

SUZANNE BOUCLIN

**UNE INTRODUCTION À  
LA THÉORIE ET À LA PRATIQUE  
DE LA RÉOLUTION  
DES DIFFÉREND**

**JFD**  
Éditions

Une introduction à la théorie et à la pratique de la résolution des différends  
Suzanne Bouclin  
© 2024 Les Éditions JFD inc.

---

Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives nationales  
du Québec et Bibliothèque et Archives Canada

Titre : Une introduction à la théorie et à la pratique de la résolution des  
différends / Suzanne Bouclin.

Identifiants : Canadiana 20230075371 | ISBN 9782897991807

Vedettes-matière : RVM : Règlement de conflits – Canada – Manuels  
d'enseignement supérieur. | RVMGF : Manuels d'enseignement supérieur

Classification : LCC KE8615.B68 2024 | CDD 347/.7109—dc23

---

Les Éditions JFD inc.  
CP 15 Succ. Rosemont  
Montréal (Québec)  
H1X 3B6

Courriel : [info@editionsjfd.com](mailto:info@editionsjfd.com)

Web : [editionsjfd.com](http://editionsjfd.com)

Tous droits réservés.

Toute reproduction, en tout ou en partie, sous quelque forme  
et par quelque procédé que ce soit, est strictement interdite sans  
l'autorisation écrite préalable de l'éditeur.

ISBN : 9782897991807

Dépôt légal : 1<sup>er</sup> trimestre 2024  
Bibliothèque et Archives nationales du Québec  
Bibliothèque et Archives Canada

Imprimé au Québec

# TABLE DES MATIÈRES

<b>Avant-propos</b> .....	13
<b>Remerciements</b> .....	17
<b>Introduction</b> .....	19
<b>Qu'est-ce qu'un « différend »?</b> .....	20
<b>Le mouvement vers la résolution des différends (« RDD »)</b> .....	26
La RDD favorise-t-elle l'accès à la justice ou est-elle un outil du capitalisme? .....	28
De l' <i>alternative</i> à une action en justice vers la résolution appropriée des différends .....	29
<b>La justice participative</b> .....	31
Le manque d'accès au système de justice .....	34
L'identité professionnelle du conseiller juridique moderne .....	38
L'évolution des attentes des clientes .....	41
<b>Conclusion</b> .....	45
<b>Chapitre 1 Les processus de résolution des différends</b> .....	47
<b>1.1 Qu'entendons-nous par la « résolution » des différends?</b> .....	50
<b>1.2 Les processus de résolution des différends</b> .....	51
1.2.1 Négociation .....	53
1.2.2 Médiation .....	58
1.2.3 Méd-age .....	66
1.2.4 Résolution non contraignante .....	68
1.2.5 Arbitrage .....	71
1.2.6 Tribunaux administratifs .....	74
1.2.7 Processus liés aux tribunaux judiciaires .....	75
1.2.8 Procès .....	78
<b>1.3 Comment choisir le processus approprié?</b> .....	81
1.3.1 Le différend se prête-t-il aux processus plus participatifs? .....	83

1.3.2	Quelle est la meilleure personne pour favoriser la résolution de ce différend particulier?.....	87
	<b>Conclusion</b> .....	88
	<b>Chapitre 2 La résolution des différends en ligne</b> .....	91
2.1	<b>L'avènement des processus de résolution des différends en ligne</b> .....	93
2.2	<b>Qu'entend-on par processus de résolution des différends en ligne?</b> .....	96
2.2.1	Modèle consensuel <i>versus</i> modèle juridictionnel .....	97
2.2.2	Prestataires publics <i>versus</i> prestataires privés.....	98
2.2.3	Différents modèles de résolution des différends en ligne.....	100
2.3	<b>Avantages et inconvénients des processus de résolution des différends en ligne</b> .....	102
2.3.1	Efficacité, coûts et souplesse.....	103
2.3.2	Accès à la justice .....	105
2.3.3	Retombées pour l'environnement .....	106
2.3.4	Disparités dans la « technologisation » .....	107
2.3.5	Facteur humain.....	108
2.3.6	Obstacles liés à la confidentialité et à la sécurité .....	110
2.4	<b>Lignes directrices et principes en matière de résolution de différends en ligne</b> .....	111
	<b>Conclusion</b> .....	113
	<b>Chapitre 3 Trois modèles de négociation</b> .....	115
3.1	<b>Les modèles instrumentalistes : la négociation distributive et la négociation intégrative</b> .....	118
3.2	<b>Paradoxe de la collaboration/compétition</b> .....	119
3.2.1	Exemple : négociation d'une convention collective .....	122
3.3	<b>Négociation distributive</b> .....	123
3.3.1	Les ressources sont fixes .....	124

3.3.2	Les parties sont des concurrents .....	125
3.3.3	La négociation est un processus linéaire .....	126
3.3.4	Le processus est soumis aux rapports de pouvoir .....	129
3.3.5	Une négociatrice qui travaille dans un cadre distributif met en œuvre tous les moyens nécessaires – dans les limites de la loi – pour satisfaire aux intérêts de la cliente .....	130
3.3.6	La négociation n'est pas automatiquement entamée de façon agressive et la négociatrice n'agit pas nécessairement de façon contraire à l'éthique .....	132
3.3.7	Une négociatrice distributive peut être efficace ou inefficace.....	134
<b>3.4</b>	<b>Négociation intégrative</b> .....	<b>134</b>
3.4.1	Les personnes sont généralement raisonnables et collaboratrices .....	135
3.4.2	Une négociatrice se concentrent sur les intérêts sous-jacents.....	136
3.4.3	La communication favorise le maintien des relations et constitue le fondement d'une bonne prise de décision.....	137
3.4.4	Les interlocuteurs s'engagent dans un remue-ménages afin de générer un éventail de solutions .....	138
3.4.5	La justesse des propositions envisagées peut être évaluée en ayant recours à des critères neutres ou en fonction de sa MESORE .....	140
3.4.6	Une négociatrice élabore des ententes durables et justes.....	141
3.4.7	Une négociatrice intégrative peut être efficace ou inefficace.....	141
<b>3.5</b>	<b>Le modèle relationnel</b> .....	<b>142</b>
3.5.1	Réévaluation de l'instrumentalisme.....	144
3.5.2	Alternative relationnelle .....	147
3.5.3	Complémentarité possible?.....	150
	<b>Conclusion</b> .....	<b>153</b>

<b>Chapitre 4 La prénégociation</b> .....	155
<b>4.1 Évaluation du dossier</b> .....	157
<b>4.2 Élaboration du plan de négociation</b> .....	159
4.2.1 Préparation en vue d'une transaction ponctuelle.....	160
<b>4.3 Préparation en vue d'une négociation bilatérale</b> .....	166
4.3.1 Quelle est la nature du mandat de la conseillère juridique?.....	167
4.3.2 Qui sont les participants et quelle est la nature de leur relation? .....	167
4.3.3 Quelle est la source du conflit et à quel stade se trouve-t-il? .....	170
4.3.4 Quelle est la question à négocier? Quelle est la position du client? Quels sont les besoins sous-jacents (« intérêts ») à cette position?.....	172
4.3.5 Que sont les objectifs de la contrepartie?.....	179
4.3.6 Quels critères permettent d'évaluer le bien-fondé des offres et des options?.....	184
4.3.7 Quel sera le modèle dominant de négociation à déployer dans les circonstances? .....	193
<b>Conclusion</b> .....	195
<b>Chapitre 5 Les étapes de la négociation</b> .....	197
<b>5.1 Étape 1 : Préliminaires</b> .....	202
5.1.1 Ouverture .....	202
5.1.2 Élaboration de l'ordre du jour .....	204
5.1.3 Déclarations préliminaires.....	206
<b>5.2 Étape 2 : Échange d'informations</b> .....	209
5.2.1 Pièges à éviter lors de l'échange d'informations.....	210
<b>5.3 Étape 3 : Marchandage</b> .....	212
5.3.1 Outils d'influence .....	213
5.3.2 Prise de décision.....	225
<b>5.4 Étape 4 : Résolution, conclusion et mise en œuvre             de l'accord</b> .....	234

5.4.1 Les parties aboutissent à une impasse .....	235
5.4.2 Les parties règlent certains détails.....	239
5.4.3 Les parties parviennent à un règlement à l’amiable .....	239
<b>Conclusion.....</b>	<b>241</b>
<b>Chapitre 6 Le style et les obligations de la personne médiatrice.....</b>	<b>243</b>
<b>6.1 Les différents styles de médiation .....</b>	<b>245</b>
6.1.1 Médiation résolutive .....	246
6.1.2 Médiation facilitatrice.....	247
6.1.3 Médiation évaluative.....	249
6.1.4 Médiation transformative.....	254
6.1.5 Médiation narrative .....	256
6.1.6 Médiation axée sur la justice .....	258
<b>6.2 Compétences en médiation .....</b>	<b>259</b>
<b>6.3 Les responsabilités de la personne médiatrice .....</b>	<b>262</b>
6.3.1 Autonomisation des parties .....	263
6.3.2 Neutralité et impartialité de la personne médiatrice.....	264
6.3.3 Confidentialité du processus .....	267
6.3.4 Approche basée sur les traumatismes .....	270
6.3.5 Autoréflexivité et la pratique réflexive.....	271
6.3.6 Favoriser l’équité procédurale .....	272
6.3.7 Compétences et formation continue .....	274
6.3.8 Processus consensuel .....	275
<b>Chapitre 7 La médiation : les grandes étapes.....</b>	<b>279</b>
<b>7.1 Prémédiation .....</b>	<b>281</b>
7.1.1 Évaluation du dossier par les parties et/ou leur conseiller juridique.....	281
7.1.2 Sélection de la personne médiatrice.....	284
7.1.3 Rédaction du mémoire à l’intention de la personne médiatrice .....	286
7.1.4 Caucus de prémédiation.....	288

<b>7.2 Questions préliminaires</b> .....	289
7.2.1 Exposé de la personne médiatrice .....	290
7.2.2 Explication des règles communes de conduite .....	293
7.2.3 Déclarations préliminaires .....	296
7.2.4 Ordre du jour .....	297
<b>7.3 Recherche d'information et identification des enjeux</b> .....	297
7.3.1 Identification et analyse des besoins .....	297
7.3.2 Décision quant au nombre de questions à résoudre .....	299
7.3.3 Proposition et analyse de solutions possibles .....	299
<b>7.4 Négociation facilitée</b> .....	302
7.4.1 Rôle de la personne médiatrice .....	302
7.4.2 Rôle des justiciables .....	307
7.4.3 Rôle de la conseillère juridique .....	307
<b>7.5 Conclusion du processus</b> .....	309
7.5.1 Accord d'entente .....	310
7.5.2 Entente de principe .....	312
7.5.3 Non-résolution .....	312
<b>Chapitre 8 La communication</b> .....	315
<b>8.1 Qu'est-ce que la communication?</b> .....	317
<b>8.2 Obstacles à la communication</b> .....	320
8.2.1 Émotions fortes .....	320
8.2.2 Différences culturelles et ethniques .....	322
8.2.3 Genre .....	324
8.2.4 Handicap .....	326
8.2.5 Traumatismes .....	327
8.2.6 Personnalités difficiles .....	328
8.2.7 Obstacles situationnels .....	330
<b>8.3 Les styles de gestion des conflits</b> .....	330
8.3.1 Modèle TKI .....	332
8.3.2 Indicateur type Myers-Briggs .....	339

<b>8.4 Les aptitudes communicationnelles</b> .....	342
8.4.1 Intelligence émotionnelle .....	342
8.4.2 Écoute active.....	345
8.4.3 Poser des questions.....	355
8.4.4 Communication non verbale.....	366
<b>Conclusion</b> .....	367
<b>Chapitre 9 L'éthique et la négociation</b> .....	369
<b>9.1 Les principes déontologiques et juridiques</b> .....	371
9.1.1 Professionnels du droit et la gouvernance .....	371
9.1.2 Principe de bonne foi .....	377
<b>9.2 Les tromperies en négociation</b> .....	385
9.2.1 Tromperies bénignes.....	388
9.2.2 Tactiques douteuses.....	389
<b>9.3 Gérer les dilemmes éthiques</b> .....	390
9.3.1 École du jeu .....	393
9.3.2 École pragmatique .....	395
9.3.3 École idéaliste .....	397
<b>Conclusion : Comment composer avec un interlocuteur qui a une éthique ambiguë?</b> .....	398
<b>Chapitre 10 Les relations de pouvoir</b> .....	405
<b>10.1 Qu'entendons-nous par <i>pouvoir</i>?</b> .....	407
<b>10.2 Les sources, la fonction et les manifestations du pouvoir en négociation</b> .....	412
10.2.1 Pouvoir économique.....	412
10.2.2 Pouvoir informationnel.....	415
10.2.3 Pouvoir personnel.....	422
10.2.4 Pouvoir hiérarchique.....	426
10.2.5 Pouvoir des leviers sociaux .....	432
10.2.6 Pouvoir interactionnel .....	434

10.2.7 Pouvoir situationnel.....	438
10.2.8 Pouvoir subjectif.....	439
<b>Conclusion.....</b>	<b>440</b>

**Chapitre 11 Les modèles autochtones de la résolution des différends ..... 443**

<b>11.1 Les traditions juridiques autochtones.....</b>	<b>447</b>
<b>11.2 Deux façons de comprendre le monde.....</b>	<b>450</b>
11.2.1 Les processus de résolution de différends au sein d'un État colonisateur.....	453
11.2.2 Les modèles de RDD hybrides.....	466
11.2.3 Les modèles de RDD fondés sur les visions autochtones du monde .....	476
<b>Conclusion.....</b>	<b>484</b>

**Chapitre 12 L'incidence des préjugés inconscients sur les processus de négociation et de médiation ..... 487**

<b>12.1 Les préjugés conscients et les préjugés inconscients.....</b>	<b>489</b>
<b>12.2 Comment les préjugés inconscients se manifestent-ils au cours de la négociation et de la médiation?.....</b>	<b>492</b>
12.2.1 Le prototype du leadership masculin et d'autres préjugés sexistes .....	494
12.2.2 Les préjugés envers les personnes racisées .....	498
<b>12.3 D'autres préjugés inconscients qui ont une incidence sur les processus de résolution des différends.....</b>	<b>503</b>
12.3.1 Les préjugés anti-Autochtones .....	503
12.3.2 Les préjugés fondés sur la situation de handicap .....	507
<b>12.4 Atténuer les préjugés inconscients .....</b>	<b>508</b>
12.4.1 Les approches individuelles proactives .....	509
<b>Conclusion : une approche systémique et institutionnelle.....</b>	<b>513</b>

<b>Annexe I Le dilemme du prisonnier</b> .....	519
1. Dilemme du prisonnier .....	520
2. Regard critique sur le dilemme du prisonnier .....	524
<b>Annexe II La négociation efficace</b> .....	527
1. Négociation distributive .....	528
2. Négociation intégrative .....	534
<b>Annexe III Plan pour entamer une négociation</b> .....	539
1. Qui sont les parties et quelle est la nature de leur relation? .....	541
2. Quelle est la source du conflit, quel est le stade du conflit? .....	542
3. Quelle est la question à négocier? .....	542
4. Quels sont les objectifs et les intérêts sous-jacents de la contrepartie? .....	542
5. Quelle est votre stratégie? .....	542
6. Y a-t-il une zone de négociation? .....	543
7. Quels critères neutres vous permettent d'évaluer si les options qu'une partie vous propose répondent convenablement aux objectifs de la cliente? .....	544
8. Quelles sont les solutions de rechange de votre cliente? .....	544
9. Quels sont les éléments d'une entente possible du point de vue de votre cliente? .....	544
10. Quel sera le modèle dominant de négociation? .....	545
<b>Annexe IV Modalités d'un accord de règlement</b> .....	547
<b>Glossaire</b> .....	553



## AVANT-PROPOS

La mission de la conseillère juridique<sup>1</sup> moderne est d'aider sa cliente à résoudre ses problèmes légaux. Toutefois, il existe plusieurs mythes véhiculés dans la culture populaire sur le rôle de la conseillère juridique. Ces derniers façonnent les attentes des étudiantes dans le domaine juridique ainsi que l'identité professionnelle des pratiquants du droit.

Le premier mythe veut que les véritables conseillers juridiques soient des plaideurs. En réalité les comparutions devant les tribunaux sont rares. Plus typiquement, le travail d'un conseiller juridique consiste à faciliter des transactions et d'aider leur cliente à résoudre leurs questions juridiques par le biais de processus plus privés et moins formels. Si les tribunaux se sont historiquement manifestés « ouvertement hostiles à tout mécanisme qui écartait leur compétence d'instruire et de trancher les litiges<sup>2</sup> », il est maintenant admis que les processus informels de résolution des différends sont normalisés. En effet, la Cour suprême du Canada a souligné les raisons d'ordre public qui encouragent le règlement des différends, dont la réduction des coûts, la réduction des délais associés à l'accès à la justice et la réduction de la pression sur le système judiciaire<sup>3</sup>.

Le deuxième mythe sous-tend que le conseiller juridique incarne le rôle du défenseur zélé, dont la finalité – protéger la cliente – justifie tous les moyens possibles qu'il déploie pour écraser son adversaire : tactiques de litige « dures à cuire »; intimidation; création de retards inutiles et injustifiés; manque de civilité<sup>4</sup>. Ce mythe véhicule une vision unidimensionnelle du plaidoyer et écarte le mandat du conseiller juridique en tant

---

1. La langue reflète et transmet les attitudes culturelles et sociales. L'utilisation du féminin, d'une construction inclusive (termes neutres) ou d'une alternance de constructions masculines et féminines dans cet ouvrage est intentionnelle et constitue un moyen de promouvoir l'égalité réelle et de s'attaquer aux préjugés sexistes inconscients. Voir : Michael Lessard et Suzanne Zaccour, « Quel Genre de Droit? Autopsie du Sexisme dans la Langue Juridique » (2017) 47:2-3 RDUS 227 (fournissant des outils pour démasquer le sexisme caché dans les communications en droit et présentant les développements en matière de rédaction inclusive).

2. *Seidel c TELUS Communications Inc* [2011] 1 RCS 531 au para 93.

3. *Sable Offshore Energy Inc c Ameron International Corp.*, [2013] 2 RCS 623 au para 11.

4. Carrie Menkel-Meadow, « Legal Negotiation in Popular Culture: What Are We Bargaining For? » dans Michael Freeman, dir, *Law, Lawyering, and the Popular Culture*, Oxford UP, 2005, à la p 584.

qu'auxiliaire de justice et de membre d'une profession autoréglementée<sup>5</sup>. En réalité, la profession juridique est témoin du passage de la culture adversative du procès à celle de la culture collaborative de l'entente<sup>6</sup>. Dans les circonstances appropriées, la résolution à l'amiable d'un différend peut favoriser la réparation des relations, peut présenter les possibilités de transformation personnelle, peut permettre aux parties d'obtenir des résultats plus satisfaisants ou peut constituer une solution plus créative à leurs problèmes juridiques. Par voie de conséquence, pour rester pertinents et répondre de manière significative aux besoins changeants de la clientèle, les conseillers juridiques doivent adopter une vision élargie de leur profession et de leur mandat<sup>7</sup>.

Le troisième mythe sous-entend que si les conseillères juridiques négocient – et certaines refusent carrément de le faire –, elles doivent s'engager dans des formes de négociation concurrentielles et agressives afin de protéger la cliente. En effet, l'image iconique d'une négociation juridique est un processus engageant deux personnes adversatives, positionnelles, sournoises – ou à la limite de l'éthique –, enfermées dans une bataille de logique<sup>8</sup>. En réalité, dans les professions juridiques, nous sommes témoins d'un mouvement qui est plus fermement lié à la collaboration, à la pratique réflexive et centrée sur la clientèle, à la collégialité et à la résolution créative des problèmes. D'ailleurs, des recherches démontrent que les conseillères juridiques qui se vouent à la pratique plus collaborative manifestent une santé mentale plus saine et une identité professionnelle positive<sup>9</sup>.

---

5. Frederick J. Martone, « Adversary Adjudication on Trial », (1989) 21 Ariz St L J 227 à la p 228.

6. « Congrès annuel 2014 : La ministre de la Justice donne le coup d'envoi! », (2014) 46:7 Jour du Barreau du Québec (citant Me Stéphanie Vallée : « Nous avons l'obligation de passer de la culture du conflit à la culture du règlement ») à la p 10.

7. Julie Macfarlane, *The New Lawyer: How Settlement Is Transforming the Practice of Law*, Vancouver, UBC Press, 2008 aux pp 125–164. Voir également : Richard Susskind, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, Oxford, Oxford UP, 2008.

8. Nancy A Welsh, « Perceptions of Fairness in Negotiation » (2004) 8:4 Marquette L R 753 à la p 766.

9. Lola Akin Ojelabi, « An Access to Justice Approach to Mediation and the Construction of Positive Legal Professional Identity » (2016) 23:3 Intl J of the Legal Profession 321 à la p 321.

Bien que l'imagerie mythologique reste ancrée dans une grande partie des représentations populaires des conseillers juridiques et des négociations, cet ouvrage invite la lectrice à se mettre au diapason de la nouvelle vision de la conseillère juridique comme agente de justice participative<sup>10</sup>.

Tout en encourageant le recours au règlement lorsqu'il est approprié, cet ouvrage se livre également à une analyse critique de certaines hypothèses considérées comme allant de soi en matière de résolution des différends («RDD»). Tout d'abord, bien qu'il soit tenu pour acquis que les processus informels peuvent atténuer certains obstacles systémiques à l'accès à la justice, il est également souligné qu'ils ne constituent pas une panacée et peuvent, dans certaines circonstances, exacerber les inégalités. Ensuite, si le mouvement vers la RDD a été adoptée par des défenseurs de la justice sociale, les théories néolibérales influencent aussi la façon dont la RDD est pratiquée. Par voie de conséquence, la notion de RDD est maintenant un terme générique qui désigne un large éventail de pratiques et de processus, chacun reposant sur des méthodologies, parfois complémentaires, mais souvent très différentes. Cet ouvrage fournit à la lectrice des outils concrets pour s'engager avec succès la RDD. Il permet également à la lectrice de comprendre dans quelle mesure et de quelles façons le choix de déployer ou non ces outils est influencé par sa vision du monde, ses valeurs, sa personnalité et son identité professionnelle.

---

10. Voir p. ex. : Jean-François Roberge, *La justice participative : Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Yvon Blais, 2011.



## REMERCIEMENTS

Je dédie ce livre à mes étudiantes et à mes étudiants. Je suis reconnaissante envers mes collègues Marina Pavlovic, Amy Salyzyn, Gemma Smyth et Ellen Zweibel pour leurs suggestions hautement constructives sur cet ouvrage, ainsi que Brigitte Murray et Diane Albert pour le temps consacré à la lecture de versions antérieures à celle-ci. Je salue avec gratitude le travail de recherche de Maysaa El Charif, de Mireille Dubé, d'Émilie Chevrier et de Vashini Jaunky Sai-Lukshmee ainsi que le soutien de tous les membres de l'équipe de publication et de révision linguistique des Éditions JFD. Enfin, je tiens à remercier le Fonds d'appui pour la publication d'ouvrages en français du Programme de common law en français de l'Université d'Ottawa ainsi que le Programme d'appui au développement de matériel pédagogique en français de l'Université d'Ottawa pour le soutien financier.



## INTRODUCTION

Caractéristique naturelle et inévitable des interactions humaines, le conflit découle d'une mésentente entre des personnes **interdépendantes**, ayant des incompatibilités fondées sur des divergences – réelles ou perçues – dans leurs objectifs, leurs valeurs ou leurs besoins<sup>1</sup>.

Le conflit se manifeste dans tous les contextes sociaux. Abordé ouvertement avec une approche prospective, il peut être sain et même avoir un effet positif, voir transformateur sur les rapports humains. Il peut s'avérer un catalyseur qui permet aux individus, aux organisations et aux systèmes d'évoluer<sup>2</sup>. En effet, des conflits interpersonnels d'intensité modérée peuvent renforcer la créativité et l'innovation parce qu'ils encouragent l'autoréflexion et font apparaître une diversité de perspectives sur des problèmes sociaux. D'ailleurs, comme il sera question dans cet ouvrage, l'utilisation d'outils de communication efficaces permet de résoudre une majorité des conflits interpersonnels, et ce, de façon constructive.

En revanche, le conflit peut être perturbateur et, dans les pires scénarios, il s'avère toxique. Si un conflit demeure ignoré, il sera probablement refoulé. Le refoulement nourrit le ressentiment et, par conséquent, le conflit dégénère. Si un conflit est traité de façon superficielle ou de façon inefficace, il risque de s'aggraver, de se détacher des causes sous-jacentes et de s'intensifier, jusqu'à ce qu'il éclate. Le conflit mal abordé peut avoir des effets négatifs sur la santé mentale et physique à long terme; il peut détruire les relations, les familles et les communautés; il peut perturber le tissu social et économique des collectivités, des organisations et des nations.

Dans la plupart des conflits, les individus parviennent à surmonter leurs différences, que ce soit en acceptant le statu quo ou en utilisant des outils communicationnels qui les amèneront à un compromis acceptable. Cependant, certaines personnes qui ne parviennent pas à résoudre elles-mêmes leurs conflits choisiront une autre voie, en l'occurrence, en ayant

---

1. Les mots qui figurent en gras sont définis dans le glossaire à la fin de cet ouvrage.  
2. Pauline Graham, *Mary Parker Follett Prophet of Management: A Celebration of Writings from the 1920s*, Harvard, Harvard Business Press, 1996.

recours à la gamme de processus qui peuvent, selon les circonstances, mener à une solution mutuellement satisfaisante. Dans ce cas, lorsqu'il y a une question juridique qui sous-tend le conflit à résoudre, on parle de « différends ».

Si le conflit est inévitable, le différend est un construit social et juridique<sup>3</sup>.

## QU'EST-CE QU'UN « DIFFÉREND » ?

---

Dans la tradition de la **common law**, un différend correspond à l'affirmation d'un droit ou d'une revendication d'une partie, à laquelle répondent des allégations ou des revendications contraires de l'autre partie. Un différend qui ne peut pas être géré de façon satisfaisante aboutit généralement à un litige<sup>4</sup>, et les personnes concernées se tournent, si leur situation financière le permet, vers un membre de la profession juridique afin d'obtenir des conseils<sup>5</sup>.

Prenons un exemple. Madame Abdullah est une nouvelle Canadienne d'origine syrienne, de confession musulmane. Elle porte le hijab et est l'une des seules personnes visiblement musulmanes dans l'entreprise où elle travaille. Un jour, en se rendant à son bureau, madame Abdullah entend une de ses gérantes, madame Boucher, une femme blanche, agnostique, originaire du nord de l'Ontario, raconter une blague sur les personnes croyantes. Madame Abdullah peut réagir de différentes façons

- 
3. Alors que la « résolution des différends » (RDD) est ancrée dans le droit et les études juridiques, le domaine de la gestion et de la résolution des conflits est plus large et englobe non seulement les événements qui sont devenus des questions juridiques (des litiges) mais aussi « toute forme de conflit humain, y compris les conflits interpersonnels, domestiques et internationaux » : Carrie Menkel-Meadow, « From Legal Disputes to Conflict Resolution and Human Problem Solving: Legal Dispute Resolution in a Multidisciplinary Context » (2004) 54:1 J Leg Educ 7 à la p 17 [notre traduction]. Dans le présent ouvrage, nous nous concentrons sur l'évolution de l'institutionnalisation de la RDD dans le domaine juridique. Toutefois, notre analyse s'inscrit dans le cadre interdisciplinaire de l'étude de la résolution des conflits en conjonction avec des recherches en sciences politiques, en gestion, en psychologie, en travail social, en économie, en anthropologie, en sociologie et en relations industrielles.
  4. En droit, le terme *litige* est souvent utilisé comme synonyme de *différend*. Dans cet ouvrage, nous utilisons le terme *litige* pour désigner une affaire portée devant une cour ou un tribunal.
  5. Dame Hazel Genn, *Paths to Justice: What People Do and Think About Going to Law*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 1999 à la p 12.

selon, entre autres, sa position sociale et financière, son ancienneté sur le lieu de travail, les réseaux sociaux et les systèmes de soutien auxquels elle a accès et les ressources dont elle dispose.

S'il s'agit d'un événement ponctuel, madame Abdullah peut choisir de ne rien faire pour l'une ou l'autre des raisons suivantes :

- crainte d'une stigmatisation accrue;
- perception du problème comme n'ayant pas suffisamment d'importance dans son quotidien;
- manque d'expérience nécessaire pour gérer un tel conflit;
- style de gestion de conflits évitant<sup>6</sup>.

Pour une ou plusieurs de ces raisons, elle garde peut-être l'espoir que le problème puisse se résoudre de lui-même ou, encore, qu'une collègue fasse une intervention en sa faveur (p. ex. en exprimant sa désapprobation concernant le comportement de madame Boucher). Dans ce cas, le conflit s'estompe peut-être.

Si le problème ne disparaît pas de lui-même, madame Abdullah peut se tourner vers un membre de sa famille, un expert en santé mentale, une amie de confiance, un mentor et/ou un guide spirituel afin d'obtenir du soutien et des conseils sur la manière de gérer ses interactions avec madame Boucher. Dans cette circonstance, madame Abdullah est motivée dans une large mesure par le pragmatisme. Elle souhaite trouver la façon respectueuse d'exprimer le fait qu'elle désapprouve le comportement de madame Boucher. Cette conversation peut s'avérer difficile; toutefois, si elle est engagée de manière constructive et respectueuse, elle peut aider les deux parties à mieux se comprendre et même constituer le premier pas vers la création d'un meilleur environnement de travail. Pour montrer qu'elle prend la question au sérieux, madame Boucher peut s'engager dans un ou plusieurs des gestes constructifs suivants :

- démontrer de la compassion et de l'empathie envers madame Abdullah;
- valider l'expérience de madame Abdullah;

---

6. Qu'il s'agisse d'un désir de maintenir des relations pacifiques, du pragmatisme ou de la socialisation, les personnes qui s'appuient principalement sur un **style de gestion des conflits** « évitant » cherchent généralement à s'échapper d'une situation conflictuelle et à préserver la civilité et les relations. Voir chapitre 8.

- exprimer sa gratitude envers madame Abdullah qu'elle ait portée l'affaire à son attention;
- s'excuser sincèrement, et surtout;
- prendre des mesures concrètes pour rendre le lieu de travail exempt d'islamophobie et d'autres formes de discrimination fondées sur la religion et/ou la croyance.

Néanmoins, le risque demeure que madame Abdullah se mette dans une situation vulnérable parce qu'il existe une asymétrie de **pouvoir** entre celle-ci et son interlocuteur (qui est, après tout, sa superviseure). La réaction immédiate de madame Boucher peut être de nature défensive, comme une déviation ou un déni de l'impact de ses actions sur madame Abdullah. Cette déviation ou ce déni peut prendre la forme suivante :

- excuses tièdes;
- prétexte selon lequel elle ne s'était pas rendu compte qu'elle avait blessé madame Abdullah;
- réplique qui minimise l'impact de ses propos (p. ex., elle a « toujours eu l'habitude de faire des blagues de ce genre avec ses employés »).

À long terme, madame Boucher peut s'abstenir de faire de telles blagues lorsque madame Abdullah est dans la même pièce, ce qui exacerberait probablement le sentiment d'isolement et de marginalisation de cette dernière. Plus pernicieusement, madame Boucher peut répandre subtilement des ragots sur le fait que madame Abdullah est « trop sensible » aux plaisanteries.

Si, dans l'esprit de madame Boucher, il s'agit simplement d'un conflit de personnalités et non, comme c'est le cas en réalité, d'une question de dignité et de respect des différences dans une société pluraliste, elle peut – intentionnellement ou non – exclure madame Abdullah de la prise en charge de nouveaux dossiers ou d'occasions de promotion.

Si ce n'est pas sa première expérience de ce genre avec madame Boucher et que madame Abdullah commence à se forger l'idée que l'islamophobie est omniprésente dans l'entreprise où elle travaille, il est fort possible qu'elle tente d'éviter madame Boucher ou les salles communes. Cette

situation aura une incidence sur sa capacité de nouer et de maintenir de bonnes relations de travail, sur sa productivité ainsi que sur sa qualité de vie en général.

Si l'entreprise dispose d'une experte en gestion des conflits (p. ex. une représentante des ressources humaines), madame Abdullah peut également la consulter. Plusieurs entreprises encouragent les discussions franches, honnêtes et directes entre employés dans le cas où il leur serait possible de résoudre leur différend de façon informelle comme première étape de la résolution d'un différend. Si de telles discussions n'aboutissent pas à la résolution du problème, les employés sont généralement tenus d'utiliser les processus de résolution de différends, qui sont plus encadrés et mis à leur disposition par leur employeur. Ces derniers sont généralement décrits dans une politique officielle. Si madame Abdullah entame une procédure interne, elle a le droit de s'attendre à ce que sa confidentialité soit respectée, que madame Boucher participe au processus de bonne foi et qu'il y ait une souplesse quant au choix de solutions proposées pour régler le conflit. En revanche, si madame Abdullah est une employée syndiquée, elle peut s'adresser à son syndicat pour déposer un **grief** concernant ce qu'elle estime être de la **discrimination** à son égard<sup>7</sup>.

Dans le cas où le processus interne ne serait pas fructueux, madame Abdullah peut avoir plusieurs motivations pour consulter une **conseillère juridique** indépendante<sup>8</sup>. Tout d'abord, il se peut qu'elle ait le sentiment que la représentante de l'entreprise affiche des préjugés semblables à ceux dont elle a été témoin de la part de madame Boucher. Ensuite, il se peut que madame Abdullah se sente mal à l'aise d'aborder par voie de grief ce qui lui semble être une affaire personnelle. Enfin, il se peut que

---

7. Les employés syndiqués s'en remettent généralement à leur syndicat et à la procédure de griefs pour régler les problèmes de discrimination sur le lieu de travail. Une exception s'impose en Ontario pour les plaintes relatives aux droits de la personne : un employé syndiqué peut déposer une plainte directement auprès du Tribunal des droits de la personne de l'Ontario [TDPO] ou choisir de traiter sa plainte pour discrimination par le biais de la procédure de règlement des griefs. Si les affaires sont déposées simultanément, le TDPO rejettera généralement la demande ou la suspendra jusqu'à ce que la procédure de règlement des griefs soit épuisée. Les conventions collectives prévoient généralement des étapes successives (qui sont progressivement plus formelles) allant de la conciliation à l'arbitrage.

8. Aux fins de cet ouvrage, le terme *conseillère juridique* désigne les professionnels du droit, notamment les juristes et les parajuristes.

madame Abdullah ait atteint ses limites en tentant d'aborder ce qu'elle croit être de la discrimination par des moyens internes et qu'elle souhaite porter l'affaire sur la place publique.

Si madame Abdullah sollicite une conseillère juridique, cette dernière interprétera le conflit sous l'angle des droits. L'objectif de la conseillère juridique sera de mettre fin au conflit de la façon la plus avantageuse et satisfaisante pour madame Abdullah. Elle identifiera l'éventail de processus de résolution des différends (désormais désigné par le sigle « RDD ») justifiés dans les circonstances et l'informerá des avantages et des inconvénients de chacun<sup>9</sup>. Voici quelques-unes des options qui s'offrent à elle :

1. Négocier directement avec son employeur.
2. Négocier avec son employeur tout en étant représentée par un conseiller juridique.
3. Demander qu'un facilitateur ou une personne médiatrice soit mis à contribution pour les aider, elle et madame Boucher, à résoudre les problèmes.
4. Porter l'affaire devant un décideur formel.

D'un point de vue strictement juridique, madame Abdullah a des motifs pour présenter une plainte de discrimination ou de harcèlement en milieu de travail<sup>10</sup>. La conseillère juridique évaluera donc si madame Abdullah a épuisé les mécanismes internes à sa disposition. Si c'est le cas, elle évaluera ensuite d'autres processus que madame Abdullah pourrait utiliser pour faire valoir ses droits, dont tenter de faire en sorte qu'un décideur

---

9. Voir Barreau de l'Ontario, *Code de déontologie*, 2000 [*Code de déontologie*] r 3.2-4. Les conseillers juridiques risquent des mesures disciplinaires s'ils ne respectent pas les règles de déontologie. Voir également : *Fortin c Chrétien*, 2001 CSC 45 ainsi que la discussion qui figure au chapitre 1. Les parajuristes ont la même obligation : Barreau de l'Ontario, *Code de déontologie des parajuristes*, 2007, r 3.02(11) [*Code de déontologie des parajuristes*].

10. *Code des droits de la personne*, LRO 1990, c H.19 [*Code*]. Si madame Abdullah travaille dans un milieu de travail dans un secteur sous réglementation fédérale (dans le milieu du camionnage, de l'industrie aérospatiale ou dans le domaine bancaire, par exemple), son droit de travailler dans un lieu exempt de discrimination découle de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC 1985, c H-6. La *Loi* exige que les employés aient épuisé la procédure de règlement des griefs avant de déposer une plainte devant la Commission canadienne des droits de la personne. La Commission décidera alors de renvoyer ou non l'affaire au Tribunal canadien des droits de la personne, qui est le tribunal administratif chargé d'appliquer la *Loi*.

se prononce sur la question. Notamment, madame Abdullah peut porter plainte pour discrimination auprès du Tribunal des droits de la personne de l'Ontario [TDPO] en raison d'un motif énuméré (la croyance). En revanche, elle peut déposer une plainte au civil<sup>11</sup>. Sa conseillère juridique l'aidera à construire une théorie de la cause selon laquelle ses droits ont été violés par madame Boucher et/ou par son employeur.

Ces deux derniers processus se déroulent devant une tierce partie neutre – une arbitre du TDPO ou un juge de la cour. En conséquence, l'arbitre ou le juge rendra une décision contraignante et publique, fondée sur l'application des lois et des politiques pertinentes. La réparation sera en grande partie réduite à une compensation financière<sup>12</sup> et, de ce fait, pourrait ne pas répondre aux besoins réels de madame Abdullah. Autrement dit, une procédure juridique formelle n'est pas nécessairement adaptée de façon à lui fournir ce qu'elle désire véritablement, à savoir :

- s'épanouir dans une entreprise qu'elle adore;
- évoluer dans une culture de travail favorable et saine;
- ne pas craindre de perdre son emploi;
- se sentir capable d'exprimer ses préoccupations sans crainte de représailles;
- bénéficier d'une meilleure communication avec sa gérante;
- maintenir des relations de travail harmonieuses avec ses collègues;
- indiquer l'impact que de telles actions peuvent avoir sur elle et être entendue et comprise par ses collègues;
- se sentir moins marginalisée et de voir des personnes plus diversifiées parmi les cadres et les employés;
- voir reconnaître le caractère inapproprié de la plaisanterie;

---

11. Entamer une procédure civile en discrimination n'est une option que dans le cas où madame Abdullah aurait entrepris une procédure principale complémentaire, telle que pour diffamation ou licenciement injustifié : *Ibid*, art 45; TDPO, *Règles de procédure*, 2017, r 14 et 22.

12. Toutefois, le TDPO peut accorder une gamme plus vaste de réparations que pourrait le faire une cour de justice, dont des dommages-intérêts pour atteinte à la dignité, des indemnités pécuniaires et des réparations systémiques (comme un programme de formation ou une nouvelle politique).

- croire que l'on reconnaît qu'une action apparemment anodine peut être fondée sur des inégalités historiques;
- obtenir un engagement de la part de sa gérante à reconnaître ses propres privilèges et préjugés;
- savoir qu'elle a des alliés parmi ses pairs qui se sentent encouragés à offrir un environnement favorable, sûr et inclusif;
- travailler dans un environnement qui améliore la dignité de tous les employés.

En bref, bien que madame Abdullah ait un problème juridique précis qui pourrait être résolu par une voie formelle (devant un **tribunal** ou une cour), il se peut que d'autres besoins prévalent et que ces derniers encadrent la façon dont elle peut vouloir aborder ce conflit.

Quels autres outils sont à sa disposition de madame Abdullah pour résoudre ce conflit rapidement, équitablement et sans risque de représailles? Comment ce conflit peut-il devenir une occasion d'apprentissage et de développement personnel pour madame Boucher ainsi que pour tous les autres membres de l'entreprise, et ce, tout en protégeant la dignité et la vie privée de madame Abdullah? Comment l'employeur peut-il mettre en œuvre des actions concrètes pour traiter les problèmes sous-jacents au conflit : notamment l'ignorance de la part d'un individu ou de la discrimination religieuse systémique? Madame Abdullah peut se tourner vers un processus informel de RDD.

## **LE MOUVEMENT VERS LA RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS (« RDD »)**

---

Les **traditions juridiques** des Premiers Peuples au Canada ont toujours inclus des pratiques de gestion des conflits. Des universitaires **autochtones** ont documenté la manière dont les peuples autochtones du monde entier ont préservé les approches relationnelles de la résolution des conflits, malgré les tentatives de déformation ou de destruction de ces dernières par le biais du **colonialisme de peuplement**<sup>13</sup>. En effet, nous

---

13. Wenona Victor (Hall), *Règlement extrajudiciaire des différends (RED) dans les contextes autochtones : un examen critique*, Ottawa, Commission canadienne des droits de la personne, Avril 2007. Voir également la discussion qui figure au chapitre 11.

assistons à une revitalisation des méthodes autochtones de traitement des conflits au sein de leurs propres collectivités, comme le démontre concrètement la mobilisation mondiale qui a abouti à l'adoption de la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*<sup>14</sup> par l'Assemblée générale des Nations Unies. D'ailleurs, il existe actuellement au Canada une gamme de processus de la RDD qui sont ancrés dans les valeurs et les savoirs autochtones, tels que *Wechewehtowin* (dans la langue crie, qui se traduit par le *partnership*<sup>15</sup>) et *Hozhooji Naat'aanii* (dans la langue navajo, qui se traduit par « rétablissement de la paix » ou le *peacemaking*)<sup>16</sup>.

En revanche, les processus de la RDD qui sont aujourd'hui institutionnalisés dans le système de common law au Canada sont principalement nés d'un mouvement de militants communautaires et de juristes allochtones dans les années 1970<sup>17</sup>. Les militants cherchaient des moyens plus efficaces, plus flexibles, plus abordables et plus satisfaisants que d'introduire une action en justice afin de résoudre les questions juridiques.

- 
14. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés AG 61/295, Doc off AG NU, 61e sess, supp n° 49, Doc NU A/RES/61/295 (2007) aux arts 2, 5, 17(2), 30(2), 36(2), 38 [DNUDDPA]. Au Canada, la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, LC 2021, ch 14, a reçu la sanction royale et est entrée en vigueur le 21 juin 2021. Cette loi fédérale vise à harmoniser les lois du Canada avec la DNUDDPA.
15. Elmer Ghostkeeper, « Weche Teachings: Aboriginal Wisdom and Dispute Resolution » dans Catherine Bell et David Kahane, dir, *Intercultural Dispute Resolution in Aboriginal Contexts*, Vancouver, UBC Press, 2000 aux pp 161–175.
16. Voir : Le juge Robert Yazzie, « Navajo Peacemaking and Intercultural Dispute Resolution » dans Catherine Bell et David Kahane, dir, *Intercultural Dispute Resolution in Aboriginal Contexts*, Vancouver, UBC Press, 2000 au pp 107-115; James W Zion et Marianne O Nielson, dir, *Navajo Nation Peacemaking: Living Justice*, Tucson, University of Arizona Press, 2005. Voir également le chapitre 11.
17. Le virage des années 1970 ne signifie pas que les processus informels de RDD n'existaient pas déjà. Voir généralement : Mauro Cappelletti, « Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement » (1993) 56:3 Mod L Rev 282; Carrie Menkel-Meadow, « Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of ADR » (2000) 16:1 Ohio St J Disp Resol 1; Amy J Cohen, « ADR and Some Thoughts on 'The Social' in Contemporary Legal Thought » dans Justine Desautels-Stein et Christopher Tomlins, Dir, *Searching for Contemporary Legal Thought*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2017 aux pp 454–464 [Cohen].

## La RDD favorise-t-elle l'accès à la justice ou est-elle un outil du capitalisme ?

Paradoxalement, le mouvement vers la RDD s'inscrit à la fois dans des aspirations progressistes (axées sur la justice participative) et les aspirations néolibérales (axées sur le choix individuel). D'une part, les partisans du mouvement ont présenté plusieurs arguments en faveur de l'utilité des processus informels de RDD comme véhicules d'accès à la justice<sup>18</sup>. En premier lieu, la RDD informelle peut aider les groupes historiquement marginalisés dans le système judiciaire à surmonter les obstacles à l'accès à la justice<sup>19</sup>. En deuxième lieu, les processus informels permettent aux **justiciables** de s'engager de façon active dans la prise de décision, plutôt que d'accepter passivement une décision rendue par une autorité extérieure<sup>20</sup>. En troisième lieu, la possibilité d'ententes personnalisées et adaptées au contexte se traduit dans des résolutions plus durables, même si ces dernières ne se traduisent pas en changements juridiques ou sociétaux substantiels<sup>21</sup>. Succinctement, dans certaines circonstances, les processus de la RDD peuvent se révéler plus humains et plus responsables que la procédure accusatoire<sup>22</sup>.

D'autre part, les processus de la RDD ont été accueillis par les partisans du **capitalisme néolibéral** – idéologie axée sur le marché débridé et associé à la réduction des fonds publics, à l'individualisme ainsi qu'à la privatisation et à la déréglementation des services<sup>23</sup>. Les partisans d'un modèle néolibéral de la RDD prétendent que les processus informels

---

18. La définition et la forme précise de cet accès à la justice ne font pas consensus. Voir p ex : Julia Bass *et al*, *L'accès à la justice pour le nouveau siècle : les voies du progrès*, Toronto, Barreau de l'Ontario, 2005 [Bass *et al*].

19. Cohen, *supra* note 17 à la p 458.

20. Ronit Zamir, « The Disempowering Relationship Between Mediator Neutrality and Judicial Impartiality: Toward a New Mediation Ethic » (2011) 11:3 *Pepperdine Dispute Resolution LJ* 467 à la p 469.

21. Bryant G Garth, « Titling the Justice System: From ADR as Idealistic Movement to a Segmented Market in Dispute Resolution » (2002) 18:4 *Ga St U L Rev* 927 aux pp 945–47.

22. James C Richardson, *Court-Based Divorce Mediation in Four Canadian Cities: An Overview of Research Results*, Ottawa, Ministère de la Justice, 1988 à la p 43.

23. David M Kotz, *The Rise and Fall of Neoliberal Capitalism*, Cambridge (MA), Harvard UP, 2015 à la p 9.

permettent aux parties – présumées être des individus rationnels interagissant sur un pied d'égalité – d'optimiser une prise de décision libre qui soit dans leur propre intérêt.

La tension entre les aspirations progressistes du mouvement axé sur la justice sociale et les aspirations néolibérales influence la façon dont la RDD est discutée et pratiquée aujourd'hui. En voie de conséquence, la notion de RDD est maintenant un terme générique qui désigne un large éventail de pratiques et de processus, chacun reposant sur des méthodologies, parfois complémentaires, mais souvent très différentes.

### **De l'*alternative* à une action en justice vers la résolution appropriée des différends**

Quels que soient les penchants théoriques des partisans de la RDD, jusqu'à récemment, les processus informels étaient conçus en droit de façon étroite, c'est-à-dire comme une alternative au processus judiciaire. Ceux-ci étaient perçus comme des méthodes visant à résoudre les différends par des moyens *non* judiciaires. Aujourd'hui, on reconnaît plutôt qu'il n'y a pas d'antagonisme entre le litige et les autres formes de RDD et que les différents processus existent dans un spectre plutôt que dans une dichotomie.

D'abord, les tribunaux canadiens reconnaissent depuis longtemps que le rôle du règlement dans le processus de litige. Dans la décision *Sable Offshore Energy*, la juge Rosalie Abella a écrit ce qui suit :

*Le système de justice est toujours en quête de stratégies d'amélioration propres à réduire les délais, les coûts et le stress obstinément endémiques dans la conduite des litiges. Dans cette mission en évolution en vue d'affronter les obstacles à l'accès à la justice, certaines stratégies de règlement des différends se sont avérées plus durablement efficaces que d'autres. Peu d'entre elles peuvent toutefois prétendre à la tradition de succès que l'on attribue avec raison aux règlements amiables<sup>24</sup>.*

---

24. *Sable Offshore Energy c Ameron International Corp* [2013] 2 RCS 623 au para 1.

Les juges saluent souvent les parties qui ont réussi à réduire le nombre de questions à trancher en utilisant efficacement d'autres processus de la RDD. D'ailleurs, François Rolland ancien juge de la Cour supérieure du Québec recommande à la conseillère juridique moderne « d'enlever son chapeau de guerrier pour [plutôt] porter celui de solutionneur de litiges ... [afin d'] être là pour tenir la main de [sa cliente] et l'aider à trouver une solution à son problème<sup>25</sup> ».

Ensuite, plusieurs dispositions législatives et politiques encouragent les offres de règlement afin de susciter une résolution rapide d'un différend<sup>26</sup>. Enfin, les codes de déontologie des conseillers juridiques imposent l'obligation d'encourager leurs clientes à régler à l'amiable lorsqu'il est raisonnable et possible de le faire<sup>27</sup>.

Par voie de conséquence, certains universitaires et praticiens anglophones ont fait valoir que *l'Alternative Dispute Resolution* («ADR») devait abandonner le «A» du mot *alternatif*, qui crée une fausse dichotomie entre le système accusatoire traditionnel et d'autres processus. Ces derniers plaident plutôt simplement pour la «DR» simplement (*Dispute Resolution*) ou, encore, l'*Appropriate Dispute Resolution*», c'est-à-dire la résolution «appropriée» des différends ou «adaptée sur mesure<sup>28</sup>». Il en est de même pour certaines formulations utilisées en français, telles que «les méthodes alternatives de règlement des conflits» (calque de l'anglais

---

25. François Rolland et Maurice Lemelin, «Le procès, c'est forcément un gagnant et un perdant; ce que vise la conférence de règlement à l'amiable, ce sont deux gagnants!» (2017) 28:2 *Négociations* 151 à la p 153 [Rolland et Lemelin].

26. En Ontario, p. ex : *Règles de procédure civile*, RRO 1990, Reg 49 et 194; *Règles en matière de droit de la famille*, Règl de l'Ont 114/99, arts 2(5), 18. Au Québec, le préambule du *Code de procédure civile du Québec* prévoit la prévention et le règlement des différends par des «procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes... dans un esprit de coopération et d'équilibre» RLRQ 2014 c C-25.01, préambule. Au niveau fédéral, voir p. ex. : Ministère de la Justice du Canada, «Politique sur la prévention et le règlement des différends» (dernière modification le 5 août 2021), en ligne : *Gouvernement du Canada* <[www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/sprd-dprs/policies.html](http://www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/sprd-dprs/policies.html)>; *Loi sur l'arbitrage commercial*, LRC 1985, c 17 (2<sup>e</sup> supp), art 30.

27. *Code de déontologie*, supra note 9, r 3.2-4; *Code de déontologie des parajuristes*, supra note 9, r 3.02(11)-(12).

28. Albie M Davis et Howard Gadlin, «Mediators Gain Trust the Old-Fashioned Way – We Earn It!» (1998) 4:1 *Negotiation J* 55 à la p 62 (les premiers à proposer qu'un règlement devrait être «approprié» au lieu d'une «alternative» au système de justice).

*alternative dispute resolution*), « le règlement extrajudiciaire des différends », « modes substitutifs de résolution des différends », « processus non judiciaires de règlement des litiges », les « solutions de rechange au litige » ou, encore, « modes amiables de règlement des litiges », qui sont aujourd'hui remplacés par *résolution des différends* (RDD).

La communauté juridique a largement abandonné les qualificatifs *alternatif* ou *extrajudiciaire*, et reconnaît plutôt une gamme de processus qui s'inscrivent dans les recours aux tribunaux et qui peuvent être utilisés de façon complémentaire à différents stades d'un litige afin de trouver une solution au litige qui sera appropriée selon les circonstances. Dans tous les domaines du droit, la profession constate une évolution de la justice par adjudication au moyen d'une tierce partie neutre vers la participation directe des justiciables à la prise de décisions sur la manière de traiter leurs différends. Cette tendance a été qualifiée de « justice participative ».

## LA JUSTICE PARTICIPATIVE

---

Les processus de RDD s'inscrivent dans un cadre plus large, celui de la justice participative, qui constitue un champ de pratique et qui favorise un nouveau profil de la conseillère juridique en pleine émergence au Canada et à l'échelle mondiale<sup>29</sup>. La notion de justice participative a été proposée par la Commission du droit du Canada en 2003<sup>30</sup>.

29. Michelle Thériault et Louis Marquis, « L'impact de la justice participative sur l'enseignement du droit/ Participatory Justice and Undergraduate Training in Law » (2009) 3 Can Leg Education Annual Rev 55 aux pp 55–60 [Thériault et Marquis]. Voir aussi Michelle Thériault, « Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de la justice participative » (2015) 74 R du B 1.

30. Commission du droit du Canada, *La transformation des rapports humains par la justice participative*, Ottawa, Commission du droit du Canada, 2003 aux pp 229–239 (Présidente : Nathalie Des Rosiers) [Commission du droit du Canada]. Ce rapport fait état des processus de justice participative pour la résolution de litiges en droit pénal. Il se sert de la « justice consensuelle » pour faire référence aux processus participatifs à l'extérieur du domaine pénal, tels que les litiges commerciaux et en droit de la famille. Quant à nous, aucune raison n'explique le maintien de cette distinction parce que les objectifs et les valeurs restent les mêmes, quel que soit le type de litige engagé. Voir également : Jean-François Roberge, *La justice participative. Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011 [Roberge].

La justice participative englobe autant les processus plus informels, notamment la négociation, la médiation, la conférence de règlement à l'amiable, que les processus plus formels, tels que l'arbitrage et le procès. Toutefois, elle s'éloigne de la procédure accusatoire comme processus envisagé par défaut pour résoudre les différends<sup>31</sup>. La justice participative constitue alors un changement culturel dans la pratique juridique. Elle met plutôt en relief plusieurs objectifs et une gamme de valeurs qui visent à améliorer les rapports interpersonnels au cœur des différends. D'une part, les cinq objectifs de la justice participative sont les suivants :

1. compréhension du préjudice causé et des conséquences qu'il engendre;
2. répartition de la responsabilité des parties les unes envers les autres;
3. transformation;
4. importance accordée aux rapports interpersonnels, sans pour autant suggérer qu'il est obligatoire de les maintenir;
5. ouverture sur l'avenir qui tend vers une vision optimiste mais réaliste<sup>32</sup>.

D'autre part, la justice participative englobe certaines valeurs. Selon Larry Chartrand (Nation Métis – Michif) et Kanatase Horn (Nation Mohawk de Kahnawake), la justice participative reflète plusieurs valeurs autochtones, dont la santé de tous les êtres en relation dans les communautés<sup>33</sup>. De son côté, la Commission résume comme suit les valeurs sous-jacentes de la justice participative :

1. perspective d'autonomisation et de participation active des justiciables à la résolution du différend;
2. respect envers toutes les personnes engagées dans le processus;

---

31. Depuis les années 1990, l'Association du Barreau canadien recommande que les processus informels soient considérés comme des modes légitimes de résolution des conflits civils et que le procès soit utilisé en dernier recours : Association du Barreau canadien, *Task Force on Systems of Civil Justice: Report of the Canadian Bar Association*, Ottawa, Canadian Bar Association, 1996, à la p 6 [ABC].

32. Commission du droit du Canada, *supra* note 30 aux pp 48–68 et aux pp 114–119.

33. Larry Chartrand et Kanatase Horn, *Un rapport sur les relations entre la justice réparatrice et les traditions juridiques autochtones au Canada*, Ottawa, Ministère de la Justice, Octobre 2016 à la p 16.

3. engagement en faveur de l'égalité et de l'équité;
4. adoption d'une démarche souple;
5. déploiement d'un effort vers la créativité dans la recherche de solutions et dans les ententes conclues<sup>34</sup>.

Ces objectifs et ces valeurs ainsi que leur impact sur la culture judiciaire sont perceptibles dans des décisions judiciaires récentes. En 2014, la juge Karakatsanis de la Cour suprême du Canada déclare, dans *Hryniak c Mauldin*, que la société canadienne « reconnaît de plus en plus qu'un virage culturel s'impose afin de créer un environnement favorable à l'accès expéditif et abordable au système de justice civile<sup>35</sup> ». Madame la juge précise ses propos de la façon suivante :

*Ce virage implique que l'on simplifie les procédures préalables au procès et que l'on insiste moins sur la tenue d'un procès conventionnel et [davantage] sur des procédures proportionnées et adaptées aux besoins de chaque affaire. L'équilibre entre la procédure et l'accès à la justice qu'établit notre système de justice doit en venir à refléter la réalité contemporaine et à reconnaître que de nouveaux modèles de règlement des litiges peuvent être justes et équitables<sup>36</sup>.*

Dans cette affaire, la Cour suprême a reconnu le rôle fondamental des méthodes de la RDD dans la promotion de l'accès à la justice :

*Les solutions de rechange au règlement des différends recueillent de plus en plus d'appuis et il se dégage un consensus sur le fait que l'équilibre traditionnel entre les longues procédures préalables au procès et le procès conventionnel ne correspond plus à la réalité actuelle et doit être rajusté. L'atteinte d'un juste équilibre exige la mise en place de procédures de règlement des litiges simplifiées et proportionnées, et influe sur le rôle des avocats et des juges. Il faut reconnaître par cet équilibre qu'un processus peut être juste*

---

34. Commission du droit du Canada, *supra* note 30 aux pp 119–122.

35. *Hryniak c Mauldin*, 2014 CSC 7 au para 2.

36. *Ibid.*

*et équitable sans entraîner les dépenses et les délais propres au procès, et que les autres modèles de règlement des litiges sont aussi légitimes que le procès conventionnel*<sup>37</sup>.

Les affirmations des juges du plus haut tribunal du pays reflètent une tendance déjà perçue dans la profession juridique – qui veut reconnaître l'importance de la collaboration et de la créativité dans le processus du contentieux – ainsi que dans la société, de remettre en question des idées reçues concernant le système judiciaire adversatif au profit d'un désir de faire progresser la justice participative. Parmi les facteurs qui ont mené au développement de la justice participative, citons ceux-ci : les problèmes structurels en matière d'accès à la justice; une reconceptualisation de l'identité professionnelle de l'avocate moderne; une évolution des attentes des clientes.

## **Le manque d'accès au système de justice**

De nombreuses barrières financières, procédurales et socioculturelles limitent l'accès à la justice pour des populations déjà fragilisées à cet égard. Ces barrières dissuadent les justiciables de faire valoir leurs droits devant les tribunaux. La très honorable Beverley McLachlin, ancienne juge en chef de la Cour suprême du Canada, a qualifié cette situation de « crise »<sup>38</sup>. Cette crise se manifeste de plusieurs façons.

### *Il existe des asymétries en accès aux conseils juridiques*

Premièrement, nous sommes témoins d'un système de justice à deux vitesses : une pour les personnes qui peuvent se permettre d'engager une action en justice; une autre, pour le reste des citoyens. Les frais associés à un procès (la recherche et l'examen de documents, la préparation et la participation à des interrogatoires préalables, les honoraires d'experts, les frais liés à la participation physique au procès, etc.) constituent une barrière insurmontable pour plusieurs justiciables. D'ailleurs, un litige

---

37. *Ibid* au para 27.

38. La très honorable Beverley McLachlin, au cours d'une allocution prononcée lors de la conférence *Les peuples autochtones et le droit* – « *Nous sommes ici pour rester* », Conférence annuelle de l'Institut canadien d'administration de la justice, présentée à Saskatoon, 16 octobre 2015 aux pp 3–5, en ligne : [ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/page/2016/07/2015-les-peuples-autochtones-et-le-droit.pdf](http://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/page/2016/07/2015-les-peuples-autochtones-et-le-droit.pdf).

civil de cinq jours peut facilement coûter plus de 60 000 \$, et ce, pour *chacune* des parties<sup>39</sup>. La défaite en justice entraîne des conséquences financières, entre autres, la condamnation à payer des « **dépens** ».

Cette situation est aggravée par le fait que l'accès aux conseillers juridiques financés par l'État s'avère restreint; il y a un manque d'avocates *pro bono* disponibles; les régimes réglementaires empêchent les non-juristes de fournir des conseils juridiques. Cette réalité explique l'augmentation exponentielle du nombre de justiciables « **autoreprésentés** » ou « **sans représentation juridique** ». En effet, plusieurs études empiriques ont démontré que l'autoreprésentation s'explique le plus souvent par le manque de ressources financières<sup>40</sup>. Seules les personnes très fortunées – les grandes entreprises, les organisations gouvernementales – et les quelques personnes admissibles à l'aide juridique sont en mesure de s'offrir le luxe d'une action en justice<sup>41</sup>. Au fardeau financier s'ajoutent les coûts humains et sociaux du processus accusatoire, notamment le temps investi, l'absentéisme au travail, la dégradation des relations interpersonnelles et l'angoisse<sup>42</sup>.

---

39. En 2016, une action en justice de première instance s'élève entre 10 000 \$ et 60 000 \$, et ce, par partie : Laura Fraser, « Middle-class injustice: Too Wealthy for Legal Aid, Too Pinched for "Average" Lawyer Fees », (7 mars 2016), en ligne : *CBC News* [www.cbc.ca/news/canada/legal-aid-middle-class-1.3476870](http://www.cbc.ca/news/canada/legal-aid-middle-class-1.3476870). Voir également : Association du Barreau canadien, « Atteindre l'égalité devant la justice : une invitation à l'imagination et à l'action » (2013), Ottawa, en ligne (pdf) : < [www.cba.org/CBAMediaLibrary/cba\\_na/images/Equal%20Justice%20-%20Microsite/PDFs/Equal-Justice-Summary-Report-fra.pdf](http://www.cba.org/CBAMediaLibrary/cba_na/images/Equal%20Justice%20-%20Microsite/PDFs/Equal-Justice-Summary-Report-fra.pdf)>;

40. Selon Julie Macfarlane, 90 % des répondants à son étude ont dévoilé qu'ils s'étaient autoreprésentés parce qu'ils n'avaient pas d'autres options, à savoir qu'ils ne pouvaient pas se permettre de payer les services d'une conseillère juridique : Julie Macfarlane, « The National Self-Represented Litigants Project: Identifying and Meeting the Needs of Self-Represented Litigants, Final Report » (2013), en ligne (pdf) : *Representing Yourself Canada* [representingyourselfcanada.com/wp-content/uploads/2016/09/srlreportfinal.pdf](http://representingyourselfcanada.com/wp-content/uploads/2016/09/srlreportfinal.pdf).

41. Bien que l'aide juridique soit financée de manière variable dans le pays, les affaires qui bénéficient le plus souvent d'un financement sont de nature pénale : Rebecca L Sandefur, « Money Isn't Everything: Understanding Moderate Income Households' Use of Lawyers' Services » dans Michael Trebilcock *et al*, dir, *Middle Income Access to Justice*, Toronto, University of Toronto Press, 2012; Comité de l'accès à la justice de l'Association du Barreau canadien, « Étude sur l'accès au système de justice – aide juridique » (2016) à la p 5, en ligne (pdf) : [www.noscommunes.ca/Content/Committee/421/JUST/Brief/BR8680515/br-external/CanadianBarAssociation-f.pdf](http://www.noscommunes.ca/Content/Committee/421/JUST/Brief/BR8680515/br-external/CanadianBarAssociation-f.pdf).

42. Deborah L Rhode, *Access to Justice*, New York, Oxford University Press, 2004 aux pp 4 et 40.

### *Le système judiciaire est surchargé*

Deuxièmement, le système juridique adversatif est surchargé, lent et complexe. Tel qu'énoncé par le Comité sur l'accès à la justice de l'Association du Barreau canadien :

*La justice différée est dégradée. La situation des parties et leur sécurité personnelle peuvent être compromises et les préjudices peuvent être irréparables. Les personnes dont les problèmes juridiques ne sont pas réglés sont confrontées à des difficultés persistantes<sup>43</sup>.*

Il existe actuellement des délais administratifs et procéduraux importants dans le règlement de litiges. Par exemple, en droit pénal, les longs procès et les ajournements multiplient les préjudices vécus par les victimes ainsi que leurs familles<sup>44</sup> et les personnes accusées voient les mois qui s'écoulent entre le dépôt des accusations et le prononcé du jugement final<sup>45</sup>. D'ailleurs, les justiciables **sans représentation** posent également des problèmes complexes sur le plan de l'efficacité, étant donné que la juge, tenue d'assurer la justice procédurale, prendra souvent le temps d'expliquer les concepts juridiques ou les règles de procédures<sup>46</sup>.

---

43. L'Association du Barreau canadien, « Atteindre l'égalité devant la justice : une invitation à l'imagination et à l'action. Un rapport sommaire du Comité sur l'accès à la justice de l'ABC » (2013) à la p 13, Ottawa, en ligne (pdf) : [www.cba.org/CBAMediaLibrary/cba\\_na/images/Equal%20Justice%20-%20Microsite/PDFs/Equal-Justice-Summary-Report-fra.pdf](http://www.cba.org/CBAMediaLibrary/cba_na/images/Equal%20Justice%20-%20Microsite/PDFs/Equal-Justice-Summary-Report-fra.pdf).

44. Canada, Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *Justice différée, justice refusée : L'urgence de réduire les longs délais dans le système judiciaire au Canada*, 2017 (l'honorable Bob Runciman) à la p 11.

45. L'honorable Michael Moldaver, « Long Criminal Trials: Masters of a System They are Meant to Serve » (2005) 32:6 Criminal Reports 316.

46. Robert Pidgeon, « L'avocat et la partie non-représentée : jusqu'où le Tribunal peut-il repousser les limites déontologiques de l'avocat de la partie représentée? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, dir, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006 à la p 101; Association canadienne des juges des cours provinciales, « Accès à la justice et plaideur non-représenté » (2009-10) 32:2 J des juges provinciaux.

## *Les inégalités existantes sont aggravées*

Troisièmement, la crise de l'accès à la justice est enracinée dans des inégalités sous-jacents qui empêchent certains individus d'accéder pleinement à la justice. Plus précisément, le genre, la classe sociale, la race, l'ethnicité, la citoyenneté, l'âge et le handicap sont des marqueurs d'identité qui ont un impact important sur l'accès à une justice significative au Canada. Les personnes autochtones et les groupes racisés sont confrontés à une discrimination systémique au sein du système de justice et expriment un degré de confiance moindre à l'égard des acteurs juridiques<sup>47</sup>, y compris envers la Cour suprême du Canada<sup>48</sup>. Les femmes, les membres des minorités sexuelles et les personnes issues de la diversité des genres sont réticents à signaler les cas de harcèlement sexuel ou de violence à caractère sexuel par crainte de représailles ou de ne pas voir leur cas pris au sérieux<sup>49</sup>. Les lois sont rédigées de manière « neutre » et ne tiennent pas compte de leur incidence sur les **personnes handicapées**. Les personnes en situation de pauvreté extrême connaissent plus fréquemment des problèmes juridiques qui sont très complexes et souvent interdépendants<sup>50</sup>.

---

47. Plus précisément, une personne noire sur cinq et une personne autochtone sur cinq n'a pas ou a peu confiance en la police : Statistique Canada, *Perceptions et expériences relatives à la police et au système de justice au sein des populations noire et autochtone au Canada*, par Adam Cotter, No 85-002-X au catalogue, Statistique Canada, 16 février 2022, à la p 3.

48. « Confidence in the Justice System: Visible Minorities Have Less Faith in Courts than other Canadians » (20 février 2018) à la p 1, en ligne (pdf) : [Angus Reid Institute angusreid.org/wp-content/uploads/2018/02/2018.02.20\\_justice-system.pdf](https://angusreid.org/wp-content/uploads/2018/02/2018.02.20_justice-system.pdf).

49. Alana Prochuk, « We are Here: Women's Experiences of the Barriers to Reporting Sexual Assault » (2018) à la p 5, en ligne (pdf) : [West Coast LEAF www.westcoastleaf.org/wp-content/uploads/2018/10/West-Coast-Leaf-dismantling-web-final.pdf](https://www.westcoastleaf.org/wp-content/uploads/2018/10/West-Coast-Leaf-dismantling-web-final.pdf).

50. Voir généralement : Constance Backhouse, « What is Access to Justice? » dans Bass et al, *supra* note 18 à la p 113; Roy McMurtry et Lorne M Sossin, dir, *À l'écoute de l'Ontario : rapport du Projet sur les besoins juridiques civils de l'Ontario*, Toronto, Projet sur les besoins juridiques civils de l'Ontario, 2010 à la p 45; Suzanne Bouclin et Marie-Andrée Denis-Boileau, « La cyberjustice comme réponse aux besoins juridiques des personnes itinérantes : son potentiel et ses embûches » (2013) 31:1 Windsor YB Access Just 23; Patricia Hughes, « Advancing Access to Justice Through Generic Solutions: The Risk of Perpetuating Exclusion » (2013) 31:1 Windsor YB Access Just 1; *L'accès à la justice en matière civile et familiale : une feuille de route pour le changement*, Ottawa, Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et

Dans cet ouvrage, il est tenu pour acquis que les processus informels de la RDD peuvent atténuer certains de ces obstacles systémiques à l'accès à la justice. Néanmoins, il est également tenu pour acquis qu'ils ne constituent pas une panacée et peuvent, dans certaines circonstances, exacerber les inégalités.

## L'identité professionnelle du conseiller juridique moderne

Il y a deux écoles de pensée sur ce qui caractérise un bon conseiller juridique. Selon la première école de pensée, les « bons » conseillers juridiques sont des « gladiateurs » entraînés à cibler et à détruire leurs adversaires<sup>51</sup>. Il peut être difficile de les amener à s'engager dans un processus informel de RDD et, lorsqu'ils s'y engagent, ils sont compétitifs, agressifs et peu enclins à trouver des solutions mutuellement satisfaisantes au différend. Selon la seconde école de pensée, les « bonnes » conseillères juridiques donnent l'exemple d'une résolution intelligente, collaborative, créative, réaliste et pratique des problèmes justiciables de leur cliente<sup>52</sup>. Les deux identités peuvent coexister au sein d'une même personne. Néanmoins, jusqu'à l'apparition du mouvement vers la justice participative, la profession juridique privilégiait la première école de pensée à la seconde.

Aujourd'hui, la communauté juridique témoigne d'un engagement – de la part des juges, des praticiennes et des représentants des barreaux – envers la promotion d'un accès plus significatif à la justice en faisant du procès une méthode appréciée, mais de *dernier recours*<sup>53</sup>. Le juge François Rolland résume la façon dont les conseillers juridiques et les clients

---

familiale, octobre 2013 à la p 3; Jena McGill, Suzanne Bouclin et Amy Salyzyn, « Mobile and Web-based Legal Apps: Opportunities, Risks and Information Gaps » (2017) 15:2 CJLT 229 [McGill *et al.*].

51. Richard Susskind, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, Oxford, Oxford UP, 2008 à la p 182.
52. Julie Macfarlane, *The New Lawyer: How Settlement Is Transforming the Practice of Law*, Vancouver, UBC Press, 2008 à la p 19 [Macfarlane]. Voir également : Carrie Menkel-Meadow, « The Lawyer as Problem Solver and Third-Party Neutral: Creativity and Non-partisanship in Lawyering » (1999) 72:4 Temp L Rev 785 et Carrie Menkel-Meadow, « The Lawyer as Consensus Builder: Ethics for a New Practice » (2002) 70:1 Tenn L Rev 63.
53. Voir : *Considérez les options : Une introduction aux mécanismes de règlement des conflits pour les avocats du gouvernement fédéral*, Ottawa, Département de Justice, 2006; Law Society of British Columbia, *Lawyers as Dispute Resolution Professionals: A Discussion Paper*, Vancouver, Mai, 2007; Le Réseau juridique du Québec, « La justice participative » en ligne : <https://www.avocat.qc.ca/public/iijusticeparticipative.htm>

voyaient respectivement leurs rôles dans les systèmes juridiques adversatifs avant le tournant vers la justice participative : « Les clients rémunéraient les avocats pour obtenir un bon procès, avec un avocat qui [faisait] jouer ses muscles, qui ne se laissait pas marcher sur les pieds, et qui oubliait parfois les intérêts du client<sup>54</sup> ». Aujourd'hui, il est beaucoup plus accepté que la conseillère juridique moderne se serve des outils appropriés pour aider sa clientèle dans la résolution de différends<sup>55</sup>. Comme l'a évoqué Warren E. Burger, ancien juge de la Cour suprême des États-Unis :

*L'obligation de la profession juridique est de servir de guérisseur dans des conflits humains. Remplir cette obligation de notre profession signifie que nous devons fournir les mécanismes susceptibles de produire un résultat acceptable pour les participants, le plus rapidement possible, avec le moins de coûts possible et de façon la moins anxiogène possible. C'est la raison d'être d'un système de justice [notre traduction]<sup>56</sup>.*

Les propos du juge Burger ont eu des échos au Canada. À titre d'exemple, John Sopinka, ancien juge à la Cour suprême du Canada, souligne en 1991 que la formation juridique demeure ancrée dans le système adversatif et, par voie de conséquence, ne répond pas aux attentes ni aux besoins actuels des justiciables :

*Les études juridiques modernes produisent souvent des conseillères juridiques qui ont suivi une formation axée sur l'esprit de confrontation, qui mine toute possibilité d'innover dans le domaine de la résolution des différends et qui, finalement, les amène à rejeter une solution collaborative. La conseillère juridique dont l'objectif principal est de gagner sa cause tient rarement compte des coûts, tant économiques que personnels, pour sa cliente [notre traduction]<sup>57</sup>.*

---

54. Rolland et Lemelin, *supra* note 25 à la p 153.

55. Tandis que le rôle des avocates devient plutôt celui d'aider sa clientèle à résoudre les différends, le rôle de la juge a également évolué pour cibler davantage la « gestion » des litiges : Judith Resnik, « Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline » (1986) 53:2 U Chicago L Rev 494 à la p 538.

56. Warren E Burger, « Isn't There a Better Way? » (1982) 68:3 ABA J 274 à la p 274.

57. L'honorable John Sopinka, « What Can We Do to Make the Current System of Dispute Resolution Work Better? » (1991) 17:2 Can-USLJ 519 à la p 525.

Les juristes Michelle Thériault et Louis Marquis proposent certains changements dans la formation des conseillers juridiques en devenir<sup>58</sup>. D'abord, la formation universitaire devrait aider les membres de la profession à avoir recours aux moyens de résoudre les différends au-delà de l'option de saisir le tribunal des différends. De même, selon la American Bar Association, apprendre l'art de la négociation est l'une des compétences les plus importantes à développer pour les conseillers juridiques en devenir :

*La pratique du droit, c'est la négociation. Que vous tentiez de conclure un accord d'acquisition, de régler une réclamation pour préjudice personnel ou de vous entretenir avec une cliente sur des questions juridiques en suspens, vous négociez... Toute la formation juridique et l'expertise professionnelle d'une avocate sont orientées vers un seul objectif: résoudre les problèmes de la cliente. La négociation est l'outil principal pour atteindre cet objectif. En conséquence, les avocates qui ne négocient pas efficacement ne pratiquent pas non plus efficacement le droit [notre traduction]<sup>59</sup>.*

Par conséquent, la formation en droit doit encourager le développement de compétences en justice participative, dont les suivantes :

- la communication efficace (l'écoute active, l'art de poser des questions);
- la capacité de diagnostiquer les intérêts sous-jacents des parties;
- l'évaluation des processus de la RDD les mieux adaptés aux circonstances;
- l'approche collaborative qui permettra de parvenir à une gamme de solutions créatives à des problèmes complexes;
- le raffinement de l'intelligence émotionnelle;
- la vision décolonisée du droit;

---

58. Thériault et Marquis, *supra* note 29 aux pp 55–60.

59. Xavier M Frascogna et H Lee Hetherington, *The Lawyer's Guide to Negotiation*, 2<sup>e</sup> éd, Chicago, General Practice, Solo & Small Firm Section, ABA, 2011 à la p 1.

- le recours à une gamme de compétences culturelles qui intègrent différentes visions du monde;
- la capacité de connaître ses propres préjugés inconscients et l'incidence qu'ils peuvent avoir sur la prise de décision;
- la capacité d'évaluer les asymétries de pouvoir ou les vulnérabilités pouvant se manifester durant un processus plus informel;
- la pratique réflexive.

Ce présent ouvrage explique les théories qui sous-tendent ces compétences et fournit des outils concrets pour aider les lecteurs à les mettre en pratique.

## **L'évolution des attentes des clientes**

Nous vivons présentement un tournant décisif en droit. Nous observons l'émergence d'une nouvelle tendance, celle de la part des justiciables de jouer un rôle actif dans la gestion de leurs affaires juridiques ainsi que dans le règlement de leurs litiges.

### *L'écart entre les recours possibles devant les tribunaux et les notions de justice des justiciables*

Un écart existe entre les résolutions possibles par la voie de la justice accusatoire et la conception qu'en ont les parties elles-mêmes<sup>60</sup>. De nombreuses recherches démontrent que le système adversatif règle rarement une situation conflictuelle de façon satisfaisante pour les parties<sup>61</sup>. Pour citer un exemple, les litiges se sont prouvés mal adaptés pour répondre aux préjudices vécus par les personnes autochtones au Canada. Comme l'a énoncé la Commission d'enquête sur l'administration de la justice et les Autochtones du Manitoba :

---

60. MacFarlane, *supra* note 52 aux pp 20–22.

61. Robert A Baruch Bush, « What do we Need a Mediator For? Mediation's "Value-Added" for Negotiators » (1996) 12:1 Ohio St J Disp Resol 1 à la p 16. La satisfaction des parties dépend, entre autres, de leur évaluation de la justice procédurale et distributive du processus : Rebecca Hollander-Blumoff et Tom R Tyler, « Procedural Justice and the Rule of Law: Fostering Legitimacy in Alternative Dispute Resolution » (2011) 2011:1 J Disp Resol aux pp 3–4.

*Les méthodes utilisées par le système juridique canadien pour résoudre les conflits – en particulier le système accusatoire – sont incompatibles avec la culture et les méthodes traditionnelles autochtones de résolution des conflits. De plus, les tribunaux ne sont pas toujours un bon forum pour la résolution de nombreux conflits dans lesquels sont engagées les personnes autochtones et, en fait, peuvent être contre-productifs<sup>62</sup> [notre traduction].*

Ainsi, un élément essentiel des revendications en matière de souveraineté, d'autodétermination et d'autonomie des Premiers Peuples au Canada consiste à revitaliser les pratiques et les processus traditionnels de résolution des conflits<sup>63</sup>.

Pour citer un deuxième exemple de l'insatisfaction avec le système judiciaire formel, les juristes féministes affirment depuis longtemps qu'il traumatise à nouveau les **victimes/survivantes de violence à caractère sexuel**. Notamment, dans le cadre de poursuites pénales, les questions en contre-interrogatoire concernent l'histoire sexuelle, le style de vie, le comportement des victimes/survivantes<sup>64</sup>. Les militantes féministes plaident en faveur d'autres voies de justice pour les victimes/survivantes qui sont plus réparatrices et qui tiennent compte des traumatismes vécus par ces dernières<sup>65</sup>.

---

62. Manitoba, The Aboriginal Justice Implementation Commission, *The Justice System and Aboriginal People*, vol 1 Chapitre 7 – Aboriginal Justice Systems, 1999, en ligne : [www.ajic.mb.ca/volumel/chapter7.html#1](http://www.ajic.mb.ca/volumel/chapter7.html#1) .

63. Voir par exemple : Commission canadienne des droits de la personne, *Trouse pour l'élaboration de processus communautaires de règlement des différends dans les communautés des Premières Nations : droits, responsabilité, respect*, Ottawa, Commission Canadienne des droits de la personne, 2013 à la p 3 (offrant des balises et des conseils aux gouvernements autochtones en voie de revitaliser leurs processus communautaires de résolution de conflits).

64. Voir également : *R c Goldfinch*, 2019 CSC 38; *R c JA*, 2011 CSC 28; *R c Seaboyer*, [1991] 83 DLR (4<sup>e</sup>) 193, 4 OR (3<sup>e</sup>) 38.

65. Voir : Elaine Craig, *Putting trials on Trial: Sexual Assault and the Failure of the Legal Profession*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2018 (les attaques prolongées et brutales contre la plaignante au cours du contre-interrogatoire sont une pratique courante, malgré les dispositions relatives à la protection contre le viol).

## *Le besoin de guérir d'un préjudice*

Dans son étude approfondie de la perception du système de justice par les justiciables, Tamara Relis a constaté que les principaux objectifs des plaignants sont d'obtenir une admission de faute de l'autre partie, la reconnaissance du préjudice, la rétribution, la prévention des récidives, des réponses et les excuses<sup>66</sup>. Cette situation se manifeste lorsque les justiciables sont motivés par le besoin de guérir plutôt que par le désir d'obtenir des compensations financières<sup>67</sup>. Cependant, même lorsque leurs conseillers juridiques sont conscients de ces objectifs, ces derniers ne parviennent pas à les traduire en termes autres que financiers<sup>68</sup>. Une *excuse* – la manifestation de regret<sup>69</sup> – peut s'avérer un élément crucial de la reconnaissance et de la restauration de la relation entre les parties, et ainsi constituer le principal recours recherché<sup>70</sup>. Néanmoins, le système juridique décourage les personnes qui ont infligé des dommages ou qui sont responsables de méfaits de s'excuser pour éviter que leurs gestes ou leurs mots ne soient interprétés comme des aveux de culpabilité ou de responsabilité<sup>71</sup>. Les excuses sont toutefois possibles et souvent très efficaces dans le contexte de processus convival de la RDD.

---

66. Tamara Relis, *Perceptions in Litigation and Mediation: Lawyers, Defendants, Plaintiffs, and Gendered Parties*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2009 à la p 34 [Relis].

67. Susan Alter, *La présentation d'excuses relatives à une faute grave : considérations sociales, psychologiques et juridiques*, Ottawa, Commission du droit du Canada, 1999 à la p 6 [Alter]. L'un n'empêche pas l'autre : la guérison est souvent un projet coûteux (la thérapie, la kinésithérapie et les coûts qui y sont associés, tels que le transport, la garde des enfants, la perte de salaire, etc.) : Lisa Coxon, « Trauma Doesn't Only Take a Mental Toll. It's Expensive Too » (6 janvier 2020), en ligne (blogue) : *Financial Literacy* [www.lowestrates.ca/blog/finance/financial-costs-healing-trauma](http://www.lowestrates.ca/blog/finance/financial-costs-healing-trauma).

68. Relis, *supra* note 65 à la p 34.

69. Robyn Carroll, « Apologies as a Legal Remedy » (2013) 35:2 Sydney L Rev 317 aux pp 322–323.

70. Hiroshi Wagatsuma et Arthur Rosett, « The Implications of Apology: Law and Culture in Japan and the United States » (1986) 20:4 L & Soc'y Rev 461 à la p 487 (certains préjudices ne seront jamais réparés par des excuses et d'autres ne peuvent être réparés que par des excuses significatives).

71. À l'exception des cas de discrimination ou de crimes graves, les excuses sont rares dans les tribunaux et les cours de justice : Alter, *supra* note 66 à la p 1.

Les déficiences du système de justice adversatif – notamment le fait qu’il entrave l’autonomie des parties et que les réparations qu’il offre sont limitées – ont conduit les justiciables à se tourner vers des processus qui leur permettent de créer leur propre solution aux différends qui les opposent. À titre illustratif, un couple de parents en rupture cherche à négocier une entente qui serait bénéfique pour toute la famille. En participant à une négociation ou à une médiation – au lieu d’une procédure judiciaire adversative qui enracinerait l’hostilité entre deux personnes qui s’engagent dans une coparentalité – le couple qui se sépare aura la possibilité d’obtenir une entente de façon respectueuse. Une telle entente rétablira la dignité de chacun des membres du groupe, évitera de causer de l’angoisse aux enfants et offrira à la famille entière un élément de guérison<sup>72</sup>.

### *La remise en question de la relation traditionnelle entre conseillère juridique et cliente*

Plusieurs auteurs remettent en question le paternalisme admis dans les relations entre les conseillères juridiques et leurs clientes, selon lequel la conseillère contrôle le dossier, tandis que la cliente joue un rôle passif dans la résolution de l’affaire<sup>73</sup>. La relation traditionnelle entre conseillère juridique et cliente – dans laquelle la première est l’experte et la seconde est une profane – confère aux membres de la profession juridique un poids considérable dans l’analyse des prises de décision dans la résolution du différend. Toutefois, la clientèle d’aujourd’hui dispose d’un accès à de grandes quantités d’informations et, par conséquent, est mieux placée pour prendre des décisions éclairées sur la manière de résoudre ses problèmes juridiques. D’ailleurs, plusieurs innovations technologiques permettent un accès facile et gratuit à une multitude d’informations juridiques en ligne<sup>74</sup>. Les progrès rapides de la technologie dans la pratique du droit, tels que les processus de la RDD en ligne – qui impliquent l’utilisation des moyens de communication électroniques et des technologies d’information afin de résoudre un large éventail de différends

---

72. Andrew Schepard, *Children, Courts and Custody: Interdisciplinary Models for Divorcing Families*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2004 à la p 52.

73. Macfarlane, *supra* note 52 aux pp 125–64.

74. McGill *et al*, *supra* note 50.

– représentent pour certains justiciables une voie plus rapide, moins onéreuse et plus satisfaisante de régler leurs différends que si l'affaire était plaidée en cour<sup>75</sup>.

## CONCLUSION

---

*« La crise matérielle et morale subie par le système judiciaire l'oblige à rechercher de nouveaux modes d'action. La thermodynamique nous apprend que tous les systèmes traversent des moments de structuration et de déstructuration, connaissent des équilibres et des déséquilibres et cherchent sans cesse la meilleure option pour se pérenniser...<sup>76</sup> »*

Il y a eu plusieurs évolutions dans le système judiciaire qui indiquent, comme l'évoque le médiateur Jacques Faget, que nous traversons un moment de restructuration : 1) la reconnaissance par la profession juridique de l'existence d'une crise de l'accès à la justice; 2) la nouvelle perception du conseiller juridique en tant que « solutionneur de problèmes » au lieu de « guerrier »; 3) une clientèle plus informée qui souhaite jouer un rôle actif dans la prise de décision; 4) les réformes aux seins des facultés de droit pour s'adapter à ces changements sociétaux.

Ces changements révèlent l'importance de développer et de maintenir des moyens plus significatifs de résoudre les différends dans une optique de la justice participative. Au cours des prochains chapitres, nous expliquerons les connaissances et les outils qui deviennent des compétences de base pour les conseillers juridiques à l'ère de la justice participative. Toutefois, nous insisterons aussi sur le fait que les processus informels de RDD - qui peuvent améliorer l'accès à la justice en offrant des processus peu coûteux, plus accessibles et plus adaptés aux besoins des populations mal desservies - ne sont pas des panacées pour résoudre tous les problèmes juridiques et ne remplaceront jamais le système juridique formel. En fait, nous soulignerons comment, dans certains contextes, l'utilisation des processus informels de RDD peut exacerber les inégalités pour des

---

75. Les avantages et les inconvénients de la résolution en ligne des litiges seront examinés au chapitre 2.

76. Jacques Faget, « Médiation et violences conjugales » (2004) 1 Champ pénal au para 13.

justiciables vulnérables. C'est pourquoi, comme nous le verrons dans le chapitre suivant, il est essentiel que la conseillère juridique compétente comprenne que les processus examinés dans cet ouvrage présentent des avantages et des risques et qu'elle apprenne à évaluer quand il convient de recourir à une méthode autre qu'un procès pour traiter la question juridique de son client.



# **CHAPITRE 1**

---

## **Les processus de *résolution des différends***

- 1.1 Qu'entendons-nous par la « résolution » des différends?
- 1.2 Les processus de résolution des différends
- 1.3 Comment choisir le processus approprié?

Dans la culture populaire, le procès est la méthode par défaut pour résoudre un différend juridique. En réalité, les conflits tranchés par une juge constituent la minorité des cas<sup>1</sup>. Le recours accru aux processus plus informels de résolution des différends (« RDD ») est le résultat d'un certain nombre de tendances et de facteurs examinés dans le chapitre précédent (crise d'accès à la justice, changement de paradigme au sein de la profession, évolution des besoins des clients, etc.).

Une enquête nationale menée par le Forum canadien sur la justice civile a récemment révélé que « très peu de personnes [ayant] des problèmes juridiques utilisent le système judiciaire officiel pour résoudre leurs problèmes<sup>2</sup> ». Un certain scepticisme à l'égard de la capacité du système

---

1. La Cour d'appel du Québec a produit des statistiques sur la conférence de règlement à l'amiable et la facilitation pénale : « Statistiques et allocution de la juge en chef » (2014) en ligne : *Cour d'appel du Québec* [courdappelduquebec.ca/a-propos-de-la-cour/statistiques-et-allocutions-de-la-juge-en-chef/](http://courdappelduquebec.ca/a-propos-de-la-cour/statistiques-et-allocutions-de-la-juge-en-chef/). Aux États-Unis, il est estimé qu'entre 75 % et 98 % des cas civils fédéraux sont résolus avant le procès : Mark Galanter, « The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts » (2004) 3:1 J Empirical Leg Stud 459 aux pp 460–61; Theodore Eisenberg et Charlotte Lanvers, « What is the Settlement Rate and Why Should We Care? » (2009) 6:1 J Empirical Leg Stud 111 à la p 144. En Australie, on estime qu'entre 80 % et 90 % des affaires civiles sont réglées : Deborah Worthington et Joanne Baker, *The Cost of Civil Litigation*, New South Wales et Victoria, Civil Justice Research Centre, 1993. D'autres auteurs ont fait valoir que l'ampleur de la « disparition » du procès identifiée par ces chercheurs devrait être remise en question. À titre d'exemple, l'affaire peut être abandonnée par l'une des parties, une juge peut accueillir une motion de rejet préalable au procès ou, encore, l'affaire peut être dirigée vers une autre juridiction. Voir généralement : Gillian Hadfield, « Where Have All the Trials Gone? Settlements, Nontrial Adjudications, and Statistical Artifacts in the Changing Disposition of Federal Civil Cases » (2004) 1:3 J Empirical Leg Stud 705.

2. Selon l'enquête, seulement 7 % des répondants ont déclaré avoir comparu devant des cours ou des tribunaux pour résoudre une question juridique : Trevor C W Farrow et al, *Les problèmes juridiques de la vie quotidienne et le coût de la justice au Canada : Rapport général du Forum canadien sur la justice civile*, Toronto, Association du Barreau

formel à répondre aux besoins des justiciables provient également des membres de la profession juridique. Comme le dit un juriste cité dans un rapport de la Commission des droits de la personne de l'Ontario, « [l]es seuls gagnants, lorsqu'une affaire est portée devant les tribunaux, sont à mon avis les avocats<sup>3</sup> ». D'ailleurs, la Cour suprême du Canada a reconnu qu'il existe un intérêt public dans le règlement des différends avant qu'ils dégénèrent. Selon la juge Heureux-Dubé dans *Kelvin Energy*, le fait de favoriser la résolution à amiable constitue une « saine politique judiciaire », qui renforce l'efficacité du système judiciaire<sup>4</sup>. Dans *Sable Offshore*, la juge Abella écrit que « [l]e règlement amiable permet aux parties de résoudre leur différend de façon mutuellement satisfaisante sans faire augmenter le coût et la durée d'une poursuite judiciaire pour les personnes concernées et le public<sup>5</sup> ». Dans ces deux affaires, la Cour suprême a favorablement cité le jugement du tribunal inférieur estimant que les tribunaux « préfèrent sans exception les règlements amiables »<sup>6</sup>. À la lumière de ces décisions et de l'évolution plus large vers une justice participative, il semble évident que la profession juridique au Canada et au Québec est témoin du passage de la culture du procès à celle du règlement<sup>7</sup>.

Le présent chapitre explique d'abord ce que l'on entend par « résolution » dans le contexte juridique. Il donne ensuite un aperçu des processus de résolution des différends (« RDD ») couramment utilisés en droit, à savoir la négociation, la médiation, les processus hybrides, la résolution non contraignante, l'arbitrage, les tribunaux administratifs et les services de

---

canadien, 2016 à la p 9. Voir également : Pierre-Claude Lafond, *L'accès à la justice civile au Québec : Portrait général*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012 (le système judiciaire est trop lent, trop coûteux et trop complexe pour la majorité des citoyens).

3. Avocat de l'intimé, cité dans Commission des droits de la personne de l'Ontario, *Le renforcement du système ontarien de protection des droits de la personne – Ce que nous avons entendu*, 2015 à la p 59.
4. *Kelvin Energy Ltd c Lee*, [1992] 3 RCS 235 à la p 259.
5. *Sable Offshore Energy c Ameron International Corp* [2013] 2 RCS 623 au para 11 [*Sable Offshore*].
6. *Ibid*, se référant à *Sparling c Southam Inc* (1988) 66 OR (2<sup>e</sup>) 225.
7. « Congrès annuel 2014 : La ministre de la Justice donne le coup d'envoi! », (2014) 46:7 Jour du Barreau du Québec (citant Me Stéphanie Vallée : « Nous avons l'obligation de passer de la culture du conflit à la culture du règlement ») à la p 10.

RDD reliés aux tribunaux judiciaires. Nous soulignons les avantages et les inconvénients de chacun de ces processus et fournissons des conseils pour choisir le plus approprié d'entre eux pour un différend donné.

## 1.1 QU'ENTENDONS-NOUS PAR LA « RÉOLUTION » DES DIFFÉRENDS ?

---

Les études juridiques se concentrent davantage sur la résolution des différends que sur la prévention des différends<sup>8</sup>. Cet ouvrage ne fait pas exception. La prévention constitue un ensemble de démarches qui anticipent les problèmes afin de les éviter, dans la mesure du possible, avant l'apparition d'un conflit ou qui minimisent les conséquences négatives causées par les conflits inévitables. Le présent ouvrage se concentre plutôt sur les démarches résolutive des différends, c'est-à-dire sur les processus utilisés par les justiciables afin de résoudre – plutôt que de prévenir – un conflit avec une dimension juridique, et ce, par un accord plutôt que par un processus adversatif.

La notion de résolution renvoie à tous les mécanismes auxquels les justiciables ont recours afin de mettre fin à un litige. Dans une optique plus conviviale qu'adversative, la résolution offre l'occasion d'obtenir des résultats tangibles plus satisfaisants qu'un procès (un processus rapide et une solution sur mesure à un conflit) et des résultats intangibles significatifs (une meilleure communication entre parties, un sentiment de satisfaction par rapport au résultat obtenu, une réduction du poids émotionnel associé à la résolution du problème).

---

8. Cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas d'intérêt pour la prévention dans la recherche juridique. En effet, la conciliation et l'évaluation neutre sont généralement des démarches consultatives, donc parfois abordées en termes de « prévention » des différends : Carrie Menkel-Meadow *et al*, *Dispute Resolution: Beyond the Adversarial Model*, 2<sup>e</sup> éd, New York, Aspen, 2011. D'ailleurs, le domaine émergent de la « Dispute Resolution Design Systems » fait référence à des processus spécifiques adaptés à un litige particulier, notamment en prévenant les conflits avant qu'ils ne surviennent et en les gérant de manière constructive une fois qu'ils ont éclaté. Voir également : Fiona Cownie et Anthony Bradney, « Dispute Avoidance » dans Maria Moscati *et al*, dir, *Comparative Dispute Resolution*, Northampton (MA), Edward Elgar Publishing, 2020 aux pp 64–73 (affirmant que les êtres humains s'efforcent d'atteindre un état de choses qui n'est pas noyé dans les conflits, mais qu'ils échouent souvent à atteindre cet objectif); Anthony Bradney et Fiona Cownie, *Living Without Law: An Ethnography of Quaker Decision-Making, Dispute Avoidance, and Dispute Resolution*, Burlington (VT), Ashgate, 2000 (une étude de cas sur les processus informels de prévention, de gestion et de résolution des différends).

La conseillère juridique compétente doit savoir identifier les cas où il est approprié de faire appel aux processus informels; en revanche, elle doit également reconnaître que le recours aux tribunaux peut être l'option à envisager dans certaines circonstances<sup>9</sup>. Elle présentera l'éventail d'options à sa cliente qui peut, selon le contexte, résoudre le différend en dialoguant directement avec l'autre partie (négociation); faire appel à une tierce partie impartiale pour l'aider à communiquer avec la contrepartie (médiation); solliciter une analyse des enjeux sous-jacents au différend (évaluation neutre); porter le litige devant un arbitre pour rendre une sentence qui a une force exécutoire (arbitrage); ou, encore, porter l'affaire devant un juge afin de rendre justice (procès). Chacune de ces options sera examinée ci-dessous<sup>10</sup>.

## 1.2 LES PROCESSUS DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS

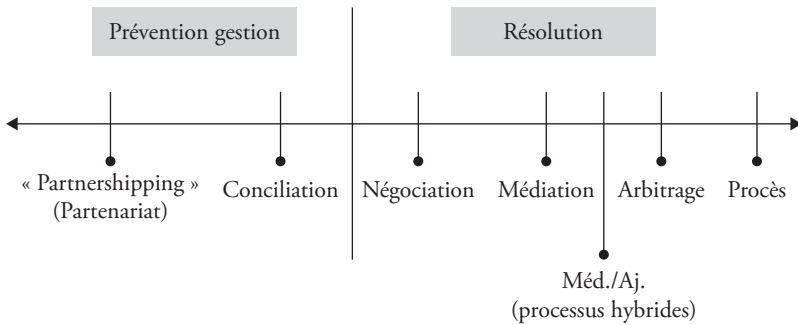
---

L'éventail des processus de RDD est vaste, et chacun d'entre eux pourrait faire l'objet d'un ouvrage. Ce qui suit est une introduction générale à certains processus les plus courants dans la pratique du droit. Ces

9. Une conseillère juridique a l'obligation d'encourager sa cliente à accepter un compromis ou à régler un conflit à l'amiable en s'appuyant sur les processus de RDD, s'il est raisonnablement possible de le faire : Barreau de l'Ontario, *Code de déontologie des avocats*, Toronto 2014, r 3.2.4 [*Code de déontologie*]; *Code type de déontologie professionnelle de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* [*Code type*], r 3.2. Barreau de l'Ontario, *Code de déontologie des parajuristes*, Toronto, 2007, r 3.02(11) [*Code de déontologie des parajuristes*].
10. Le droit collaboratif est également une forme de RDD, mais étant donné sa spécificité dans un domaine du droit (le droit de la famille), il ne sera pas abordé de manière substantielle dans cet ouvrage. Dans un processus de droit familial collaboratif, les parties ont un engagement contractuel d'éviter un recours au tribunal, et la conseillère juridique dirige sa cliente vers une résolution non contentieuse. Dans le cas où les parties ne peuvent pas s'entendre sur les questions en litige et qu'elles ne peuvent pas ultimement conclure une entente, elles peuvent toujours avoir recours au tribunal; cependant, en général, elles doivent embaucher de nouveaux représentants juridiques. Voir les recherches approfondies menées par Wiegiers et Keet qui ont constaté que l'impact positif du droit collaboratif dépend de la sensibilité des conseillères juridiques et des personnes médiatrices à l'existence de déséquilibres de pouvoir. Ces auteurs ajoutent que la pratique consistant à interdire aux conseillères juridiques ayant participé à des processus collaboratifs d'agir dans le cadre de litiges ultérieurs devrait être revue : Wanda Anne Wiegiers et Michaela Keet, « Collaborative Family Law and Gender Inequalities: Balancing Risks and Opportunities » (2008) 46 *Osgoode Hall L Jour* 733.

processus sont souvent illustrés sur un continuum, selon lequel la prévention se trouve à l'extrême gauche du continuum et le contentieux, inversement, à l'extrême droite.

**Figure 1**  
Les processus de RDD



En principe, sur ce continuum, plus le processus se trouve vers la gauche, plus le processus sera

- privé;
- confidentiel;
- autonomisant pour les justiciables;
- informel;
- rapide;
- abordable;
- axé sur les besoins véritables des parties.

En revanche, plus le processus se trouve vers la droite, plus le processus sera :

- formel;
- encadré par la réglementation et les protections procédurales;
- public;
- axé sur le droit applicable;
- ponctué par une décision imposée.

Il n'en demeure pas moins que plusieurs des processus de RDD sont utilisés conjointement. Les avantages et les inconvénients de cette conjonction dépendent du contexte plus large dans lequel se situent le différend, les motivations et les valeurs des parties ainsi que les problèmes à résoudre.

### 1.2.1 Négociation

Au sens large, la négociation est un processus dialogique au sein duquel des individus se rencontrent, sans tiers, afin de parvenir eux-mêmes à une solution à un différend en créant ou en modifiant leur relation<sup>11</sup>. En droit, négocier, c'est entamer des conversations en vue de parvenir à un **accord**<sup>12</sup>. Toute négociation, qu'elle soit simple ou complexe, comporte certains éléments communs, notamment des **besoins sous-jacents** des justiciables, des résultats idéaux, des **points de rupture** respectifs<sup>13</sup>. Cependant, différents **modèles** de négociation présentent des objectifs différents qui mènent à des résultats souvent très variables<sup>14</sup>.

#### *Avantages de la négociation*

Les avantages de la négociation sont les suivants :

1. l'autonomie des justiciables;
2. le caractère consensuel;
3. l'absence de formalisme;
4. la confidentialité;
5. la certitude du résultat et les ententes personnalisées.

---

11. Voir généralement : Anne Macquin, « La négociation » (1998) 13:1 Recherche et applications en marketing 67 à la p 69. Voir également la discussion aux chapitres 4 et 5.

12. Les modalités d'un accord sont examinées à l'Annexe IV.

13. Ces éléments clés ainsi que les étapes habituelles d'une négociation font l'objet du chapitre 5.

14. Nous verrons au chapitre 3 que, selon les situations, une négociatrice peut avoir recours à un modèle intégratif par moments et à un modèle distributif à d'autres moments, lors d'un même processus. En revanche, elle peut entamer le processus de négociation au moyen d'une perspective relationnelle.

## Autonomisation des justiciables

L'autonomisation des justiciables est un élément essentiel de la négociation ainsi que de la médiation. Par autonomisation, il faut entendre le fait que les personnes qui ont la capacité de résoudre elles-mêmes leurs conflits (et même de revendiquer leurs droits), qu'elles aient ou non des compétences juridiques, devraient être encouragées à le faire en s'engageant dans des processus équitables et éthiques, sans avoir à recourir à un décideur<sup>15</sup>. La négociation favorise l'autonomie des parties en leur permettant d'exercer un contrôle sur le résultat, c'est-à-dire que les ententes négociées peuvent être adaptées aux besoins et aux attentes de chacune. Par conséquent, les parties peuvent parvenir à un accord qui dépasse ce qui serait possible d'atteindre si l'affaire était portée devant un tribunal, c'est-à-dire que les parties ne sont pas limitées aux règles de droit pour résoudre leur différend (tant que leur entente n'enfreint pas l'ordre public).

## Caractère consensuel

La négociation doit être entamée de façon volontaire. Le caractère consensuel de la négociation signifie qu'aucune partie n'est forcée d'y participer et qu'elle peut se retirer à tout moment du processus. Les parties sont donc libres d'entamer une négociation plutôt que de résoudre leur différend par la voie d'un autre processus (médiation, arbitrage, procès, etc.). Ils peuvent également entamer une négociation en conjonction avec l'un de ces autres processus.

## Absence de formalisme

Il n'existe aucune **règle de procédure** obligatoire qui régit la négociation elle-même. Cependant, les parties doivent s'entendre sur certains préalables, tels que les suivants : l'objet du litige, le lieu de la négociation, le nombre de séances. Cette flexibilité permet aux parties de régler leur différend sans intervenir, avec ou sans représentation juridique, et ce, selon leurs horaires. L'absence de formalisme permet également d'éviter les retards éventuels dans l'obtention d'un jugement définitif. Il est donc généralement plus rapide et moins coûteux d'entamer des négociations que d'intenter une procédure plus formelle.

---

15. Voir p. ex. : *Sable Offshore*, *supra* note 5 au para 11.

## Confidentialité

Le processus a généralement lieu à huis clos, c'est-à-dire de façon privée. La confidentialité est considérée comme essentielle au processus de négociation. Cette dernière se concrétise de plusieurs manières. Premièrement, les conseillers juridiques ont l'obligation professionnelle de garder strictement confidentielles toutes les informations concernant les activités et les affaires de leurs clientes, qu'elles soient potentielles, actuelles ou anciennes. Malgré quelques exceptions limitées au devoir de confidentialité, pendant une négociation, les représentants juridiques ne doivent pas divulguer plus d'informations qu'il n'est nécessaire pour faire avancer le processus<sup>16</sup>. Deuxièmement, le **privilege relatif aux règlements** est défini par la juge Abella comme « un voile protecteur » qui entoure « les démarches prises par les parties pour résoudre leurs différends en assurant l'irrecevabilité des communications échangées lors de ces négociations<sup>17</sup> ». Ce privilège est fondé sur la conviction que les parties peuvent être réticentes à s'engager dans des discussions de règlement si des informations révélées verbalement ou par écrit au cours du processus peuvent être utilisées contre cette partie, si l'affaire passe en audience. Le caractère confidentiel du processus présente alors un avantage, même si la négociation n'aboutit pas à un règlement. En Ontario, par exemple, dans le contexte d'un litige civil, si une partie n'accepte pas l'« offre de règlement » de son interlocuteur, ni l'une ni l'autre ne peut en discuter avec la juge pendant le procès, et ce, tant qu'une décision définitive n'a pas été rendue sur toutes les questions de responsabilité et de réparation (à l'exception des dépens<sup>18</sup>).

## Certitude du résultat et ententes personnalisées

Le choix d'intenter une action en justice a été comparé à « une roulette russe », considérant qu'il y a toujours un risque de perdre<sup>19</sup> et parce que les justiciables font face à plusieurs contingences, dont les suivantes :

---

16. Barreau de l'Ontario, « Confidentialité » (dernière modification le 13 décembre 2022), en ligne : [lso.ca/avocats/ressources-et-soutiens-a-la-pratique/sujets-lies-a-la-gestion-de-la-pratique/rapport-avocat-client/confidentialite](https://www.osbar.org/ressources-et-soutiens-a-la-pratique/sujets-lies-a-la-gestion-de-la-pratique/rapport-avocat-client/confidentialite).

17. *Sable Offshore*, *supra* note 5 au para 2

18. *Règles de procédure civile*, RRO 1990, Reg 194, r 49 et 50 [*Règles de procédure civile*].

19. Jean-François Roberge, *La justice participative : Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Yvon Blais, 2011 à la p 196.

aucun contrôle sur l'humeur du décideur; aucun contrôle sur la preuve que l'autre partie apportera au processus; aucun contrôle sur la qualité du témoignage d'un témoin. En revanche, la négociation offre l'assurance d'un résultat particulier et l'occasion de personnaliser l'entente. L'entente négociée ne lie que les parties concernées. Dans une certaine mesure, l'entente négociée peut aller au-delà des exigences ou des obligations légales. Les parties sont alors libres d'établir les modalités de leur accord ou, encore, de rejeter une proposition de règlement, et ce, sans devoir se plier à la décision prise par un tiers<sup>20</sup>. Les recherches démontrent que les parties sont plus disposées à respecter un accord qu'elles ont élaboré elles-mêmes<sup>21</sup>.

### *Inconvénients de la négociation*

Chacun des éléments qui représentent les avantages d'une négociation peut aussi, selon les circonstances, devenir un inconvénient. Voici quelques exemples.

Premièrement, l'absence de formalisme et les protections inscrites dans les règles de la justice naturelle et de l'équité procédurale suscitent quelques inquiétudes concernant des asymétries de pouvoir entre interlocuteurs<sup>22</sup>. D'abord, la véracité des affirmations des négociateurs n'est pas testée par un contre-interrogatoire. En revanche, les processus plus formels tels que le procès ont comme objectif principal « la recherche et la découverte de la vérité<sup>23</sup> ». Ensuite, les recherches révèlent que les personnes occupant des positions de pouvoir en négociation peuvent être moins enclines à aborder le processus de manière collaborative<sup>24</sup>. Également, les justiciables sans représentation juridique peuvent éprouver

---

20. Il importe de noter toutefois que dans certains contextes, entre autres, les recours collectifs et les négociations de plaidoyer, les ententes sont soumises à l'approbation du tribunal.

21. Jeffrey Z Rubin *et al*, *Social Conflict: Escalation, Stalemate, and Settlement*, 2<sup>e</sup> éd., New York, McGraw-Hill, 1994 aux pp 4, 15 et 139.

22. Richard Delgado *et al*, « Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution » (1985) 1369 Wis L Rev. 1359 (l'absence de formalisme peut accroître les préjugés à l'égard des justiciables à faible revenu et racialisés).

23. *R c Nikolovski*, [1996] 141 DLR (4<sup>e</sup>) 647 au para 13.

24. Elizabeth A Mannix et Margaret A Neale « Power Imbalance and The Pattern of Exchange in Dyadic Negotiation » (1993) 2 Group Decision and Negotiation 119.

des difficultés à comprendre la nature du processus et faire l'objet d'intimidation de la part d'une partie plus puissante<sup>25</sup>. Enfin, en l'absence d'une tierce partie qui gère le processus, nonobstant les obligations déontologiques des membres de la profession juridique, il n'existe aucune garantie que les négociateurs vont agir de bonne foi.

Deuxièmement, en cas d'échec, la négociation peut accroître les délais de traitement du dossier ainsi que les conséquences financières et humaines associées à une résolution (frais d'avocats, frais d'experts, insomnie, angoisse, relations personnelles tendues, etc.). Les coûts importants des négociations interminables ont été exprimés de manière poignante par le juge Veale, de la Cour suprême du Yukon. Dans une décision concernant les retards causés par des négociations ardues entre le gouvernement fédéral et les victimes/survivantes autochtones du système des « pensionnats », le juge remarque que le seul résultat certain que les parties puissent obtenir en retournant à la table de négociation, ce sont des retards supplémentaires. Ce résultat est entièrement inacceptable étant donné que « les retards ont un impact sérieux sur les victimes/survivantes des pensionnats qui meurent au rythme de 25 par semaine<sup>26</sup> » [notre traduction].

Troisièmement, des chercheuses féministes soutiennent que la résolution informelle des conflits, axée sur la communication et la collaboration, constitue un antidote au système juridique patriarcal et accusatoire, incapable ou peu désireux de répondre aux besoins des femmes<sup>27</sup>. Cependant, d'autres féministes évoquent le concept selon lequel « le personnel est politique » pour critiquer ces mêmes processus. Ce concept renvoie à la manière dont les expériences personnelles sont ancrées dans

---

25. Julie Macfarlane, « The National Self-Represented Litigants Project: Identifying and Meeting the Needs of Self-Represented Litigants, Final Report » (2013), en ligne (pdf) : *Representing Yourself Canada* [representingyourselfcanada.com/wp-content/uploads/2016/09/srlreportfinal.pdf](http://representingyourselfcanada.com/wp-content/uploads/2016/09/srlreportfinal.pdf).

26. *Fontaine et al c Canadal*, 2006 YKSC 63 au para 5.

27. Lucy Katz, « Compulsory ADR & Voluntarism: Two-Headed Monster or Two Sides of the Coin » (1993) 1993:1 Disp Resol 1 (les premières chercheuses féministes dans le domaine ont accueilli favorablement la RDD parce qu'elles considéraient les tribunaux comme des mécanismes inadéquats pour rendre justice, puisqu'ils peuvent être inutilement formalistes, lents, coûteux, aliénants pour les justiciables et destructeurs de relations).

la réalité politique de l'inégalité sociales<sup>28</sup>. Selon ces critiques, la confidentialité a comme effet de masquer des ententes inéquitables (signée par des parties ayant des différentiels de pouvoir extrêmes) et de légitimer celles-ci comme le produit d'un consentement informé<sup>29</sup>. La confidentialité du processus permet alors aux parties plus puissantes de ne pas être inquiétées par l'examen public et des sanctions judiciaires; de même, tout en empêchant la création de nouvelles jurisprudences (précédents), susceptibles de faire avancer les droits des victimes/survivantes<sup>30</sup>. En conséquence, le passage de la culture du procès à celle de la culture de l'entente négociée constitue une victoire de l'**individualisme** sur la justice sociale et de la justice distributive<sup>31</sup>.

Nombre de ces critiques restent valables. Toutefois, l'une des prémisses de cet ouvrage est que, lorsque la négociation est entamée dans des circonstances appropriées et dans un cadre approprié, elle peut conduire à une résolution constructive et satisfaisante de questions juridiques complexes.

## 1.2.2 Médiation

La médiation se résume par une négociation structurée par une tierce partie (appelée « personne médiatrice », « tiers neutre », « tierce partie », « médiateur »)<sup>32</sup>. La personne médiatrice ne détient aucun pouvoir

---

28. Carol Hanish, « The Person is Political » dans Shulamith Firestone et Anne Koedt, dir, *Notes from the Second Year: Women's Liberation: Major Writings of the Radical Feminists*, New York, Radical Feminism 1970 aux pp 76–78.

29. Wanda Wieggers, « Economic Analysis of Law and “Private Ordering”: A Feminist Critique » (1990) 42:2 U Toronto LJ 170.

30. Voir par ex : Lesley Wexler *et al.*, « #MeToo, Time's up, and Theories of Justice » (2019) U Ill L Rev 55 aux pp 77–78.

31. Owen Fiss, « Against Settlement » (1984) 93:6 Yale LJ 1073; (en transférant les différends vers des arènes privées pour qu'ils soient résolus, des précédents ne peuvent pas être créés ni révisés). Voir également : Richard Delgado *et al.*, « Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution » (1985) 6 Wisconsin L Rev 1359; Richard L Abel, *Politics Of Informal Justice: The American Experience*, New York (NY), Academic Press, 1981; Christine Harrington, *Shadow Justice: The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*, Westport (Conn), Greenwood Press, 1985; Laura Nader, « Controlling Processes in the Practice of Law: Hierarchy and Pacification in the Movement to Re-Form Dispute Ideology » (1993) 9:1 Ohio St J Disp Resol 1.

32. Voir également la discussion aux chapitres 6 et 7.

décisionnel, c'est-à-dire qu'elle ne tranche pas la question pour les parties. Néanmoins, elle détient un certain pouvoir persuasif dans le sens qu'elle facilite la communication et la compréhension mutuelle entre les parties, qu'elle aide les parties à gérer les émotions susceptibles de les empêcher de parvenir à une entente et qu'elle se sert de stratégies communicationnelles pour débloquer les négociations qui se trouvent dans une impasse.

En principe, le processus de médiation est assez égalitaire, dans le sens qu'il favorise l'équilibre de pouvoirs, la participation active des parties, la dissipation des rapports hiérarchiques et une prise de décision démocratique<sup>33</sup>. Toutefois, son potentiel égalitaire dépend du style et des compétences de la personne médiatrice ainsi que du modèle de médiation dans lequel elle travaille<sup>34</sup>.

### *Avantages de la médiation*

En plus des éléments qu'elle partage avec la négociation (autonomisation des parties, processus consensuel, absence de formalisme, confidentialité, ententes personnalisées), les principaux avantages de la médiation sont les suivants : 1) la neutralité de la tierce partie; 2) la possibilité d'avoir recours à l'expertise de la personne médiatrice; 3) la centralité des relations humaines.

### **Négociation structurée**

Une médiation partage de nombreux avantages avec toute autre forme de négociation. Toutefois, compte tenu de son mandat unique qui consiste à faciliter le dialogue entre les parties, il existe également des différences dans la manière dont ces avantages se manifestent dans la médiation.

En premier lieu, comme la négociation, la médiation privilégie l'*autonomie* des parties. Contrairement à d'autres processus plus formels, tels que l'arbitrage et le litige, ce sont les parties qui forment et acceptent

---

33. Jacqueline M Nolan-Haley, « Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decisionmaking » (1998) 74:12 Notre Dame L Rev 775 (l'équité est un objectif fondamental de la médiation).

34. Il existe différents types de médiation. Chacun d'entre eux sera examiné au chapitre 6.

l'accord sans que celui-ci leur soit imposé par la personne médiatrice. Ainsi, cette dernière n'a aucun pouvoir décisionnel, à moins que le processus soit hybride (mixte), comme nous l'expliquerons ci-dessous. La médiation favorise les conditions dans lesquelles les parties peuvent raconter leur histoire en fonction de leur propre voix en se sentant entendues et comprises, ce qui n'est pas toujours le cas dans une négociation (qui peut être abordée dans un cadre compétitif, voire combatif, en fonction du style du négociateur, des priorités du client et de la question à résoudre). En effet, le niveau de satisfaction relativement élevé que les parties éprouvent pendant et après une médiation est en grande partie attribuable à leur capacité de s'engager activement dans le processus<sup>35</sup>.

En deuxième lieu, comme la négociation, la médiation est généralement un processus *volontaire*. Toutefois, la médiation constitue une étape obligatoire de la procédure civile à Ottawa, à Toronto et à Windsor – l'objectif étant de « réduire les coûts et les délais des litiges et de faciliter le règlement rapide et équitable des différends<sup>36</sup> ».

En troisième lieu, la médiation est une créature du contrat ou une créature de la législation. Comme dans le cas d'une négociation, les règles de procédure civile ne s'appliquent pas au processus de médiation. Les règles sont plutôt établies par les parties elles-mêmes dans une *entente de médiation* (parfois appelée *convention de médiation*, ou *contrat de médiation*), généralement par la personne médiatrice ou avec la

---

35. Une recherche empirique a démontré que même lorsque les participants ne parvenaient pas à un accord à la fin d'une médiation, entre 62 % et 79 % de ces derniers ont affirmé qu'ils recommanderaient le processus à d'autres personnes. De plus, 12 mois après la médiation, la satisfaction des participants demeure élevée : Jessica Pearson et Nancy Thoennes, « Divorce Mediation Research Results » dans Jay Folberg et Ann Milne, dir, *Divorce Mediation: Theory and Practice*, New York, Guilford Press, 1988 aux pp 429–452.

36. *Règles de procédure civile*, *supra* note 18, r 24.1. Comme nous l'expliquons au chapitre 6, la médiation obligatoire n'est pas synonyme de *règlement* obligatoire; il s'agit simplement d'un moyen procédural d'encourager les parties à examiner si un règlement est possible ou non. Il existe un mouvement visant à étendre la médiation obligatoire à d'autres juridictions de l'Ontario, voir : L'association du Barreau de l'Ontario, « OBA Submission Regarding Mandatory Mediation in Ontario » (2020), en ligne : [www.oba.org/CMSPages/GetFile.aspx?guid=4f756ca7-2962-417b-aec6-18e1ae760d12](http://www.oba.org/CMSPages/GetFile.aspx?guid=4f756ca7-2962-417b-aec6-18e1ae760d12). Toutefois, il importe de noter que les parties s'exposent à des sanctions si elles ne participent pas à la médiation obligatoire : Règles de procédure civile, *supra* note 18, r 24.1.12 et 24.1.13.