

SEC.COM.18NOV'11 14:5

Un changement de culture s'impose

Par Me Jack R. Miller

Résumé du contenu du Mémoire

Le Mémoire est divisé en trois parties : Introduction, les articles que j'ai écrits sur la nouvelle culture, et Conclusions.

L'introduction traite de la toile de fond de l'avant-projet de loi, y compris la place du projet pilote que j'ai mené de concert avec l'honorable Gontran Rouleau, j.c.s. dans la réforme.

Les articles font l'objet du Recueil dont les titres sont les suivants : 1. Des Femmes 2. Des Choix 3. La chasse aux égoïstes 4. Les invités 5. À l'amphithéâtre de la vérité 6. Après l'enquête? Sur la piste des Postes 7. La prise de décision et l'affaire Turcotte 8. Le jeu décisif et le tennis 9. La mise en œuvre, c'est la clé 10. Sources du fleuve de la connaissance 11. La générosité, une sphère de l'économie 12. La coopération, une attente légitime 13. Changement du jeu, changement de culture 14. La Constitution, un « elephant in the room »? 15. L'histoire, l'alpha et l'oméga.

Les Conclusions sont les suivantes :

Que le législateur annonce son intention d'effectuer un changement de culture

Qu'il traite d'une manière explicite la situation de la non coopération

Qu'il insère un Livre sur l'éducation

Qu'il constate les effets économiques

Qu'il favorise la diplomatie et la civilité

Qu'il modifie l'avant-projet en conséquence.

Un changement de culture s'impose

Par Me Jack R. Miller

Mémoire à l'Assemblée nationale du Québec dans le cadre des travaux parlementaires à la Commission des institutions, Consultation générale et auditions publiques sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile. Le Mémoire est divisé en trois parties : Introduction, Articles que j'ai écrits sur la nouvelle culture, et Conclusions.

Mesdames et Messieurs, membres de la Commission,

Introduction

Pourquoi un nouveau Code? 80 % des gens n'ont pas accès à la justice et la poignée qui peut se permettre des procédures a accès à une justice désuète. Est-ce que ça suffit comme motif pour rédiger un nouveau Code? Il est quand même utile de se rappeler que la réforme s'est amorcée dans les années 1970 suite à l'évolution de la société après la Deuxième Guerre mondiale. Ce dernier conflit a permis à l'humanité de constater qu'il ne suffisait pas de débattre et parler, mais qu'il fallait instaurer de nouveaux systèmes pour promouvoir la paix et éviter la guerre.

Un très bref historique de la réforme nous permet de nous rendre compte de la taille du défi devant nous à ce moment-ci. C'est la magistrature qui a lancé un cri de cœur pour un meilleur système. Ce cri de cœur a créé un environnement qui a encouragé la Cour supérieure à passer à l'action dans le district de Montréal par le projet pilote de 1989 à 1992. Le Barreau a pris le contrôle de la réforme pendant la période 1993-2002. En 2003, l'Assemblée nationale du Québec est intervenue pour effectuer un changement de culture.

Ce changement n'a pas eu lieu dans les faits et cela pour diverses raisons. Nous voici en 2011-2012. Nous ne devons pas manquer notre coup cette fois-ci. Il faut que nous nous mettions tous du même côté, que toutes les énergies soient déployées pour faire valoir dans les présents travaux la nouvelle culture, laquelle a quand même des racines profondes dans notre culture au Québec, soit la coopération. Ce sont ces racines qui nous ont permis à l'honorable Gontran Rouleau, j.c.s. et à moi-même d'établir un rapport instantané lors du projet pilote.

Pour ma part, j'ai décidé par une série d'articles publiés par Edilex de décrire le changement de culture qui s'impose afin que nous puissions examiner par la suite l'avant-projet de loi pour voir s'il y a quoi que ce soit à y ajouter afin que s'opère enfin le changement de culture. Il faut se poser une deuxième question : est-ce qu'une loi suffira ou faut-il prévoir des crédits budgétaires et des mesures exécutives?

Les articles que j'ai écrits sur la nouvelle culture suivent.

Résolution des différends – Des Femmes

C'est le titre d'une série de trois pièces de Sophocle qui seront montées au Théâtre du Nouveau Monde au printemps de 2012 par le metteur en scène d'origine phénicienne, Wajdi Mouawad, auteur de la pièce *Incendies* à la base du film de Denis Villeneuve.

L'annonce de la présentation a provoqué de la controverse, car le musicien français Bertrand Cantat, condamné pour l'homicide involontaire par imprudence de sa conjointe, Marie Trintignant, avait été engagé par son ami M. Mouawad à jouer un rôle dans le Chœur.

La controverse a été qualifiée de débat. Trois juges – le Gouvernement du Canada, un ou des Commanditaires, et l'Opinion publique – ont tranché le débat rapidement en coupant M. Cantat de la scène. La trilogie sera présentée sans lui.

Dans une entrevue accordée par M. Mouawad à Anne-Marie Dussault, animatrice (et avocate) du réseau RDI, le metteur en scène a rappelé que notre culture puisait ses origines dans la culture grecque de l'époque de Sophocle. M. Mouawad soulignait que justement une des trois pièces (Les Trachiniennes) racontait une histoire semblable à celle de M. Cantat. Les pièces de Sophocle se trouvent donc plongées dans l'actualité.

Cependant, nous vous faisons remarquer que le TNM, le metteur en scène, et tous les intervenants, éditorialistes, abonnés du TNM, enfin tous, y compris RDI, ont choisi de se livrer à un véritable débat sur la place publique et probablement aussi dans les coulisses et n'ont pas choisi de procéder par dialogue. C'est d'autant plus étonnant que le dialogue est à la base de la réforme du Code de procédure civile du Québec adopté par l'Assemblée nationale et au cœur du mouvement favorisant l'accès à la justice.

En 1989, de concert avec des collaborateurs de plusieurs disciplines et traditions, dont des chefs d'entreprises, je suis retourné à la case de départ, à la source, soit aux dialogues de Platon, notamment le *Ménon*, pour ensuite concevoir une meilleure façon, moins onéreuse et plus efficace, de réagir devant les différends en profitant de l'évolution de nos connaissances et de nos perceptions du monde.

Le résultat de nos réflexions, que nous avons alors qualifié de dialogue plutôt que de

débat, a été appliqué au rôle de la Cour supérieure, district de Montréal, en matières civiles, commerciales et administratives comme projet pilote et avec succès. Le projet pilote a servi au changement de culture visé par la réforme ci-haut-mentionnée.

C'est mon intention, par la voie d'une série de blogues tous les deux mardis et ce, pendant une année, de vous faire part de cette nouveauté pourtant si ancienne et de vous aider à profiter des économies et des remèdes auxquels le dialogue structuré de la bonne façon donne accès, favorisant l'accès à la justice.

Pour revenir à notre cas, *Des Femmes*, notons que le tranchement du débat a peut-être produit un certain règlement mais non pas une résolution et encore moins une transformation de quoi que ce soit. Les avatars de Marie et Bertrand vont venir se joindre aux personnages des pièces. Le metteur en scène nous en assure.

Supposons que chaque catégorie d'intervenants ait la chance de raconter son histoire aux autres. Supposons que le collage des histoires nous permette de dégager les questions. Supposons que les intervenants se penchent sur les pistes de solutions possibles. Supposons qu'en toute connaissance de cause les intervenants décident du plan ou des plans d'action les plus sages et qu'ils les mettent en œuvre chacun et chacune dans leurs compétences respectives.

Les personnages des dialogues de Platon, par exemple Ménon, étaient des citoyens engagés – ils réfléchissaient dans la perspective d'agir et ils passaient à l'action par la suite. Même si le débat et le dialogue relèvent tous deux de la rhétorique, soit l'emploi des mots dans le but de convaincre l'autre, ils se distinguent l'un de l'autre. Il ne s'agit pas d'écarter l'un mais de les faire marcher ensemble – ce que nous appelons la rénovation et l'innovation – pour avoir un système moins cher et plus performant.

À bientôt. Pour notre part, ma femme et moi nous sommes abonnés au Théâtre du Nouveau Monde pour la saison 2011-2012.

Résolution des Différends – Des Choix

Dans la vie, nous avons toujours des choix

Par exemple, nous avons le choix d'aimer ou de ne pas aimer l'autre

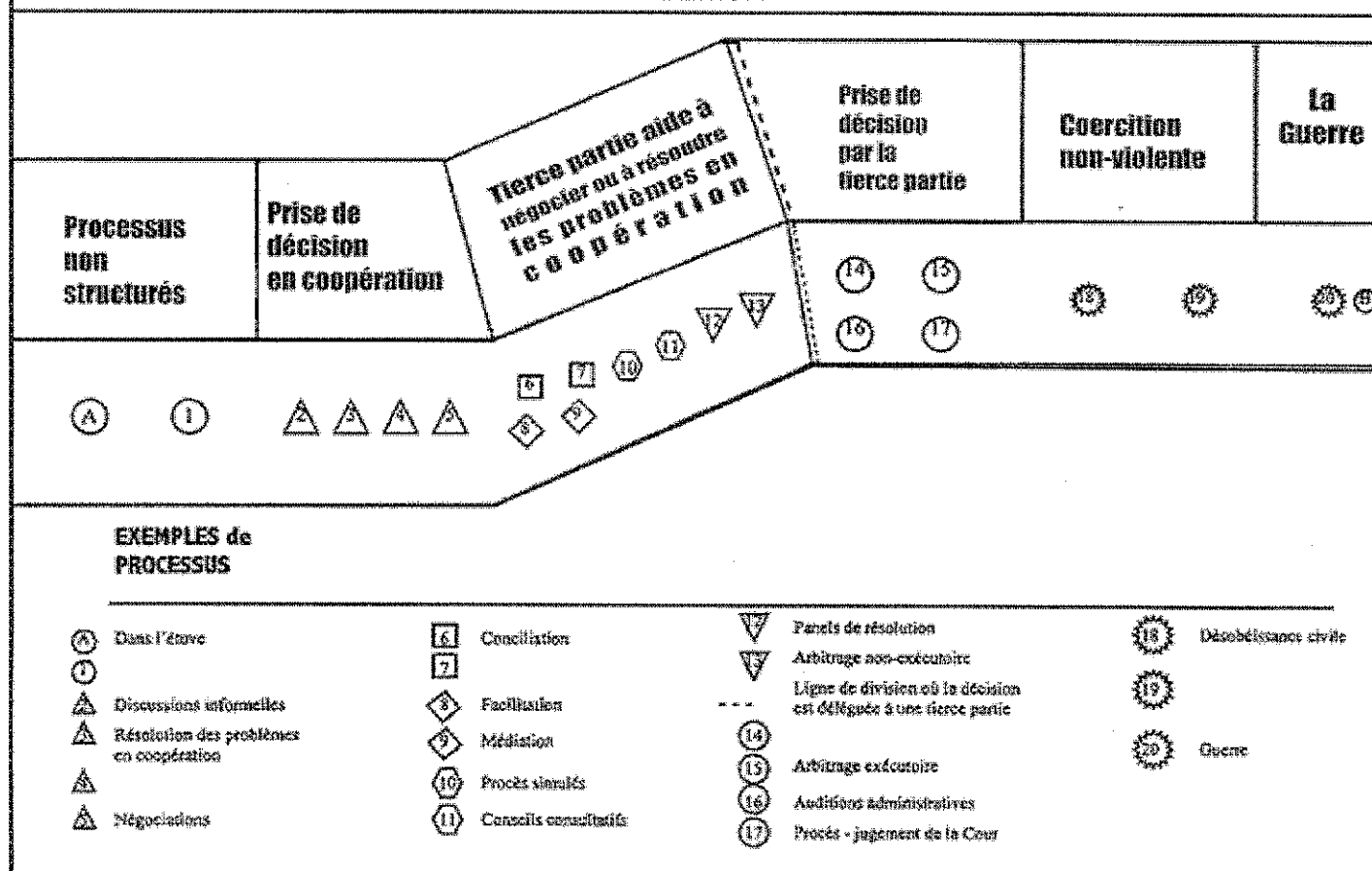
Le défi se présente chaque jour, plusieurs fois par jour.

Face à un conflit, à une divergence d'opinion, à un désaccord, à une différence, à un différend, à une mise en demeure, à une plainte, etc., on a des choix, beaucoup plus de choix que la plupart des gens ne se l'imaginent.

Processus pour résoudre les différends: un continu

LES SOLUTIONS AUX DIFFÉRENDS

Illustration 2



traduits par Groupe Interlex du Canada Inc. avec la permission de l'auteur

Source: «From Hot-Tub to War: Alternative Dispute Resolution (ADR) in the U.S. Corps of Engineers»
par Jerome Delli Priscoli, Ph.D., analyste de politiques senior du Corps des Ingénieurs
de l'Armée américaine, Institute for Water Resources.

Voilà un aspect de la nouvelle culture. Autrefois, on avait plutôt tendance à croire qu'on n'avait pas de choix. Le législateur nous a libérés et nous encourage à exercer nos libertés.

Je viendrai aux textes de loi dans le prochain article, mais pour l'instant avant d'entrer dans les particularités, je veux considérer l'ensemble et l'apprécier davantage.

C'est ainsi que le *US Army Corps of Engineers* perçoit l'éventail des choix quant à la

procédure. Notons les exemples de processus qui ne portent pas de nom. J'ai établi une liste d'une trentaine de processus qui portent des noms. Voir www.interlex.ca.

C'est parfois difficile de contrôler ce qui nous arrive – c'est le défi de la prévention, la matière d'un autre article dans la présente série – mais il nous reste le choix de notre réponse.

Même si la vision du *US Army Corps of Engineers* nous laisse entrevoir un nombre important de choix, il y en a encore plus, car comme les chimistes, nous pouvons combiner des éléments de la justice pour arriver au bon produit pour les fins de la cause, un processus fait sur mesure. Et les parties peuvent toujours lui donner un nom qui soit le reflet de leur vision.

Cette recherche de la bonne combinaison pour les fins du dossier, c'est très souvent le début d'une réplique intelligente et d'une stratégie susceptible de nous amener à bon port. Temporairement, on met de côté la question de fond pendant qu'on examine nos choix au niveau du processus.

Il y a aussi une explosion de choix au niveau des remèdes.

Certains ont qualifié le dialogue « de nouvelle équité » en faisant allusion au développement de remèdes autres que le recours en dommages-intérêts, le recours légal. Il y a plusieurs siècles déjà, les tribunaux se mirent à accorder des remèdes autres que des dommages-intérêts, par exemple, des injonctions. Aujourd'hui, le même phénomène se reproduit, c'est-à-dire qu'encore plus de remèdes sont disponibles. J'ai constaté que le dialogue permet aux parties, à l'intérieur de certaines limites, de confectionner le remède qui leur convient, soit la célèbre formule de gagnant, gagnant.

Le *Geometry Center* de l'Université du Minnesota a produit une vidéo intitulée *Not Knot*. Voir www.geom.uiuc.edu. On y voit le monde fascinant des nœuds et l'univers de ce qui ne constitue pas un nœud. En se plaçant dans le contexte des solutions aux différends, on peut imaginer par analogie le très grand nombre de possibilités de remèdes. Ces possibilités sont les fruits de l'arbre de la collaboration. Même le plus grand sage ne serait pas en mesure de les concevoir avant que la collaboration s'installe et que les parties travaillent toutes du même bord pour arriver ensemble à bon port.

Exemple réel d'un remède fait sur mesure. Reconnaissance par toutes les parties d'un vice caché dans un énorme et coûteux tambour d'écorceuse. L'acheteur paie le coût de la réparation du tambour, mais le vendeur lui remet gratuitement une déchiqueteuse qui fera faire à l'acheteur des économies considérables annuellement dans la même ligne de production. En même temps, le vendeur se sert de cette installation pour introduire ce nouveau produit dans le marché nord-américain. Toutes les parties y ont trouvé leur compte.

Résolution des différends – La chasse aux égoïstes

Le Petit Robert nous informe que le sens vieilli du mot « corruption », donc la racine du mot, c'est « l'altération de la substance par décomposition ». En résolution des différends, on revient souvent aux racines. On voit que les conflits nous mènent souvent à des différends. Les conflits qui résistent à la résolution, on les qualifie de conflits profondément enracinés dans les mœurs et coutumes (« deep-rooted conflict »).

On peut voir qu'en ce sens la corruption fait partie de la nature : « si le grain de blé ne meurt... ». Quel est l'antidote de la corruption dans la nature? C'est le renouveau, n'est-ce pas? Au printemps, toute la nature revit et c'est la régénération. Ce processus de corruption et de régénération trouve sa contrepartie dans l'économie qui tourne autour de la coopération et de la non-coopération.

Parlant de non-coopération, voici les égoïstes – ceux qui ne recherchent que leurs gains sans se soucier des autres. Les égoïstes peuvent causer à la société des pertes considérables, engendrant le chaos. Il faut donc exercer des rétributions à leur égard pour les ramener à la coopération ou même leur apprendre ce qu'est la coopération. Dans certains cas extrêmes qui ont fait les manchettes, il faut les retirer de la société selon les règles du droit.

La physique nous renseigne que le chaos fait partie du processus de changement de systèmes. Les égoïstes peuvent en profiter, car le système actuel est en état de décomposition et le système futur n'est pas encore régénéré et en place. Nous savons de plus qu'il y a souvent résistance au changement. La période de transition est alors prolongée et entraîne des risques accrus pour le public.

Annabel Soutar, dans sa pièce de théâtre *Sexy Béton*, pose la question de la responsabilisation – il semble que personne ne soit responsable de l'effondrement du viaduc de la Concorde qui a coûté la vie à cinq personnes et causé de graves blessures à plusieurs. Beaucoup d'autres infrastructures nous préoccupent à l'heure actuelle, dont le pont Champlain et l'échangeur Turcot. Qu'est-ce qui nous porte à croire que les conséquences seront moins désastreuses si on ne gère pas le changement de systèmes?

La Presse à la une du 6 octobre 2006 annonçait la décomposition du système des

adversaires « Système désuet et inaccessible ». Je me suis toujours demandé qui veut avoir accès à un système désuet et qui veut le conserver. Et pourtant, l'Assemblée nationale du Québec, souveraine en la matière sur le plan constitutionnel, avait mis en place la régénération par la réforme du Code de procédure civile de 2003.

Gardons cet aperçu en mémoire et revenons aux textes de loi. Il faut d'abord ne pas perdre de vue le pouvoir des tribunaux de contrôler la procédure en vertu du droit commun. Ce sont les juges qui mènent la barque. C'étaient les juges romains qui accordaient le droit d'intenter une action en justice donnant lieu à certains remèdes.

Examinons sommairement la réforme du Code en 2003 sur le volet des principes directeurs et sur le volet du plan. Les principes directeurs forment un ensemble. Le Gouvernement avec l'accord de l'Opposition officielle les ont introduits au cours de la commission parlementaire sur le Projet de loi. Je vous invite à lire le Journal des débats de la Commission des institutions sur le Projet de loi numéro 54 www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-36-2. C'était l'intention du législateur d'effectuer un changement de culture judiciaire. Notons la mention de « la saine gestion » qui incorpore au Code les principes fondamentaux et le concept de saine gestion. J'attire votre attention sur une loi adoptée en 2006 : Loi sur la gouvernance des sociétés d'État et modifiant diverses dispositions législatives

Voici les grandes lignes du plan auquel les principes directeurs se réfèrent. On commence par la fin, c'est-à-dire par la séance de prise de décision et l'on se situe dans le temps, soit un maximum de six mois après le commencement de l'instance. Par la suite, on s'arrange pour faire le nécessaire pour la prise de décision – les faits, les options, l'organisation. On suppose que les parties dès le constat du différend collaborent avant le commencement de l'instance.

En résumé, le législateur a laissé en place le système actuel de débat et a prévu l'instauration du nouveau système, que je qualifie de dialogue, pour faire la distinction entre les deux. Toutefois, le Gouvernement n'a pas mis en place le sous-œuvre de la réforme, soit la formation particulière, nécessaire à un changement de culture. Cette formation doit contenir un curriculum et un practicum.

Dans cette série d'articles, je vise à combler cette lacune peu à peu. De cette façon, les

gens peuvent tirer plein profit de la réforme et les égoïstes seront beaucoup moins un facteur à gérer dans le système. Toutefois, le practicum, c'est-à-dire l'expérience et le vécu, est essentiel à la formation en matière de changement de culture.

Résolution des différends – Les invités

En mode de débat (poursuite devant une cour de justice), on parle d'assignation. En mode de dialogue, on parle d'invitation.

Toutefois, le législateur québécois s'attend à ce que la mise en demeure soit une invitation au dialogue. Même si on assigne, on peut lancer l'invitation par la suite; assigné, on peut inviter l'autre au dialogue. En dialogue, on peut aussi prévoir une assignation à titre de jeu décisif en cas d'impasse. On sait qu'un tribunal est toujours disposé à favoriser le dialogue si toutes les parties sont d'accord. Il reste à savoir si le tribunal peut ordonner le dialogue, soit sur demande de l'une des parties, soit de son propre gré (*proprio motu*). À ce jour, les tribunaux ont répondu que « non » mais je dirais que les juges possèdent déjà ce pouvoir, mais qu'en général ils ne l'exercent pas. Il faudrait connaître l'opinion de la Cour d'appel et même de la Cour suprême du Canada sur la question.

Si l'assignation tient, on se dirige vers le procès ou la séance d'arbitrage, donc devant un juge ou un arbitre qui a comme mission et devoir de trancher le litige, de décider pour les parties. On n'arrive pas du jour au lendemain à cette étape décisionnelle. Il faut passer par les préliminaires et les interrogatoires. En mode de dialogue, on s'organise de gré à gré en perspective d'une séance décisionnelle. Les intéressés sont les décideurs, conjointement, de leur propre sort. Il faut leur donner des outils : des informations authentiques, des expertises à point, de la jurisprudence pertinente, de la doctrine appropriée, des choix pratiques et praticables de résolution.

Pour les fins organisationnelles, afin d'arriver à la bonne combinaison des éléments, il faut dresser un portrait de la situation en noir et blanc pour bien voir la structure du différend et les conflits sous-jacents ayant donné lieu au différend. On trouve la réponse à de nombreuses questions. Qui sont les intéressés? Qui sont les procureurs? Qui sont les décideurs? Quelles sont les personnes à réunir? Qui sont les experts? Quelles sont les habiletés des intervenants? C'est quoi la matière? Les circonstances? Entre autres tâches, il faudra lire les documents, interviewer les personnes, écouter attentivement, étudier le choix du vocabulaire employé soit dans les écrits ou verbalement, expliquer les grandes lignes du processus, demander les commentaires des intervenants.

En théorie, les parties pourraient se prêter à ces exercices elles-mêmes. Cependant, rappelons-nous que la communication est brisée quand les conflits se sont transformés en différends. Au lieu de traiter la problématique, souvent complexe et pleine de défis, les parties se livrent souvent à des assauts *ad hominem*, qualifiant l'autre de malhonnête, d'incompétente, de sourde, etc.

Pour s'engager dans un vrai dialogue structuré, les parties ont besoin de quelqu'un d'impartial. Même si c'est le devoir du procureur de l'une et l'autre partie de conserver de l'objectivité, ce n'est pas toujours faisable, surtout si les parties sont toujours en mode de débat.

C'est ici que je voudrais introduire la notion de « promoteur-réalisateur » et de « réalisation ». Ce concept s'inspire de John W. Burton dans *Resolving Deep-rooted Conflict* ISBN 0-8191-6284-1, p. 8:

"The sponsor is the person or institution which initiates and arranges the facilitated conflict resolution process. Having initiated the process, it is the sponsor's responsibility to ensure that all arrangements are made and carried through to completion."

« Le promoteur-réalisateur est la personne ou l'institution qui initie et arrange le processus facilité de résolution du différend. Ayant initié le processus, c'est la responsabilité du promoteur-réalisateur de s'assurer que tous les arrangements sont faits et menés à terme ». (traduction libre)

Voir aussi John W. Burton, "Conflict Resolution – Its Language and Processes" ISBN 0-8108-3265-8 et John W. Burton et Dennis J.D. Sandole, "Generic Theory : The Basis of Conflict Resolution", *Harvard Negotiation Journal*, Vol. 2, No. 4, pp. 333 et seq.

Le premier défi du promoteur-réalisateur, c'est de ramener les parties à traiter de la problématique et d'installer chez elles le sentiment qu'elles sont capables de s'entendre.

Le promoteur-réalisateur en étroite collaboration avec les intéressés, généralement à la demande de l'un d'entre eux, entame la démarche de résolution du différend.

Il est fort probable qu'en partant les parties se retrouvent en mode de débat. Le débat a sa place et aussi ses limites. Pour résoudre les différends, il est souvent nécessaire de

passer à autre chose que le débat, soit le dialogue, où on fait appel à de nombreuses connaissances. Il s'agit d'un véritable changement de culture, celui demandé par l'Assemblée nationale du Québec. Par conséquent, le promoteur-réalisateur, soit un juge, soit un praticien du domaine privé, au cours de la réalisation amène les parties à faire ce changement, en le faisant un pas à la fois, en établissant des règles du jeu, un programme de séances et de travaux, un échéancier et un chemin critique.

Or au début, les parties et les intéressés deviennent tous des promoteurs-réalisateurs et participent dans la réalisation, chacun y ajoutant son grain de sel et, de ce fait, appliquent les principes au cas en collaboration avec les autres, en brisant la glace en en faisant la démonstration qu'ils sont capables de s'entendre avec les autres. De cette façon, les promoteurs-réalisateurs, les parties et les intéressés acquièrent la copropriété indivise du processus, ce qui est la première règle du jeu, créant ainsi un intérêt dans la réussite du dialogue. Il faut mettre toutes les forces du même côté car la résolution des différends, surtout les différends découlant de conflits profonds, est difficile.

Les parties n'arrivent pas à la table par magie mais sur invitation suivie par des encouragements. La bonne nouvelle : une fois rendus à la table, ça roule. Dans le cas mentionné au 2^e article , « Les choix », la réalisation a débuté au contentieux pour ensuite rejoindre la haute direction de l'entreprise qui se sentait lésée, pour ensuite rejoindre la haute direction des autres parties, aboutissant à des règles du jeu, un programme, un échéancier et un chemin critique. Le processus est souple et peut s'adapter en cours de route à de nouvelles circonstances, le tout dans le respect des principes de base, y compris le principe de la légalité.

Résolution des différends – À l’amphithéâtre de la vérité

Les promoteurs de l’amphithéâtre de la Ville de Québec avaient raison de vouloir éviter un procès à la cour. Toutefois, ils n’ont pas choisi la meilleure voie pour faire valoir leur projet en faisant appel à l’Assemblée nationale du Québec, car ce n’était pas possible de mettre le projet à l’abri d’un défi constitutionnel. Ils ont négligé la voie du dialogue laquelle aurait pu leur permettre de réaliser leur projet dans le respect des contraintes.

Le ministre de la Justice, également leader parlementaire du Gouvernement du Québec, l’honorable Jean-Marc Fournier, a donné les grandes lignes de son programme de réforme de l’administration de la justice dans une conférence prononcée lors de l’ouverture du Congrès du Barreau du Québec le 2 juin dernier à Gatineau. Il disait favoriser un dialogue le plus large possible comme le seul moyen d’obtenir un point d’équilibre entre les droits et les intérêts des citoyens.

D’après le Ministre, le système actuel coûte trop cher et répond à la demande du justiciable trop tard. Quatre-vingts pour cent (80%) des citoyens n’y ont pas accès et pour la poignée de privilégiés y ayant accès, c’est trop tard. Pour le Ministre et donc pour le Gouvernement, il s’agit d’un enjeu majeur et il leur faut investir davantage au niveau des institutions, de l’éducation et de la gestion. Le Ministre aurait pu ajouter qu’il faut que le système soit en mesure de répondre aux attentes des citoyens par des remèdes à point.

Penchons-nous d’abord sur le fait que les décideurs recherchent la vérité comme apport à leur prise de décision. Les citoyens (et les avocats?) aiment bien la voie de la contradiction comme moyen d’arriver à cette vérité : l’interrogatoire et le contre-interrogatoire, et ce à tous les moments, tant au préalable qu’au procès. Les gens qui n’ont pas vécu eux-mêmes un procès en ont vu à la télé, au cinéma ou au théâtre. C’est vrai que la contradiction a sa place, mais les citoyens ont pu observer à même ces médias que la contradiction ne mène pas toujours à la vérité et comporte de sérieux inconvénients.

Le dialogue mise sur l’appréciation comme moyen d’arriver à la vérité pour les fins de la cause en se servant de nombreux outils de gestion et de connaissances modernes tout en conservant l’essentiel de la tradition. Dans un premier temps, je vais décrire ce

moyen sommairement, quitte à revenir dans un deuxième temps pour mettre en lumière le sous-oeuvre. Ce qui pourrait prendre un temps fou en mode de contradiction (des semaines, des mois et à l'occasion des années) pourrait être accompli en mode d'appréciation en quelques jours et parfois en quelques heures. Car le vrai défi réside dans la résolution.

Prenons le cas simple de Jean et de Marie. Dans un premier temps, le tiers prend soin que les deux personnes se retrouvent dans un environnement où elles se sentent en sécurité et savent qu'elles ne seront pas pénalisées pour admettre la vérité. Jean raconte son histoire, son vécu, à Marie, en la présence du tiers, un chapitre à la fois. Marie écoute attentivement. Marie demande à Jean des informations supplémentaires afin de mieux comprendre l'histoire de Jean. Jean raconte son histoire à la première personne (*je* ou *nous*), donnant toujours sa façon de voir les choses, ses réactions aux autres personnes et aux événements. Marie reflète à Jean ce qu'elle a entendu et retenu. Jean la corrige au besoin, en ajoutant des précisions, jusqu'à ce que Jean soit satisfait de ce que Marie a bien saisi son vécu. Puis, Marie raconte son histoire à Jean, et ainsi de suite. Le tiers promeut l'appréciation, empêche la contradiction et voit à l'enregistrement de l'échange.

Voici le sous-oeuvre. Jean et Marie expriment le fond de leur identité. Jean et Marie co-opèrent. Jean et Marie s'écoutent l'un l'autre et savent que chacun a été écouté. Jean et Marie démontrent de l'empathie envers l'autre. Jean et Marie ne donnent à l'autre que des informations authentiques, soit leur vécu respectif. Jean et Marie ont fait et ont respecté une entente. Les deux se sentent valorisés. Ils ont fait preuve de compétence. Jean et Marie se calment. Les heurts de chacun ont reçu un baume. Oui, c'est vrai que ce n'est qu'un début, mais la physique nous a appris que les conditions initiales peuvent changer le système; c'est l'effet papillon.

Il se peut que leurs histoires ne s'accordent pas au point où on peut se demander s'ils ont assisté au même événement ou même s'ils habitent la même planète. Chaque personne est un univers et, d'après Jean Vanier, « une personne sacrée ». En général, les gens ne sont pas des menteurs, même si les uns qualifient ainsi les autres au stade des entrevues. C'est qu'ils perçoivent le monde à travers leur univers. Pour arriver à un portrait de l'ensemble, de la situation, en dialogue, on combine les deux univers. On les met côte à côte. S'il s'avère qu'un fait empreint d'ambiguïté est crucial pour arriver à la

résolution, on puise plus profondément pour s’approcher de la vérité.

En ce qui concerne les collectivités, dont plusieurs sont présentes dans la situation du projet d’amphithéâtre de la Ville de Québec, il s’agit d’appliquer les mêmes principes aux têtes dirigeantes, quitte à aller chercher la participation du grand public dans un encadrement convenable aux échanges, soit un dialogue, et non pas un débat. Les faits d’ordre technique, ceux qui font l’objet d’expertises, y compris la jurisprudence et la doctrine, exigent une attention particulière; ils sont toutefois les faits qu’on veut rendre accessibles aux décideurs, qui sont normalement des profanes.

Résolution des différends – Après l'enquête? Sur la piste des Postes

En mode de débat, après l'enquête, c'est l'audition, l'argumentation pour favoriser le remède préconisé ou pour se défendre contre ce remède et mettre de l'avant un remède reconventionnel, le tout dans le but de mettre la puissance de l'État de son côté. On a pu observer ce phénomène au cours du débat en Chambre des communes sur Postes Canada et les pistes de solution.

« Postes Canada » était pour les fins des présentes l'objet d'un débat tranché dans un premier temps par la majorité des représentants de l'électorat. Ce débat touche chaque membre de l'électorat, l'ultime arbitre de la question. Disons que cet arbitre, qui était en mesure de suivre le débat en direct par la télé au Canal CPAN, a pris le dossier en délibéré. Les interventions en Chambre lors du débat variaient, mais aucune n'allait au fond de la question.

« Pistes », c'est une façon de parler. Voies, chemins, méthodes, approches, sentiers signifient la même chose – réconcilier, harmoniser, solutionner le problème. Je préfère la notion d'alignement des forces ou des énergies, de dégagement, conservation, déploiement des énergies humaines. Ça relève de l'électricité. C'est électrisant. C'est puissant. C'est comparable à la fusion nucléaire, c'est un engin économique et social.

En mode de dialogue et après l'enquête, c'est la recherche des pistes de solution aux questions découlant de l'enquête à même les nombreuses possibilités afin d'arriver à des choix pour choisir la piste la plus sage par la suite. L'historique de la négociation collective, de la conciliation et médiation dans le dossier indique qu'on est en face d'une situation complexe parce que c'est une industrie en pleine évolution.

Les pistes de solution ne sont pas évidentes. Autrement, tous ces gens compétents et de bonne foi auraient trouvé ces pistes. Face aux impasses, les humains ont tendance à qualifier l'autre d'incompétent et de mauvaise foi, ce qui pourrait les éloigner des pistes. Il faut donc revenir à la recherche de pistes en commençant par l'examen de chaque piste mise de l'avant par les intéressés.

L'examen procède systématiquement. Dans un premier temps, on regarde le côté

positif. Comment telle piste pourrait-elle fonctionner pour produire les résultats recherchés : une industrie en santé, un service efficace, une main-d'œuvre qualifiée, des conditions de travail sécuritaires, un standard de vie digne, une pension raisonnable. Y a-t-il un élément qui manque? Faut-il ajouter un ingrédient à la recette?

Dans un deuxième temps, on regarde le côté négatif. Comment gérer les risques et quels sont les risques à gérer et qui sont susceptibles de saboter la piste et de nous empêcher d'arriver à bon port? Il faut donc incorporer dans la piste des mesures d'évitement ou de gestion des risques et les coûts de ces mesures. Dans un troisième temps, il faut tenir compte des émotions. Quelles sont les émotions des gens face à la piste?

Tout le monde traite chaque question en même temps afin d'y consacrer le maximum d'énergie. On examine chaque piste de la même manière - la piste proposée par la haute direction, la piste suggérée par le syndicat, la piste indiquée par le Gouvernement, la piste préconisée par l'Opposition, la piste conçue par les autres députés, la piste mise de l'avant par l'électorat, la piste dégagée par les experts et toute autre piste susceptible à première vue de produire les résultats recherchés.

Supposons qu'au lieu d'un flibuster (lire des lettres, etc.) de 58 heures, l'Opposition ait adopté le mode dialogue – résumer la situation, examiner les pistes, exprimer son choix, prévoir la réalisation, souligner l'apprentissage qui s'impose – le Gouvernement ne se serait-il pas retrouvé devant le choix suivant : poursuivre son chemin ou aller en plus grande profondeur dans la piste qu'il préconisait en démontrant de l'empathie pour la piste des autres? Toute personne veut se présenter comme étant raisonnable, n'est-ce pas?

Les députés avaient donc le choix du mode à l'intérieur des règles et du temps disponible. Bien sûr, l'Opposition dispose d'une certaine masse, mais les autres formations, elles aussi, auraient pu adopter le mode de dialogue, car l'électorat veut de l'innovation. Les gens ont besoin d'un modèle autre que la chicane laquelle passe à côté de la vraie vie. Oui, la Loi a ordonné le retour au travail, mais la recherche de pistes de solution demeure.

Résolution des Différends. La prise de décision et l'affaire Turcotte

Après l'enquête, l'examen des pistes de solution possibles et la détermination du choix de pistes praticables, on passe à l'étape de la prise de décision, l'équivalent du jugement en mode de débat par le juge de l'instance. En mode de dialogue, les décideurs, les juges, sont les parties elles-mêmes. Il faut qu'elles soient unanimes. En cas de dissidence, on réexamine la situation jusqu'à l'obtention de l'unanimité, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'il ait consensus.

L'affaire Turcotte a bouleversé et continue de fasciner les observateurs et surtout le grand public. On peut s'interroger si la communauté dans un premier temps a fait défaut d'appuyer la famille au moment où elle en avait le plus besoin et les enfants ont écopé de leur vie. Le monde autour de la famille s'est effondré comme c'est souvent le cas dans de telles circonstances. Toutefois, la communauté représentée par le jury dans un deuxième temps est venue à la rescousse de la famille. La mère a calmé le public.

Bien sûr, c'était un débat tranché par 11 représentants de la communauté, le douzième juré ayant été écarté faute d'impartialité. C'était une décision par le jury de « non responsabilité criminelle » qui laisse la porte ouverte à d'autres pistes de solution que l'incarcération parmi lesquelles il est encore possible que chacun trouve sa part de responsabilité dans l'affaire. Pour l'instant, il n'y a pas de responsables.

Faut-il qu'il y en ait? Il semble que non. Toutefois, il faut passer du pouvoir à la responsabilité afin d'accéder aux remèdes découlant de la coopération. La notion de responsabilité et de responsabilisation est en quelque sorte, il me semble, liée à la notion de liberté et de choix, l'idée de base étant que tout n'est pas prédéterminé et que les événements malheureux ou pas ne sont pas toujours des accidents, mais qu'on peut ajouter son grain de sel au destin et s'échapper de la prison du passé par la maîtrise de ses passions.

Même s'ils sont encore très présents dans notre mémoire, on peut dire à coup sûr que les enfants n'avaient aucune part de responsabilité. Il semble qu'un tribunal d'experts va décider si oui ou non le père, l'agresseur, risque de récidiver et constitue une menace pour la communauté. Si oui, l'agresseur pourrait être institutionnalisé. Sinon,

l'agresseur pourrait et même devrait être libéré. Le jury, limité à quatre pistes possibles, ne jouera qu'un rôle indirect dans la suite des choses. Cependant, ce rôle indirect, celui d'avoir rendu un tel verdict, devrait faciliter énormément la tâche du tribunal.

Devant la situation, beaucoup réagissent par instinct ou par intuition et trouvent que justice n'a pas été rendue. La justice s'occupe de la distribution des gains, des pertes et des risques parmi les intéressés, dont le public. Seul un dialogue structuré a le potentiel de rendre justice à partir de ce point, le tout dans le plus grand respect pour le jury. Dommage que le jury n'ait pas eu la possibilité de concevoir d'autres pistes afin que justice soit rendue. Toutefois, il est encore possible de structurer un dialogue à partir des éléments de la justice pour les fins de la situation.

Il y aura certes des opportunités de le faire. Le tribunal d'experts peut le faire en conformité avec les règles de l'art en vertu desquelles l'individu est perçu comme membre d'une famille, elle-même une composante de la société, tous des systèmes interactifs non linéaires, parfois décrits comme des cercles, des sphères, même des univers. Le commandement d'aimer son prochain rompt avec la tradition de se limiter aux échanges entre des individus (« la loi du talion ») ou aux échanges à l'intérieur de la famille ou la tribu.

Si jamais la décision prise par le jury était portée en appel, ce serait une autre occasion pour une cour de justice de devenir un promoteur réalisateur d'un dialogue structuré. Le Procureur général, le Bâtonnier du Québec, les médias sont d'autres promoteurs réalisateurs possibles. Plutôt que de contester ou de contredire la décision prise par le jury, on a le choix de réfléchir et voir comment on pourrait la compléter et lui donner son plein effet. Sinon, il y a risque que justice ne soit pas rendue ou perçue comme ne l'étant pas, si les deux seuls choix sont l'institutionnalisation ou la libération de l'agresseur.

Le jeu décisif et le tennis

La coupe Rogers se dispute au Stade Uniprix entre les meilleurs tennismen du monde, Novak Djokovic, Rafael Nadal, Roger Federer, Andy Murray et compagnie. Si c'est toujours l'égalité après six jeux partout, ce qui suppose un certain nombre d'échanges, un mécanisme a été prévu depuis longtemps pour briser l'impasse et décider du jeu à l'intérieur du temps disponible et à des coûts abordables compte tenu des revenus dérivés de la télévision.

Dans le domaine de la résolution des différends, on s'inspire du tennis ainsi que d'autres sports pour inclure un jeu décisif (« tie breaker ») lors de la conceptualisation du jeu afin de pouvoir arriver à une décision si, après un certain nombre d'échanges sur lesquels on s'était mis d'accord, les parties qui ne l'oublions pas sont aussi les décideurs se trouvent face à un obstacle dans leur chemin menant à la résolution.

Le dialogue leur offre un système susceptible de les aider, y compris par la participation du promoteur réalisateur polyvalent parfois médiateur, conciliateur, facilitateur, rassembleur, etc., dépendant du moment et du besoin, pour les encourager et les guider et parfois leur donner du leadership à point (*just in time*) sans leur enlever la responsabilité qui est la leur et est pleine de potentiel. Après le jeu décisif, on reviendra au dialogue pour la mise en oeuvre de la solution.

Donc, supposons que les parties décident de faire trancher une question ou un point, soit par le promoteur réalisateur, soit par quelqu'un appelé par les parties pour accomplir cette tâche spécifique et ponctuelle. C'est là qu'on peut dire que le dialogue et le débat s'intègrent jusqu'à un certain point. Cependant, dans un procès ou un arbitrage ou autre débat, c'est le juge ou l'arbitre qui décide de tout; c'est l'essence même du système contradictoire. Ce dernier système suppose que les parties ne sont pas en mesure de solutionner elles-mêmes leurs différends ou ne sont pas compétentes pour le faire.

L'appel au juge ou à l'arbitre est rare dans les faits, car le dialogue bien mené est très efficace. Je me rappelle qu'après avoir résolu par dialogue un litige opposant les copropriétaires d'un condo d'une part et le constructeur et les professionnels et leurs assureurs d'autre part, un des copropriétaires qui était aussi avocat s'est exclamé :

« Oui, je suis extrêmement heureux du dénouement et des coûts abordables compte tenu du beau résultat obtenu, mais cela me fait peur quant à l'avenir des avocats plaideurs ».

Oui, dans le dialogue, on assiste à un changement du jeu. Ce changement de paradigme comporte un changement de rôles pour tous les joueurs. Par exemple, les juges au débat deviennent ceux qui font une place au dialogue, demeurent disponibles pour assurer le bon déroulement de l'instance, et même agissent à titre de promoteurs réalisateurs; les plaideurs deviennent des conseillers juridiques en apportant à l'attention des parties des précédents appropriés et en faisant valoir et ressortir la sagesse et de la jurisprudence et de la doctrine. Le vrai défi découlant de ce changement de paradigme se situe au niveau de la formation. Il s'agit d'un changement de la même nature que de passer du golf au tennis.

Même si le jeu décisif est peu utilisé, son inclusion sécurise les parties. Le cas échéant, le juge ou l'arbitre, interpellé et briefé par le promoteur réalisateur et les parties, doit agir en connaissance de cause et connaître la zone potentielle d'accord et les limites de consensus possibles dans l'affaire en question, car le consensus pourrait se situer à différents niveaux allant de l'enthousiasme à l'absence d'objection.

Ce juge ou arbitre ainsi interpellé et briefé intervient après que le dialogue a identifié, défini et précisé la question découlant des échanges. Le dialogue remplace les plaidoiries et permet souvent aux parties elles-mêmes de répondre à cette question ou, le cas échéant, permet à un tiers de répondre à la question qui fait obstacle, d'une manière acceptable pour les parties. Il convient à l'occasion que la réponse vienne de la bouche d'un tiers même si la réponse est un reflet de leurs sentiments.

À l'extérieur du palais de justice ou sans clause d'arbitrage, le jeu décisif est à créer sur mesure, en fonction de la situation. Au cours du déroulement de la démarche, il se peut que le promoteur réalisateur soit le mieux placé pour jouer le rôle du décideur pour les fins du jeu décisif, car les parties contrôlent le processus et sont en mesure d'apporter les modifications nécessaires ou utiles; le dialogue est souple et s'adapte constamment aux circonstances.

Si on a frappé à la porte du palais de justice ou signé un contrat contenant une clause

d'arbitrage, c'est l'inverse qui se produit : le dialogue est à créer en fonction de la situation et en alignement avec le jeu décisif déjà en place. C'est ce que le législateur a prévu pour ceux qui frappent à la porte du palais – le procès ou l'arbitrage sont des jeux décisifs, soit après débat, soit après dialogue. (La Cour par la voie de la gestion du débat empêche la reprise du combat.)

Novak, Rafael, Roger, Andy et compagnie jouent pour gagner le tournoi et la première place. C'est la règle du jeu : un gagnant et combien de perdants. Dans un dialogue, le commun des mortels recherche la satisfaction de ses intérêts dans le respect de ses droits. Il y a souvent plusieurs solutions possibles dont une solution faite sur mesure par les parties elles-mêmes qui convienne aux parties.

Donc, c'est la coexistence, l'intégration et l'interaction des deux systèmes, ce que j'appelle l'innovation et la rénovation. On s'inspire des meilleurs atouts de chacun, y compris leurs façons de contrôler les risques, en faisant une combinaison des éléments de la justice. À la base de l'économie se trouve la collaboration. Même les tennismen collaborent.

La mise en oeuvre, c'est la clé

Le dialogue structuré ouvre la porte à une gamme élargie de remèdes. Toutefois, il faut s'assurer que le remède choisi se concrétise. La concrétisation du remède fait partie du jeu dès le départ de sorte que le jeu n'est pas terminé avant que les parties ne se retrouvent avec des gains concrets dans les mains.

Le remède normal est le paiement d'une somme d'argent contre valeur et c'est le remède légal. Dans un dialogue, le remède admis peut être la performance, par exemple la livraison d'une oeuvre contre quittance. En matière d'infrastructure, la voie légale exige l'appel d'offres et l'acceptation du plus bas prix soumis.

La présidente de l'Ordre des ingénieurs, Maud Cohen, dans un reportage de Vincent Larouche de *La Presse* du 5 août 2011, souligne l'importance sur le plan pratique de trouver un remède équitable. « Il faut arrêter de vouloir les choses au plus bas coût. Surtout à l'heure où nous sommes en train de reconstruire toutes ces infrastructures, il ne faut absolument pas négliger la phase de la conception. »

La mise en oeuvre d'une solution équitable exige de la collaboration de la part de tous les joueurs. Dans le cas d'un dialogue entrepris à cause d'un conflit, par exemple à la suite de l'effondrement d'une structure, la collaboration s'installe progressivement dès le début par la confection même des règles du jeu afin d'arriver à la solution équitable. La collaboration se poursuivra jusqu'à la mise en oeuvre de la solution.

On en est rendu, supposons, au stade de la prise de décision. On a décidé, par exemple, de faire construire un centre administratif et de le livrer clés en main contre quittance. Comment procéder pour la mise en oeuvre? Dans un premier temps, le promoteur réalisateur convoque tous les intéressés : le bailleur de fonds (la compagnie d'assurances), le client c'est-à-dire toujours dans mon exemple les élus, les sages de la communauté et l'ingénieur en chef sans oublier le surintendant des travaux et l'entrepreneur général choisis par les parties.

Les intéressés s'assoient à la table pour concevoir l'oeuvre, arrêter les plans et devis en tenant compte de tous les coûts, y compris les frais d'administration et même le profit de l'entrepreneur général, et préparer le chemin critique ainsi que l'échéancier. Par la

suite, les intéressés examinent ensemble le projet en supputant les risques. Il leur faut d'abord identifier ces risques et décider des mesures à prendre soit pour les éviter, soit pour les gérer. La réalisation commence et les intéressés font le suivi, jusqu'à l'acceptation de l'œuvre et jusqu'à ce que mission soit accomplie.

Le résultat en l'occurrence: œuvre de première qualité livrée et acceptée à des coûts abordables (2 000 000 \$ plutôt que les 9 000 000 \$ de l'estimation avant la démarche en dialogue), dans un délai raisonnable, et avec les gains recherchés par tous les intéressés, y compris le profit attendu par l'entrepreneur général. Ce résultat reflète un changement de culture, d'une culture de domination à une culture de coopération donnant ouverture à la saine gestion.

Le 22 juin 2011, *La Presse* et *The Gazette* se sont portés promoteurs réalisateurs pour mettre fin à « Une situation intolérable ... En raison des embouteillages monstres causés par le mauvais état des infrastructures routières dans la région de Montréal ». Cette initiative donne l'espoir que le souhait de la présidente de l'Ordre des ingénieurs pourrait se réaliser. Tous les joueurs sont présents, y compris les utilisateurs et les autochtones : « La fermeture soudaine de deux voies du pont Mercier a mis en évidence la fragilité du réseau routier de la région métropolitaine de Montréal ». Je rappelle la pièce de théâtre « Sexy Béton » d'Annabel Soutar et ses propos dans *The Gazette* du 5 août 2011 « What can you do about this road mess? »

Il semble que l'initiative de *La Presse* et *The Gazette* va bon train. Les gouvernements sont de plus en plus transparents. Il s'agit maintenant pour les professions d'aligner leurs énergies et de participer dans ce jeu de grande collaboration. Quelle belle occasion pour la collectivité de mettre en œuvre sa sagesse et ses connaissances et, pour les professions, de s'affirmer et se voir valorisées par la collectivité. En voulant se donner une meilleure infrastructure, il faut se donner une structure sur mesure pour les fins de la mise en œuvre, soit un dialogue structuré.

Sources du fleuve de la connaissance

La résolution des différends puise à de nombreuses sources qui viennent former le fleuve de la connaissance et dont on se sert au bon moment, en temps utile, pour les fins d'un dossier particulier. Dans une étude de cas, Claude Beauregard, analyste en Affaires publiques, avait identifié seize sources :

La théorie des jeux

La théorie du chaos

L'histoire

La narration, la tradition orale

Commerce, négociation, transaction

La théorie et la pratique en éducation

Les muses et les arts

La diplomatie

La tradition autochtone

Le langage et la linguistique

La spiritualité et la religion

La médecine et la psychologie

La philosophie

La sociologie et l'étude des organisations

La loi, la jurisprudence et la théorie juridique

La gestion et l'administration

Il y en a plus. Le Groupe Interlex, groupe pluridisciplinaire, a identifié une soixantaine de sources, incluant celles mentionnées plus haut. Quand je dis qu'il y a probablement autant de sources que de branches de la connaissance, je fais une métaphore sortie de la nature, soit l'arbre et ses branches. La résolution des différends demande beaucoup de ressources et de recherches. Par exemple, qu'est-ce qu'on pourrait apprendre de la nature et comment? Le bio-mimétisme est une nouvelle discipline. Jusqu'à quel point l'être humain, un organisme, est-il libre de ses choix?

À titre d'avocat, j'ai pris l'habitude de mettre la loi, la jurisprudence et la théorie juridique au service de la résolution des différends. Souvent, les juristes dans un débat font appel à des experts et à leurs expertises pour établir des faits pour les fins du débat. Souvent, le contexte, soit le débat lui-même, crée des distorsions dans les expertises, car l'éthique en matières scientifiques est mise de côté. Le dialogue nous permet de restaurer cette éthique non seulement quant à la science mais aussi en droit afin d'arriver à une vraie appréciation de la loi, de la jurisprudence et de la théorie juridique.

Voici l'éthique proposée par Richard P. Feynman, lauréat du prix Nobel de physique, dans « Vous voulez rire, Monsieur Feynman! » :

« L'un des principes fondamentaux de la recherche scientifique est le suivant : ne pas se raconter d'histoires, ne pas s'abuser soi-même, étant entendu qu'on est soi-même la personne qu'il est le plus facile d'abuser. Dès lors qu'on applique cette règle, dès lors qu'on arrive à ne pas se raconter d'histoires à soi-même, ne pas en raconter aux autres ne présente plus aucune espèce de difficulté: il suffit simplement d'être honnête, au sens habituel du terme.

« Je voudrais ajouter ici quelque chose qui, sans être essentiel du point de vue scientifique, me semble néanmoins important. Un chercheur ne doit jamais, quand il s'adresse en tant que scientifique à un public non spécialisé, raconter d'histoires. Je ne veux pas dire que vous ne devez pas, dans les circonstances où vous intervenez en tant qu'être humain simplement – dans vos rapports avec votre femme ou avec votre petite amie, par exemple – ne pas raconter d'histoires. Ça, c'est une affaire qui doit se régler entre vous et votre conscience. Non, ce dont je veux parler, c'est d'une attitude d'honnêteté intellectuelle dont vous ne devez vous départir ni dans vos conversations avec d'autres chercheurs ni dans vos rapports avec le grand public; une attitude qui consiste à rechercher sans complaisance tout ce qui pourrait faire que vous ayez tort.

« Je vais prendre un exemple. L'autre jour, je parlais avec un ami astronome et cosmologue, qui devait passer à la radio; il se demandait comment parler des applications de la cosmologie.

« Mais, lui ai-je dit, un peu surpris, la cosmologie n'a pas d'applications.

– Je sais, m'a-t-il répondu, mais le seul moyen d'obtenir des crédits, c'est de faire valoir les applications possibles. »

Moi, je trouve ça malhonnête. Vous vous présentez au public en tant que scientifique et vous racontez ce que vous faites. Maintenant, si le public n'est pas prêt à payer pour ce que vous faites, c'est son affaire; mais il a le droit de décider en toute connaissance de cause.

« Autre exemple : vous voulez vérifier telle ou telle théorie, ou bien faire passer telle ou telle idée. Un principe général dans ces cas-là est qu'il faut tout publier, tout, absolument tout, comme ça se présente. En effet, il est toujours possible, en ne publiant que des résultats sélectionnés, de faire passer pour vrai n'importe quel raisonnement. Il faut donc publier absolument tout. »

J'ai l'intention d'amener un certain nombre de ces sources à la table du dialogue au cours des prochains articles, toujours dans un contexte d'actualité. Par exemple, nous travaillerons ensemble, le Premier ministre du Québec a-t-il promis, dans une nouvelle culture de collaboration, une source de la résolution des différends. « Travaillons ensemble » était le slogan du Nouveau Parti démocratique lors du dernier scrutin. La collaboration est à la base de l'économie. La collaboration se produit dans la nature, y compris chez l'être humain. Mais c'est quoi au juste, la collaboration?

La multiplicité des sources pose un certain nombre de défis. Les cours de l'instruction publique sont organisés tant au niveau secondaire qu'au niveau universitaire en fonction d'une étanchéité de disciplines sans penser à la pluridisciplinarité. Au niveau des professions, certaines disciplines sont réservées en exclusivité à certains ordres professionnels. Toutefois, l'individu, parfois la collectivité, est obligé par la force des choses à faire l'intégration des disciplines lors de la prise de décision.

Donc, c'est possible, la pluridisciplinarité; le cerveau humain qui dirige l'organisme humain en est capable, il fait des choix intégrant diverses disciplines bien souvent. En mode de débat, l'étanchéité est conservée. En mode de dialogue, les cloisons tombent à la recherche de la sagesse dans le grand fleuve de la connaissance. Un des plus beaux

défis en pluridisciplinarité, c'est l'intégration de la science et la tradition autochtone, par exemple le dialogue à l'heure actuelle entre les Inuits et les scientifiques dans le grand Nord.

Amenons des sources à la table pour ouvrir la voie aux nombreuses possibilités de solutions aux différends. Ces sources, la multiplicité des sources, font en sorte que nous avons à notre disposition des forces très puissantes et sûres contre toute intempérie, à l'image du Pont de l'Europe entre la France et l'Allemagne, l'objet du poème du lauréat Nobel, l'irlandais Seamus Heaney dans la collection « Écrire les Frontières. Le Pont de l'Europe » ISBN 92-871-3884-2.

« Tenace dans l'effort et fort sous la tension,
Un pied sur chaque bord sans être d'aucun camp,
Le pont tient bon sans discussion.
Rien ne peut détourner son attention.
Mouvant ou treillagé, penché en suspension,
Un pied sur chaque bord sans être d'aucun camp,
Tenace dans l'effort et fort sous la tension. »

La générosité, une sphère de l'économie

La générosité est une sphère de l'économie, l'une des deux sphères, comme les deux sphères du cerveau humain. L'autre sphère, le marché, est plus connue. Les deux sphères sont connectées comme c'est le cas dans le cerveau. Cette connexion donne ouverture à la conscientisation et la plus-value. C'est pourquoi de nos jours nombre d'entreprises commerciales maintiennent d'étroites relations avec des organismes sans but lucratif.

La Loi sur l'impôt vise la sphère du marché, mais doit nécessairement prévoir un certain nombre de dispositions relatives à l'autre sphère, le don. Pendant de nombreuses années, la sphère du don était dans l'ombre de l'autre, comme l'autre face de la lune; on ne la voyait pas. Pourtant, le don est très ancien. Le don gouverne les familles, la bienfaisance, les artistes, les autochtones et, oui, les professions, y compris la profession d'avocat et d'avocate.

Depuis la Deuxième Guerre mondiale, le don a connu une remontée spectaculaire grâce au plan Marshall, un acte de générosité de la part du président Truman et de son secrétaire d'État, l'ancien commandant en chef George C. Marshall, envers l'Europe et qui se joint aux actes de générosité du général Douglas C. MacArthur envers l'Asie. La réciprocité est au cœur du don, donnant lieu à des attentes légitimes. La réciprocité est également au cœur du marché. Le don et le marché sont tous les deux des échanges.

À la suite de la réforme du Code civil du Québec en 1991, les dispositions concernant le marché, soit la vente, sont adjacentes aux dispositions concernant la générosité, soit le don : il s'agit des articles 1708 et suivants et les articles 1806 et suivants. On a fait du progrès! Mais il y a encore du progrès à faire avant qu'on puisse aligner davantage les deux sphères. Par exemple, dans la vraie vie, il s'agit de relations de coopération où on peut trouver des contrats à l'intérieur d'un protocole de partenariat public-privé.

Le lien est fait au Code civil par le principe de la bonne foi qui donne à la Cour le pouvoir d'aligner les deux sphères dans un cas particulier. Ce concept de bonne foi relève de la coopération pour contrer les effets des gestes déloyaux, y compris mais non limités à la fraude et autres formes de la corruption, au niveau de la distribution des gains et des pertes, c'est-à-dire la justice.

Cependant, la jurisprudence et la doctrine du monde juridique concernant le don et la connexité susdite ne sont pas trop développées pour l'instant. Il existe plusieurs grands experts en fiscalité en ce qui concerne les dons dans le contexte de lois fiscales, mais très peu d'experts en matière de dons. On a tendance à oublier que le donataire a une responsabilité lui aussi. Ce n'est pas tout de recevoir. Il faut donner en retour. C'est pourquoi le traducteur de l'œuvre de Robert Axelrod « The Evolution of Cooperation » a traduit le titre par « Donnant, donnant ».

Pour résoudre des différends en certains domaines, il faut être conscient de l'ensemble de l'économie. Par exemple, des fiscalistes organisent la succession dans une famille en relation avec une entreprise familiale sans tenir compte de la dynamique de la famille, ce qui est la source de nombreux différends familiaux futurs. Dans une affaire opposant des gouvernements aux autochtones par rapport aux programmes de bienfaisance, j'ai demandé aux parties au moment d'établir les faits quel était le fondement de ces programmes. Elles ont répondu sans hésitation de façon unanime : « la générosité ». Dès ce moment, on se trouvait sur la bonne piste. Les parties ont transformé leur différend en partenariat en conformité avec l'esprit du don.

Pendant mes études à la Faculté de Droit, il y avait une seule œuvre sur le don, le Traité de J. Émile Billette, qui faisait mention de l'œuvre magistrale de Marcel Mauss, « Essai sur le Don ». En supposant que les articles du Code civil sur la donation aient une relation avec le don, je cite les œuvres suivantes à titre de doctrine : Jacques T. Godbout, « L'esprit du don »; Alan D. Schrift, « The logic of the gift – Toward an Ethic of Generosity »; Lewis Hyde, « The Gift »; Dr. Constantine C. Menges, « The Marshall Plan From Those Who Made It Succeed »; Jack Weatherford, « Indian Givers »; et Darren Wershler-Henry « Free as in speech and beer – open source, peer-to-peer and the economics of the online revolution ».

Bonne lecture!

La coopération, une attente légitime

Promouvoir la coopération, contrer la non coopération et rétablir la coopération, voilà la dynamique de l'économie mais aussi de la résolution des différends. Souvent, le promoteur réalisateur doit induire les intéressés à coopérer plutôt qu'à poursuivre d'autres stratégies comme la compétition, l'accommodement ou l'évitement. La coopération permet à chacun des intéressés de réaliser des gains simultanément.

La recherche a démontré que la coopération dépend des 5 facteurs suivants et indique les actions à prendre :

1. l'ombre projetée par l'avenir sur le présent – augmenter l'ombre
2. les gains – les modifier
3. le souci les uns des autres – l'enseigner
4. la réciprocité – l'enseigner
5. les capacités de reconnaissance – les améliorer.

À noter que la confiance ne fait pas partie des facteurs ci-dessus; il n'est pas absolument nécessaire d'avoir confiance dans l'autre avant de commencer à coopérer.

Dans la plupart des différends, les intéressés se trouvent dans une situation donnée, par exemple il s'agit d'une famille, de relations de voisinage, d'affaires, de partenariat, de citoyens. C'est de plus en plus exceptionnel dans notre monde que les intéressés n'aient pas d'ombre projetée par l'avenir sur le présent. C'est cette ombre qui rend possible la coopération.

Les gains n'ont pas besoin d'être spectaculaires, mais ils doivent satisfaire des besoins, par exemple, le besoin de recevoir des informations authentiques, celui d'être écouté, d'être valorisé, le besoin d'influencer son destin, le besoin de sociabilité, le besoin d'apprendre. Le promoteur réalisateur prend des mesures pour assurer aux intéressés des gains dès le début du processus.

Le souci les uns des autres est enseigné au fur et à mesure par les narrations des uns aux autres. On met en œuvre un outil très puissant, l'empathie, soit voir le monde avec les yeux des autres sans abandonner notre propre façon de voir le monde. Quand on

souffre soi-même, ce n'est pas facile de vivre même momentanément la peine des autres.

La réciprocité, le cœur des échanges tant du marché que de la générosité, est de mise à tous les instants dans la résolution des différends : on se donne des informations authentiques, on s'écoute mutuellement, on se valorise, on contrôle le processus conjointement, on communique, on apprend les uns des autres, on traite des questions à fond plutôt qu'attaquer les personnes.

Les capacités de reconnaissance relèvent de la mémoire. Quand les intéressés se parlent, la mémoire se crée et l'histoire s'écrit informellement, ce qui leur permet d'agir avec intelligence et sagesse dans le présent en perspective du futur. On ne peut pas changer le passé, mais on peut faire des choix pour le présent et pour le futur. On peut faire des ajustements, des virages, toujours en acceptant et valorisant les personnes.

Que faire face à la non coopération? C'est la question qui s'est posée le lendemain du massacre du 22 juillet 2011 en Norvège, la même qui s'est posée le lendemain du 11 septembre 2001, qui se pose encore aujourd'hui face à la violence, la fraude et la corruption. La riposte? L'instinct nous dicte le combat ou la fuite. L'intuition nous recommande la cognition. Or, la cognition exige qu'on réfléchisse, qu'on fasse des recherches, qu'on vive le deuil de la perte, qu'on consulte et qu'on se concert. Trouver la riposte appropriée dans une circonstance donnée n'est pas facile, comme en peuvent témoigner les parents qui cherchent des « conséquences » appropriées à donner à leurs marmots récalcitrants.

La recherche mentionnée plus haut, telle que rapportée par Robert Axelrod dans son livre *The Evolution of Cooperation*, traduit « Donnant, donnant – théorie du comportement coopératif », nous propose la stratégie cognitive donnant, donnant que j'ai appliquée de concert avec des parties face à la non coopération d'autres parties afin de rétablir la coopération. La confiance s'installe progressivement.

En anglais, la stratégie porte le nom de *Tit-for-Tat*, ce qui ne rend pas justice à la stratégie. La traduction « donnant, donnant » est fort intéressante. Or, la stratégie ne dit pas de répondre à la violence par la violence mais d'y répondre par la non-violence. On affirme ce qu'on veut – la coopération; on ne l'abandonne pas. On passe soi-même à la

non coopération par un acte cognitif mesuré. Et ensuite on revient à la coopération. Voici une description de la stratégie.

"TIT-FOR-TAT AND THE HIGH PROFITS FROM COOPERATION

"The most persuasive evidence regarding the profitability of negotiation strategies comes from an experiment conducted at the University of Michigan by Robert Axelrod and reported in his excellent book, *THE EVOLUTION OF COOPERATION* (Basic Books, 1984).

"Axelrod used a dollar-based variation of the famous « prisoner's dilemma » problem to test whether a cooperative or a « selfish » or aggressive negotiating strategy would gain the largest dollar profits. By now it is well known that TIT-FOR-TAT, an exceptionally wise and disciplined cooperative strategy, was clearly the most profitable.

"It bears emphasis that TIT-FOR-TAT won because it produced the greatest individual profits, and for this reason alone it deserves our attention. But lawyers are members of a public profession and care a good deal about the influence their actions have on society as a whole.

"With this in mind, we shouldn't ignore that TIT-FOR-TAT produced not only the highest individual profits, but the most impressive joint gains as well. Joint gains are especially interesting because, by definition, they come not at the expense of either side, but rather to the benefit of both. Everyone benefits by joint gains.

"To appreciate the power as well as the possible limitations of TIT-FOR-TAT it is recommended that negotiators read Axelrod's book and at least some of the commentary it has spawned. However, the profitability of the TIT-FOR-TAT strategy has been summed up, by Axelrod and by commentators, in six attributes or characteristics:

1. It begins cooperatively;
2. It retaliates perfectly, which means it retaliates:
 - a. Immediately,

b. Unambiguously, and

c. Appropriately;

3. It is perfectly trustworthy (it never defects first)

4. It is perfectly forgiving, which means it forgives:

a. Immediately,

b. Unambiguously, and

c. Appropriately;

5. It does not object to gains made by the other side (it is perfectly happy to let the other side maximize its profits – indeed, to encourage it – so long as this doesn't interfere with its own profits)

6. It is perfectly patient (it doesn't lose patience and try to shortcut the negotiation process — it accepts negotiation process as its method of choice for arriving at results; it doesn't use « take it or leave it » as a strategy.”

Source: Gerald R. Williams, « A Lawyer's Handbook for

EFFECTIVE NEGOTIATION AND SETTLEMENT », pp. 92-94

Gandhi, Martin Luther King, Jr, Harry Truman, George C. Marshall, Robert Schuman, Jean Monnet ont fait la démonstration de la coopération en action. Par les temps qui courent, on se sent impuissants devant le drame et la crise qui se jouent devant nous aux États-Unis. D'après Bill Clinton, la coopération est bonne pour l'économie, mais le conflit est bon pour la politique. Donc, il y a un manque de cohésion entre le monde économique et le monde politique. (*Meet the Press*, émission du 18 septembre 2011.) Pourtant, les gouvernements et les investisseurs sont des acteurs incontournables et doivent coopérer.

Je soumets que la notion de coopération continue d'évoluer. Dans les circonstances, il incombe à chacun de donner un coup de main à cette évolution, cas par cas, dossier par

dossier, en se servant au besoin de la stratégie de Donnant, donnant pour contrer la non coopération. Ce faisant, tel que suggéré par Polonius à son fils Laertes dans Hamlet, vous serez loyal envers vous-même et, aussi infailliblement que la nuit suit le jour, vous ne pourrez être déloyal envers personne.

Changement du jeu, changement de culture

La théorie du jeu est une expression mathématique impossible pour le profane à saisir parfaitement. Il faut compter sur les mathématiciens pour la preuve. Voir *The Britannica Guide to Statistics and Probability*. Cette théorie fait partie de l'approche d'appliquer la mathématique à l'économie pour arriver à des modèles économiques et se situe également dans le même ordre d'idées que la logique de Charles Sanders Pierce. Voir *Reasoning and the Logic of Things*.

Von Neumann, le grand manitou de la théorie du jeu, a servi d'inspiration pour le personnage du Dr Strangelove joué par Peter Sellers dans le film de Stanley Kubrick *Dr. Strangelove or : How I Learned to Stop Worrying and Love the Bomb*. Von Neumann avait proposé le déclenchement d'une guerre nucléaire par les États-Unis contre l'Union soviétique. Voir William Poundstone, *Prisoner's Dilemma* et Ivars Peterson, *The Mathematical Tourist*.

Toutefois, la théorie du jeu s'est inspirée de jeux à la portée du commun des mortels, par exemple le jeu d'échecs, le poker, le hockey, le football, le golf, le tennis, etc. Ce sont tous là des jeux que le profane peut comprendre et où il peut se servir de son gros bon sens, facteur que la mathématique exclut de ses calculs. Parfois, pour connaître la météo, il suffit de regarder par la fenêtre.

Tout le monde peut se rendre compte que c'est impossible de jouer au tennis sur un terrain de golf, même si des gens comme Douglas Hofstadter réfléchit sur de telles possibilités, par exemple jouer aux échecs sur un autre échiquier que l'échiquier conventionnel – voir « Le Ton beau de Marot ». Normalement, les gens qui se présentent sur le terrain de tennis avec leur sac de golf vont se voir refuser l'accès au terrain.

Supposons qu'on examine la situation d'une cause à la Cour avec l'optique du jeu. Est-ce qu'on peut discerner un jeu? Oui, à condition qu'on soit conscient qu'il existe d'autres jeux pour les fins de contraste et de comparaison. Un golfeur, même un mordu, qui habite une maison au bord d'un terrain de golf, est conscient qu'il y a d'autres jeux que le golf.

En matière de causes à la cour, on n'est pas vraiment conscient du jeu, sauf que la

magistrature a déjà posé la question : mais, est-ce qu'il n'y a pas un meilleur jeu (« Isn't there a better way ? », discours célèbre du juge en chef des États-Unis en 1976), ce qui a incité la recherche pour soit découvrir, soit concevoir un jeu différent et meilleur.

Une réponse entre autres a été de réunir un groupe pluridisciplinaire, un groupe incluant non seulement des professionnels et des chefs d'entreprises mais aussi des autochtones, pour se pencher sur la question.

Premier constat : le jeu conventionnel, c'est un débat, un débat judiciaire, un débat parlementaire, un débat tout court. Ça ne prend pas un grand clerc pour connaître le nom de ce jeu puisqu'il porte son nom : débat en bonne et due forme.

Deuxième constat : il y a non seulement un autre jeu mais aussi plusieurs autres jeux, par exemple la diplomatie. En effet, il y a autant de jeux possibles que de causes en combinant les éléments de la justice pour les fins de la cause. On donne le nom de « dialogue » collectivement à ces autres jeux.

Il s'agit donc à la fois de la rénovation du jeu du débat et de l'innovation des jeux du dialogue et de l'intégration des deux dans un seul système d'administration de la justice.

Le débat est très proche de la guerre : *dé-battre*. Souvent, les joueurs emploient des termes guerriers, par exemple ils parlent d'une bataille judiciaire. Le dialogue nous éloigne davantage de la guerre. En plus de décider d'arrêter le combat et de se parler, on décide de travailler ensemble du même côté pour trouver la sagesse, le gros bon sens. Voir *Beyond Self-Interest*, édité par Jane J. Mansbridge, notamment le chapitre 18 *Mothering versus Contract*.

Qui dit changement du jeu dit changement de culture, changement de paradigme.

Si des joueurs de tennis veulent à un autre moment jouer au golf, il faut qu'ils changent de comportement et d'équipement afin de se conformer aux règles du jeu de golf, d'être en mesure de jouer et d'avoir accès au terrain. Les joueurs de tennis devront aussi apprendre le nouveau jeu, le cas échéant. Le terrain de jeu du débat est au Palais de Justice, mais où se situe le terrain de jeu du dialogue?

Le ministre de la Justice vient de déposer un avant-projet de loi afin de nous doter d'un nouveau Code de procédure civile. Cet avant-projet fera l'objet de travaux parlementaires au cours des mois à venir. À première vue, il s'agit d'une refonte de la loi actuelle, une simplification, « streamlining », la rénovation du débat, car l'arbitrage, la médiation, la négociation, le règlement hors de cour font tous partie du système de réconciliation par le jeu de la contradiction et du débat.

Par respect pour le Ministre et pour tous ceux et celles qui ont produit l'avant-projet, je me ferai un devoir de le lire intégralement avec un esprit ouvert, positif et constructif dans l'espoir que ces mesures donnent accès à la justice pour tous.

Quand j'entreprends la lecture d'un document dense, je me pose au moins une question et j'y cherche la réponse. Dans ce cas-ci, ma question sera la suivante : est-ce que l'innovation, c'est-à-dire le changement du jeu, de culture et de paradigme, sera au rendez-vous afin d'éviter le sort de la réconciliation dans la *Loi sur le divorce*? Il me semble qu'après tant d'efforts à travers une trentaine d'années, l'innovation, une vraie modernisation s'impose.

La Constitution, un « elephant in the room »?

On attribue aux éléphants bien des qualités : la mémoire, la communication, le pouvoir, la compassion. Voir Douglas H. Chadwick, « The Fate of the Elephant ». L'éléphant est même le symbole d'un grand parti politique aux États-Unis. L'éléphant sert également de métaphore dans l'expression idiomatique *Elephant in the room* pour signifier une réalité évidente alors que des gens prétendent qu'elle n'est pas présente. Pour les juristes, l'éléphant est toujours présent quand on suit la méthode juridique d'analyse, car il faut toujours poser et reposer la question « Où est la source de la réponse à la question dans la Constitution? ».

Je me souviens que durant mes études en droit constitutionnel à McGill sous le leadership de Frank Scott, grand constitutionnaliste, professeur, doyen de la Faculté, activiste et poète, on se creusait les méninges sur l'Acte de l'Amérique du Nord, 1867, de la jurisprudence (beaucoup de causes, à ce que je me souviens, avaient trait aux tavernes, par exemple *Hodge* et *La Reine*, *Christie* et *York*, *Roncarelli* et *Duplessis*, etc. Voir aussi Christine Sismondo, « America Walks into a Bar »), la doctrine et la coutume (*convention*).

Aujourd'hui, c'est quoi l'ajout à la Constitution, mis à part l'Acte de 1982, après 50 ans de recherche historique et archéologique intensive? Certes, la recherche révèle un héritage commun très riche et détaillé incluant ce que certains chercheurs qualifient « d'alliances fondatrices », les relations entre les autochtones et les immigrants, du Canada, nom dérivé du mot autochtone signifiant « nos foyers » qu'on retrouve à l'hymne national. Voir, par exemple, Marcel Trudel, « A-t-on oublié que jadis nous étions 'frères'? alliances fondatrices et reconnaissance des peuples ».

Gabriel Sagard a écrit son « Histoire du Canada » en 1667. Or, le Canada existait déjà depuis un certain temps. Le Canada a-t-il commencé avec la réunion de Jacques Cartier et des autochtones en 1535 à Hochelaga?

Certains disent que non, car d'après eux, au retour des Français les autochtones n'étaient plus là, ce qui a permis aux Français de revendiquer le statut de premiers arrivés. (Je n'ai jamais compris le but d'une telle revendication quand on dit communément que les premiers seront les derniers.) Toutefois, c'est sûr qu'à l'heure de

la fondation de la ville de Québec en 1608 les autochtones étaient là car Samuel de Champlain, le fondateur du peuple canadien et le premier Gouverneur général du Canada, partait en guerre avec eux pour aller battre les maudits Anglais et leurs alliés autochtones au même moment où les Hollandais débarquaient à Manhattan.

Même si on adore La Guerre, Yes Sir!, c'était plutôt la paix entre les nouveaux arrivés et les autochtones et ça pour deux motifs : l'entraide et le commerce, au point où la paix était la règle et la guerre l'exception, même si on en parle en proportion inverse. Les autochtones ont la mémoire longue et se souviennent des traités, tant à l'Est avec les Français qu'à l'Ouest avec les Anglais et les Hollandais, des traités de paix favorisant le respect et l'amitié. La recherche a corroboré la mémoire, par exemple de la Grande Paix de Montréal de 1701.

Tout allait relativement bien pendant une période de 200 ans jusqu'au Traité de Gand en Belgique (Waterloo est aussi en Belgique) en 1814 mettant fin à la guerre de 1812 quand les Britanniques ont abandonné leurs grands alliés autochtones à leur sort aux États-Unis, ceux-là mêmes qui avaient permis aux Britanniques de conserver le Canada. Les autochtones n'étaient pas partie à ce Traité. Les autochtones n'étaient pas non plus partie au marché de la Confédération en 1867, le Parlement à Ottawa ayant été désigné pour traiter avec eux en conformité avec les traités déjà faits. Quand on pense à notre histoire, ça revient au choix de se souvenir soit de la guerre, soit de la paix. Je pense que la forte majorité des citoyens opterait pour la paix avec la guerre comme risque à gérer.

Toutes ces relations font partie de notre héritage. Mais est-ce qu'elles font partie de notre Constitution de sorte qu'il faudrait ajouter d'autres Actes à ceux de 1867 et de 1982? Est-ce qu'en principe notre Constitution et notre héritage devraient s'accorder? Je vous soumets que oui, avec le résultat que mieux connaître la Constitution peut prendre la place de l'amendement de la Constitution. Quand on voit le mot « Canada » dans un Acte, est-ce que ce mot nous ramène à 1608 et à tout ce qui est intervenu par la suite?

Il faut faire la preuve de l'histoire, un défi de taille quand on pense au volume de la recherche disponible. Ajoutez la dimension contradictoire à ce défi et ça devient tout un éléphant. Aussi, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada dépend de la preuve produite aux nombreux dossiers de causes de longue durée, laquelle jurisprudence ne tient pas compte de façon intégrale de la recherche.

Toutefois, la Cour suprême elle-même a indiqué la piste de la solution au problème : faisons des suppositions raisonnables et penchons-nous plutôt sur les conséquences par rapport aux grandes questions d'aujourd'hui. Voir, par exemple, *Haida Nation c. Colombie-Britannique* (2004) 3 S.C.R. 511 et *Taku River Tlingit First Nation c. Colombie-Britannique* (2004) 3 S.C.R. 550. Voir aussi le jugement du juge Vickers dans l'affaire de *Tsilhqot'in Nation c. Colombie-Britannique* 2007 BCSC 1700.

Supposons que les valeurs à la base de notre Constitution soient la paix, le respect et l'amitié en pratique en matière de logements, de santé, de sécurité, d'alimentation, de ressources naturelles, d'économie. Imaginez. Voici ma vision.

I have a dream, too,	Je rêve, moi aussi,
Of a Constitution	D'une Constitution
Based upon Peace	Basée sur la Paix
Respect and Friendship	Le Respect et l'Amitié
In Practice.	En pratique.
Derived from the Treaties	Dérivée des Traités
Flowing from relations	Émanant des relations
With indigenous peoples	Avec les peuples indigènes
At the origins of Canada	Dès les origines du Canada et
Centred on trade.	Axés sur les échanges.
In harmony with nature	En harmonie avec la nature
Sustainable development	Développement durable
Within a framework of laws	Encadrée par des lois
Promoting wisdom,	Promouvant la sagesse

Common sense and fairness.

Le sens commun et l'équité.

Resolving conflict

Résoudre le conflit

By a process of dialogue

Par un processus de dialogue

Seeking the truth

Rechercher la vérité

Exploring the options

Examiner les possibilités

Deciding together.

Prendre des décisions ensemble.

Housing, food, finance

Habitation, alimentation, finance

Health, security, education

Santé, sécurité, éducation

Interests becoming rights

Les intérêts devenant des droits

And legitimate expectations

Et des attentes légitimes

Markets and Gifts integrated.

Les marchés et les dons intégrés.

Dialogues custom-made

Dialogues faits sur mesure

For the situation

Pour la situation

Building blocks

Les pierres de construction

Of society, accepting identity.

De la société, acceptant l'identité.

Multiple interventions.

De multiples interventions.

A dream shared

Un rêve partagé

By millions

Par des millions

Waiting for a spark of

En attente d'une étincelle

Leadership, this way

Du leadership, par ici la voie

Out of the maze to the clearing.

De sortie du labyrinthe à la clairière.

L'histoire, l'alpha et l'oméga

Les juristes adorent le passé et aiment particulièrement le jeu de blâme; ils vont fouiller dans les cendres du passé pour trouver le coupable (et même, s'il le faut, ils le ressusciteront) pour qu'il puisse compenser la victime. Quel choc ce fut pour moi, lors d'une de mes premières expériences, celle qui a fait l'objet de mon rapport au Barreau en 1992, de constater que les parties n'ont jamais brandi un seul document parmi la montagne de boîtes dans la salle pendant tout le processus de résolution des différends dans cette affaire.

Dans ce cas particulier, c'est que les parties connaissaient l'histoire contenue dans ces boîtes et la situation dans laquelle elles se trouvaient était on ne peut plus claire. Elles n'avaient plus qu'à trouver une solution à un problème épineux et urgent et avaient besoin d'un guide pour sortir de l'impasse du mode contradictoire. Toutefois, afin d'arriver à la résolution de leur différend, les parties ont dû changer de paradigme. Les changements de paradigmes sont décrits dans une histoire de la science par Thomas S. Kuhn, intitulée « La structure des révolutions scientifiques ». C'est vrai qu'un changement de paradigme crée une rupture avec le passé.

Pour certains, ce genre d'expérience signifierait que l'histoire n'a plus d'importance et expliquerait d'une certaine façon la maigre présence de l'histoire dans la formation des professeurs. Cependant, comme l'humoriste W.F. Fields l'a remarqué, « Les rapports de mon décès sont prématurés et exagérés », tellement que le financier Peter Cundill de ma confrérie Delta Kappa Epsilon à McGill a établi en 2007 le grand prix d'histoire *The Cundill Prize in History at McGill*.

Le phénomène réductionniste est expliqué par Francis Fukuyama dans son livre célèbre « La fin de l'Histoire et le dernier homme ». Voici un très bref extrait de la page 12 : « Pourtant, ce dont je suggérais la fin n'était évidemment pas l'histoire comme succession d'événements mais l'Histoire, c'est-à-dire un processus simple et cohérent d'évolution qui prenait en compte l'expérience de tous les peuples en même temps. »

Pour ma part, je transforme cette obsession envers le passé en leçon d'histoire afin de mettre de l'avant un des facteurs favorisant la coopération, la mémoire, le tout en conformité avec les préceptes de Lord Acton dans *Lectures on Modern History* et les

rappels à l'ordre de Margaret MacMillan dans *The Uses and Abuses of History*.

Je demande aux parties de se comporter comme des historiens, du début à la fin, pour établir la situation dans le présent. Pour survivre, les parties doivent s'adapter à la réalité, rompre avec le passé, changer de paradigme. C'est de cette façon que les différends profondément enracinés sont résolus. C'est ainsi que toutes les parties en même temps sont en mesure de réaliser leur intérêt respectif tout en respectant les droits de chacune en conformité avec la loi. Donc, l'histoire évolue elle aussi et conserve son caractère dynamique.

L'outil de travail de l'historien le plus utilisé dans la résolution des différends est l'histoire orale augmentée par des écrits authentiques. Cet outil correspond au témoignage sous serment dans le mode contradictoire. L'histoire orale est toujours un témoignage, sous serment au besoin, mais son emploi en mode de dialogue nous rapproche sensiblement plus près de la situation, la composante de base de la société, et cela de manière très efficace, bien plus que son emploi en mode contradictoire. Chacun perçoit le monde à sa façon comme en font foi de nombreuses expériences en psychologie.

Il est à noter en passant que ce sont nos perceptions qui déterminent nos émotions, et non pas l'inverse. Changer les perceptions, c'est donc changer les émotions et la motivation.

Vu que la promotion de la coopération est de mise, l'histoire orale est présentée à l'autre ou aux autres et non pas au tiers, même si le tiers est présent, ce qui est presque toujours le cas. De cette façon, les uns et les autres sont positionnés en interaction, ce qui donne ouverture à des récompenses, à la réciprocité, et même au souci de l'autre, soit tous les facteurs de la promotion de la coopération, donc on fait d'une pierre plusieurs coups.

Je considère que la jurisprudence et la doctrine font partie de l'histoire. On recherche la clarté et non pas la synchronisation des histoires. On pose des questions pour obtenir clarification, ce qui favorise la valorisation de la personne. Le résultat fait en sorte qu'on laisse de côté les extrêmes, d'une part de la complication et d'autre part de l'approche simpliste et on se trouve face à face devant la complexité de la situation.

L'histoire comme discipline a évolué et continue d'évoluer. Un des éléments de son

évolution est l'histoire intellectuelle ou l'histoire des idées. Au début de ma pratique, je me trouvais souvent au Bureau d'enregistrement pour effectuer des recherches sur titres, l'histoire des immeubles, car mon cabinet avait décidé de vraiment saisir et comprendre ces histoires comme moyen de bâtir une pratique en droit commercial. Or, souvent le matin, je descendais au troisième sous-sol du Bureau comme Jacques Cousteau descendait au fond de la mer. J'ai décidé d'élargir mes horizons et tous les lundis soir pendant deux ans, j'ai enseigné l'Histoire des Idées au Collège Loyola avant sa fusion avec Sir George Williams pour former l'université Concordia.

Franchement, à l'époque des expériences, j'étais étonné, même ébloui, par les résultats des échanges des histoires pour établir la situation, changer le jeu, et instaurer la coopération. Par la suite, j'ai tenté de mieux comprendre le fondement de ce succès phénoménal. On rejoint quelque chose de fondamental chez l'être humain, quelque chose au cœur de son identité. On répond à un besoin fondamental : nous sommes des êtres sociaux, plus près de la nature qu'on s'imagine, dans le domaine de la biologie. On favorise notre point fort, les idées, la culture, ce qui nous permet de nous adapter et de survivre.

Certains ne veulent rien savoir de l'histoire, avec un petit « h » ou un grand « H ». Cependant, l'histoire nous rattrape. Je lis présentement un livre par Richard Miles: *Carthage must be destroyed – The Rise and Fall of an Ancient Civilization*. Rome a effectivement détruit Carthage, comme le souhaitait le sénateur Caton l'Ancien, et fait de ses 50 000 citoyens des esclaves à vie. Les ruines de Carthage se situent où, aujourd'hui? En Tunisie. Ça vous dit quelque chose? Le printemps, le printemps arabe, les indignés, le square Victoria, rue Saint-Jacques? L'idée est venue d'où? D'Italie!

La force de l'histoire, la force des idées, l'alpha et l'oméga momentané du présent, est-ce que ça va aboutir à quelque chose, et si oui, à quoi et quand? Peut-on échapper à notre histoire, à notre passé, en d'autres mots, est-ce que l'histoire détermine l'avenir? À cette dernière question, le philosophe espagnol George Santayana et l'orateur anglais Edmund Burke croyaient que non, mais à condition qu'on prenne conscience de notre histoire afin d'exercer des choix, l'essence de la liberté. Mais comment éviter les abus? En faisant une tapisserie, parfois au petit point, parfois au gros point, de nos histoires?

Conclusions

La physique nous apprend que les changements de systèmes sont sensibles aux conditions initiales. Voir James Gleick, « La théorie du chaos – Vers une nouvelle science ». Dans le cadre du présent Mémoire, j'examine l'article 1, titre 1 « LES PRINCIPES DE LA PROCÉDURE APPLICABLE AUX MODES PRIVÉS DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS » du Livre I « LE CADRE GÉNÉRAL DE LA PROCÉDURE CIVILE » de l'avant-projet de loi, qui se lit comme suit :

« 1. La justice civile privée repose sur les modes privés de prévention et de règlement des différends qui sont choisis d'un commun accord par les parties intéressées, dans le but de prévenir un différend à naître ou de résoudre un différend déjà né.

Ces modes privés sont principalement la négociation entre les parties au différend de même que la médiation ou l'arbitrage dans lesquels les parties font appel à l'assistance d'un tiers. Les parties peuvent aussi recourir à tout autre mode qui leur convient et qu'elles considèrent adéquat, qu'il emprunte ou non aux modes indiqués.

Les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux. »

L'avant-projet favorise nettement la mise en œuvre de la nouvelle culture. Mais il y a un manque de clarté à deux égards.

Premièrement : il faut annoncer en toutes lettres l'intention d'effectuer un changement de culture, le mandat accordé par l'Assemblée nationale du Québec, non seulement aux justiciables mais aussi à la magistrature et au Barreau du Québec et à ses membres ainsi qu'à l'ensemble des professionnels œuvrant dans le système. Il s'agit bien d'une responsabilité en fiducie transmise par le peuple aux acteurs par la voie de nos institutions démocratiques. Il y a même lieu de créer une nouvelle institution. Faisons une Place au Dialogue.

Deuxièmement : il faut traiter d'une manière explicite la situation de la non coopération, c'est-à-dire de la résistance ou de l'obstruction au changement de culture. Il faut donner le pouvoir à la magistrature dans des termes clairs et nets, le pouvoir d'ordonner la coopération, l'exercice de ce pouvoir étant toujours assujéti au principe de la légalité et aux principes de la justice naturelle. Autrement, l'intention de l'Assemblée nationale du Québec d'effectuer un changement de culture sera de nouveau frustrée.

L'adoption d'une loi et de ses règlements n'est pas suffisante. Ce n'est qu'un départ. Il nous faut d'autres mesures pour appuyer et soutenir le changement de culture. La plus importante de ces mesures, le *sine qua non*, c'est l'éducation, au point qu'il faudrait insérer dans la loi et ses règlements des dispositions concrètes et précises à ce sujet. L'éducation mériterait à elle seule un Livre, avec titres, chapitres et articles. Un des effets

du changement de culture, c'est la dé-formation et la ré-formation qui s'imposent pour les adultes. Est-ce qu'on se dirige vers une nouvelle profession?

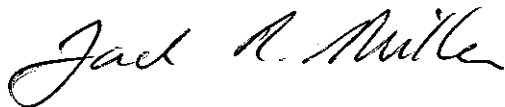
J'aimerais écrire quelques mots sur les effets économiques d'un changement de culture du débat au dialogue. 1. Les effets sont très significatifs. 2. Les effets se produisent tant du côté des gains que du côté des coûts. 3. Les effets sont distribués à tous les intéressés. 4. Les effets incluent la résolution au-delà du règlement. 5. Les effets coupent les coûts par au moins 50%. 6. Les effets permettent aux professionnels de rentabiliser leurs pratiques. 7. Les effets rendent l'aide juridique plus efficace. Oui, il y a un investissement important à faire dans l'éducation, mais il y a possibilité de bénéfices d'envergure. De toute façon, il faut que nous soyons en mesure de dénouer les impasses et de trouver des solutions justes et équitables.

Dans un contexte de guerre et de paix, la diplomatie et la paix s'enchaînent. Combien de fois n'a-t-on pas entendu que l'échec de la diplomatie justifiait la guerre, l'incivilité. Dans l'administration de la justice, la magistrature et le Barreau font souvent appel à la civilité, cette dernière correspondant à la diplomatie. Est-ce que ce n'est pas la paix, la civilité, la diplomatie qu'on veut et non pas la guerre? La guerre est donc un risque à gérer sinon à éviter. Pour bien faire, il faut nous éloigner toujours plus de la guerre. Il nous incombe non seulement de débattre et de parler mais aussi de dialoguer à partir de nos connaissances pour atteindre la justice.

Que l'avant-projet soit modifié en conséquence.

Je suis disponible pour répondre à vos questions afin de clarifier mes propos.

Respectueusement soumis,



Jack R. Miller
Avocat
420 – 44^e Avenue
Montréal (Lachine), QC
H8T 2K6
514 637 0284

www.interlex.ca

« Occupons Montréal » – la biologie s'en occupe?

SEC.COM. 9JAN'12 14:00

Je m'interroge depuis l'été dernier, depuis que j'ai participé à des ateliers sur les vues qu'ont les Maoris des systèmes vivants, sur la question de savoir si les humains ont vraiment la liberté de choix entre divers comportements possibles ou si leurs choix sont en effet le résultat de conditions favorables et donc limités à certains comportements conformes à ces conditions.

Cette expérience estivale m'a lancé sur la piste du biomimétisme en passant par Darwin. Voir Jonnie Hughes, *On the Origin of Tepees – the evolution of ideas (and ourselves)* et Janine M. Benyus, *Biomimicry Innovation Inspired by Nature*. Voir aussi Peter Miller, *The Smart Swarm* et la brochure publiée par le Fermanian Business & Economic Institute de San Diego et intitulée *Global Biomimicry Efforts An Economic Game Changer* et son rapport sur la « Swarm Intelligence ». Voici quelques extraits de ce dernier document.

Biomimicry, the discipline of applying nature's principles to solve human problems, provides the means to achieve both environmental and economic goals. Many of the mechanisms and systems found in nature are highly efficient, eschew waste, and are sustainable in a virtually closed system. Biomimicry could be a major economic game changer.

An idea that is gaining traction with regard to biomimicry has been the implementation of swarm behavior. In nature, these would include ant colonies, bee hives and schools of fish. Swarm behavior has a huge potential significance for computer applications as well as robotics. This field of study has become known as Swarm intelligence.

Swarm Intelligence is a form of Artificial Intelligence where the individuals in a swarm do not think independently but act together to accomplish one common goal. They organize themselves but do not have a central leader. They simply communicate with each other about information around them.

Cette belle image de la nature a besoin d'être complétée par les autres recherches qui ont été faites sur le comportement souvent violent de nos lointains ancêtres, les singes. Ces recherches placent l'*homo sapiens* au beau milieu des singes qui sont capables de se livrer à des actes meurtriers envers leurs congénères. Voir, à titre d'exemple, Wrangham et Peterson, *Demonic Males – Apes and the Origins of Human Violence*. Même si le système contradictoire entre adversaires nous permet d'exprimer l'agression sans violence physique, à l'occasion grâce aux forces de l'ordre, je pense que nous pourrions faire mieux en dialoguant.

Je suis présentement au stade de l'interrogation sur ces questions et je ne peux encore rien affirmer. Par surcroît, je me trouve de nouveau en face de l'épineux dilemme de l'interdisciplinarité, dilemme parfois fâcheux. Je ne peux pas tout savoir. Toutefois, comme avocat, je fais souvent appel à des experts comme témoins et dans ce contexte et pour cette fin je dois avoir

une certaine maîtrise de la matière afin de bien aider l'un et d'interroger l'autre contradictoirement.

C'est donc dans un état d'esprit d'ouverture que j'ai entrepris avec d'autres, dans le contexte d'un Dialogue déjà amorcé, la promotion d'une résolution pacifique du conflit entre le 99 et le 1 chez « Occupons Montréal » au square Victoria tout près de la rue Saint-Jacques et la Tour de la Bourse (où j'ai œuvré au sein de Fasken Martineau pendant 25 ans). C'est le devoir d'office de l'avocat, d'après la Cour suprême du Canada (*Fortin c. Chrétien* 2001 CSC 45, paragraphes 48 à 54 inclusivement), de promouvoir la résolution pacifique des différends. Le Maire s'est prononcé en faveur du Dialogue. J'ai demandé l'aide de la Ville.

À un moment donné, j'ai décidé que le moment était venu dans le processus de voir moi-même si les indignés campés sur la Place du Peuple, nom qu'ils avaient donné au square Victoria, étaient intéressés à ce que le square Victoria devienne une ou la Place au dialogue de sorte que la Ville et les indignés pourraient être sur la même longueur d'ondes. Je suis allé sur les lieux à trois reprises, au cours de trois journées consécutives. J'ai informé le Bâtonnier du Québec et le président du Comité du Barreau sur la justice participative. J'ai parlé aux leaders, à d'autres parmi les indignés et j'ai même assisté à une assemblée générale des indignés.

Eh oui! les indignés étaient eux aussi en faveur du Dialogue. Malheureusement, c'était trop tard car les négociations avaient échoué quelques jours auparavant et la Ville préparait une opération policière pour évacuer le camp la journée même de présentation par les indignés de propositions concrètes pour faire évoluer le Dialogue voté à l'Assemblée générale la veille en soirée. Il n'y avait rien à faire à ce moment-là pour faire avancer le Dialogue.

De toute façon, ce n'est pas avec la Ville que les indignés auraient dû dialoguer compte tenu de leurs dires, pancartes et slogans mais avec le milieu financier qui les entoure au square Victoria, en commençant peut-être par la Banque du Canada. Le rôle de la Ville aurait pu être celui du promoteur réalisateur du Dialogue.

Le mouvement « Occupons Montréal » ressemble beaucoup à un essaim. Donc, l'essaim va se regrouper à une autre place après un certain temps. Le lendemain du jour de l'évacuation, l'essaim était déjà retourné au square Victoria momentanément dans le but d'identifier une autre place à occuper. Par conséquent, l'organisation du Dialogue se poursuit en conformité avec le modèle biologique, lequel considère que les essaims sont intelligents.

Il est à noter que les femmes jouent un rôle fort important dans les essaims. C'était le cas chez les indignés de Montréal. Le cœur du camp le jour de l'évacuation, c'était la cuisine du camp où se trouvaient les hommes bien sûr, mais les hommes tournaient autour d'une femme qui était un chef, type Marianne. Ce n'est pas pour rien que la Norvège soutient le rôle des femmes dans leurs initiatives de paix. Voir le prix Nobel de la paix 2011 et la série PBS « War, Women and Peace »

avec la Norvège à la tête de la liste des commanditaires catégorie A.

En matière de résolution des différends, il faut être conscient des sources. Ajoutons à la liste la biologie tant au niveau des petits groupes comme les familles qu'au niveau des mouvements et d'autres collectivités. Soit on domine la nature, soit on fait partie de la nature. La loi fait appel aux principes de la justice naturelle comme base du droit administratif, *sine qua non*, et actes juridiques incontournables, le biomimétisme. Faisons de Montréal un grand centre de la paix mondiale. Faisons savoir au monde des affaires qu'ici, au Québec, on sait comment résoudre les différends gagnant – gagnant.

Saine gestion, saine justice?

Je m'intéresse à cette question depuis longtemps. Au mois de mars 1982, j'assistais à une série de conférences spéciales du Barreau du Haut-Canada à Toronto: *Corporate Law in the 80s*. En juin 1979, j'étais devenu membre de ce Barreau et admis au barreau de la Cour suprême de l'Ontario (comme la Cour de Justice se nommait alors). L'appel par la magistrature à la réforme du système de traitement des différends venait d'être lancé en 1976. Une de ces conférences s'intitulait *Management of Legal Disputes*. Les conférenciers étaient un plaideur chevronné, Donald J.M. Brown, et un professeur du School of Business, York University, Peter H.R. Alley. Voir la publication ISBN : 0-88820-110-9, page 401.

Les conférenciers signalaient la distinction à faire entre un différend et un litige et affirmaient que le différend continuait à exister lorsqu'il était soumis aux cours de justice et là le différend en plus devenait un litige – *legal dispute*. Il est bien connu que les gestionnaires gèrent les différends qui se présentent tandis que les gens de la justice administrent les litiges, un volet de l'administration de la justice prévue à la Constitution. Donc, les conférenciers introduisaient la gestion, une discipline distincte du droit, dans le monde juridique gouverné par une discipline autre, soit l'administration relevant de la discipline du droit. Pendant que les étudiants en droit à Osgoode Hall étudiaient des causes, les étudiants en gestion au School of Business étudiaient des cas.

Par la suite, cette interdisciplinarité a fait son chemin avec le résultat que la gestion se retrouve dans des textes de loi concernant la procédure civile de sorte qu'on commence à parler de la gestion des causes, des litiges et des dossiers. Petit problème : ceux qui étudiaient des causes n'étudiaient pas de cas et vice versa et les uns excluaient les autres de leur chasse gardée exclusive. Par exemple, les causes devant les tribunaux concernant le capitalisme ont-elles pu bénéficier de la gestion de cas tels que rapportés par Roger L. Martin, doyen du Rotman School of Management à l'université de Toronto, dans son livre *Fixing the game – Bubbles, crashes, and what capitalism can learn from the NFL?*

Par conséquent, la réforme par la voie de cette distinction entre la gestion et l'administration n'a pas encore atteint son potentiel, car la gestion souvent perd son sens dans l'administration de la justice par les gens de la justice et l'administration de la justice perd souvent son sens dans la gestion par les gestionnaires, même si à l'occasion le gestionnaire est aussi avocat et l'avocat est aussi le gestionnaire. Parfois, les avocats se prennent pour des gestionnaires et les gestionnaires se prennent pour des avocats. Les grandes sociétés ont leur propre bureau de Contentieux et les grands cabinets d'avocats ont leur propre bureau de gestion.

Le Groupe Interlex incluait des avocats et des gestionnaires dans un exercice d'intégration de disciplines pour effectuer une résolution des différends en profitant des meilleurs atouts de non

seulement ces deux disciplines mais de nombreuses disciplines et traditions, car le défi de résolution de différends est de taille et exige la mobilisation de toutes nos énergies et connaissances tant du côté des sciences que du côté des arts. Voir Robert M. Pirsig, « Traité du zen et de l'entretien des motocyclettes ». Le résultat de cet exercice est connu par le vocable de dialogue pour faire la distinction avec le débat.

En 2002, l'Assemblée nationale du Québec, voulant effectuer un changement de culture, adopte une loi qui sera en vigueur le 1^{er} janvier 2003 dans la réforme de la procédure civile au Québec. L'article 4.1 du code révisé, le code en vigueur présentement, deuxième paragraphe, prévoit ceci : « Le tribunal veille au bon déroulement de l'instance (éditeur – l'administration de la justice) et intervient pour en assurer la saine gestion (éditeur – la nouvelle discipline) ». Quelle est la signification des mots « la saine gestion » dans ce contexte? Ces mêmes mots apparaissent dans l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile devant l'Assemblée nationale à l'heure actuelle.

Appliquant les règles de l'interprétation des lois, la saine gestion est probablement définie par « Exercer la saine gestion – Fondements, pratique et audit », 3^e édition revue et augmentée, 2002 par Bernard Brault, F.Adm.A.,CMC en collaboration avec l'Ordre des administrateurs agréés du Québec. Voici un extrait de la préface de M. Thierry C. Pauchant, professeur titulaire de management aux HEC de Montréal, page xx.

« Les principes fondamentaux qui sont définis dans ce livre – la transparence, la continuité, l'efficacité, l'équilibre, l'équité et l'abnégation – sont des principes d'éthique, des guides pratiques afin d'orienter l'action des administrateurs vers des solutions plus *saines*. »

Examinons très brièvement le premier principe. « La transparence regroupe des notions connues généralement sous les vocables de *reddition de compte*, d'*honnêteté* et d'*exactitude de l'information transmise*. » *op.cit.* page 61. Il me semble que ce principe dans le contexte du Code rappelle à l'ordre le système d'administration de la justice de la nécessité d'informations vraies et authentiques comme fondements des décisions et incite les acteurs à rechercher la vérité au-delà du débat en se transportant dans le domaine du dialogue conformément à l'éthique rigoureuse, par exemple, des scientifiques. Sinon, est-ce que les médias prendront la place des tribunaux? Voir la série d'articles dans *The Gazette* « Secret Society » du samedi 10 décembre 2011 et de la semaine suivante.

Ce rappel à l'ordre nous ramène aux moyens de promouvoir la coopération. «Un excellent moyen de promouvoir la coopération dans une société est d'apprendre aux gens à se préoccuper du bien-être d'autrui », Robert Axelrod, « Donnant, donnant » page 136. Dans le système des adversaires et de la contradiction, est-ce que les acteurs ont le moindre souci du bien-être d'autrui? Comment apprendre aux gens le respect? En posant des gestes concrets, à partir d'un système valorisant le souci de l'autre?

Dans le dossier de Kitcisakik et celui de Attawapiskat, ce sont les Architectes d'urgence du Canada et la Croix-Rouge qui nous montrent la piste de résolution. Il y a donc espoir que la saine gestion contribuera à la saine justice, mais il reste beaucoup de pain sur la planche. Il nous incombe d'agir dans ce sens.

Le hockey, l'entêtement et le respect

Jeremy Roenick, joueur de hockey bien connu, se demandait dernièrement à quand le retour du respect dans la Ligue nationale de hockey, vu tous les traumatismes à la tête. Algonquin J. Calhoun, criminaliste, avait un dernier conseil pour ses clients envoyés à la chaise électrique : 'Restez debout!'. Est-ce qu'on est de même condamnés à crier sur tous les toits, avec le même potentiel de résultat: « Ayez un peu de respect! ». Le Barreau du Québec, la magistrature, *The Gazette*, beaucoup de monde exige le respect mais, semble-t-il, il leur échappe toujours.

« Bien parler, c'est se respecter ». C'est un slogan découlant de la révolution tranquille. L'individu est visé là dans son amour-propre. La paix, le respect et l'amitié sont les valeurs des alliances fondatrices du Canada. Le respect joue donc également au niveau de la société à l'égard de la souveraineté. Est-ce que les abus dans le monde, par exemple le racisme, pourraient être corrigés par le respect ou est-ce que les abus prennent le dessus de toute façon et qu'on se retrouve soit avec le pseudo-respect de la rectitude politique, soit avec le faux respect du Parrain dans les films hollywoodiens?

Le respect est probablement la porte tournante de la résolution des différends. Les promoteurs réalisateurs font la promotion du respect dès le début jusqu'à la fin et tout le long du processus et à tous les instants. Ce n'est pas parce que les gens se trouvent en conflit et par la suite en différend et même en litige que les gens perdent leur droit au respect et doivent subir et souffrir la prise de contrôle de leurs affaires par des tiers. C'est justement à ce moment et dans de telles circonstances que les gens ont le plus besoin de respect.

Les chercheurs, suite à des expériences informatisées, ont fait rapport de l'importance d'enseigner le souci d'autrui, autrement dit le respect de l'autre, en supposant que les gens aient déjà le souci d'eux-mêmes. Revoir Robert Axelrod, « Donnant, donnant ». Voir aussi les dialogues de Platon, notamment Ménon, et l'œuvre de Paolo Freire, « Pédagogie des opprimés » et *Pedagogy of Hope*. Le tout est bien résumé, il me semble, dans le conseil « Aime ton prochain comme toi-même ».

Nos connaissances et notre technologie nous permettent de construire, à partir des éléments de la justice, des systèmes, des processus favorisant le respect et contrant le non-respect. Le défi relève de la nature humaine et la présence de tendances d'agression et de fuite (voir *Demonic males – Apes and the origins of human violence, op.cit.*) en coexistence avec la présence de tendances de créativité et de générosité. Comment contrer l'agression et la fuite et en même temps promouvoir la créativité et la générosité?

Le défi est de taille. Le débat et le litige devant une cour de justice existent. Pour bien faire, il nous faut aller au-delà du débat. Il faut s'éloigner du combat de sorte qu'on n'en parle même plus dans la résolution des différends. Ce qu'il nous convient de nommer **dialogue** pour le distinguer du

débat offre cette possibilité de réfléchir avant d'agir et d'agir avec respect. Certains se demandent comment le fait de dialoguer, de parler civilement peut être efficace pour résoudre des différends profondément enracinés. En fait, le dialogue est probablement le seul moyen d'y arriver, car à l'intérieur des pourparlers on s'engagera à poser des gestes concrets, sur une base réciproque, des gestes respectueux de soi-même et conscients de l'intérêt de l'autre.

Le sens ordinaire du mot « respect », c'est le « fait de prendre en considération » et le « sentiment qui porte à accorder à quelqu'un une considération admirative, en raison de la valeur qu'on lui reconnaît, et à se conduire envers lui avec réserve et retenue » – *Le Petit Robert*. Par ailleurs, le grand dictionnaire Collins de la langue anglaise lie les mots *respect* et *honour*. J'en conclus que la Cour suprême du Canada parle de respect quand elle parle d'honneur dans la cause de *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511 et que la Couronne a une obligation de respect envers les peuples autochtones du Canada et par conséquent un devoir de consultation envers eux :

« 16 L'obligation du gouvernement de consulter les peuples autochtones et de prendre en compte leurs intérêts découle du principe de l'honneur de la Couronne. L'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsque cette dernière transige avec les peuples autochtones : voir par exemple *R. c. Badger*, [1966] 1 R.C.S. 771, par. 41; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456. Il ne s'agit pas simplement d'une belle formule, mais d'un précepte fondamental qui peut s'appliquer dans des situations concrètes. »

Si on se place dans le contexte d'un litige, le respect n'est tout simplement pas au rendez-vous. Certains aiment à penser qu'autrefois il y avait du respect, mais je pense que c'était le respect de la représentation et non pas le respect de la participation. Il nous faut un système qui tourne autour du respect, le vrai respect, de la participation et de l'accompagnement. Par exemple, il n'y a aucune disposition ni dans le Code actuel ni dans l'Avant-projet de loi qui permette que l'avocat accompagne le justiciable. Présentement, soit l'avocat représente un justiciable, soit le justiciable se retrouve seul.

Il ne suffit pas d'ordonner le respect dans un système où cet élément fait défaut. Il faut redémarrer le système à partir de cet élément de la justice. Il faut aussi tenir compte de l'emploi de la tromperie par l'*homo sapiens* pour sa survie (voir Ian Leslie, *Born liars : why we can't live without deceit* et Harriet Lerner, *The Dance of Deception*). Dans un environnement sécuritaire, celui que je préconise, les gens peuvent laisser tomber leur entêtement, ils peuvent même se passer de faux-fuyants, pour trouver la meilleure solution à leurs différends.

Dans ce système du dialogue, les marques de respect abondent : on bâtit ensemble le processus le mieux approprié à même les éléments de la justice; on valorise les personnes tout en traitant des points en litige; on profite de l'expérience de chacun; on favorise l'écoute, la réciprocité, le souci

d'autrui; on obtient des informations authentiques; on examine les options de façon systématique, le tout tel que plus amplement décrit dans des articles précédents.

Le dialogue est souvent employé dans le domaine international pour résoudre des différends profondément enracinés. Pour que le dialogue soit mieux connu au Québec, il faudrait un encadrement législatif où l'Assemblée nationale du Québec, souveraine en la matière, donne le ton et le mot d'ordre, prévoie à la sensibilisation du public et montre l'exemple.

Quant aux hockeyeurs qui n'ont pas le temps de réfléchir dans le feu de l'action, il faut contrer les tendances agressives d'une autre manière en faisant appel à des stratégies particulières, peut-être en bannissant les récidivistes après un certain nombre d'avertissements. On peut favoriser ce qu'on veut, par exemple, la vitesse et l'agilité, éléments constitutifs de la beauté du jeu.

Nouveau regard sur les droits et les intérêts

Pour ester en justice, soutenir un droit, il faut démontrer qu'on a un intérêt. Pour obtenir justice, il faut que l'intérêt se concrétise.

On parle beaucoup de droits, des droits revendiqués au début de l'ère moderne par le conservateur Edmund Burke (1729-1797) et des droits contradictoires revendiqués par le libéral Thomas Paine (1737-1809). Les Nations unies ont adopté la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948 et dernièrement la Déclaration sur les droits des peuples autochtones. Michael Ignatieff a prononcé une série de conférences intitulées *The Rights Revolution*, The Massey Lectures, 2000. Steven Pinker dans son livre de 2011 *The Better Angels of our Nature – Why Violence Has Declined* consacre un chapitre entier aux "révolutions des droits".

Une des oeuvres marquantes de la nouvelle équité dans l'évolution de la loi, « Comment réussir une négociation » de Roger Fisher et William Ury, la version française de *Getting to Yes Negotiating Agreement Without Giving In*, préconise : « Pour trouver une solution judicieuse, il faut concilier les intérêts, pas les positions ». Les positions, c'est une façon de décrire des droits sans réalisation concrète, un genre d'abstraction intellectuelle. La conciliation des positions s'avère impossible. La conciliation des intérêts est possible, faisable et praticable.

Par conséquent, on commence à faire la distinction entre les processus basés sur les droits et des processus basés sur les intérêts. C'est ainsi qu'on se trouve devant des choix : le procès, processus d'adjudication des droits, et la négociation, processus d'ajustement des intérêts. D'après la doctrine, le fondement des droits se trouve dans la nature des choses. Le fondement des intérêts se trouve dans la nature humaine dont les exigences fondamentales sont, d'après Fisher et Ury, « La sécurité. Le bien-être économique. L'appartenance à une communauté. L'identification. La maîtrise de sa destinée ».

On commence à comprendre que la course aux droits est fort problématique. Non seulement la course favorise-t-elle tous les éléments donnant lieu à la guerre – compétition, peur, gloire – mais la course crée aussi une culture d'ayants droit (*a culture of entitlement*). Par contre, la conciliation des intérêts met en œuvre des forces pour promouvoir la paix – coopération, amour, valorisation de la diversité – et vise directement à satisfaire les intérêts. Chose étonnante, ce faisant, on arrive par surcroît à respecter les droits.

Dans le dossier qui est le sujet de l'étude de cas reproduite au site web du Groupe Interlex, concernant un vice caché, les parties se sont attachées à leurs intérêts respectifs plutôt qu'à leurs droits. Il y avait trois parties au différend: l'entreprise forestière qui avait acheté une écorceuse sophistiquée à grand prix, le fournisseur de l'écorceuse, et la firme d'ingénieurs responsable de l'installation et du bon fonctionnement de la machine. Un sage, membre de la haute direction de l'entreprise forestière, a réuni ses gens et leur a posé le choix à faire entre les droits et les intérêts comme suit : 'Si vous voulez avoir raison, c'est-à-dire si vous insistez sur vos droits, peut-être qu'un jour quelqu'un vous

donnera raison, mais en attendant, la productivité est au point mort. Si vous voulez de la productivité, vous allez rechercher la cause du vice et le corriger’.

C’est un choix qui se pose dans tous les cas, ou presque. L’affirmation succède à la revendication. Dans un autre dossier concernant un vice caché, cette fois-ci des fissures inquiétantes dans les balcons d’un grand immeuble d’appartements, la course aux droits a duré pendant de nombreuses années sans que les balcons « fonctionnent », c’est-à-dire sans que les balcons soient sécuritaires. Les parties, à la demande des assureurs, se sont donné la tâche de rendre les balcons sécuritaires. Dans le domaine culinaire, les recettes stipulent souvent que tel ou tel ingrédient soit réservé à une étape ultérieure. On aborde la question des intérêts. On réserve ses droits.

Le lien entre les droits et les intérêts est aussi le pont entre la justice et l’économie. La course aux droits n’est pas productive. La recherche des intérêts, elle, est productive. Il me semble qu’un système visant les intérêts doit succéder à un système visant les droits. C’est une question d’ordre public. C’est pourquoi les juges doivent intervenir pour assurer la saine gestion, la productivité à l’intérieur de la loi, sous toute réserve des droits. L’abandon des droits est très rare dans les faits. Au contraire, la valorisation des intérêts est la garante des droits et donne lieu à des attentes légitimes, une source importante d’obligations. La valorisation des intérêts est l’affaire de tous, non seulement du secteur privé, d’où la naissance du partenariat public-privé.

La Déclaration sur les droits des peuples autochtones leur reconnaît, entre autres, les droits suivants:

« Article 21

1. Les peuples autochtones ont droit, sans discrimination d’aucune sorte, à l’amélioration de leur situation économique et sociale, notamment dans les domaines de l’éducation, de l’emploi, de la formation et de la reconversion professionnelles, du logement, de l’assainissement, de la santé et de la sécurité sociale.
2. Les États prennent des mesures efficaces et, selon qu’il conviendra, des mesures spéciales pour assurer une amélioration continue de la situation économique et sociale des peuples autochtones. Une attention particulière est accordée aux droits et aux besoins particuliers des anciens, des femmes, des jeunes, des enfants et des personnes handicapées autochtones. »

Il y a une grande différence entre avoir droit à un logement (décent et abordable) et le fait de posséder un tel logement. Donc, le droit au logement ne constitue pas un logement. Valorisons les logements eux-mêmes. Construisons des logements.

C’est quoi la paix, définie par les femmes? Ça comprend un toit, un logement, n’est-ce pas? Une des activités de la paix, c’est justement la construction de logements pour les gens, et aussi d’étables et de granges. La crèche, c’est le point de départ de la paix. Organisons des chaînes d’approvisionnement pour les Attawapiskats du Nord à partir des

bases du Sud. Relevons ces défis. Réserveons les droits. Ajoutons les droits à la fin de la recette.

Je vous suggère d'aller voir www.radio-canada.ca/television/8efeu. Qu'est-ce que le 8^e feu? Je cite : « Selon la prophétie Anishinabe des Sept Feux, la génération autochtone actuelle est la septième depuis l'instauration de la Loi sur les Indiens. On attribue au 7^e feu le pouvoir de nous ramener à une vie plus saine. Le 8^e feu annonce un temps où nous vivrons tous dans l'égalité et le respect. » Le Premier ministre après avoir participé à une rencontre avec les Premières Nations le 24 janvier 2012 s'est envolé pour la Suisse où il a prononcé un discours que le *Globe and Mail* du 26 janvier a qualifié comme suit : « Prime Minister Harper unveils grand plan to reshape Canada ». J'espère bien que c'est tous ensemble que nous poserons un nouveau regard sur les droits et les intérêts dans un dialogue structuré pour ces fins.