Cette qualité restreint, à certains égards, son faisceau d'intervention mais lui confère, par ailleurs, une autorité morale indubitable étant donné son statut de décideur impartial et indépendant. Par cette qualité de juge, le conciliateur judiciaire évolue dans un couloir plus étroit que le médiateur extrajudiciaire: il ne doit pas lier la Cour ou compromettre son autorité par l'expression de ses opinions juridiques, ni altérer le déroulement futur de l'audition advenant l'échec de la conciliation.

Indépendance des systèmes processuel et conciliationnel

La confidentialité¹⁰ s'inscrit au cœur de la conciliation judiciaire afin de garantir l'impénétrabilité des deux systèmes (processuel et conciliationnel) et d'en assurer l'indépendance. À cet égard, un engagement de confidentialité est signé par les parties en même temps que la demande conjointe de conciliation. D'ailleurs, le Code de procédure civile prévoit, dans une réforme récente qui vient officialiser la conciliation judiciaire, une disposition qui rend confidentiel «tout ce qui est dit ou écrit» au cours de la session (art. 151.21 L.R.Q., c. C-25, tel qu'adopté par L.Q. 2002, c. 7, art. 19).

Afin de garantir la confidentialité des échanges, le dossier de conciliation judiciaire est conservé, en tout temps, dans le bureau du juge conciliateur. Aucun dossier de conciliation, fût-il sommaire, n'est gardé au greffe du tribunal.

Utilisation parcimonieuse du temps du juge conciliateur

Le juge ne peut consacrer à une séance de conciliation plus de temps qu'il n'en aurait investi pour décider du litige dans le cadre du système accusatoire et contradictoire. Les ressources humaines et matérielles imparties au système judiciaire sont limitées. En conséquence, la Cour d'appel du Québec a développé une méthode de conciliation efficace qui permet de régler – généralement – 80 % des dossiers au terme d'une seule séance de conciliation d'une durée d'environ quatre heures. Ainsi, l'utilisation optimale du temps des décideurs est assurée. En centrant son intervention sur la solution du litige, le conciliateur économise temps, ressources et énergie non seulement à l'égard du système judiciaire mais de toutes les parties impliquées au litige. L'une des méthodes utilisées pour maximiser l'utilisation du temps du juge conciliateur est l'évaluation préalable du dossier. En Cour d'appel, comme le litige a déjà fait l'objet d'une décision judiciaire, le juge pourra, à l'examen des procédures, de la preuve documentaire et du jugement rendu, établir les paramètres juridiques du dossier de conciliation. Sans se détacher du droit substantiel, le juge évaluera le bien-fondé des prétentions respectives des parties dans une perspective transactionnelle plutôt que décisionnelle.

Séparation des rôles

Lorsque la conciliation ne donne pas lieu au règlement final du dossier, le juge conciliateur est nécessairement exclu de la formation

chargée d'entendre ultérieurement le pourvoi. Cette caractéristique constitue l'un des fondements du système puisqu'elle en assure l'intégrité en garantissant l'indépendance et l'impartialité des décideurs. De plus, la connaissance, par les parties, de la séparation des rôles confère aux négociations fluidité et aisance en encourageant l'ouverture des pourparlers sans réserve.

Considérations préalables à la conciliation judiciaire

Certains facteurs doivent être considérés, de manière prioritaire, avant que les parties ne s'engagent dans la voie de la conciliation judiciaire afin de ne pas en compromettre le succès.

L'évolution du conflit

Il a été observé, souvent, qu'un certain niveau de tension doit être atteint avant que la conciliation ne constitue une mesure de résolution viable pour les parties. Celles-ci doivent avoir déterminé leur position en regard du conflit avant de chercher la voie du compromis. Cette constatation est déterminante quant au *moment opportun* de procéder à la tenue d'une séance de conciliation.

La complexité du conflit

La nature et l'ampleur du conflit peuvent rendre difficile l'exercice de la conciliation. Ainsi, certains conflits mettent en présence plusieurs parties ou soulèvent des questions juridiques fort complexes. Ces constatations doivent être soigneusement évaluées avant la tenue de la séance de conciliation afin de ne pas en altérer le déroulement. La négociation multi-parties est de plus en plus fréquente aujourd'hui et des techniques d'appoint permettent de simplifier le processus en lui conservant sa souplesse. Ces négociations ne présentent pas plus de difficultés que les négociations duales lorsque le dossier est soigneusement préparé et que le juge conciliateur comprend bien les enjeux et les intérêts de chacune des parties au litige.

Lorsque le juge conciliateur acquiert la certitude que la complexité du dossier empêchera la conclusion d'une transaction, il lui est toujours loisible de limiter la conciliation à certaines parties au litige ou à certaines questions en litige et de laisser le système de justice contradictoire résoudre les autres aspects du conflit. Ainsi il pourra, au moins, dénouer partiellement le litige judiciaire.

La volonté réelle de résoudre le conflit

Certaines parties peuvent, inconsciemment, souhaiter la conciliation judiciaire dans le seul but de maintenir et de prolonger le rapport conflictuel existant avec l'autre partie et non de trouver une solution définitive au litige. Il arrive également qu'une partie s'engage dans la voie de la négociation dans le seul but d'étayer son dossier factuel afin d'affermir sa position juridique. Ces cas sont rares mais ils doivent être repérés, rapidement, par le juge conciliateur. Pour assurer le succès de la conciliation et la gestion efficace de son temps, le juge conciliateur doit, promptement, s'assurer de la volonté réelle des parties de trouver une solution finale au litige qui les oppose. À cet égard, la conférence téléphonique demeure un outil privilégié.

Le rapport de force

L'équilibre des forces conflictuelles constitue un élément vital dans les négociations visant la recherche d'une transaction. Certains facteurs peuvent affecter cet équilibre et compromettre le déroulement de la conciliation. Le juge conciliateur doit avoir une bonne connaissance de la dynamique relationnelle existant entre les parties avant d'engager le processus de la conciliation judiciaire.

Le rôle du juge conciliateur

Le juge conciliateur est appelé à jouer différents rôles dans le cours de la conciliation. Il peut être à la fois modérateur, évaluateur, enquêteur, négociateur, conseiller et facilitateur. Dans le cadre de son intervention, le conciliateur doit permettre aux parties d'examiner le litige sous tous ses angles, de définir les questions inhérentes au litige de même que les intérêts sous-jacents à un règlement. Il doit offrir aux parties la chance d'explorer, mutuellement, toutes les options permettant de régler un litige de manière satisfaisante. À cet égard, le conciliateur doit cumuler les qualités suivantes:

Agent de rapprochement

Parce que les parties sont immergées dans un conflit judiciaire, elles peuvent avoir des réticences à convenir de s'engager dans la procédure de conciliation. La première tâche du conciliateur est d'amener les parties à consentir à la conciliation, à convenir d'un mandat, à déga-

ger un désir commun de négocier de bonne foi et à établir un terrain d'entente.

Le conciliateur doit aider les parties à déterminer les règles de base qui serviront d'assise à la conciliation. Il doit également amener les parties à convenir de toutes les questions litigieuses susceptibles d'être soumises à la procédure de conciliation.

Agent de gestion de la procédure

Au début de la séance de conciliation ou à l'occasion d'une conférence téléphonique préalable, le conciliateur doit cerner, avec exactitude, le mandat que lui confèrent les parties et la qualité des participants à la séance de conciliation. Ainsi, il arrive que l'une des parties requière la présence de personnes qui ne sont pas directement impliquées dans le litige afin de lui porter conseil, assistance ou réconfort. Le conciliateur devra gérer cette situation délicatement et rapidement afin de ne pas compromettre le déroulement de la séance. Il en est de même des questions juridiques soulevées pour la première fois dans le cadre de la conciliation.

Agent de communication

Le conciliateur doit connaître ses qualités de négociateur pour mener à bien son mandat de rapprocher les parties et de les amener à conclure une entente. Le conciliateur doit être capable d'une puissante écoute active. Il doit avoir l'intelligence et la perspicacité de pénétrer à l'intérieur du conflit afin d'en découvrir les motivations cachées. Il entendra non seulement ce qui est dit mais il percevra les intérêts non dévoilés qui peuvent éluder la solution du conflit. Le silence et la réserve abritent souvent un langage qui transporte un message bien plus puissant que celui porté par les mots. Comme l'écrivait Fernando Pessoa, «Il y a deux façons de dire: parler et se taire».

Fréquemment, le conciliateur devra mettre en perspective le conflit qui oppose les parties afin de les amener à prioriser certains intérêts tout en laissant à l'écart les questions accessoires susceptibles de miner la communication et la négociation. Il devra rappeler aux parties le contexte de son intervention, formuler les observations pertinentes, poser, au moment opportun, les questions charnières et formuler les commentaires susceptibles d'amener les parties à poursuivre leur réflexion à l'intérieur du processus de conciliation. Avant de procéder à

une intervention directe, il devra vérifier attentivement ses perceptions en gardant à l'esprit que l'intuition peut être contre-productive lorsqu'on lui obéit sans discernement. De la même manière, les réactions purement émotionnelles des parties ne doivent jamais le distraire du cœur du litige. Le conciliateur doit créer un environnement sûr qui permette aux parties de s'engager spontanément et sincèrement dans le processus de négociation sans que le rapport de force ne soit altéré.

Agissant tel un chef d'orchestre, le conciliateur conduit, de manière subtile, la négociation qui se déroule entre les parties. Il devra, avec habileté, ramener fréquemment les parties sur la voie du litige principal et tempérer les discussions susceptibles d'entraîner la rupture de la communication. Par un contrôle sans ingérence, il conduira les parties à demeurer centrées, de manière constructive, sur le problème qui les confronte.

Agent d'équilibre

Pendant le déroulement de la séance, le conciliateur aura, à l'occasion, à contrebalancer le rapport de force entre les parties afin de maintenir l'équité du processus. Il agira, en quelque sorte, comme un arbitre. Une partie qui a un style de négociation plus agressif ou qui possède des habiletés supérieures peut créer l'insécurité, la frustration et le retrait chez l'autre partie et, conséquemment, amenuiser les chances de parvenir à une entente. Le conciliateur pourra intervenir, subtilement, pour renforcer la position de la partie déstabilisée et réduire l'influence prépondérante de l'autre partie. À cet égard, les rencontres individuelles (*caucuses*) peuvent s'avérer un outil important pour faciliter le déroulement de la négociation. De plus, la suspension de la séance, au moment opportun, peut être un instrument important lorsqu'il s'agit de permettre à la partie vulnérable de vérifier certaines informations, de contacter les ressources nécessaires ou d'obtenir les conseils utiles. Il s'agit, en tout temps, de réduire la disparité du rapport de force entre les parties.

Agent de réalité

Le conciliateur est également un *agent de réalité*. Il recentre les parties sur la nature réelle de leurs différends et les aide dans l'analyse pragmatique du litige. Souvent, le sophisme et la conjecture sont utilisés par l'une ou l'autre des parties pour potentialiser leurs propositions. Il appartient au conciliateur, par une intervention directe, de ramener rapidement les parties vers une approche réaliste afin d'assurer la crédibilité du processus.

Agent de solution

La position privilégiée du conciliateur, comme facilitateur neutre, lui permettra – en temps utile – de présenter aux parties des options de solutions. Il faut se rappeler que les parties qui ont choisi la voie judiciaire ont souvent aliéné leur perception objective du conflit. Par une vision large, le conciliateur devra leur permettre de quitter le cadre étroit du litige judiciaire pour explorer des avenues susceptibles de constituer des options valables de règlement.

Le conciliateur est entièrement responsable du déroulement du processus de conciliation. Cependant, la responsabilité de la décision repose entièrement sur les parties. Le conciliateur ne doit jamais se substituer aux parties pour les déposséder de leur pouvoir décisionnel.

Le déroulement de la séance de conciliation

Le conciliateur développera, avec l'expérience, un style de négociation qui lui est propre et qui correspond à sa personnalité. Il privilégiera les techniques qu'il maîtrise le mieux et conservera un mode d'intervention souple et efficace. On ne pénètre pas le territoire de la négociation ou de la médiation en cherchant, spontanément, des techniques d'intervention sophistiquées auxquelles on ancre sa personnalité par une quête identitaire de ce que l'on perçoit être «un bon négociateur». On s'engage, plutôt, dans cet art pluriel qu'est la négociation, en partant de *soi-même* – connu et accepté – pour appréhender le conflit et comprendre, sans jugement moral, les acteurs qui s'y déploient. Outre la maîtrise de sa profession, le vecteur d'excellence le plus puissant réside certainement dans la *connaissance approfondie de soi*, qui se révèle souvent dans l'apprentissage de la lucidité et la présence à l'instant.

S'il faut parler de technique d'intervention, il est suggéré que le déroulement de la séance de conciliation judiciaire obéisse à certaines étapes afin de faciliter la maîtrise de la communication et de la négociation. Généralement, six étapes président au déroulement des séances de conciliation judiciaire à la Cour d'appel du Québec: le consentement, l'ouverture, la communication, la négociation, la décision et la clôture.

Chacune de ces étapes comporte un objectif, implique une action positive et débouche sur un résultat. Il s'agit, avec certaines variantes, de la méthode *STAR* développée par Pepperdine University, School of Law, The Straus Institute for Dispute Resolution¹¹ et adaptée par la Cour d'appel du Québec pour satisfaire aux besoins de la conciliation judiciaire.

Le consentement

Cette étape concerne la volonté commune de concilier. Si le régime est *obligatoire* et que la conciliation est imposée, cette étape est moins prépondérante.

Si le régime est *facultatif*, comme celui de la Cour d'appel, le juge conciliateur devra, lorsqu'il en est requis, vérifier la qualité du consentement et, à l'occasion, pourra, par son intervention, susciter un consentement éclairé à la résolution amiable des conflits.

Faire consentir à la conciliation, c'est donner vie à la procédure elle-même.

À la Cour d'appel du Québec, le consentement émane d'une demande conjointe signée par les parties au litige et, le cas échéant, leurs avocats. Parfois, l'une des parties ou son avocat s'adressera directement au responsable du service de conciliation afin d'obtenir, par l'intervention du juge, que l'autre partie acquiesce à la demande conjointe. Si le juge conciliateur estime que l'objet du différend se prête bien à la résolution à l'amiable des conflits, il pourra tenir une conférence téléphonique afin de recommander la conciliation. Souvent, le refus d'acquiescer à une demande conjointe résulte simplement de l'ignorance de la procédure, de réticences fondées sur la confidentialité ou encore d'informations erronées. Aussi, la conférence téléphonique constitue un outil simple et privilégié qui permet (1) de dissiper les interrogations et les craintes, (2) d'informer les parties sur les objectifs de la conciliation et, le cas échéant, (3) d'affirmer leur volonté de convenir d'une demande conjointe et de s'engager résolument dans le processus conciliationnel.

Cette étape du consentement inclut également la vérification, par le juge conciliateur, de la volonté commune de concilier. Lors des premiers échanges visant la détermination d'un échéancier, les parties seront appelées à comprendre la dynamique du processus. Dès la première étape, les parties et leurs avocats sauront que la conciliation n'a pas pour but d'obtenir une opinion juridique ou une pré-décision, mais vise l'instauration d'un processus transactionnel afin de parvenir à la conclusion d'une entente. En d'autres mots, le juge conciliateur doit déceler l'intention ferme des parties de transiger.

À l'étape du consentement, le juge conciliateur s'assure, également, de la présence de tous les interlocuteurs nécessaires à une solution complète du litige. Souvent, la présence d'experts (médecins,

ingénieurs, arpenteurs, etc.) ou de tiers neutres s'avérera indispensable au développement des options devant conduire à un règlement.

L'ouverture

Généralement, il s'agira de la première rencontre entre le juge conciliateur, les parties et les avocats. Pendant le déroulement de cette étape, les parties et leurs avocats devront vivre l'expérience d'un environnement juridique sécuritaire et nourrir l'espoir d'un règlement.

Lors de la procédure d'accueil, le juge conciliateur exposera aux parties et aux avocats, en séance plénière, le but de la conciliation et le déroulement de la séance. Il les rassurera sur la confidentialité de la conciliation et les invitera à exposer leur point de vue, de manière préliminaire.

L'ouverture de la session de conciliation a une importance déterminante. Après avoir présenté ses remarques d'ouverture, le juge conciliateur s'attardera à la détermination de l'échéancier de la séance de conciliation et, plus particulièrement, à l'élaboration du mandat détaillé de négociation. La tâche la plus importante à accomplir au cours de cette étape d'ouverture est certainement la négociation du mandat. Soit que ce mandat ait déjà été convenu: il s'agit alors de le consolider et d'exposer l'ordre prioritaire de discussion des matières formant l'objet du mandat. Soit que le mandat n'ait pas été négocié: il s'agit alors d'en convenir et d'en déterminer l'ordonnancement. Au terme de la séance d'ouverture, le négociateur doit avoir reçu un mandat clair et ordonné. Évidemment, ce mandat n'est pas intangible et la créativité du processus pourra permettre l'émanation de questions nouvelles lors du déroulement des négociations.

Selon la nature des litiges judiciaires, le juge conciliateur demandera aux parties (ou leurs avocats) de présenter une déclaration d'ouverture afin d'exposer, à titre de préambule, la nature et l'objet du litige. Cette étape demeure facultative et dépend de l'ampleur du conflit qui existe entre les parties.

Finalement, au cours de la séance d'ouverture, le juge conciliateur décidera s'il y a lieu ou non de procéder à une *rencontre avec les avocats*. Cette étape est particulièrement importante et fructueuse en matière de conciliation judiciaire. Comme le conciliateur ne peut tenir plusieurs séances de conciliation (sauf les affaires revêtant une grande complexité) et que ses ressources temporelles sont limitées, il doit

potentialiser ses chances d'en arriver à un règlement après une ou deux séances et, ainsi, optimiser les moyens à sa disposition. À cet égard, les avocats constituent certainement des auxiliaires de justice indispensables. Non seulement ont-ils une connaissance approfondie de leur dossier mais, également, ils ont mesuré avec précision l'ampleur du conflit et le niveau d'acrimonie existant entre les parties au litige¹².

La rencontre préliminaire avec les avocats, en l'absence des parties, permet souvent de déterminer si la séance de conciliation se déroulera en séance plénière ou en séance individuelle. Elle offrira également des points de repère relativement à la manière de communiquer avec les parties et de maîtriser, plus efficacement, la négociation.

La communication

À cette étape de la séance de conciliation, les parties, en séance individuelle ou en séance plénière, vont transmettre au juge conciliateur l'information qu'elles estiment indispensable, ce qui permettra de mesurer, avec exactitude, la nature du conflit qui les oppose (conflits de données, conflits d'intérêts, conflits structurels, conflits de valeurs, conflits relationnels, etc.).

Souvent, l'étape de la communication constitue une *séance d'information linéaire* où chacun explique sa position, sa force, son assurance, ses certitudes. L'expression en est le trait dominant. Chaque partie tente de valider ses prises de position. Il s'agit d'une étape en apparence narcissique puisqu'elle dépasse rarement la sphère personnelle de l'interlocuteur. Chaque partie délimite ses frontières et les communique. Cette étape est celle où l'on recueille soigneusement les informations qui serviront à étoffer la négociation et également à mesurer la hauteur du conflit.

À ce *stade linéaire*, le conciliateur se limitera à poser des questions, à écouter les réponses de manière empathique, à marquer des pauses (*effective pausing*) pour permettre l'expression du conflit.

On aura l'impression, lors de la communication, que le discours est improductif et, surtout, qu'il est intarissable. Il s'agit, toutefois, de l'une des étapes les plus importantes de la procédure de conciliation. Par exemple, avant que l'ébéniste ne fabrique un meuble, telle une armoire chevillée, il consacra du temps à découper et assembler ses pièces: chevilles de bois, pièces chantournées; etc.; lorsque toutes les pièces sont étendues, de manière linéaire, sur la table d'assemblage, l'on ne

décèle qu'une masse informe et, de prime apparence, totalement disparate. Toutefois, au regard de l'ébéniste, c'est la table tout entière qui apparaît déjà, devant lui, pièce par pièce, jusqu'à ce qu'il procède finalement à l'assemblage. De la même manière, cette étape de la communication, même si elle paraît décousue et stérile, est véritablement l'étape où le juge conciliateur expérimenté voit déjà la potentialité de l'entente, clause par clause, s'élaborer devant lui.

La négociation

La négociation est l'étape de l'innovation ou de la créativité. Lorsque les parties aux prises avec un conflit qui leur paraît insoluble se présentent en séance de conciliation, elles ont souvent l'impression d'être serrées comme dans un étau. Particulièrement, au stade de l'appel, le litige est déjà fortement judiciairisé: un procès a été tenu, un jugement a été rendu qui insatisfait une partie ou en insécurise une autre et, préalablement, les avocats ont souvent tenté la négociation et même la médiation. En fait, la réalité du litige a été dissipée dans l'exacerbation du conflit. Les parties ont aliéné leur perspective objective du litige en lui substituant l'antagonisme judiciaire et en polarisant leur position. Conséquemment, elles ont pris conscience qu'elles se déplacent sur un terrain qui ne leur offre plus aucune sécurité. Les parties devront, pour dénouer l'impasse, être créatives: elles devront imaginer et aménager leur voie de sortie. Elles devront se mouvoir, se déplacer, sinon elles seront stratifiées dans le litige judiciaire! Une fable malienne relatée par Aminata Traoré raconte que chez les *Bamawanw*, il existe une légende que l'on nomme la «petite danse indansable». Si le danseur fait un pas en arrière son père meurt, s'il fait un pas en avant sa mère décède et s'il ne danse pas il trépassera. Il est enserré dans un étau. Que fera le danseur condamné à mourir? Il devra être créatif, il devra *s'envoler*.

Voilà bien l'essence de la négociation: la recherche d'une solution viable et parfois vitale pour les deux parties. Lorsque la négociation s'amorce, les mots sont rares, bien mesurés, le débit est lent et le mouvement s'engage. Avec prudence, les parties en arrivent, lentement, à s'envoler afin de s'élever au-delà du terrain miné du conflit.

Parfois, dans le cours de la négociation, les parties doivent revenir en arrière, se rééquilibrer, rétroagir, se recentrer tout en demeurant, toujours, sur la voie du compromis. Quand les parties se rapprochent mais qu'elles baignent dans l'insécurité ou demandent à réfléchir en silence, il faut les laisser partir sans tenter de contrôler le processus. Le juge conciliateur doit permettre aux parties de délibérer sur leur propre sort. Dans

le cadre de la procédure de conciliation judiciaire, la responsabilité de la décision repose entièrement sur les parties. Il s'agit d'un véritable transfert judiciaire où le juge conciliateur encouragera les parties à prendre les risques pour éteindre le conflit qui les oppose sans jamais les déposer de leur pouvoir décisionnel. Il s'agit, véritablement, d'une prise en charge de sa destinée judiciaire. D'ailleurs, les solutions créatrices conçues par les parties revêtent plusieurs aspects qui ne laissent de surprendre: reconfiguration des lieux litigieux, échange de propriétés, construction conjointe d'infrastructures, préparation commune d'une lettre d'excuses, redéfinition des conventions d'actionnaires, etc.

La décision

Cette étape vise la mise en œuvre de la *décision*, soit la rédaction de l'entente qui sera entérinée, subséquemment, par la Cour. Cette étape fondamentale est confiée à la responsabilité des avocats et le juge conciliateur quittera la salle de conciliation jusqu'à ce que l'entente ait été complétée. Il arrive, pendant le cours de la rédaction de l'entente, que des mesures transitoires doivent être aménagées pour parfaire la *décision* des parties et, lorsque cette occurrence survient, le juge conciliateur réintègre son rôle de facilitateur.

La clôture

Cette dernière étape marque la fin de la session de conciliation. Le juge conciliateur fait la lecture de la décision des parties, s'assure que le consentement est toujours vivant et que son expression a été juridiquement traduite dans la rédaction de l'entente qui est alors signée par les parties.

La lecture de la décision sera faite en séance plénière. Elle permettra aux parties de prendre conscience de leur capacité inhérente de trouver, elles-mêmes, une solution à leur différend. Lors de la *clôture* de la séance, les parties réaliseront que les quelques heures passées ensemble au cours desquelles elles ont négocié le mandat, communiqué, négocié les questions litigieuses et finalement conclu une entente leur ont révélé un mode efficace de règlement des conflits qui peut être importé avantageusement dans leur communauté, dans leur milieu de travail et, principalement, dans leur famille. En fait, le juge conciliateur, tout en agissant comme intermédiaire dans la solution du litige judiciaire, aura enseigné aux parties comment apaiser les conflits qui surviennent dans le cours de leur vie quotidienne.

Conclusion

Voilà, brossée à grands traits, cette méthode pragmatique de résolution des conflits qui se veut, pour les justiciables, une nouvelle relation au droit et pour les magistrats, un enrichissement de leur mission traditionnelle de rendre justice par l'instauration d'un dialogue judiciaire jusque là inconnu.

L'instauration du premier programme de conciliation judiciaire en appel a véritablement constitué un changement majeur dans la manière de concevoir et de rendre la justice. Associer la *justice participative*, qui s'incarne dans la solution négociée, à la *justice d'autorité*, fondée sur l'acte de juger, commandait un acte de foi dans la maturité collective des justiciables et la collaboration indéfectible du monde judiciaire.

Notes

1. L'auteure tient à remercier le professeur L. Randolph Lowry, fondateur et directeur du Straus Institute for Dispute Resolution et professeur à Pepperdine University School of Law, pour sa précieuse collaboration dans l'instauration d'un programme de formation en conciliation judiciaire destiné aux magistrats et aux juristes canadiens.
L'auteure remercie aussi M^e Lysanne P. Legault, coordonnatrice, qui assure, depuis cinq ans, la mise en œuvre administrative de la conciliation judiciaire à la Cour d'appel du Québec et participe à la formation des magistrats étrangers.
2. Le choix de la dénomination «conciliation» plutôt que «médiation» vient simplement marquer la différence entre la médiation extrajudiciaire et la médiation réalisée par des juges dans le cadre d'une instance judiciaire. En fait, les deux termes (conciliation et médiation) recouvrent la même réalité dans la qualité de l'intervention mais participent d'un contexte institutionnel fort différent. Afin de ne pas engendrer la confusion, la Cour d'appel du Québec a choisi conciliation judiciaire au lieu de médiation.
3. La conciliation réalisée par des juges de la Cour d'appel était, en 1998, un phénomène unique dans le monde judiciaire occidental.
4. W.P. McKeown, «Expert and Survey Evidence in Patent and Trademark Cases: Proposed Federal Court Case Management Procedures», (1997) 14 *C.I.P.R.* 1 et 2; M. Teplitsky et W. Low, «Arbitration: An Alternative», (1983) 4 *Advocates' Quarterly* 233.
5. Voir plus particulièrement L. Otis, «La justice conciliationnelle: l'envers du lent droit», (2001) 3:2 *Éthique Publique, Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale* 63; voir aussi: M. Monroy et A. Fournier, *Figures du conflit: une analyse systémique des situations conflictuelles*, Paris, Presses universitaires de France, coll. «Le sociologue», 1997, 221 p.

6. J.D. Reynaud, *Le conflit, la négociation et la règle*, Toulouse, éd. Octarès, 1995, 260 p.
7. F. Ringelheim, *Amour sacré de la justice*, Bruxelles, Éditions Labor, 1998, p. 18.
8. C. Menkel-Meadow, «Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of A.D.R.», (2000) 16 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 1.
9. N.A. Welsh, «The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?», (2001) 8 *Harvard Negotiation Law Review* 1.
10. O.V. Gray, «Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation», *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 36, 1998; J. Watson-Hamilton, «Protecting Confidentiality in Mandatory Mediation: Lessons from Ontario and Saskatchewan», *Queen's Law Journal*, vol. 24, 1999; R. McConomy, «La portée et les limites de la confidentialité des séances en médiation», dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en médiation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 111.
11. Advanced Mediation Practice, An Interactive Training Program, The Straus Institute for Dispute Resolution, Pepperdine University School of Law – 1995.
12. M.E. Laffin, «Preserving the Integrity of Mediation Through the Adoption of Rules for Lawyers and Mediators», (2000) 14 *Notre-Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy* 479; C. Noble, L. Dizgun et D.P. Emond, *Effective Client Representation in Mediation Proceedings*, Toronto, Emond Montgomery Publ., 1998, 200 p., aux p. 65 et s.