

La résolution des conflits

Au cours des dernières décennies, les approches non traditionnelles pour traiter les différends et les conflits se sont multipliées. Les barreaux américain et canadien ont étudié des solutions de rechange au procès traditionnel. Ils ont examiné diverses options pour créer un mécanisme extrajudiciaire de règlement des différends appelé MARC (mode alternatif de règlement des conflits). Le MARC, qui englobe entre autres la négociation, la recherche de renseignements, la médiation et l'arbitrage, offre une solution de rechange au processus juridique purement traditionnel.

Les membres du barreau canadien se servent de mécanismes substitutifs de règlement des différends dans la pratique du droit. Les sessions de divulgation ou les conférences préparatoires au procès sont considérées comme des « actes de médiation » à l'intérieur du système judiciaire. Les avocats peuvent participer à une session de médiation, agir en tant que médiateurs, ou donner des conseils à un client à la suite d'une session de médiation. En pratiquant le droit, ils peuvent tout simplement se servir des principes de médiation afin de promouvoir la résolution coopérative de problèmes.

La médiation n'est qu'un moyen parmi tant d'autres pour résoudre des conflits. Pourtant, l'application des principes de la médiation a une portée beaucoup plus large que celle qui découle du processus de médiation. En médiation, les parties ont recours à un tiers impartial (le médiateur) qui les aide à gérer le processus pendant qu'elles se concentrent sur la substance du règlement. Dans la panoplie de procédés de résolution de conflits à la portée des gens, la médiation se situe au milieu de l'échelle, c'est-à-dire qu'elle suit la négociation. Malgré la présence d'un tiers, les coûts d'application de cette méthode de règlement des différends sur les plans économique et humain sont relativement bas.

La médiation

Dans le sens habituel et traditionnel du terme, la médiation suppose l'intervention d'une personne qui sert d'intermédiaire ou qui intervient dans le but de mettre d'accord, de concilier ou de réconcilier des personnes. Certains auteurs distinguent la médiation traditionnelle basée sur les droits des parties de la médiation basée sur les intérêts d'application plus récente.

Au cours des années 1980, la médiation était définie comme l'intervention d'une tierce personne impartiale, sans pouvoir décisionnel, choisie par les

La médiation

parties, dans le but de les aider à élaborer elles-mêmes leurs propres solutions ou à solutionner leurs différends.¹

La médiation est aussi un processus de coopération en vue de résoudre un conflit, dans lequel un tiers impartial est sollicité par les protagonistes pour les aider à trouver un règlement satisfaisant à l'amiable.

La médiation est d'abord un processus basé sur la volonté des parties et dont le résultat demeure entièrement sous leur contrôle. Ainsi, les parties ne concluent une entente que si elles le veulent et lorsqu'elles le veulent.

Rôle d'un conseiller juridique

Certains domaines du droit favorisent un certain comportement de la part d'un conseiller juridique dans le cadre d'un processus de médiation alors que d'autres domaines sont plus souples. Ainsi, en matière familiale, les deux parties sont habituellement seules avec le médiateur et elles consultent leur avocat tout au long du processus. Entre les séances de médiation, l'avocat vérifie les données factuelles avec son client, lui donne son avis sur les options soulevées et révisé le projet d'entente. Par contre, en matière commerciale, l'avocat est parfois présent aux séances de médiation alors que dans d'autres circonstances, il agit comme conseiller de son client en dehors des séances.

Le client et son avocat devront discuter de la présence de ce dernier pendant les séances de médiation. Une décision sera prise en fonction de la nature du litige, de la somme d'argent en jeu, des relations entre les parties, des démarches déjà entreprises pour régler le différend. L'avocat qui participe aux séances de médiation avec son client, joue le rôle de conseiller ou d'accompagnateur. Il faut se rappeler que le client est toujours au centre du processus qui est géré par le médiateur. Agir autrement, en essayant de gagner un argument à tout prix pourrait entraîner, pour le client, la perte de l'occasion de régler un différend.

Que les parties choisissent ou non d'être accompagnées par leur avocat respectif aux séances de médiation, il est souhaitable que chaque partie puisse bénéficier de conseils juridiques en dehors des séances et qu'à tout le moins, elles puissent faire lire l'entente par leur avocat avant de la signer. Autrement, une partie insatisfaite de l'entente par la suite pourrait demander l'intervention des tribunaux et l'annulation de l'entente. En effet, les tribunaux

¹ Christopher W. Moore, *The Mediation Process*, Jossey-Bass, San Francisco, 2003, à la p.15.

La médiation

pourraient s'inspirer du droit matrimonial où la Cour suprême a jugé dans l'arrêt *Miglin* [2003] 1 R.C.S. 303 ce qui suit :

Comme nous l'expliquons plus loin, nous pensons qu'il faut accorder beaucoup de poids à une convention équitablement négociée qui reflète les volontés et les attentes des parties et qui est conforme pour l'essentiel aux objectifs de la *Loi sur le divorce* dans son ensemble. Dans le cadre d'une demande initiale d'aliments entre époux et en présence d'un accord préexistant, le tribunal doit examiner d'abord les circonstances de la négociation et de la conclusion de l'accord afin de décider si le demandeur a établi un motif pour l'écarter. (au par. 4)

Cela dit, un conseiller juridique peut jouer un rôle beaucoup plus important que de simplement prévenir des rebondissements au niveau de la rédaction de l'entente. En effet, le conseiller juridique qui voudra bien se familiariser avec les principes inspirés de la négociation raisonnée aura un nouveau rôle à jouer. À cause de sa formation, de ses connaissances et de son expérience, il sera mieux placé pour explorer les besoins de son client et protéger ses intérêts. Il pourra même travailler avec l'autre partie et son conseiller juridique, qu'il y ait médiateur ou non, pour trouver des solutions aux problèmes.

Rôle d'un négociateur

Le processus de médiation est le prolongement du processus de négociation. C'est l'utilisation d'une série de techniques aidant à promouvoir de meilleures négociations. La médiation peut faire valoir la collaboration au détriment de la compétition dans la résolution de problèmes afin d'arriver à une solution gagnant/gagnant plutôt que gagnant/perdant. Un négociateur chevronné sait à quel moment faire intervenir un tiers impartial et ce qu'il peut accomplir pour les parties aux prises avec un différend.

Rôle d'un médiateur

Les connaissances techniques de la médiation ne font pas un médiateur d'un avocat. Avant d'accepter d'agir comme médiateur, l'avocat doit évaluer ses compétences dans ce domaine et cerner le rôle à jouer dans une situation donnée. Il sait fort bien qu'il est très difficile de passer de la logique systématique au raisonnement spontané et vice versa, ces deux procédés étant différents, parfois même contradictoires. De plus, chaque personne privilégie naturellement une technique plutôt que l'autre.

La médiation

Le bon médiateur doit pouvoir diriger un débat informel de façon ordonnée et en prévoir le dénouement. Il fait preuve de créativité; il a le don de mettre dans le coup les personnes qui font appel à lui, de les responsabiliser, de faire appel à leur liberté afin qu'elles trouvent elles-mêmes une solution à leurs problèmes. Il doit inspirer confiance, faciliter la communication, influencer les comportements négatifs, assouplir les positions extrêmes, faire preuve d'empathie envers les parties et proposer des solutions innovatrices.

Il faut aussi porter une attention particulière à la capacité d'écoute du médiateur. Son rôle est diversifié. Ainsi, il peut susciter chez les parties une ouverture d'esprit face à la résolution du problème, aider les parties à établir des liens, proposer des règles de communication visant à augmenter l'efficacité des échanges et à contrôler les attaques personnelles, mettre l'accent sur la souplesse, encourager les parties à écouter, chercher les besoins et les intérêts sous-jacents, mettre l'accent sur les intérêts communs et garder actives les négociations. En fin de compte, le médiateur aide à trouver des solutions satisfaisantes pour toutes les parties.

Principes de base : positions ou intérêts

Dans une situation de conflit, on peut négocier en partant de positions opposées qui sont le résultat des réflexions basées sur l'information et l'expérience qu'ont les parties de la situation. La négociation se fait dans un rituel de va-et-vient pour rechercher des compromis entre deux extrêmes définis par ce que veut chacune des parties.

Comment faire pour aller au-delà des positions pour constater qu'elles révèlent, parfois bien maladroitement, les intérêts véritables des parties? Comment négocier en partant des intérêts qui se définissent par les désirs, les craintes, les préoccupations, les espoirs et les aspirations des parties? Il faut évaluer les positions pour déterminer quels sont les intérêts sous-jacents. Il faut souvent poser la question clé « Pourquoi? ». Pourquoi une partie veut-elle ceci ou cela?

Voici un exemple simple mais révélateur de cette approche.

Voici la très édifiante querelle de deux clients d'une bibliothèque. L'un voulait que la fenêtre soit ouverte et l'autre fermée. Ils se chamaillaient sans cesse pour savoir s'ils allaient la laisser ouverte... un petit peu? à moitié? aux trois quarts? Rien ne pouvait satisfaire l'un et l'autre à la fois.

La médiation

C'est alors qu'arriva la bibliothécaire. Elle demanda à l'un : « Pourquoi voulez-vous la fenêtre ouverte? – Pour avoir de l'air frais! »; puis se tournant vers l'autre : « Et vous, pourquoi voulez-vous qu'elle reste fermée? – Pour éviter le courant d'air! ». Après une minute de réflexion, elle alla ouvrir la fenêtre... de la pièce d'à côté, donnant ainsi de l'air frais, en évitant le courant d'air.²

On voit que ce ne sont pas des divergences de positions qui caractérisent vraiment cette mésentente, mais bien des intérêts et des besoins différents. Lorsqu'on a établi la distinction entre les positions et les intérêts, il devient plus facile de trouver des solutions qui vont satisfaire les deux parties. Cette approche fondée sur les intérêts se base sur une conception où l'on imagine la relation entre les intérêts, les droits et les pouvoirs dans trois cercles concentriques : le cercle intérieur représente les intérêts, le deuxième représente les droits et le cercle extérieur représente les pouvoirs.³ Bien que l'on tienne compte des trois éléments, l'on attache une importance particulière aux intérêts qui se situent au centre de l'approche.

Conclusion

En médiation, peut-être plus que dans n'importe quel autre processus de résolution des conflits, la qualité du processus dépend largement de la qualité du praticien. Le caractère non officiel de la médiation peut aussi être jugé comme une possibilité de faiblesse. L'absence de structures procédurales ou de règles normatives présente un danger : les praticiens non scrupuleux ou non rigoureux peuvent causer du tort aux parties. C'est pourquoi il faut examiner de près les compétences et la formation du médiateur et les normes de la pratique de cet art qu'est la médiation.

² Roger Fisher et William Ury avec Bruce Patton, *Comment réussir une négociation*, Éditions du Seuil, Paris, 1993, à la p. 71.

³ William L. Ury, Jeanne M. Brett et Stephen B. Goldberg, *Getting Disputes Resolved*, Jossey-Bass, San Francisco, 1988, à la p. 9.

La médiation

POINT DE LANGUE

MARC L'acronyme MARC compte plusieurs expressions équivalentes : mode substitutif de règlement des conflits, mode substitutif de règlement des différends, mécanisme extrajudiciaire de règlement des conflits, mécanisme extrajudiciaire de règlement des différends, mode extrajudiciaire de règlement des conflits, mode extrajudiciaire de règlement des différends, mécanisme non conventionnel de règlement des différends. Chose étonnante, l'acronyme est accepté en français, alors que l'emploi d'un mot dont l'initiale fait partie du sigle (**M**ode **A**lternatif de **R**èglement des **C**onflits) est critiqué. En effet, l'emploi de l'adjectif « alternatif » dans le sens « qui constitue une solution de remplacement » est considéré un anglicisme et son emploi est critiqué par le dictionnaire Robert et le Colpron.

L'équivalent anglais de MARC, le sigle ADRM, rend les expressions *alternative dispute resolution mechanism* ou bien *alternative dispute resolution method* ou encore *alternate dispute resolution method*.

Et qui n'a pas entendu à un moment ou l'autre le sigle anglais *ADR* (*alternative dispute resolution* ou *alternate dispute resolution*) rendu en français par règlement extrajudiciaire des conflits (REJC) ou règlement extrajudiciaire des différends (RED)?

Dispute Débat vif, discussion serrée, controverse, chicane et même querelle.

(argument, quarrel, debate)

C'est donc dire que le terme anglais *dispute* ne se rend pas nécessairement en français par « dispute ». On utilisera plutôt conflit, différend et litige selon le contexte.

Il faut éviter d'employer le mot « dispute » pour exprimer l'idée de différend ou de conflit. Ainsi on ne doit pas dire : Nous espérons que les négociateurs régleront la dispute. On dira plutôt : Nous espérons que les négociateurs régleront le différend.

La médiation

Apaiser, envenimer, faire naître, ranimer, semer la dispute;
mettre fin, s'exposer, tourner **à** la dispute;

avoir l'avantage, intervenir, s'interposer **dans** une dispute;
être l'objet, sortir victorieux d'une dispute.

Une dispute éclate, se rallume, s'élève, se transforme en bagarre.

Différend

Désaccord, conflit survenu entre des personnes sur une question ou à propos d'une affaire. Contrairement au terme dispute, le terme différend est juridique. Le différend peut donner matière à une action en justice et est susceptible de dégénérer en procès, sans être encore un véritable litige. C'est une contestation dont le juge ou l'arbitre n'est pas encore saisi. Quand le juge ou l'arbitre s'en saisit, le différend n'a plus la même désignation : on l'appelle une affaire, une cause, un litige, un procès.

(case, controversy, disagreement, dispute, issue, litigation, proceeding, proceedings)

Ne pas confondre le substantif différend avec l'adjectif différent, qui présente une différence avec une autre personne ou une autre chose.

Ajuster un différend, le régler, le résoudre, le trancher;
apaiser un différend, l'aplanir, l'arranger, l'assouplir, le calmer;
amener un différend;
arbitrer un différend, le juger;
avoir un différend avec quelqu'un sur une question;
chercher une solution à un différend, le prévenir;
éliminer un différend, le vider;
engendrer, faire naître, provoquer, soulever, susciter un différend.

Intervenir **dans** un différend;
s'accorder, transiger **sur** un différend;
être **en** différend.

Un différend existe, règne, se creuse, s'envenime, s'éternise.

La médiation

NOTA : Plusieurs outils électroniques et ouvrages ont servi d'inspiration au point de langue. Citons entre autres : **Le Petit Robert - CD-ROM; Collins; Termium Plus** et ses outils d'aide à la rédaction; **TransSearch**; Marie-Éva de Villiers, **Multidictionnaire de la langue française**, 4^e éd., Montréal, Éditions Québec Amérique, 2003; Constance Forest et Denise Boudreau, **Le Colpron, Le dictionnaire des anglicismes**, 4^e éd., Groupe Beauchemin, 1998 ; Jean-Claude Gémar et Vo Ho-Thuy, **Difficultés du langage du droit au Canada**, 2^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1997.

Institut Joseph-Dubuc, capsules juridiques, 2004-2005