

LA MÉDIATION, UNE APPROCHE « INTERNORMATIVE » DES DIFFÉRENDS ?

Analyse comparative des approches de G. A. Legault et de R. A. Macdonald

Louise Lalonde

Volume 33, numéro 1-2, 2002–2003

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1107611ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12299>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Lalonde, L. (2002). LA MÉDIATION, UNE APPROCHE « INTERNORMATIVE » DES DIFFÉRENDS ? Analyse comparative des approches de G. A. Legault et de R. A. Macdonald. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 33(1-2), 97–131.
<https://doi.org/10.17118/11143/12299>

LA MÉDIATION, UNE APPROCHE «INTERNORMATIVE» DES DIFFÉRENDS?^d

Analyse comparative des approches de
G. A. Legault et de R. A. Macdonald

par Louise LALONDE**

SOMMAIRE

| | |
|---|-----|
| Introduction | 99 |
| Partie I – «Le pluralisme juridique radical» de R. A. Macdonald et «la délibération éthique» de G. A. Legault : esquisse d’une analyse comparative | 103 |
| I.1 – Des lieux de convergence entre le «pluralisme juridique radical» et la «délibération éthique» | 104 |
| I.2 – Une lecture qualificative de l’internormativité dans la médiation : les notions de «conflit» et de «contexte» | 114 |
| Partie II – L’internormativité dans les pratiques : perceptions issues du terrain | 117 |
| II.1 – La médiation : une pratique «alternative»? | 119 |
| II.2 – Des perceptions de l’internormativité | 125 |
| Conclusion | 129 |

*. Cet article s’inscrit dans le cadre des travaux de recherche dirigés par le professeur Georges A. Legault et financés pour l’année 2000-2001 par le CRSH en collaboration avec la Commission du droit du Canada. L’équipe de recherche est formée des professeurs Georges A. Legault, Louise Lalonde et Louis Marquis de l’Université de Sherbrooke ainsi que des assistants de recherche J.-F. Roberge et P. Camirand.

**.. Professeure et directrice des programmes de 2^e cycle de prévention et règlement des différends à la Faculté de droit de l’Université de Sherbrooke.

Introduction¹

La médiation offre au règlement des conflits, quelle que soit leur nature, à la fois un lieu et un processus différents de ceux de la justice traditionnelle. Par ailleurs, en certains domaines, la médiation prétend aussi s'inscrire dans une finalité distincte de celle du judiciaire. Ainsi, le processus de la médiation, quel que soit le type de différends qu'il appréhende, entrevoit une solution négociée, parfois même construite, et nécessairement non imposée par une quelconque instance décisionnelle². Le lieu est celui de l'informel. Il privilégie la rencontre et la communication entre les parties hors du cadre plus strict du judiciaire, mais aussi hors de certaines des garanties procédurales inhérentes à la justice traditionnelle rendue par les tribunaux³.

Or, les lieux d'intervention des modes de prévention et de règlement des différends («modes de PRD») dont la médiation, de même que les processus par essence coopératifs qui les portent, offrent-ils un mode de gestion des différends véritablement «autre» que celui du judiciaire? Ces modes de PRD se posent-ils comme une réelle option, une «alternative»⁴, ou alors sont-ils intégrés au

-
1. G.A. Legault, L. Lalonde et L. Marquis, *Les modes non judiciaires de règlement des différends : nouveau rôle professionnel pour une meilleure justice?*, Rapport de recherche remis à la Commission du droit du Canada, 2001. Ce rapport reprenait les hypothèses interprétatives développées par l'équipe de recherche du point de vue du rapport des diverses pratiques de médiation à la normativité. Quant au présent article, il s'inscrit dans les dialogues souhaités issus de ce colloque et constitue une réflexion qui ouvre à la construction d'une éventuelle définition de l'internormativité en contexte de médiation.
 2. Cette question des paramètres de la «construction» du consensus en regard des normativités est au centre de cette brève contribution et de nos travaux de recherche en cours.
 3. Nombre de critiques adressées aux modes non judiciaires soulèvent cette perte des acquis de la justice formelle. Voir notamment l'article de D. Mockle et F. Houle qui pose cet enjeu de la perte de l'équité procédurale que suppose le recours aux modes de PRD en droit fédéral. F. Houle et D. Mockle, «Conciliation des litiges et formes alternatives de régulation en droit administratif fédéral» (1998) 36 Osgoode Hall L. J. 703.
 4. Bien que ce terme soit un anglicisme, nous y référons compte tenu de son usage tant dans la littérature que dans certains domaines de la pratique. De plus, c'est en rapport à ce concept «d'alternativité» que nous construirons la perception de ces modes en corollaire avec le judiciaire dans le discours des praticiens.

système traditionnel dans sa finalité et ainsi, simplement partie d'un *continuum*⁵ qui présente des solutions aux conflits allant du «*soft au hard*»⁶?

Par ailleurs, une solution non imposée par une instance décisionnelle est-elle nécessairement non dictée par la normativité juridique, fait-elle appel à d'autres normativités que la normativité juridique? Le processus de la médiation peut très certainement n'être, bien que promouvant la voie négociée, qu'un mode intégré, sinon assimilé, à la justice traditionnelle. En cela, il ne porte alors aucune transformation de la gestion des différends en termes de finalité, de type de justice rendue par le processus, et il ne rendrait ainsi que la «justice du droit» dans sa vision traditionnelle⁷.

Cette brève contribution a pour objectif principal de simplement envisager, à la lumière des perspectives théoriques offertes par deux de nos auteurs issus de disciplines différentes, une ou des conditions qui permettraient d'entrevoir le «potentiel» de transformation de la justice par les modes de PRD, au-delà des lieux et des processus.

Préalablement, nous formulons deux propositions explicatives de l'intérêt à effectuer une brève analyse comparative des perspectives théoriques de ces auteurs. La première postule qu'une transformation de la justice, d'un point de vue théorique, est directement reliée au degré d'«alternativité» que les

-
5. Cette question des enjeux d'une vision de continuum dans les modes de PRD est spécifiquement traitée par l'auteure dans un autre article : L. Lalonde, «Médiation et droit : opposition, intégration ou transformation? - Le continuum dans la pratique civile et commerciale de la médiation», *Développements récents en médiation*, Montréal, Yvon Blais, 2001 aux pp. 73-90:
 6. Cette problématique des rapports au judiciaire constitue le premier jalon de l'analyse de leur «potentiel transformateur de la justice» qui ne pourra se révéler qu'à la suite d'une analyse approfondie de leur inscription sociale et de la place effective, pour ne pas dire «contextuée», qu'ils occupent dans la gestion des conflits. Cette réflexion n'est pas l'objet de cette communication mais elle interroge sur l'existence «d'un potentiel transformateur» issu des discours sans lequel une quelconque transformation de la justice ne pourrait se concevoir, même théoriquement.
 7. Le professeur G.A. Legault réfère alors à un simple retour à la forme contractuelle comme source première du droit. G.A. Legault, *Les modes de règlement des différends : vers une autre «justice»?», Sherbrooke, GGC Éditions/Université de Sherbrooke, Collection Essais et Conférences, 2001 à la p. 13 et s.*

processus de gestion des différends peuvent entretenir avec le système traditionnel. La seconde proposition soutient que ce «potentiel transformateur» de la justice par les modes non judiciaires ne peut se concevoir autrement que par l'appréhension des diverses normativités régulatrices du conflit, donc de l'internormativité qui est inhérente à tout conflit. Cette internormativité n'est pas ou peu appréhendée par le système traditionnel de justice. De fait, le système traditionnel «règle» les conflits en les transformant en «litiges», ils sont alors traduits à la lumière de la seule normativité juridique⁸.

Cette dernière proposition s'inspire de pistes réflexions livrées par la Commission du droit du Canada qui suggère que notre vision du conflit est indissociable de notre vision de la justice⁹. Or, les composantes normatives du conflit semblent pouvoir dresser des paramètres extrêmement révélateurs du «potentiel transformateur» de la justice par les modes de PRD. De fait, il découle de nos conclusions de recherche que le conflit perçu en termes de «conflit de droits» ne porte aucune «autre» finalité au processus et offre, tout au plus, une solution de droit négocié.

Dans le cadre de cette communication, afin de démontrer le rôle joué par les normativités constitutives du conflit dans le «potentiel transformateur» de la justice par les modes de PRD, notre démarche se construira par le développement de deux volets principaux : d'abord, une amorce de définition de la notion d'internormativité, ensuite, une observation de son effectuation à travers diverses pratiques par le biais de données recueillies auprès des praticiens de la médiation, intervenant dans des champs conflictuels diversifiés.

Pour ce faire, d'un point de vue théorique, une analyse comparative de deux visions qualificatives du conflit et de son élargissement au regard de la

8. Telle est l'approche traditionnelle du droit. Par ailleurs, les diverses modifications de la nature de certaines normes juridiques autorisent une certaine «contextualisation» à des normativités plus élargies soit par des cadres normatifs plus flous, telle la normativité issue des chartes, ou par des notions tel «l'intérêt de l'enfant» en droit des personnes. Il n'en demeure pas moins toutefois que cette contextualisation s'effectue toujours en aval de la norme juridique posée.

9. *De la justice réparatrice à la justice transformatrice*, Canada, Commission du droit, 1999, n° JL-6/1999 aux pp. 1-45, en ligne : Commission du droit du Canada <<http://www.lcc.gc.ca/fr/forum/rj/paper.html>>.

normativité strictement juridique, qui nous sont offertes par les professeurs G. A. Legault et R. A. Macdonald, sera entreprise. Ces visions du conflit, replacées en contexte, comme mode d'appréhension de l'internormativité se construisent sur les perceptions qu'ont ces auteurs de la «crise du droit contemporain». Le conflit «contextualisé» est alors présenté par eux comme une réponse aux causes profondes de cette «crise du droit». Ce survol théorique a l'avantage de livrer des paramètres d'appréhension du conflit élargi à une pluralité de normativités en sus qu'il nous offre une grille de lecture qui permettra une certaine analyse des entrevues réalisées par l'équipe de recherche. Ainsi, en seconde partie, une lecture de la notion d'internormativité liée à la définition même du conflit géré par les processus sera esquissée, à la lumière de cette grille.

Toutefois, afin de saisir l'effectuation dans les discours de ces notions partiellement définies, un survol des diverses perceptions de l'«internormativité» qu'ont livrées les praticiens de la médiation à la suite de la recherche qualitative menée par l'équipe de recherche sera entrepris. Ainsi, les réponses données par des praticiens des secteurs civil et commercial, familial, pénal et organisationnel nous permettront de mesurer une certaine appréhension de l'internormativité sur le terrain au travers des processus et des types d'interventions pratiquées.

Préalablement, afin de suivre la même construction que celle effectuée pour l'analyse des avancés des professeurs G.A. Legault et R.A. Macdonald, nous présenterons les perceptions qu'ont les praticiens de la «crise du droit». Cette vision nous sera accessible par leur positionnement en regard de «l'alternativité» des modes de PRD. Cette perception de l'alternativité permet d'entrevoir où se situe leur pratique des PRD en rapport au judiciaire et elle livre ainsi en partie leurs réflexions sur les écarts que présentent ces pratiques, du point de vue des discours, avec le système traditionnel.

Enfin, des conclusions au regard de l'hypothèse du «potentiel» de transformation de la justice par les modes de PRD seront entrevues et des pistes de réponses relatives aux préalables à cette transformation de la justice pourront ainsi être formulées, dont celle de l'élargissement à l'internormativité de la

notion de conflit. La problématique du rapport entretenu par les modes de PRD au droit et à la justice sera ainsi reposée dans son amplitude normative¹⁰.

Partie I – «Le pluralisme juridique radical» de R. A. Macdonald¹¹ et «la délibération éthique» de G. A. Legault¹² : esquisse d'une analyse comparative¹³

Du point de vue de la recherche sur «l'internormativité», les avancées théoriques des professeurs G. A. Legault et R. A. Macdonald interpellent les modes de PRD et peuvent constituer des présupposés majeurs dans la

-
10. L'enjeu normatif des modes de PRD a été spécifiquement présenté dans son amplitude, hors du cadre de toute analyse comparative, dans un article qui sera publié dans la Revue de Prévention et règlement des différends, Carswell. L. Lalonde, «Les modes de PRD : vers une nouvelle conception de la justice? Quelques réflexions», dans *Revue de prévention et de règlement des différends?*, Montréal, Carswell, 2003 [à paraître en 2003].
 11. Notre réflexion sur le «pluralisme radical» du professeur Macdonald est essentiellement inspirée de la communication qu'il a livrée lors du colloque atelier portant sur les transformations de la théorie de la norme tenu en mai 2001 à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et de la contribution écrite qu'il a aimablement offerte au regard de cette communication. R. A. Macdonald, «Normativité, pluralisme et sociétés démocratiques avancées : l'hypothèse du pluralisme pour penser le droit» (ACFAS), Sherbrooke, 17 mai 2001 [publiée dans le présent numéro]. Les communications des professeurs Legault et Macdonald lors de ce colloque ont levé le voile sur un certain éclairage théorique de la notion «d'internormativité» qu'il apparaît fondamental de livrer, du moins pour la lecture qui nous est venue.
 12. La réflexion sur l'approche théorique du professeur Legault se situe à partir de la communication qu'il a livrée dans le cadre de l'ACFAS 2001, puis de ses articles intitulés «*La médiation et l'éthique appliquée face au droit*» et G. A. Legault, *Les modes de règlement des différends : vers une autre «justice»?*, Sherbrooke, GGC Éditions/Université de Sherbrooke, Collection Essais et Conférences, 2001.
 13. L'interdisciplinarité est bien souvent vertueusement promue par la littérature savante ainsi que dans les colloques du même acabit. Elle semble le nouveau paradigme de la recherche et des avancées théoriques les plus prometteuses, tout particulièrement au regard des modes non judiciaires, qui sont intrinsèquement pressentis comme des phénomènes d'interdisciplinarité dans leur processus, leurs lieux de pratique et les types de différends qu'ils gèrent. Par ailleurs, cette interdisciplinarité se traduit trop souvent par un dialogue de sourds où seule la brochette des acteurs de la tribune dresse une quelconque interdisciplinarité, mais où les échanges théoriques s'empilent sans jamais véritablement interagir. Ainsi, «l'objectif contextuel» de cette contribution est de tenter de favoriser, ou peut-être de provoquer, ce dialogue souhaité afin qu'il puisse être «construit» par ses artisans et que les interrogations reçoivent réponses sans que l'on doive les imaginer.

compréhension de leurs apports à une transformation du droit. Du moins, l'hypothèse en est-elle jetée.

L'objectif de cette première partie est donc de circonscrire les positions de G. A. Legault et de R. A. Macdonald au regard de la «crise du droit» puis d'en saisir les conséquences sur l'«internormativité» que recèlent les conflits. Ce faisant, des paramètres de l'appréhension de l'«internormativité» pourront être dressés par une redéfinition de la notion de «conflit» et de «contexte».

Pour ce faire, nous analyserons essentiellement deux des communications des professeurs G. A. Legault et R. A. Macdonald présentées au colloque de l'ACFAS 2001 afin d'identifier des lieux de convergence de leur approche théorique. Ainsi, par le biais de leur terminologie propre, des passerelles seront construites entre leur interprétation du phénomène contemporain de «crise du droit» et les réponses qu'ils offrent.

Dans un second temps, des définitions du conflit et du contexte intégrant l'«internormativité» seront proposées afin d'offrir à la lecture des données empiriques un cadre de repérage de la finalité pressentie des processus en comparaison au judiciaire («alternativité» des processus) d'une part et, d'autre part, de l'appréhension de l'«internormativité» située dans la qualification du conflit contextué.

I.1 – Des lieux de convergence entre le «pluralisme juridique radical» et la «délibération éthique»

Les lieux de convergence entre les positionnements théoriques de G. A. Legault et R. A. Macdonald se présentent essentiellement à partir de trois axes principaux qui sont, particulièrement au regard de la «crise du droit», passablement partagés par la littérature contemporaine dominante. D'abord, nous effectuerons une lecture de cette crise contemporaine du droit puis des solutions proposées en termes de réponses à cette crise. Bien sûr, la vision de synthèse et d'arrimage livrée dans cette contribution est non exhaustive par rapport à l'ampleur des avancées théoriques de G. A. Legault et R. A. Macdonald et de toutes les nuances de ces avancés, mais elle souhaite

traduire la vision commune qui ressort de leurs travaux laquelle permet de poser quelques jalons à la définition de l'«internormativité» dans la médiation.

La «crise du droit»

L'hypothèse, ou, pour plusieurs, le constat de la «crise du droit», est devenue dans la littérature un sujet presque commun sinon populiste, presque trop présent pour que soit encore entendus la notion de «crise» et son caractère qui ne peut être perpétuel sous peine d'être dénaturé¹⁴. Bien que divers phénomènes contemporains puissent être associés à cet état de «crise du droit»¹⁵, certains sont «moins récents» et semblent effectivement rendre perpétuelle cette notion de «crise», que l'on devra très certainement renommer si elle perdure.

Sur ces causes plus fondamentales, mais aussi plus anciennes de la «crise du droit», G. A. Legault et R. A. Macdonald semblent développer une réflexion de laquelle des similitudes se dégagent distinctement.

D'abord, la conception traditionnelle du droit est en cause, celle héritée de «l'idéologie de la modernité». Par ailleurs, le fondement de la remise en cause de cette conception du droit issue de «l'idéologie de la modernité» laisse entrevoir un lieu de complémentarité dans la lecture de ces auteurs, sinon un accord déductible de leur positionnement.

Selon R. A. Macdonald, cette «idéologie de la modernité», issue «des trois grandes révolutions des XVII^e et XVIII^e siècles», est à l'origine d'une conception du droit dont les trois postulats fondamentaux sont un droit étatique, moniste et positif¹⁶. Ce sont ces postulats qui, en raison de l'hétérogénéité des

14. Voir notamment le classique de F. Ost sur les transformations du droit. F. Ost, «Le rôle du droit : de la vérité révélée à la réalité négociée» dans G. Timsit, A. Claisse et N. Belloubet-Frier, dir., *Les administrations qui changent : Innovations techniques ou nouvelles logiques?*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996 aux pp. 73-84.

15. Voir notamment les hypothèses interprétatives de J. Habermas et de J. Cappelletti. J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997 à la p. 467 et s.; J. Cappelletti, «Accès à la justice : comme programme de réforme et comme méthode de pensée» (1982) 2 Windsor Y.B. Access Just. 193.

16. Macdonald, *supra* note 11.

États occidentaux et de l'accroissement de l'intervention de l'État par l'émergence de l'État providence, sont remis en cause, et ce faisant, la conception fondatrice du droit «moderne». Essentiellement, ces idéologies ne sont «plus soutenables aujourd'hui comme hypothèses pour penser le droit dans les sociétés multiculturelles» (non homogènes). Quant à G.A. Legault, nous verrons qu'il semble opiner qu'elles ne l'ont jamais été depuis la scission entre le droit et la morale.

De fait, la thèse du droit étatique et du monisme juridique présuppose la reconnaissance d'un seul ordre juridique légitime. Cette conception sociétaire¹⁷ du droit prend racine dans l'ordonnement de la démocratie postrévolutionnaire donnant à la volonté de l'Homme, légitimement représenté par l'État de droit, l'exclusivité de l'énonciation et de l'application de la norme juridique en deçà et au-delà de quelque transcendance ou même immanence de cet ordre juridique systémique et posé.

Ainsi, pour R. A. Macdonald, le caractère insoutenable de cette vision «traditionnelle» du droit semble essentiellement consécutif du multiculturalisme de nos sociétés occidentales : «la problématique fondamentale du droit contemporain a trait à la conciliation des divers ordres juridiques reconnus et créés par les citoyens et citoyennes.» Dans cet énoncé, nombre de présupposés révélateurs de la position fondamentale de R. A. Macdonald peuvent être relevés. D'abord, il y a contestation de la conception d'un seul ordre juridique comme lieu d'énonciation du droit et, *a fortiori*, de l'État comme seul énonciateur du droit. Deuxièmement, R. A. Macdonald annonce que les citoyens et les citoyennes peuvent non seulement légitimer la norme juridique, mais qu'ils peuvent en être les énonciateurs. Troisièmement, il précise que l'enjeu sera alors celui de la «conciliation» de ces divers ordres juridiques non étatiques, par ailleurs reconnus, et donc légitimés par les citoyens.

Or, cet enjeu de la conciliation des ordres juridiques ne peut être autre que l'enjeu de l'application de cette normativité plurielle puisque la conciliation

17. A.-J. Arnaud, dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., s.v. «positivisme».

de la norme se matérialise en son lieu d'application; hors contexte, pas de jeu de conciliation des normes¹⁸.

La notion de «pluralisme juridique» est donc posée en corollaire à cette multiplicité des ordres juridiques comme un fait ou, plus précisément, comme une construction sociale, d'une matrice sociologique.

Essentiellement, R. A. Macdonald pose son diagnostic des causes de la «crise du droit» par le biais des «insuffisances» issues des caractéristiques fondamentales du droit traditionnel, un droit posé, étatique et moniste, dont la spécificité d'application dans l'hétérogénéité de nos sociétés modernes ne permet plus l'adéquation à cette énonciation ainsi caractérisée.

Par rapport à cette question de l'insuffisance du droit moniste, étatique et posé à réguler les rapports sociaux, G. A. Legault semble plutôt contester cette vision du droit qui, même au travers de la reconnaissance d'un quelconque pluralisme juridique, serait l'ordre normatif unique, ou, encore privilégié, de régulation sociale. De fait, G. A. Legault semble critiquer cet attribut monolithique du droit comme mode de régulation sociale, et le pluralisme normatif qu'il reconnaît en est la cause. Le droit est un mode de régulation parmi un ensemble de normativités, et cette emprise du droit ne reflète aucunement la réalité des rapports sociaux qui sont issus d'un ensemble d'autres normativités. Ce faisant, toute prétention du droit à les intégrer, comme dans son instrumentalisation issue de l'État providence, est inmanquablement vouée à l'échec parce que l'énonciation de la norme, distincte de son application, ne peut correspondre à la réalité de l'évolution et de la diversité des normativités non juridiques en force dans nos sociétés, et dans toute société, semble-t-il. À cet égard, G. A. Legault se distingue de R. A. Macdonald puisque ce n'est pas un phénomène contemporain de multiculturalisme qui est à l'origine de «l'insuffisance du droit», mais plutôt un courant «d'expansion» du droit à

18. Sinon, peut-être, une contextualisation dans l'énonciation qui rejoindrait peut-être l'hypothèse de la procéduralisation contextuelle de Jacques Lenoble sur le plan de la reformulation de la théorie de la norme en droit. Voir J. Lenoble, «La théorie de la loi et l'hypothèse de la procéduralisation contextuelle», (ACFAS), Sherbrooke, 16 mai 2001 [publié dans le présent numéro].

vouloir gérer et intégrer toutes les normativités sociales par essence non juridiques.

Par ailleurs, la passerelle avec l'approche de G. A. Legault concernant la «crise du droit» se construit très certainement autour de cette problématique de l'application de la norme juridique et de la conciliation des diverses normativités. De fait, les dysfonctions causales de la «crise du droit» ne semblent pas, pour G. A. Legault, uniquement liées aux caractéristiques du droit issu de «l'idéologie de la modernité» mais, plus fondamentalement, aux causes des choix caractériels qui ont fondé le discours de la modernité en regard du droit. En cela, la lecture de G. A. Legault relève plus de la philosophie du droit que de la sociologie comme celle de R. A. Macdonald. Ce dernier relève l'inefficience de la norme juridique alors que G. A. Legault, qui conclura aussi à son inefficience dans l'application, soutient un discours plus fondamental.

Essentiellement, G. A. Legault postule que le droit serait en crise de son absence de transcendance conséquente de la séparation historique et provoquée (quasi artificiellement peut-être) entre le droit et la morale. La question fondamentale de la légitimité du droit semble alors reposer sur le questionnement, difficilement résolu sans une transcendance de la normativité juridique, du «pourquoi obéir au droit?». De ce point de vue, philosophiquement entrevu, la scission entre «droit et morale», en n'autorisant plus une réponse métaphysique ou transcendante matérialisant la notion de «devoir» à l'obéissance au droit, sous-tend nécessairement une remise en cause perpétuelle de la légitimité du droit.

Ainsi, ses références au discours de Criton¹⁹ posent cette problématique issue de la notion de «devoir». En l'absence d'adhésion du sujet à la notion de devoir comme conséquence de la croyance ou de la reconnaissance *a priori* de l'autorité de la loi, de l'autorité de l'énonciation par celle de l'énonciateur, la légitimité de l'obligation est perpétuellement remise en cause. Ainsi apparaît alors la faille fondamentale du droit moderne. La perte de la suffisance de l'énonciation comme lieu de légitimité et la nécessité de sa contextualisation

19. G. A. Legault, «La médiation et l'éthique appliquée face au droit» (ACFAS), Sherbrooke, 16 mai 2001 [publié dans le présent numéro].

dans l'application emportent ce clivage fondamental du droit moderne entre l'«énonciation» et l'«application» de la norme. Il en résulte alors la perte de la notion d'obligatorité «hors de tout contexte d'application». Le devoir assurait la légitimité de la norme par sa seule énonciation et offrait la réponse au pourquoi de l'obéissance au droit. C'est, ainsi imagé, la perte de la «foi en le droit» qui appelle sa perpétuelle justification dans son application et, la recherche constante de sa légitimité. La raison a supplanté le devoir et remis en cause l'exercice du pouvoir qui devra se justifier dans le «vivre ensemble».

À cette remise en cause perpétuelle issue de la rationalité même de la pensée moderne, G. A. Legault juxtapose des facteurs contemporains de transformation du droit qui en accentuent la crise. Ainsi, il rejoint dans ces causes contemporaines le diagnostic de R. A Macdonald sur les divers pluralismes, dont le multiculturalisme. Le droit, conçu selon l'idéologie de la modernité, semble, pour G. A. Legault, porteur dans sa rationalité même de sa crise. Mais les usages du droit et son instrumentalisation consécutive de l'État providence ont largement contribué à l'accentuation de la crise et, en cela, il rejoint J. Lenoble et J. Habermas²⁰; essentiellement, le droit est en crise de la légitimité de son autorité, puis en crise de son application et de sa reconnaissance.

Par ailleurs, G. A. Legault, bien que constatant cette perte de la légitimité même du droit, ne préconise d'aucune façon un quelconque retour à un «universel transcendant», mais, bien au contraire, fonde toute son approche sur la recherche d'un processus de construction de cette légitimité qui ne peut que résulter du consensus construit par les processus qu'offrent l'éthique appliquée et l'approche délibérative qu'il a développée. Nous reviendrons au processus, mais il paraissait nécessaire de préciser que les travaux de G. A. Legault ne s'inscrivent aucunement dans la recherche d'une quelconque transcendance perdue, de la foi créatrice du devoir ou d'un universel rassurant. Ses approches se meuvent dans le contexte évolutif du «vivre ensemble» et dans la seule assurance sinon, la seule assurance des processus qui construisent le consensus.

20. Habermas, *supra* note 15 à la p. 467.

Dans cette perspective des processus d'application, G.A. Legault pose donc que les limites du droit sont celles de son application et, plus spécifiquement, de son application par le judiciaire. Il ne se fait le promoteur d'aucune nouvelle théorie de la norme juridique, plus englobante ou plus contextualisée, bien au contraire.

Ainsi, au regard de la «crise du droit», G. A. Legault et R. A. Macdonald posent le constat d'une problématique du droit liée à sa difficile traduction dans l'application. Le droit, pour tous deux, est «déraciné de la vie des lois²¹», hors «des multiples ordres juridiques autonomes et concurrentiels²²» qui pavent et structurent nos vies quotidiennes. En cela, le problème n'est pas nouveau, il semble simplement vivifié par les divers pluralismes qui façonnent nos sociétés hétérogènes. Déjà, au début du siècle, Ehrlich²³ posait ce constat des difficultés et de la nécessité du «droit vivant». Divers courants, tant en philosophie qu'en sociologie du droit, ont depuis lors tenté de réduire cet écart entre l'énonciation et l'application de la norme. Pour G.A. Legault, le nœud se trouve bien dans cette scission des notions. Pour R. A. Macdonald, le nœud est aussi dans l'application, mais il semble inhérent au monisme juridique.

Par ailleurs, ils semblent se rejoindre autour du thème de la «conciliation», nécessairement dans l'application, d'un «choix normatif»²⁴ inhérent aux conflits, au «vivre ensemble» ou d'un «ordonnement du pluralisme»²⁵ que nous qualifierons de normatif, bien que R. A. Macdonald le nomme juridique. Leurs réponses seront «internormatives» et contextualisées, mais toujours situées dans l'application et non dans une remise en cause de l'énonciation et, en cela, leurs approches convergent fondamentalement.

Des réponses à la crise du droit

Le pluralisme normatif inhérent à la vie en société, de tous temps et plus encore aujourd'hui, nécessite une réponse qui permette de gérer cette réalité

-
21. Legault, *supra* note 19.
 22. Macdonald, *supra* note 11.
 23. E. Ehrlich, *Fondation de la sociologie du droit*.
 24. Legault, *supra* note 19.
 25. Macdonald, *supra* note 11.

normative. Cette réponse se formule sur le plan de l'appréhension de ces normativités, placées en conjonction, qui préfigurent ainsi à l'internormativité.

La réponse est unanime, mais les processus et la qualification de leurs composantes seront diversifiés. Il s'agit donc d'offrir une approche théorique qui permette de «concilier les conflits normatifs»²⁶ ou d'effectuer un «choix normatif»²⁷.

La question centrale posée par les racines philosophiques profondes de la crise du droit à laquelle réfère G. A. Legault, soit celle de l'obéissance au droit, semble trouver dans la théorie, ou plutôt dans le processus de la «délibération éthique» qu'il propose, une réponse née d'un paradoxe : ne pas obéir, mais construire l'obéissance, actualisée et contextualisée. De fait, le professeur Legault me permettra de formuler ainsi cette réponse : ne plus obéir au droit comme à toute norme, du seul fait de son énonciation, mais en permettre l'actualisation dans le contexte et, ainsi, en construire l'assentiment collectif par la délibération. La légitimité des normativités est donc à construire, à reconstruire dans le contexte d'une délibération ou d'une médiation. La médiation apparaît alors comme «un lieu de détermination du contexte»²⁸, et le contexte s'entrevoit dans l'élargissement du conflit et dans sa qualification.

Bien que R. A. Macdonald ne pose pas la réponse aussi fondamentalement en termes de légitimité, il la pose en termes d'effectivité de la norme juridique et postule que la légitimité du droit est essentiellement issue non pas de son énonciation formelle, mais de son énonciation par le sujet de droit lui-même, énonciation qui frôle ainsi l'application. Ainsi, les notions de «contexte» et de «consensus» sont sollicitées par R. A. Macdonald afin d'offrir le lieu de cette légitimation, de l'ordonnement du pluralisme juridique.

Il semble possible d'ainsi circonscrire les positions de R. A. Macdonald et G. A. Legault : pour Macdonald, une construction du droit par le consensus et le contexte qui se meuvent dans l'appréhension du conflit et, pour Legault,

26. *Ibid.*

27. Legault, *supra* note 19.

28. *Ibid.*

une construction du «vivre ensemble» par un mode consensuel et contextualisé qui élargit le conflit.

Ainsi, en ce qui nous concerne, le point de convergence majeur des thèses en présence est très certainement celui de la reconnaissance d'un pluralisme normatif et d'une interaction souhaitée entre ces normativités plurielles, que nous définirions comme une reconnaissance de la nécessaire internormativité au regard de la légitimité du droit pour Macdonald, et au regard de la légitimité du consensus ou de la normativité construite pour Legault.

Cette convergence autour de la reconnaissance de l'internormativité suscite des révélations majeures au regard de la notion même de conflit et de la gestion des conflits. G. A. Legault et R. A. Macdonald construisent le pont entre l'internormativité et le conflit en posant l'internormativité comme inhérente à tous les conflits et comme devant nécessairement être conjuguée par le processus de gestion du conflit.

Spécifiquement, pour G. A. Legault, le système normatif largement défini tant par des valeurs et des normes que par des besoins, et constituant le pluralisme normatif, doit être révélé par le processus dialogique et ainsi permettre l'adhésion à l'ordre normatif consenti, au-delà de l'obligatorité de l'énonciation normative ou de sa provenance.

Pour R. A. Macdonald, c'est essentiellement l'internormativité juridique qu'il entrevoit et nomme, mais cette dernière, outre sa terminologie de «juridique», semble rejoindre l'étendue de l'internormativité de G. A. Legault en ce qu'il la présente comme «une manière distinctive d'imaginer le soi – un processus de création et de maintien du soi». Les ordres juridiques qui habitent le sujet sont à la fois diversifiés et variables en fonction du contexte dans lequel le choix normatif sera effectué. Ainsi, les divers rôles et fonctions sociales du sujet présentent leur éventail de choix normatifs et concernent des normes qui

pourraient être qualifiées de sociales, culturelles, générationnelles, administratives, etc.²⁹

De ce point de vue, hormis la qualification de «juridique» accolée au pluralisme par R. A. Macdonald, il apparaît que l'éventail ou l'assiette normative définis par l'un et l'autre sont, dans les faits, aussi larges.

Or, cette différence terminologique entre G. A. Legault et R. A. Macdonald quant au pluralisme, que le premier nomme «normatif» et le second, «juridique», ne semble pas révéler de divergences irréconciliables dans les contenus des diverses normativités qui composent ce pluralisme.

De fait, que cette différence terminologique origine de l'élargissement que paraît effectuer R. A. Macdonald de la notion de «norme juridique» afin d'y assimiler toutes les normativités en cours dans les rapports sociaux, alors que G. A. Legault maintient la définition de la norme juridique entrevue d'un point de vue de la définition traditionnelle du droit, c'est-à-dire de la norme étatique, moniste et posée, que l'on nomme la norme juridique.

G. A. Legault n'offre pas une nouvelle théorie du droit plus englobante du phénomène, mais, bien au contraire, maintient les définitions de la norme juridique et ouvre à l'appréhension des «autres normativités», le juridique ne couvrant pas, et ne devant pas couvrir, tous les champs de la normativité. R. A. Macdonald semble, quant à lui, tendre à nommer «droit» ou «normativité juridique» l'ensemble des normativités qui ont cours dans le monde social. Il nous semble que ce soit à ce niveau de la perception du lieu d'expression du phénomène du droit que la terminologie et, fort probablement, les idéologies divergent.

Par ailleurs, compte tenu des normativités contenues dans l'une et l'autre des définitions du pluralisme, qu'il soit normatif ou juridique, en ce qui nous concerne, le débat sur le phénomène de la norme juridique, si débat il y a, importe peu ici. Notre intérêt est suffisamment sollicité par la notion

29. R. A. Macdonald réfère, par exemple, aux multiples identités d'un sujet établies en fonction du rôle social qu'il joue dans un contexte donné – clients, consommateurs, parents, professeur, etc. Voir Macdonald, *supra* note 11.

d'internormativité, de conjonction de ces normativités plurielles qui se meuvent dans la réalité et, donc, dans le conflit.

C'est au regard donc de la gestion de l'internormativité reconnue comme inhérente à l'application des normes pluralistes que se construit le tremplin vers les modes de PRD, vers la médiation.

I.2 – Une lecture qualificative de l'internormativité dans la médiation : les notions de «conflit» et de «contexte»

Quels sont donc ces paramètres de la reconnaissance de l'internormativité, du pluralisme normatif inhérent à tout conflit et dont l'appréhension est rendue nécessaire au regard des «insuffisances» de la norme juridique, telle qu'elle est traditionnellement définie, à gérer le «vivre ensemble» ou la multitude des rapports et normes auxquels les sujets prêtent vie?

À la lumière des réponses livrées et issues du pluralisme normatif, dirons-nous, quels processus seront appréhendés pour permettre cette conjonction contextualisée des normativités? À travers ces lieux «d'ordonnancement juridique» ou de «détermination du contexte», quelle place la médiation tient-elle ou quels processus doit-elle gérer afin que ces «choix normatifs» puissent être véritablement offerts à la décision des parties?

Il faut se rappeler ici que nous posons que la définition du conflit est porteuse de la transformation de la justice. Ce faisant, si ce conflit est nécessairement porteur de diverses normativités, la transformation de la justice ne peut qu'être conséquente d'une vision de conflit qui intègre cette internormativité inhérente.

G.A. Legault pose cette similitude entre la médiation et la «délibération éthique» comme processus de gestion des normativités. La délibération éthique «ouvrira sur le pluralisme des valeurs de référence et du caractère raisonnable des motifs de la décision»³⁰. Plus fondamentalement, alors que G.A. Legault soutient que «l'éthique appliquée n'est rendue possible que par le recul du

30. Legault, *supra* note 19.

concept de devoir», il prétend également que la crise du droit et l'émergence de la médiation ont aussi en commun cette crise du devoir, puisque la médiation «questionne l'obligation de la norme». Il dresse lui-même ce parallèle qui ouvre la porte à l'importation, dans le cadre de la médiation, du processus de la délibération éthique afin d'assurer une co-construction de la normativité de référence qui sera issue du processus et permettra ainsi de gérer l'internormativité du conflit sur lequel la médiation intervient.

G. A. Legault isole des composantes structurelles de la médiation dans l'optique d'en évaluer le potentiel de transformation ou le potentiel transformateur de la justice traditionnelle. Du strict point de vue de l'internormativité, nous retenons essentiellement deux de ses composantes qui dressent l'appréhension de l'internormativité : la qualification du litige et le processus de co-élaboration d'une décision collective. Ces deux éléments, qui peuvent se définir de façon différente dans la médiation et dans le domaine judiciaire, sont au cœur de la transformation même de la justice par les modes de PRD.

Essentiellement, dès que le conflit n'apparaît plus limité à la notion de litige, qui présuppose une qualification le traduisant en termes de droit, le conflit embrasse des normativités plurielles de l'ordre des valeurs, de la culture, etc. Le caractère interpersonnel de la définition du conflit, lorsqu'il remplace le caractère juridique de sa qualification, engendre automatiquement l'intégration d'un certain pluralisme normatif qui exclut le droit comme seule norme de référence. En cela, G.A. Legault et R. A. Macdonald se rejoignent, bien que Macdonald nomme ce pluralisme «les diverses identités du sujet».

Est donc ainsi posée la première assise à l'appréhension de l'internormativité et à sa reconnaissance dans le processus de la médiation : l'élargissement du litige au conflit par les rapports intersubjectifs, au-delà de sa traduction en termes de droit.

Elle se précise davantage dans la recherche de ce que G.A. Legault nomme, au-delà des théories traditionnelles de la médiation, des valeurs qui sont le lieu de reconnaissance d'un certain pluralisme normatif lorsqu'elles sont largement définies. À cet égard aussi, ce que Macdonald nomme les différentes identités du sujet relatives à son âge, son sexe, sa classe sociale et son statut,

sont aussi créatrices des valeurs que ces identités portent. Ce faisant, lorsque Legault pose que toute décision éthique se fait en deux temps, soit décider d'abord des fins puis des moyens, la référence aux valeurs doit d'abord être recherchée. Cette référence dans le processus aux valeurs ou à la norme juridique de Macdonald, largement définie, contient le germe de l'appréhension par la médiation de l'internormativité.

Ainsi, la deuxième clé de l'appréhension de l'internormativité est celle du choix de la finalité en fonction de ces normes plurielles reconnues, puis choisies. Cette clé est primordiale puisque la seule énonciation par les parties de leurs valeurs, si elles ne sont pas gérées et intégrées au processus décisionnel, n'aura pour effet que de faciliter la communication sans construire le consensus en fonction de ces valeurs. Là se trouve la différence fondamentale entre simplement nommer les normativités plurielles de référence et les intégrer au processus, entre la construction du consensus et l'approche purement communicationnelle sans construction internormative.

Ces valeurs, ainsi contextualisées et mises en lumière par le processus, peuvent ouvrir sur une finalité du règlement dont l'objet est la construction du «vivre ensemble», et non la simple négociation d'un règlement du conflit.

Essentiellement, la légitimité normative relève dans ces processus non pas de l'autorité de la norme, mais «de son efficacité à résoudre le cas».

Pour ce faire, la reconnaissance de l'internormativité comme composante de la construction du consensus doit être effective. Ce faisant, au-delà de son appréhension par les processus, par la méthode communicationnelle, sa gestion comme composante du conflit et sa finalité doivent être entrevues. L'élargissement du conflit doit tendre vers une finalité qui ne peut être restreinte à favoriser la communication, mais bien à construire le consensus, et c'est peut-être là, dans l'usage par le processus des éléments du conflit, que les clés de l'appréhension de l'internormativité apparaissent.

En conséquence, afin qu'une appréhension de l'internormativité puisse être décelée dans le discours des pratiques, il est impératif que la qualification du conflit soit élargie au-delà de sa seule traduction juridique, que les valeurs et

autres normativités qui composent ce discours soient identifiées par les parties et, surtout, qu'au regard de ces énonciations des parties, une finalité consensuelle qui les intègre soit construite. Sinon, cette énonciation n'aura servi que de soupape dans un processus de simple gestion de l'émotif, qui véhicule souvent les valeurs fondamentales. Ainsi, il y aura dans les discours une certaine appréhension de l'internormativité par les processus, laquelle devra cependant être reconnue pour participer adéquatement à la construction des consensus.

Partie II – L'internormativité dans les pratiques : perceptions issues du terrain

Saisir la perception de l'«internormativité» dans le discours des praticiens s'avère, en ce qui a trait à la démonstration de notre hypothèse du «potentiel transformateur» de la justice par les modes de PRD, une étape fondamentale. C'est à partir de cette perception que nous pourrions entrevoir l'application des présupposés théoriques des professeurs G. A. Legault et R. A. Macdonald à la médiation dans le discours de la pratique. Par ailleurs, notre première hypothèse doit d'abord chercher sa traduction dans le discours des praticiens. Elle est le fondement de la seconde et pose en ces termes son interrogation : les modes de PRD sont-ils des modes «alternatifs»?

Dans le domaine civil et familial, les pratiques de la médiation sont souvent perçues, et même enseignées, comme des processus de gestion des rapports humains d'un point de vue essentiellement «facilitateur» de la communication entre les parties, sans par ailleurs que leur inscription sociale ne soit effleurée, ni qu'une finalité issue des données portées par l'élargissement de la communication ne soit nécessairement entrevue. Certes, elles sont aussi cela, des processus communicationnels faisant appel à des techniques d'écoute, de reformulation et de gestion de l'émotif. Mais peuvent-elles présenter une véritable alternative au judiciaire, à la norme juridique, à la justice traditionnelle? La Commission du droit reconnaissait l'importance de ces questionnements et s'interrogeait sur le peu de recherche effectuée au regard du droit et de son rapport à ces modes, les questions se limitant souvent à être posées en termes de réponse à la surcharge du judiciaire³¹.

31. Commission du droit, *supra*, note 9.

Or, la finalité de gestion de l'internormativité et de construction du consensus par ces modes est au cœur de nos questionnements, puisqu'elle interroge leur inscription sociale et leur rôle en rapport au système traditionnel qu'offrent le droit et les tribunaux. Les thèses des professeurs G. A. Legault et R. A. Macdonald sont élaborées à partir de constats des «limites» de la normativité juridique³² à réguler les rapports sociaux issus de la réalité, du «vivre ensemble». Puis, du constat de ces écarts, de ces «limites», les professeurs proposent des réponses qui se traduisent dans la nécessaire contextualisation des conflits et dans la reconnaissance de l'internormativité qui leur est inhérente.

Le questionnement fondamental sur les pratiques en médiation demeure la perception de leur potentiel «alternatif», de leur «différence» par rapport aux modes traditionnels. Hors de cette conscience de la différence ou du choix de cette différence, elles risquent fort de n'être que des lieux et des processus autres.

Ainsi, la brève analyse du discours des praticiens que nous entreprenons dans cette partie se construira en deux volets. D'abord, nous tenterons de comprendre et d'évaluer la perception du caractère «alternatif» de ce mode afin d'entrevoir leurs écarts et le niveau de ces écarts (décisionnel, juridique, processuel, sur le plan de la finalité) par rapport au mode traditionnel.

Dans un deuxième temps, par une lecture qui devra nécessairement s'effectuer en corollaire avec celle de «l'alternativité», nous effectuerons une brève analyse des discours sur les processus que les praticiens utilisent dans leur rapport au droit ou à l'internormativité, à partir des clés offertes par les professeurs G. A. Legault et R.A Macdonald, soit l'élargissement du conflit, l'intégration de cet élargissement vers d'autres normativités telles que les valeurs, les identités des sujets de droit (pluralisme juridique, pluralisme normatif) à la construction du consensus, la perception juste du contexte, et finalement, l'ordonnancement des ordres «juridiques» et le choix normatif. Ainsi, la notion de conflit, perçue par les praticiens, apparaîtra au centre de cette analyse.

32. Telle qu'elle est entrevue actuellement pour R. A. Macdonald et en soi, pour G. A. Legault.

II.1 – La médiation : une pratique «alternative»?

La notion de pratique «alternative», lorsque qu'elle est accolée à la médiation, a pour mérite de permettre de situer les discours par rapport au mode traditionnel. Or, de cette analyse comparative origine toute l'analyse et la compréhension de l'inscription sociale de ces pratiques alternatives par les rapports au judiciaire et au droit qu'elles laissent entrevoir et, éventuellement, au «potentiel transformateur» de la justice qu'elles interrogent. Plus encore, cette notion permet d'amorcer une lecture de ces pratiques en regard des théories de la «crise du droit» et des réponses qu'offrent les théoriciens concernant cette «crise».

Or, bien que cette terminologie de l'«alternatif» soit un anglicisme, très certainement importé des théories et des pratiques américaines du mouvement des *ADR*, elle semble en usage au Québec dans plusieurs domaines et dans de nombreux courants dits «alternatifs», comme en fait foi le corollaire suggéré et bien reconnu avec les pratiques «alternatives» en médecine. Des organismes québécois en matière pénale y réfèrent, et la littérature des pratiques utilise ce vocable, bien que diverses tendances, tant dans la littérature de ces modes que, bien sûr, dans la littérature savante, le critiquent. Toutefois, ce terme réfère à un univers du *soft* qui s'est développé dans plusieurs champs des relations sociales. Ce faisant, il semble porter une idéologie entendue et comprise par les gens et qui se situe en rapport à des processus, mais aussi à une certaine finalité de ces approches. Par ailleurs, très certainement, le terme provoque les discours, certains ne voulant aucunement être associés à ces «courants alternatifs», et d'autres, en faisant leur idéologie de référence.

Ainsi, l'«alternativité» dans cette acception populaire côtoie son opposé, des modes intégrés, bien souvent alors situés au regard de la vision d'un continuum de modes de règlement des différends dont l'aboutissement ultime est le judiciaire, le décisionnel :

Le questionnaire des entrevues semi-dirigées de notre recherche posait cette question à des praticiens issus des domaines civil, familial, pénal et des relations de travail³³ :

Certains auteurs insistent particulièrement sur le fait qu'il faut considérer la médiation/conciliation comme une forme alternative de règlement des différends. Selon eux, il est nécessaire de parler du caractère alternatif. En effet, ils opposent les modes alternatifs aux modes usuels en utilisant l'analogie avec la médecine : médecine alternative vs médecine traditionnelle. La pratique de ces modes perdrait tout son sens sans ce caractère alternatif.

Cette question était d'abord formulée ainsi, sans plus de précisions quant aux lieux de la comparaison aux «modes usuels», et ce, afin de laisser libre cours à la perception de «l'alternatif». Alternatif à quoi? Au judiciaire, au décisionnel, au processus formel, au lieu, ou au droit, comme seule normativité?

Puis, dans un deuxième temps, des précisions quant à la justification de cette qualification d'«alternatif» étaient demandées :

Pourriez-vous élaborer sur les raisons qui motivent votre position, notamment en précisant pourquoi vous jugez que la médiation/conciliation appartient ou n'appartient pas à un «mode alternatif» de règlement des différends? Pourriez-vous notamment situer la médiation/conciliation : en rapport avec la loi, en rapport avec le système judiciaire, en rapport avec la pratique usuelle des avocats, notaires, en rapport avec la gestion des rapports humains, en rapport avec la société libre et démocratique.

Des pistes et des lieux de «l'alternatif» étaient alors nommés afin que la notion puisse être développée ou, qu'elle nourrisse simplement la réflexion sur l'intervention.

33. Autre question relative à une nouvelle justice sociale dont les réponses sont intégrées à la réponse sur les pratiques alternatives.

La première tendance que nous identifions au regard de ces questions révèle que les positionnements des praticiens divergent, dans l'ensemble, en fonction de leur champ de pratique, plus spécifiquement entre les praticiens du domaine civil et les autres, ceux des secteurs familial, pénal et du monde du travail.

Cette tendance semble pouvoir se comprendre à partir de la littérature dominante concernant ces modes et à partir de leurs lieux de développement qui semblent avoir profondément marqué les idéologies d'origine de ces pratiques. Essentiellement, les praticiens du domaine pénal qui œuvrent principalement avec des jeunes contrevenants dans les OJA³⁴ «tiennent» à cette terminologie de l'alternatif qui est d'ailleurs très certainement portée par la notion de «justice réparatrice»³⁵ à l'origine idéologique de la plupart de ces mouvements³⁶.

Ce qui est révélateur dans ce champ de pratique, c'est que «l'alternativité» semble se situer non pas uniquement dans les lieux (hors du prétoire) ou dans le processus informel, mais dans l'objectif même du processus qui se distingue, du moins dans le discours, de l'objectif du mode judiciaire. Le processus est alternatif en ce qu'il ne vise pas à gérer la «peine» conséquente du comportement criminel commis, mais bien les «conséquences» de cet acte et la responsabilité à son égard. Alors que le procès criminel gère la commission du crime dans le but de la reconnaissance de la culpabilité et de la recherche de la sanction, la médiation pénale, dans son discours, vise la «réparation» des conséquences du comportement prohibé et non la punition conséquente de la commission de l'acte qualifié de criminel par la norme juridique.

Cette voie est donc perçue comme «alternative» en regard de la finalité de l'intervention qui n'apparaît pas comme celle du judiciaire. Plus encore, la notion de «responsabilisation» du contrevenant par son consentement à la réparation semble une considération majeure de l'intervention. Alors que le

34. Organismes de justice alternative.

35. Le lecteur intéressé par la notion de justice réparatrice pourrait consulter l'ouvrage de Van Ness et Heetderks qui contient de nombreuses références sur la justice réparatrice : D. Van Ness et K. Heetderks Strong, *Restoring Justice*, Cincinnati, Anderson Publishing Co., 1997.

36. Le site du regroupement d'OJA, le ROJAQ, livre des informations intéressantes concernant l'origine idéologique de ces organismes, en ligne : <<http://www.rojaq.qc.ca>>.

judiciaire envisage la responsabilisation «passive» par l'imposition de la peine, la médiation pénale semble la concevoir par l'action même de réparation recherchée par le contrevenant lui-même dans le cadre du processus de l'entente menant au règlement du différend. Le crime est ainsi perçu comme un conflit à régler, et non comme un acte à punir.

Bien sûr, ces discours ne sont pas à ce moment validés dans leur effectivité processuelle et empirique. Ils sont rapportés ici dans la simple optique de connaître l'idéologie pressentie de l'alternatif.

La médiation pénale est extrêmement complexe à saisir dans ses arrimages avec la normativité juridique, les politiques pénales et son moment d'intervention, toujours situé à proximité du système officiel, mais là n'est pas l'objet de cette courte analyse.

Qu'il suffise, dans le cadre de cette communication, de retenir que, selon les discours, la finalité du processus est différente de l'objectif du judiciaire, et en cela, la médiation est perçue par les praticiens comme «alternative». Par ailleurs, certains praticiens l'ont plutôt définie comme complémentaire au judiciaire en reconnaissance de cette proximité d'intervention, ne serait-ce que dans l'origine des dossiers de médiation qui proviennent souvent, sinon presque toujours, de la filière judiciaire ou institutionnelle.

À l'opposé, les praticiens œuvrant dans le domaine civil et commercial ne semblent pas, en général, situer leur pratique comme une pratique «alternative», mais plutôt comme une pratique se situant dans un continuum intégré des modes de gestion des différends, allant de la négociation à la décision judiciaire. Ainsi, il paraît difficile dans une telle vision «progressive» des modes d'intervention de proprement parler de finalité différente de celle du judiciaire. On cherche donc la solution par la négociation, puis par la médiation et, si rien ne fonctionne, elle sera éventuellement imposée par le juge. Les avantages de la solution négociée sont nommés, en termes de considérants humains, de coûts, d'options et d'appropriation par les parties de leur conflit, mais peu ou pas comme finalité fondamentalement différente des processus comme dans le domaine pénal. Ainsi, on parle plus de modes complémentaires, et la notion du travail de la médiation «à l'ombre du droit, de la loi» est très

présente. Nous verrons plus spécifiquement au regard de l'internormativité où elle se situe, mais le rapport différent au droit n'est pas le siège de l'«alternativité», qui est même pour certains, vraiment niée. La médiation est donc un processus faisant partie d'une «palette» d'outils qui s'offre au justiciable pour gérer le différend, dont le judiciaire.

Donc, au mieux, en ce cas, les processus, en ce qu'ils sont informels, de même que les lieux sont perçus comme alternatifs, mais au sens d'un choix non exercé à l'exclusion de l'autre, le judiciaire.

Or, cette perception n'est pas étonnante si on se réfère aux cadres théoriques qui sous-tendent ces modes dans leur littérature et dans les diverses formations dispensées aux praticiens. On réfère alors à une ouverture de l'«offre de service» des praticiens, particulièrement des juristes, en leur permettant de dispenser un service additionnel, moins onéreux, plus rapide et qui a tout de même le mérite d'éviter d'accentuer les conflits comme le modèle contradictoire et d'ainsi permettre aux parties de se «prendre en main» et de choisir leurs solutions, sans qu'elles leur soient imposées.

La littérature sur ces modes nomme elle-même ces continuums intégrés en référence aux pratiques civiles et aux formations. C'est donc ainsi qu'ils sont perçus par les praticiens, sans pour autant nier d'aucune manière les acquis relationnels que ces modes coopératifs et communicationnels offrent. En cela, bien sûr, ils se distinguent du judiciaire, mais pas jusqu'à devenir «alternatifs». Les notions de complémentarité des modes, voire d'intégration, sont donc les plus présentes. Peut-être que de ce terme «alternatif» et d'une certaine connotation «sociale» qu'il porte, pouvons-nous aussi penser que la presque rébellion de certains à l'égard de cette épithète est colorée d'une volonté de ne pas se voir assimilés à cette culture. Cette hypothèse non vérifiée est simplement formulée à partir d'une certaine connaissance du milieu de la pratique, particulièrement en matière commerciale.

Le domaine familial semble se distinguer du domaine civil dans sa perception de la notion d'«alternatif». Ainsi, les praticiens de ce domaine situent ailleurs leur discours à l'«alternativité». Bien que la notion de l'intervention à «l'ombre de la loi» demeure présente, l'alternativité ressort comme finalité du mode en ce qui a trait aux valeurs des gens et des familles, et à leurs émotions

que les processus peuvent gérer. Nous y reviendrons, bien sûr, en regard de l'internormativité. Il ne s'agit donc pas aussi clairement d'un continuum qu'en matière civile, mais plutôt d'une manière différente de voir des relations qui sont par essence intimes, émotives et personnelles. C'est un peu comme si la nature des relations et leur continuité au regard, par exemple, des rapports aux enfants, portaient une finalité différente de l'intervention qui effleure une certaine construction de l'avenir et non seulement du règlement du litige.

Bien sûr, la nature des litiges matrimoniaux et leur évolution dans le temps, particulièrement dans les cas où des enfants sont en cause, sont intrinsèquement porteuses de cette impossibilité de régler une fois pour toutes le différend. C'est donc de cette réalité dont il semble être tenu compte dans la perception de la nécessité d'un changement de vision du règlement du litige que l'on ne retrouve pas nécessairement dans les pratiques civiles.

Par ailleurs, cette pertinence de l'intervention de la médiation dans des conflits où les relations se poursuivent entre les parties est largement véhiculée par la littérature sur les modes de PRD, dont l'un des grands avantages est de permettre la continuité des relations. Cette vision semble toutefois légèrement paradoxale avec l'idéologie du continuum, mais ce paradoxe s'estompe un peu en matière familiale.

Le domaine familial est aussi, du point de vue de la normativité juridique, truffé de dispositions impératives de la loi qui ne permettent pas non plus le développement de pratiques et la conclusion d'ententes entièrement libres des «contraintes légales», particulièrement en matière d'obligations et d'intérêt des enfants.

Ainsi, il semble que les pratiques familiales se situent quelque part entre le secteur pénal et le secteur civil dans la perception d'un «alternatif» de finalité, dirons-nous.

L'«alternativité» pressentie dans les pratiques pénales et les pratiques matrimoniales est non seulement au regard du décisionnel, et du judiciaire comme processus, mais aussi, semble-il, au regard du droit, dans son obligatorité normative.

Plus spécifiquement, alors que la norme pénale sanctionne le comportement prohibé, le processus de la médiation tend à réparer les torts causés. Il intervient donc dans une finalité normative, au sens large, différente de la normativité juridique.

De la même façon, en droit familial, alors que la norme juridique scelle la rupture et vise la concrétisation du divorce sans véritable aménagement relationnel de l'après, la médiation familiale tente de recréer une autre forme de relation qui survivra au divorce et vise ainsi, des objectifs que la normativité juridique n'entrevoit aucunement, sauf en termes d'aménagement de la rupture et d'intérêt de l'enfant. Le relationnel n'est pas géré par le juridique en termes d'une quelconque transformation des rapports, mais, tout au plus, en termes de terminaison de la relation.

Ainsi, le regard vers l'«alternatif» entretenu par ces modes ouvre vers des perceptions d'une certaine «internormativité» que nous tenterons d'identifier, alors que la fermeture à cette «alternativité» semble restreindre l'ouverture à l'«internormativité».

II.2 – Des perceptions de l'internormativité

Le discours de l'insatisfaction à l'égard de la décision judiciaire et celui de la volonté de prise en charge du conflit par les parties semblent ainsi pouvoir traduire une certaine insatisfaction au regard des décisions qu'imposent le droit et les tribunaux. Une praticienne parlait du «sur mesure» que pouvait offrir la médiation en comparaison au «prêt-à-porter» ou, en référence à des propos tenus par un magistrat, au «costume militaire» que confectionne la décision judiciaire. Ces propos révèlent très certainement la difficulté du judiciaire à offrir par la norme juridique et son processus de traduction du conflit les solutions qui soient mieux adaptées au contexte.

Or, le contexte que le judiciaire n'offre pas est souvent qualifié en termes de choix de solutions non offertes : modalités d'exécution en nature ou, plus encore, renégociation ou choix relatifs aux valeurs et aux normativités du conflit.

Les réponses ne le disent pas nécessairement expressément, mais elles sous-tendent, en tout cas, que la médiation peut très certainement offrir un élargissement des «options», pour reprendre la terminologie à la base des théories élaborées par Ury et Fisher et qui sont largement enseignées comme fondement à la négociation et à la médiation.

Essentiellement, la question de l'internormativité a été abordée indirectement par trois questions posées aux praticiens : d'abord, dans celle sur «l'alternativité» des processus et dans la sous-question leur demandant de situer le rapport au droit et la place qu'il occupe dans la gestion du différend; puis, par une question ouverte portant sur les causes véhiculées de l'émergence des modes de PRD, en réponse à laquelle les praticiens pouvaient bien évidemment élaborer sur d'autres causes, dont, peut-être, celles des «insuffisances» ou de la crise du droit.

Cette question était ainsi formulée dans le guide des entrevues semi-dirigées :

Selon d'autres auteurs, l'apparition de la médiation/conciliation s'expliquerait principalement par la surcharge des tribunaux. Le nombre de causes est trop considérable, les ressources limitées et les délais trop longs etc.

Une question plus ciblée était ensuite posée afin de permettre aux praticiens interrogés de nommer un certain apport en termes de «potentiel transformateur» de la justice par les modes de PRD :

Selon certains auteurs, nous assisterions actuellement à travers les nouveaux modes de règlement des différends à l'émergence d'une nouvelle conception de la justice sociale. Certains y voient un passage d'une justice formelle (axée sur les droits) à une justice plus humaine axée sur les rapports harmonieux en société.

Quant aux causes d'émergence des modes de PRD, elles sont peu présentes dans la littérature concernant ces modes³⁷ en termes de réponses à la crise du droit ou de la normativité juridique. Il est plutôt fait référence à la surcharge des tribunaux, aux coûts de ces processus ainsi qu'à ce que nous nommons, pour reprendre l'expression d'Habermas, la «surcharge du droit»³⁸. Or, nos données établissent d'abord que certains praticiens reconnaissent cette surcharge de la normativité juridique, du moins dans ses causes contemporaines. Certains praticiens sont très conscients du flot de législations et de réglementations produites ces dernières années et conséquentes du développement de l'État providence. La réflexion d'une praticienne du domaine des relations de travail est intéressante : devant cette intrusion de l'État partout, il n'est pas surprenant que les gens aient envie de régler eux-mêmes leur conflit. Elle pressent cette surcharge du droit, mais aussi et surtout, son inefficacité à régler les conflits, comme les gens le voudraient. Autrement, la surcharge du droit serait satisfaisante.

De même, des réflexions de praticiens du domaine familial révèlent une certaine inefficacité du judiciaire et du droit à offrir la meilleure solution aux parties qui, elles, savent ce qui est le mieux pour elles. Encore là se décèle une certaine perception des limites du juridique à offrir, dans l'application, la meilleure solution pour les parties.

Ainsi, compte tenu de cette conscience relativement présente des possibilités d'adaptation de la solution judiciaire ou même juridique aux besoins des parties, il n'est pas étonnant que les réponses sur la question de la surcharge des tribunaux en termes de délais, de coûts et de ressources aient été nuancées.

De fait, plusieurs praticiens ont répondu être en accord (de trois à cinq sur une échelle de cinq) avec cette question, mais ils ont formulé des nuances quant aux étapes de l'émergence des modes de PRD. Ils ont essentiellement dit que les législations qui promouvaient les modes de PRD avaient probablement été adoptées afin de trouver des solutions rationnelles à la surcharge des

37. Nous référons ici au discours des promoteurs de ces modes, et non aux communications de plus en plus nombreuses sur les modes de PRD, issues de la littérature savante, qui les situent tant sociologiquement que d'un point de vue philosophique.

38. Habermas, *supra* note 15.

tribunaux, mais que le mouvement les ayant précédées n'était pas issu de la surcharge des tribunaux. Il est intéressant de noter que le développement et l'institutionnalisation des modes de PRD sont bien perçus bien qu'alimentant des craintes chez plusieurs praticiens qui entrevoient plus d'une cause à leur émergence.

Comment les praticiens ont-ils vu, au regard de ces trois questions générales, cette problématique de la norme juridique et de l'ouverture sur d'autres normativités? Essentiellement, au regard des indicateurs induits des thèses des professeurs Legault et Macdonald, un premier constat se pose : il y a une certaine appréhension internormative dans les discours des pratiques. Par ailleurs, l'usage qui est fait de cette internormativité par le processus, tant dans sa gestion que dans la finalité contextualisée de cette gestion, est peu abordé, du moins pas aussi précisément que dans la vision des professeurs Legault et Macdonald.

Dans le domaine familial, certains praticiens parlent, au sujet de la question concernant «une nouvelle justice sociale», d'un retour par la médiation à des valeurs, à la richesse des liens, à des solutions tenant compte des valeurs des gens et, ce qui est intéressant, à des solutions évolutives, non figées dans leur application.

Plus encore, des praticiens entrevoient le droit comme une référence parmi d'autres, dont les intérêts et les valeurs des gens. Ainsi, une certaine conjonction des normes, une certaine conscience d'un choix normatif régissant le différend est entrevue, ce qui nous place dans un lieu de mouvance d'une certaine internormativité.

Cette terminologie «des valeurs des gens» n'est certes pas sans arrimage avec l'extension du conflit vers des modes de régulation plus élargis que ceux qu'offre le droit. Le professeur Legault réfère aux valeurs dans la construction du «vivre ensemble», et le professeur Macdonald, en les nommant autrement, les intègre aussi.

Quant à la question de l'internormativité, les distinctions entre les domaines sont moins évidentes. Le discours du «sur mesure» donne ouverture

à cette internormativité. Toutefois, ce sera dans la gestion qui en sera faite que les réponses sur son usage dans la décision, dans le consensus, pourront peut-être apparaître. À ce stade, l'état de la recherche empirique ne permet pas de tirer quelque conclusion.

Toutefois, si le droit demeure la référence principale, les normativités du type des valeurs ne permettront alors que de favoriser la communication, sans pour autant que les consensus portent un «ordonnancement» des normativités ou un véritable choix normatif.

Néanmoins, en regard de ses dispositions d'ordre public, la loi est souvent perçue comme un complément, une référence. Une remarque du professeur Legault lors des entrevues et résumant la position d'un praticien est révélatrice : «la loi ne dicte pas, elle dit». Ainsi, son obligatorité et son monopole normatif de référence semblent altérés par les processus.

La notion des «options» bien connue dans la gestion des processus est très certainement celle qui est la plus porteuse de l'extension du conflit par la recherche qu'elle présuppose d'une multiplicité de solutions. Cette perception fait l'unanimité chez les praticiens qui ont tous de la médiation cette vision d'un processus qui vise la recherche d'options de règlement, mais rarement des options de transformation de la relation. Ce sera notamment dans le rapport à «l'alternativité» que la distinction entre la recherche d'un règlement et celle d'une certaine transformation de la relation par la construction d'un «vivre ensemble» pourra être appréhendée.

En bref, un survol des visions des praticiens semble ouvrir un passage d'une société de droit vers quelque chose de plus large. Par contre, cet élargissement ne se traduit encore qu'en termes d'une perception d'une harmonisation des rapports et fort peu en termes de transformation des régulations sociales.

Conclusion

L'intégration, la complémentarité ou l'«alternativité» des modes de PRD en regard du droit et du judiciaire est au centre des questions relatives à leur

«potentiel transformateur» de la justice théoriquement entrevu dans cette contribution.

Ce faisant, ce sont les seules finalités pressenties, puis effectives, de ces modes qui peuvent permettre d'entrevoir une transformation de la régulation par le droit vers une régulation autre. Ce constat se révèle de l'hypothèse posée par la Commission du droit au regard du lien étroit tissé entre la perception du conflit et le type de justice appréhendé par les modes de PRD, puis des paramètres théoriques issus des avancées comparées des professeurs G. A. Legault et R. A. Macdonald.

Par ailleurs, il est présomptueux d'affirmer que les modes de PRD puissent être porteurs de quelque transformation de la justice par une simple approche communicationnelle et informelle du conflit. De fait, cela semble une croyance qui risque d'éradiquer tout potentiel transformateur de ces modes.

En effet, leur «alternativité» devra se révéler au regard de la norme juridique par l'extension d'une définition du conflit qui intègre les diverses normativités qui le composent et en permettent la gestion contextualisée de même que l'intégration à la construction du consensus. Autrement, les modes de PRD corroboreront leurs critiques les plus acerbes et ne seront que des modes de désencombrement des tribunaux, plus efficaces, moins onéreux, certes, mais offrant une normativité juridique à rabais, hors des garanties offertes par le droit et son formalisme.

Les pistes de cette gestion de l'internormativité se dessinent par ailleurs. Elles émergent de la vision des modes eux-mêmes, de la conscience de leur inscription sociale et de la définition qui résulte de l'amplitude du conflit.

Or, aussi longtemps que les modes de PRD ne seront perçus que comme des modes communicationnels et que les enjeux qu'ils posent ainsi que leur potentiel comme modes de régulation sociale ne seront pas intégrés, tant dans l'idéologie que dans les processus, ils ne seront qu'individualisation du droit. Pire encore, ils ne seront que gestion thérapeutique au service de l'efficacité et de l'endigement des différends. Plus humains en ce sens, ils restent néanmoins pavés de risques sociaux considérables en termes de démocratie et de droit.

Des efforts théoriques de conceptualisation des processus contextualisés doivent être poursuivis afin que l'outil puisse livrer son potentiel de reconstruction des situations que les conflits, de tout acabit, ont dévastées.