



Ministère de la Justice
Canada

Department of Justice
Canada

Canada

RAPPORT DE RECHERCHE

**LE NOUVEAU PHÉNOMÈNE DU
DROIT DE LA FAMILLE
COLLABORATIF (DFC) : ÉTUDE
DE CAS QUALITATIVE**

2005-FCY-1F

Le nouveau phénomène du droit de la famille collaboratif (DFC) : étude de cas qualitative

Préparé par
Julie Macfarlane, Ph.D.

Présenté à la
Section de la famille, des enfants et des adolescents
ministère de la Justice du Canada

*Les opinions exprimées dans ce rapport sont celles de l'auteure
et ne représentent pas nécessairement celles du
ministère de la Justice du Canada.*

Also available in English

Le présent rapport peut être reproduit, en tout ou en partie, par quelque moyen que ce soit, sans frais et sans qu'il soit nécessaire de demander la permission du ministère de la Justice du Canada, pourvu que toutes les précautions raisonnables soient prises pour assurer l'exactitude du contenu reproduit, que le ministère de la Justice du Canada soit désigné comme source et que la reproduction ne soit pas présentée comme la version officielle du rapport original.

© Sa Majesté la Reine du chef du Canada
représentée par le ministre de la Justice et procureur général du Canada, 2005

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	v
RÉSUMÉ	vii
1. INTRODUCTION	1
A. Le déclin de la coopération	1
B. Les services de droit de la famille en crise?	2
C. Historique du DFC	4
D. Les groupes de droit collaboratif, un phénomène socio-professionnel	6
E. Principales variations dans la pratique du DFC	8
2. L'ÉTUDE.....	15
A. Objet.....	15
B. Méthode	15
C. Avantages d'une approche axée sur des études de cas	18
3. OBJECTIFS, ATTENTES ET MOTIVATIONS RELATIVES AU DFC	19
A. Motivations des avocats.....	19
B. Attentes et objectifs des clients.....	24
C. Autres professionnels : objectifs et motivations	27
D. Attentes mal assorties? Liens entre les motivations des avocats et les objectifs des clients.....	27
4. L'EXPÉRIENCE DE NÉGOCIATION EN DFC	31
A. La structure des négociations en DFC	31
B. Le maintien d'une idéologie de coopération dans la négociation.....	35
C. La place des émotions dans les négociations de DFC	37
D. Le rôle des conseils juridiques dans les négociations.....	39
E. Importance de l'entente de désistement.....	42

5.	RELATIONS AVOCAT-CLIENT EN DROIT COLLABORATIF	45
	A. Responsabilité des décisions.....	45
	B. Défense des intérêts	48
	C. Réflexion sur le lien entre l'autonomie et la représentation dans le DFC	54
6.	UNE APPROCHE MULTIDISCIPLINAIRE	57
	A. Le modèle d'équipe.....	57
	B. Le recours à des professionnels par les clients du DFC.....	58
	C. Attitudes des avocats à l'égard de la participation d'autres professionnels au processus collaboratif.....	59
	D. Relations interprofessionnelles	60
7.	RÉSULTATS DU DFC	63
	A. Comparaisons entre les résultats du DFC et ceux du processus traditionnel de litige.....	63
	B. Dimensions à valeur ajoutée	64
	C. Mise en garde.....	65
8.	LES RESSOURCES : UNE QUESTION CENTRALE.....	67
	A. Poursuivre sur la lancée	67
	B. Coûts et frais	68
9.	QUESTIONS ÉTHIQUES DANS LA PRATIQUE DU DROIT COLLABORATIF	69
	A. Généralités	69
	B. Consentement éclairé.....	70
	C. Choix des causes et questions de sécurité.....	72
	D. Secret professionnel	75
	E. Pressions exercées pour poursuivre le processus collaboratif	76
	F. Relations entre les avocats	77
10.	RELATION AVEC LA MÉDIATION.....	79
	A. Relation entre droit collaboratif et médiation	79
	B. Ce que les clients du droit collaboratif disent de la médiation familiale	79
	C. Ce que les avocats du droit collaboratif disent de la médiation familiale	81

11.	CONCLUSIONS.....	85
	A. Les réalisations du droit familial collaboratif	85
	B. Défis à relever pour le droit familial collaboratif	87
	C. Questions liées aux politiques régissant la prestation de services en droit familial collaboratif	92
	POSTFACE	95
	ANNEXE A QUESTIONS DE L'ENTREVUE INITIALE	97
	ANNEXE B QUESTIONS DE L'ENTREVUE DE MI-PARCOURS	103
	ANNEXE C QUESTIONS DE L'ENTREVUE DE CONCLUSION	107

REMERCIEMENTS

Les personnes et les ressources qui m'ont été utiles au cours de cette étude de trois ans sont innombrables. Le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada m'a fourni le financement de base qui m'a permis de payer mes déplacements et mes frais accessoires pour l'important volet de travail sur le terrain et de rémunérer mes excellentes assistantes de recherche (Tanya Farkouh et Meighan Ferris), ma redoutable chargée de projet (Ursula Miletic) ainsi que tous les étudiants en droit de la University of Windsor. Beth Beattie (Osgoode Hall Law School) et le prof. Michaela Keet (College of Law, University of Saskatchewan) ont aussi contribué aux entrevues sur le terrain. Le ministère de la Justice du Canada m'a fourni une aide financière d'appoint et, plus important peut-être, un soutien moral et intellectuel (merci en particulier à Jim Sturrock et Cherami Wichmann).

J'ai profité d'une collaboration et d'un soutien professionnel sans faille de la part de nombreux avocats du droit collaboratif et d'autres spécialistes actifs dans ce domaine. Cette étude m'a fait rencontrer des personnes remarquables et inspirantes, et j'apprécie les occasions d'apprentissage que m'ont procurées leurs témoignages. Et surtout, je dois exprimer publiquement la dette de reconnaissance que j'ai contractée envers les clients vivant une démarche collaborative qui m'ont laissée entrer dans leur vie malgré le stress et les difficultés qu'ils vivaient alors. Ces personnes m'ont énormément appris, et j'espère qu'ils savent que leur expérience et leurs appréciations seront utiles aux clients et aux praticiens du droit familial collaboratif.

Julie Macfarlane
Kingsville, novembre 2004

RÉSUMÉ

1. Introduction

L'essor prodigieux du « droit familial collaboratif » (DFC) constitue l'un des phénomènes les plus remarquables des 25 dernières années dans le milieu des services juridiques. En général, on entend par « droit collaboratif » (DC) une forme de pratique du droit selon laquelle l'avocat et son client s'engagent par contrat à *ne pas* recourir aux tribunaux pour régler un litige. Le mandat de l'avocat consiste à conseiller et à représenter son client en vue d'un règlement à l'amiable et à se concentrer sur la recherche d'un résultat négocié faisant consensus. Si le client décide finalement de recourir aux tribunaux, il est prévu dans le mandat que l'avocat du droit collaboratif (ainsi que tous les autres professionnels de la collaboration comme les conseillers en divorce ou les planificateurs financiers) doit se retirer et cesser de toucher toute rémunération. Le droit collaboratif est appliqué dans plusieurs domaines, en particulier en droit de la famille.

La présente note fait état des principales conclusions du projet de recherche sur le droit familial collaboratif, initiative de trois ans financée par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada et le ministère de la Justice du Canada et ayant porté sur la pratique du DFC au Canada et aux États-Unis. Cette étude visait à connaître la valeur ajoutée par le DFC dans le déroulement et l'issue des litiges en matière de divorce, et en particulier son incidence sur les clients.

2. L'étude

L'étude a consisté essentiellement à mener des entrevues pour recueillir des données personnelles, introspectives et complexes sur l'expérience des avocats et des clients relativement à la théorie et à la pratique du droit collaboratif. Les chercheuses ont mené 66 entrevues initiales auprès d'avocats, de clients et d'autres professionnels du droit collaboratif dans neuf villes des États-Unis et du Canada où il existe des groupes de DFC. L'année suivante, quatre villes — Vancouver et Medicine Hat au Canada, et San Francisco et Minneapolis aux États-Unis — ont été sélectionnées pour représenter un éventail complet de pratiques et de philosophies et des clientèles variées. Dans chaque ville, des clients et des professionnels rattachés à quatre dossiers de DFC ont été recrutés pour participer à l'étude. Des entrevues normalisées ont eu lieu tout au long du projet auprès de chaque client et de chaque professionnel du domaine (avocat, thérapeute, conseiller financier, etc.). Au total, 150 entrevues ont été menées pour les 16 études de cas.

3. Groupes de droit familial collaboratif

Dans chaque groupe de DFC, il y a une ou plusieurs âmes dirigeantes qui sont souvent des plaideurs expérimentés ayant une grande crédibilité dans leur milieu. Par ailleurs, tous les groupes de DFC ont adopté des règles d'adhésion qui ne varient que légèrement d'un groupe à l'autre. Ainsi, les groupes de DFC remplissent une fonction de contrôle importante. À chaque endroit, il semble exister une ferme volonté d'uniformiser la pratique, du moins localement. Cette tendance entraîne une certaine tension entre les groupes privilégiant des approches différentes.

4. Principales variations dans la pratique du DFC

a. L'avocat traditionnel adhérant à la collaboration

Ce modèle de DFC définit le rôle de l'avocat en termes plutôt traditionnels quant aux fonctions qui consistent à formuler des conseils juridiques ou à veiller aux intérêts du client. L'« avocat coopératif » continue de mettre les conseils juridiques au cœur de son rôle. Cette perspective l'amène à considérer que sa loyauté est due d'abord à son client, et non à l'équipe de collaboration ni à l'« ensemble de la famille ». De bien des façons, l'avocat coopératif adapte les règles de DFC à ses propres principes relativement à la représentation et à la défense du client, ou tente de faire un mélange des deux.

b. L'avocat-ami et accompagnateur

Les tenants de cette approche font un pas de plus dans la transformation du rôle traditionnel de l'avocat. En effet, l'« avocat-ami » estime qu'un des aspects fondamentaux de sa compétence consiste à offrir un cadre qui soutient moralement le client; d'ailleurs, il présente souvent le divorce comme une aventure de croissance personnelle. L'avocat-ami est souvent mal à l'aise avec l'idée qu'il « défend » une des deux parties. Même l'expression « défense des intérêts » ne lui plaît pas. Il juge inefficace d'insister sur les droits comme tels et considère cette approche comme moins constructive que le fait de travailler sur les aspects thérapeutiques du divorce.

c. Le joueur d'équipe

Le « joueur d'équipe » a beaucoup en commun avec l'« avocat-ami », mais son trait distinctif réside dans la promotion de la primauté des principes de DFC sur toute autre considération (comme la maximisation de la satisfaction du client ou la mesure des résultats à l'aune de critères juridiques). Le joueur d'équipe tient mordicus à ce que l'on respecte le processus jusqu'à ce qu'une solution émerge. Il mise beaucoup sur la collaboration, la communication et, éventuellement, l'établissement de stratégies de concert avec l'avocat de l'autre partie.

En fait, rares sont les avocats qui répondent uniquement à un seul de ces types, ce qui permet de conclure — sans surprise — que les normes de pratique ne sont pas encore fixées. Cependant, dans chaque ville, un de ces types idéaux prédomine.

5. OBJECTIFS, ATTENTES ET MOTIVATIONS RELATIFS AU DFC

L'étude a permis de constater que la principale motivation des avocats qui pratiquent le DFC est de trouver une façon de pratiquer le droit qui corresponde davantage à leurs convictions et à leurs valeurs que le modèle traditionnel. Au nombre des autres motivations ressortant de l'étude, mentionnons l'amélioration du service et la recherche d'une formule plus efficace que la médiation familiale.

Quant aux clients, les objectifs de nombre d'entre eux, en recourant à la collaboration, étaient de réduire les coûts et les délais. Parmi les motifs secondaires, mentionnés par un plus petit nombre, figuraient l'importance de donner le bon exemple, surtout devant les enfants issus du mariage, ainsi que la possibilité de croissance personnelle offerte par un processus coopératif mené en personne.

Il existe des différences entre les objectifs des clients et ceux des avocats. En général, les premiers témoignent d'une attitude beaucoup plus pragmatique que les seconds, ceux-ci étant plus enclins à décrire des objectifs supérieurs qui, dans certains cas, frisent l'engagement idéologique. Cette différence se comprend bien, compte tenu que les clients s'apprêtent à traverser une crise personnelle, alors que les avocats s'intéressent à la façon dont le DFC répondra aux besoins de leurs clients — et aux leurs — relativement à la justice et à la dignité du processus.

Le contraste des points de vue entraîne toutefois deux préoccupations. La première, c'est que les clients qui ont adhéré au DFC en grande partie en raison des « promesses » de règlement rapide et peu coûteux sont parfois amèrement déçus lorsqu'ils reçoivent la note d'honoraires et constatent le temps qu'il a fallu pour arriver à une conclusion. Le mouvement du DFC devrait faire preuve de circonspection en général dans ses prétentions à ce sujet, surtout lorsqu'il s'en sert comme argument pour convaincre les conjoints de recourir au DFC.

Deuxièmement, ce déphasage apparent entre les attentes et les objectifs de certains clients et ceux de leur avocat peut donner lieu à un risque, à savoir que les avocats prêtent à leurs clients un engagement idéologique qui n'existe pas réellement, voire même imposent leurs propres motivations à leurs clients qui, eux, cherchent seulement à conclure rapidement leur divorce sans trop de frais. C'est pourquoi les avocats de DFC doivent faire connaître clairement leurs valeurs et objectifs à leurs clients et prendre garde de ne pas broser un portrait irréaliste du processus dans leur enthousiasme à l'égard du DFC.

6. L'expérience de négociation en DFC

i. Les négociations

Il semble exister un consensus selon lequel le DFC réduit le bluff et les tactiques caractéristiques des négociations traditionnelles entre avocats, y compris les propositions exagérées dans un sens ou dans l'autre. Les intéressés reconnaissent négocier encore parfois par prises de position, surtout lorsqu'ils sont dans une impasse. Cependant, lorsqu'on en vient à « couper la poire en deux », les parties disposent généralement de plus d'informations et le font dans un esprit beaucoup plus constructif que ce que l'on observe souvent à la fin d'une négociation traditionnelle entre avocats.

L'engagement idéologique profond à l'égard de la négociation coopérative a une incidence importante sur les conditions de la négociation, phénomène renforcé par l'esprit de « club » des groupes de DFC ainsi que par la conviction d'avoir des valeurs communes. Les groupes tiennent beaucoup à donner une bonne réputation à la coopération. Les avocats de DFC font aussi valoir des considérations pragmatiques : lorsqu'il est obligatoire d'arriver à une entente à l'amiable, la négociation fondée sur la prise de position ne donne rien.

ii. La place des émotions

Plusieurs clients ont fait remarquer que leur avocat semblait sous-estimer l'émotivité dans laquelle baignent inévitablement les négociations entre conjoints. Parfois, ils ont l'impression qu'on veut nier leurs sentiments et imposer une fausse impression d'« harmonie ».

Si les avocats veulent tempérer les discussions entre personnes blessées et en colère, ils doivent avoir les compétences nécessaires. Aussi leur formation doit-elle les préparer à faire face à des échanges très conflictuels et très chargés, en théorie et en pratique.

iii. Le rôle des conseils juridiques

Il existe de grandes différences entre les avocats en ce qui concerne l'importance accordée aux conseils juridiques et leur spécificité. Sur ce point, il est évident que l'approche choisie par l'avocat dépend du style de pratique du DFC qu'il a adopté.

Les clients eux-mêmes ne savent souvent pas clairement dans quelle mesure ils recevront des conseils juridiques, et certains sont moins satisfaits que d'autres de cet aspect des services collaboratifs. Certains clients se sont dits irrités de n'avoir pas pu obtenir des conseils juridiques clairs et précis à certains moments où ils sentaient qu'ils en auraient eu besoin, et plusieurs auraient voulu que leur avocat se montre plus ferme face à l'autre partie au sujet des limites de ce que celle-ci pouvait revendiquer. Lorsqu'un client sent que son avocat substitue à son rôle de conseiller juridique un rôle quasi thérapeutique, on observe parfois une résistance.

iv. Importance de l'entente de désistement

Les données recueillies dans le cadre de l'étude, dont tous les cas comportaient une entente de désistement (ED), laissent croire que le processus collaboratif favorise un esprit d'ouverture, de coopération et de volonté de trouver une solution qualitativement différente de celles que donnent les négociations traditionnelles entre avocats. Il est cependant difficile de dire si cette conclusion montre la nécessité d'une entente de désistement, au lieu d'une entente qui engage les parties à une période donnée de négociation avant de pouvoir se tourner vers le contentieux. Il faudrait faire d'autres études pour savoir dans quelle mesure l'ED est essentielle au succès de la pratique du droit axée exclusivement sur le règlement à l'amiable.

7. La relation entre avocat et client

i. Responsabilité des décisions

En DFC, on confie au client une plus grande part de responsabilité dans la résolution de ses problèmes en le faisant participer à la planification et aux rencontres de négociation. Bon nombre d'avocats ont indiqué que cette approche les soulageait d'une lourde responsabilité qu'ils ressentaient souvent dans la formule judiciaire.

Les clients qui ont saisi ce changement d'approche l'ont vu d'un oeil favorable. D'autres, cependant, ont dénoncé le fait qu'il y avait des aspects du processus collaboratif au sujet desquels ils avaient peu de pouvoir, par exemple les délais, lorsque l'autre partie semblait se traîner les pieds.

ii. Secret professionnel

En DFC, on observe plusieurs approches en matière de secret professionnel. Les mandats de DFC comportent généralement des dispositions selon lesquelles les signataires s'engagent à communiquer les renseignements « pertinents » et autorisent généralement l'avocat à résilier

l'entente s'il sait ou soupçonne que le client ne respecte pas cet engagement. Il n'existe aucun critère uniforme pour définir la pertinence d'un renseignement, et les pratiques sont très variées. Il y aurait lieu de se pencher davantage sur la question du secret professionnel afin de définir des normes plus cohérentes, et surtout pour que les clients soient pleinement au courant des limites de la confidentialité lorsqu'ils adhèrent à une entente de DFC.

iii. Défense des intérêts

Selon la vision la plus traditionnelle de la « défense dévouée », la considération des intérêts de l'autre partie est considérée comme incompatible avec la loyauté absolue que doit l'avocat à son client. Or, dans un processus collaboratif, comme dans d'autres processus axés sur le consensus, l'avocat doit tenir compte des intérêts de toutes les parties, pour des raisons aussi bien pragmatiques que philosophiques. Le problème, pour les avocats de collaboration, consiste à déterminer dans quelle mesure la considération des intérêts de l'autre partie compromet, voire supprime son engagement envers les objectifs de son propre client.

La plupart des avocats de DFC sont conscients de ce problème et cherchent des moyens d'atteindre un équilibre dans chaque dossier. La plupart des avocats de DFC considèrent que leur loyauté va d'abord à leur client. Cependant, le souci de favoriser une transition familiale saine semble en amener certains à considérer que leur loyauté va à « l'ensemble de la famille », même s'ils ne travaillent pas privément avec chaque membre de cette famille ni ne reçoivent des instructions de celle-ci collectivement. Ces avocats pourraient très bien, sans le vouloir, substituer leur propre jugement à celui de leur client.

8. Une approche multidisciplinaire

Relativement peu d'avocats ayant participé aux études de cas ou rencontrés lors des visites sur le terrain avaient suivi l'approche d'équipe dans sa forme intégrale. Les avocats reconnaissent souvent la contribution que peut faire un guide, mais beaucoup ont fait remarquer qu'il était difficile, en pratique, de convaincre les clients qu'ils avaient besoin des services de deux professionnels.

Nombre d'avocats reconnaissent ne pas posséder les compétences requises pour travailler avec certains couples ayant besoin d'une aide spéciale pour communiquer. Certains envisagent la possibilité de ne pas prendre certains dossiers hautement conflictuels à moins que les parties acceptent de retenir aussi les services d'un guide. Cependant, d'autres avocats (d'un nombre faible mais non négligeable) considèrent qu'ils sont qualifiés pour s'occuper des aspects psychologiques qui relèveraient normalement d'un spécialiste de la santé mentale.

Le fait de mettre à contribution différents professionnels dans un même dossier donne lieu à des problèmes complexes encore non résolus. Le plus important concerne le risque de voir l'avocat usurper en partie les fonctions thérapeutiques du guide. Certains thérapeutes ont exprimé leur malaise relativement aux frontières de plus en plus floues entre leur rôle et celui de certains avocats.

On découvre aussi des problèmes liés aux responsabilités décisionnelles et à la hiérarchie au sein de l'équipe, y compris la question des honoraires professionnels et la désignation d'une personne devant jouer le rôle de « pivot » ou de « gestionnaire de cas ». La création d'une fonction de

gestionnaire de cas pourrait aider les professionnels à reconnaître et à éviter certains des problèmes propres au modèle d'équipe décrits dans le rapport.

9. Résultats du DFC

Les résultats de la plupart des dossiers qui ont été réglés durant l'étude respectent les critères juridiques. Il n'en faut pas moins demeurer vigilant pour s'assurer que les parties les plus faibles n'obtiennent pas, à l'issue d'un processus de DFC, un résultat plus défavorable que par la voie judiciaire.

Nombres d'ententes comportaient des avantages comparatifs spécifiques, notamment des formules détaillées et créatives relativement au droit de visite et au partage des responsabilités parentales, différents arrangements pour la pension alimentaire et une meilleure communication. Enfin, le processus collaboratif permet l'élaboration de solutions « d'essai » d'une façon rarement possible dans un cadre judiciaire.

10. Coûts et délais

i. Frais et honoraires

Il n'a pas encore été prouvé que les causes résolues par le DFC entraînent moins de coûts que les causes de divorce résolues par la voie du contentieux et de la négociation traditionnelle, quoiqu'il serait logique de le penser. En réalité, on constate une certaine déception à l'égard du coût total — surtout lorsque les négociations ont traîné en longueur — chez des clients ayant eu à l'origine des attentes irréalistes.

ii. Durée

En l'absence des limites de temps imposées par la procédure judiciaire, les avocats de DFC doivent trouver d'autres moyens de faire en sorte que le processus se déroule à un rythme qui satisfasse les deux parties. En butte à l'indécision ou à l'intransigeance de son conjoint, un client qui estime que le processus n'est pas assez encadré peut remettre en cause son engagement à l'égard de la collaboration.

11. Éthique

Hormis un petit groupe de professionnels expérimentés, nous n'avons pas observé une reconnaissance explicite de problèmes éthiques chez les avocats ayant participé à l'étude. Ce constat est pour le moins préoccupant quand on sait que les nouvelles pratiques de consultation, de négociation et de représentation propres au DFC placent fréquemment les avocats dans des situations nouvelles et inconnues qui les obligent à faire preuve de jugement sur le comportement « éthique » à privilégier, sans pouvoir se fonder sur des précédents ou des expériences personnelles claires pour se guider.

Certaines de ces questions sont liées à la gestion d'un dossier collaboratif : sur quels critères doit-on se baser pour juger qu'un dossier en particulier convient au DFC ou pour refuser les mandats où cette formule pourrait même être néfaste? Comment s'assurer que le client donne un consentement éclairé à sa participation au DFC? Quand et comment l'avocat devrait-il conseiller

au client d'abandonner le processus collaboratif si les chances de règlement par négociation sont minces? Enfin, comment peut-on garantir que les relations entre avocats sont professionnellement irréprochables, surtout compte tenu du fait que les réseaux de DFC comportent relativement peu de membres et que les avocats sont appelés à travailler ensemble régulièrement?

12. Relation entre DFC et médiation

Les clients ont déclaré que s'ils avaient choisi le DFC au lieu de la médiation, c'était parce qu'ils croyaient obtenir de meilleurs résultats avec un défenseur personnel à leurs côtés au lieu d'une personne qui se tient hors du processus à titre d'avocat consultant. Le DFC semble plus attrayant, émotivement, pour les personnes qui se sentent relativement vulnérables ou peu compétentes en négociation.

Les avocats de DFC estiment en général que si la médiation constitue un processus constructif pour certains, le DFC convient à une clientèle plus vaste et à un plus grand nombre de types de conflits. Beaucoup considèrent que la médiation n'est pas un « processus complet » du fait que l'avocat n'y participe pas directement. La conviction avec laquelle les avocats du droit collaboratif recommandent la médiation à titre de solution de rechange au DFC varie considérablement. Dans certains cas, il est évident que les clients ne savent à peu près rien de la possibilité de recourir à la médiation comme solution de rechange. En n'accordant apparemment qu'une importance négligeable à la médiation, certains avocats gaspillent des possibilités importantes d'enrichissement mutuel entre ce domaine et le DFC.

13. Questions de politiques

Notre étude n'avait pas pour objet d'éclairer les choix des décideurs, mais elle a mis au jour un certain nombre de problèmes entourant l'évolution du DFC.

i. Financement provincial (par l'aide juridique) pour le DFC

Il existe des projets pilotes d'aide juridique de DFC dans plusieurs provinces, et la tendance devrait s'accroître. Ces initiatives font ressortir deux motifs de préoccupation : les compétences et l'expérience des avocats du droit collaboratif, et la mesure dans laquelle ils offrent aux clients des conseils juridiques traditionnels et des conseils sous le sceau du secret professionnel. Compte tenu des variations mises au jour dans l'étude au sujet de la pratique du DFC, les administrateurs de l'aide juridique pourraient être obligés de clarifier les choses au sujet du rôle de conseiller juridique, du caractère confidentiel de certains aspects de la relation avocat-client et de l'identité du « client » de l'aide juridique.

ii. Accréditation

À l'heure actuelle, seuls les avocats membres d'un groupe de droit collaboratif peuvent être qualifiés d'« avocats du droit de la famille collaboratif ». D'autres organismes de réglementation — comme le barreau provincial — pourraient entrer en jeu sous peu. Les problèmes les plus immédiats mis au jour par l'étude concernent le risque de voir un client choisir un avocat qui en est à ses premières armes en droit collaboratif et pourrait par conséquent manquer de compétence, ou qui ne sait pas comment s'occuper d'un dossier trop conflictuel. Les

organismes de réglementation devraient s'attaquer d'abord à ces problèmes — par exemple en établissant des critères de sélection des dossiers et des programmes de mentorat — avant de régler la question plus générale de l'accréditation. Ce travail doit être mené de concert avec les animateurs du mouvement collaboratif, qui sont conscients qu'il est dans l'intérêt de leur mouvement d'établir des mécanismes de garantie de la satisfaction de la clientèle et de protéger la réputation du DFC.

iii. Codes de déontologie

L'étude portait sur l'expérience des avocats, des clients et des autres professionnels et non sur la déontologie. Toutefois, cette question prend de plus en plus d'importance dans certains milieux, où l'on craint que la pratique du droit collaboratif permette de contourner les règles de déontologie — par exemple en ce qui concerne les obligations de représentation, les compétences et le désistement.

14. Conclusion

Le droit collaboratif offre aux conjoints en instance de séparation l'occasion de négocier des solutions durables, réalistes et novatrices qui leur paraissent à tous deux « équitables ». Véritable tribune pour un dialogue franc, il offre la possibilité de mettre fin à une relation en toute dignité. Les avocats de droit de la famille qui se tournent vers le DFC y voient un processus de règlement des différends empreint d'intégrité, qui responsabilise le client et aide les familles à vivre avec succès ces transitions difficiles.

Il reste toutefois de nombreux problèmes. Certains clients tombent de haut lorsque les échanges s'avèrent plus ardues que prévus, parfois pour constater que le DFC entraîne des coûts et des délais plus importants que ce qu'ils avaient cru. Souvent, les clients ne veulent pas que le travail d'équipe prenne le pas sur la défense de leurs intérêts personnels par leur avocat. Certains auraient eu besoin qu'on leur explique plus clairement, d'emblée, ce que cet engagement pouvait entraîner pour eux plus tard, émotionnellement et pratiquement.

Ces problèmes font ressortir quatre grandes valeurs dont dépend l'excellence en DFC, à savoir : l'engagement (trouver le juste équilibre entre le respect du processus et la loyauté envers le client et ses collègues); la transparence (exposer clairement au client ses valeurs fondamentales et les problèmes possibles); la souplesse et la réceptivité (respecter les différents styles de pratique du DFC et adapter le plus possible sa propre pratique aux besoins du client); et l'acceptation des limites théoriques et pratiques du DFC (le DFC n'est pas une panacée, et tous les avocats ne possèdent pas les compétences requises pour n'importe quelle cause de DFC). Si les intéressés gardent à l'esprit ces valeurs fondamentales, continuent de se remettre en question et se prêtent à des évaluations externes, le DFC est promis à un bel avenir.

1. INTRODUCTION

L'essor prodigieux du « droit familial collaboratif » (DFC) constitue un des phénomènes les plus remarquables des 25 dernières années dans le monde des services juridiques. Alors que ce type d'activité a vu le jour à Minneapolis il y a 14 ans seulement, il existe aujourd'hui plus de 120 groupes de DFC au Canada et aux États-Unis, et ce nombre ne cesse d'augmenter¹. Le développement conséquent de la notion de « droit amiable exclusif » n'est pas sans répercussions sur les avocats, leurs clients et les familles, ainsi que sur la réglementation et le financement des services de droit de la famille par l'État.

Le présent rapport fait état des résultats d'un projet de recherche de trois ans portant sur la pratique du DFC au Canada et aux États-Unis. Cette recherche visait à connaître la valeur ajoutée par le DFC dans le déroulement et l'issue des litiges en matière de divorce, et en particulier son incidence sur les clients. Un autre de ses objectifs consistait à évaluer les effets du DFC sur la pratique et les valeurs traditionnelles du droit et de cerner les facteurs d'efficacité dans ce domaine.

A. LE DÉCLIN DE LA COOPÉRATION

Depuis plus de vingt ans, certaines voix parmi les plus respectées dans le domaine de la résolution de conflits remettent en question le parti pris apparemment inéluctable du monde judiciaire contre les approches axées sur la coopération et la recherche commune de solutions par les clients. Aujourd'hui encore, on dénonce le caractère de plus en plus antagoniste et « sauvage » du contentieux civil, surtout dans le domaine commercial², les abus commis dans le cadre de la communication de la preuve pour aggraver les conflits et augmenter les coûts³, les pressions exercées en faveur d'une attitude agressive au détriment de la coopération lorsque les intentions de la partie adverse sont incertaines (le fameux « dilemme du prisonnier »)⁴, la tendance à délaissier les consultations personnalisées et les « conseils de sagesse » de la part des

¹ Le site Web de l'International Academy of Collaborative Professionals fait état de 22 groupes au Canada et 101 aux États-Unis, outre des groupes au Royaume-Uni et en Autriche. Voir <www.collabgroup.com> (consulté le 11 novembre 2004).

² Julie Macfarlane, « Culture Change? A Tale of Two Cities and Mandatory Court-Connected Mediation » (2002) J. Disp. Resol. 241 [ci-après Macfarlane, « Culture Change »].

³ John L. Barkai et Gene Kassebaum, « Using Court-Annexed Arbitration to Reduce Litigant Costs and to Increase the Pace of Litigation » (1989) 16 Pepp. L. Rev. 45.

⁴ On entend par « dilemme du prisonnier » la situation classique dans laquelle deux amis sont détenus dans des cellules adjacentes et interrogés par la police. Chacun doit choisir entre témoigner contre son ami ou garder le silence en espérant que celui-ci en fera autant. À la base, il s'agit d'un choix entre le risque de « coopérer » (ne rien dire à la police) ou « prendre de vitesse » (livrer son ami avant que celui-ci ne le fasse). Ce modèle a fait l'objet de nombreuses expériences sur le processus de négociation. Pour en savoir plus sur le dilemme du prisonnier, consulter Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation* (New York : Basic Books, 1984). Au sujet de l'application de ce principe dans une négociation, on lira David Lax et James Sebenius, *The Manager as Negotiator* (New York : New York Press, 1986) 29-45. Enfin, on trouvera une analyse de la question dans le contexte des négociations juridiques dans Ronald J. Gilson et Robert H. Mnookin, « Disputing through Agents: Cooperation and Conflict between Lawyers in Litigation » (1991) 94 Colum. L. Rev. 509.

avocats de l'entreprise au profit de l'avis technique du spécialiste⁵, et l'absence d'un discours établi et d'un ensemble de comportements culturels permettant aux avocats de s'entretenir du potentiel de la collaboration⁶. Que peut-on faire, le cas échéant, pour changer ces traits caractéristiques du contentieux, en supposant que les avocats continueront de jouer un rôle central comme représentants des parties? En particulier, est-il possible de modifier les règles du jeu de façon à transformer la culture du contentieux et de la résolution des conflits?

B. LES SERVICES DE DROIT DE LA FAMILLE, EN CRISE?

Aucun domaine n'illustre mieux que le droit de la famille les effets dévastateurs de l'approche antagoniste et la crise de confiance qu'elle entraîne à l'égard des services juridiques. Le taux de divorce continue d'être élevé. Certaines tendances propres aux 20 dernières années (par exemple, le nombre croissant de familles habituées à un rythme de vie nécessitant deux revenus, la lenteur de l'évolution sociale relative au partage des responsabilités parentales et l'émergence de l'orientation sexuelle comme cause de résiliation d'un mariage) ont d'ailleurs souvent accentué la complexité et l'animosité qui caractérisent ces périodes de transition. Plus généralement, les normes juridiques encadrant le divorce et la reconfiguration de la famille se sont multipliées, entraînant une nette diversification des ententes de garde et de pension alimentaire. Simultanément, on est de plus en plus conscient des nombreuses conséquences sur les enfants d'une relation hostile avant et après le divorce, conséquences qui sont indéniablement aggravées par la prolongation des litiges⁷. On observe en outre une augmentation substantielle des requêtes en divorce sans représentation juridique⁸. En certains endroits, ce phénomène pourrait

⁵ Anthony T. Kronman, *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession* (Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1993).

⁶ Milton Heumann et Jonathan M. Hyman, « Negotiation Methods and Litigation Settlement Methods in New Jersey: "You Can't Always Get What You Want" » (1997) 12 Ohio St. J. on Disp. Resol. 253.

⁷ Voir Judith Wallerstein et Sandra Blakeslee, *Second Chances: Men, Women and Children a Decade after Divorce* (New York : Ticknor & Fields 1988); ainsi que Judith Wallerstein et Joan Kelly, *Surviving the Breakup* (New York : Basic Books, 1980). Le caractère peu encourageant de ces analyses initiales a été atténué par les études portant sur les moyens d'adoucir ces transitions. Voir Eileen Mavis Hetherington, « Coping with Family Transitions: Winners, Losers and Survivors » (1989) 60 Child Development 1. Voir aussi Eileen Mavis Hetherington, *Adolescent Siblings in Stepfamilies: Family Functioning and Adolescent Adjustment* (1999) Monographs of the Society for Research in Child Development, vol. 64, n° 4, décembre 1999. Les transitions vécues sainement passent rarement par un litige acrimonieux. On trouvera un tour d'horizon utile des études sur la question dans Rhonda Freeman, « Parenting after Divorce: Using Research to Inform Decision-Making about Children » (1998) 15 Canadian J. Fam. Law 79.

⁸ Au Canada, de 1993-1994 à 2002-2003, le nombre de demandes d'aide juridique en matière civile (dont la grande majorité concerne le droit de la famille) est passé de 386 617 à 247 536, soit une baisse de 36 p. 100. Voir Centre canadien de la statistique juridique, *L'aide juridique au Canada : tableaux de données sur les ressources et le nombre de cas 1997-1998*, n° de catalogue 85F0028XIF, tableau 10 (1999) et Centre canadien de la statistique juridique, *L'aide juridique au Canada : statistiques sur les ressources et le nombre de cas 2002-03*, n° de catalogue 85F0015XIF, tableau 12 (2004).

s'expliquer par la réduction de l'aide juridique⁹ et par le coût croissant des services juridiques. On serait également en droit de supposer qu'une partie de cette augmentation est aussi attribuable à un scepticisme généralisé à l'égard de l'utilité d'un avocat dans un processus de résolution de conflits ainsi qu'à une désillusion croissante au sujet de l'aptitude des avocats à proposer des solutions pratiques et rapides dans un conflit familial.

Ce contexte n'est pas non plus sans incidence sur les professionnels : le taux de désillusion et d'épuisement des avocats spécialisés en droit de la famille est notoire¹⁰. Les avocats rêvent d'une autre façon d'exercer leur profession, éventuellement en ramenant la pratique du droit de la famille aux valeurs traditionnelles de conseil et de soutien. Cette insatisfaction se manifeste entre autres par le nombre élevé d'avocats qui s'inscrivent à des cours de médiation, souvent dans l'espoir de pratiquer la médiation familiale. Toutefois, l'essor de la médiation familiale n'a pas apporté les changements escomptés à la pratique du droit. En effet, ces deux domaines demeurent relativement cloisonnés : si de nombreux médiateurs familiaux sont également avocats, le petit nombre de ceux qui réussissent à se doter d'une clientèle nombreuse dans ce domaine abandonne souvent le droit carrément. Rares sont ceux qui pratiquent à la fois l'un et l'autre dans le même cadre. On voit certes souvent, dans les séances de médiation, des avocats représenter leur client (par exemple lorsque la médiation a été ordonnée par un tribunal), mais la tension qui existe entre le rôle de ce dernier et celui du médiateur demeure perceptible. Si certains médiateurs font preuve de beaucoup d'imagination pour intégrer les avocats à la démarche, il est habituel, en de nombreux endroits et dans maints programmes, que le médiateur travaille directement avec les clients seuls et qu'on ne fasse appel aux avocats qu'en tant que conseillers externes¹¹.

Depuis une vingtaine d'années, la médiation familiale offre une solution de rechange importante à la procédure judiciaire traditionnelle et constitue véritablement un atout pour la résolution de nombre de conflits. Toutefois, l'incidence globale de cette activité sur les services de droit de la

⁹ Par exemple, l'aide juridique accordée aux demandeurs de divorce en Ontario a connu une chute majeure au cours de la dernière décennie. Dans le *Rapport de l'examen du régime d'aide juridique de l'Ontario*, on peut lire que « le Régime n'a accordé que 14 063 certificats d'aide juridique en matière familiale en 1996-1997 [...], ce qui contraste énormément avec les années précédentes. En effet, durant l'exercice 1993-1994, 65 691 certificats d'aide juridique en matière familiale ont été délivrés dans la province. Le nombre de certificats accordés a chuté à des niveaux jamais vus depuis 1970. » Voir *Rapport de l'examen du régime d'aide juridique de l'Ontario, Plan d'action pour les services juridiques publics subventionnés*, vol. 1 (Toronto : gouvernement de l'Ontario, 1997).

¹⁰ Voir Joan Brockman, « Leaving the Practice of Law: The Wherefores and the Whys » (1994) 32 *Alberta L. Rev.* 116 (qui fait état du taux de départs chez les avocats d'Alberta et montre que les femmes sont plus nombreuses que les hommes à délaissier la profession); et Leonard L. Riskin, « The Contemplative Lawyer: On the Potential Contributions of Mindfulness Meditation to Law Students, Lawyers, and Their Clients » (2002) 7 *Harv. Negot. L. Rev.* 1, 10-23 (qui fait état de certaines raisons expliquant le taux élevé de dépression chez les avocats, dont l'absence de satisfaction professionnelle, le recours à une approche étrangère aux besoins réels du client et le « cadre mental limité » des méthodes de résolution de problème mises en valeur par les écoles de droit.)

¹¹ Par exemple, la médiation est obligatoire dans les procédures de divorce depuis 1984 dans le Maine, et les avocats ont toujours été bien accueillis dans cette démarche. En revanche, au New Hampshire, la médiation est considérée comme une solution de rechange au contentieux; les avocats sont incités à s'en tenir éloignés et il leur est interdit de jouer eux-mêmes le rôle de médiateur. Voir Lynn M. Mather *et al.*, *Divorce Lawyers at Work: Varieties of Professionalism in Practice* (New York : Oxford University Press, 2001), p. 75; Craig A. McEwen *et al.*, « Bring in the Lawyers: Challenging the Dominant Approaches to Ensuring Fairness in Divorce Mediation » (1995) 79 *Minn. L. Rev.* 1317. Voir aussi *infra* Part VII.D.

famille en général varie considérablement selon les endroits et s'avère souvent limitée, surtout lorsque les avocats spécialisés en droit de la famille ne sont pas invités à participer au processus. Chose certaine, la médiation ne répond pas aux attentes d'un grand nombre d'avocats spécialisés en droit de la famille qui rêvent de changement.

C. HISTORIQUE DU DFC

Une des façons de revoir le rôle de l'avocat consiste à élargir ses responsabilités en matière de facilitation du règlement. C'est entre autres ce qu'on tente de faire dans les codes de conduite professionnelle en obligeant l'avocat à proposer à son client plusieurs formules de règlement, y compris des solutions extrajudiciaires¹². D'autres stratégies consistent à se doter d'une expertise maison en matière de résolution de conflits (par exemple en ouvrant un service de règlement extrajudiciaire au sein d'un cabinet d'avocats), ou à adhérer à un groupe structuré (comme les entreprises qui ont signé le « CPR Pledge »)¹³. Une formule plus radicale consiste à remplacer le mandat traditionnel de victoire de l'avocat par un mandat de facilitation du règlement. Cette formule permet de désigner des avocats spécialisés dans le règlement à l'amiable, à savoir les « conseillers juridiques spécialistes en règlement ». En travaillant de concert avec les plaideurs dans les mêmes dossiers, les spécialistes en règlement peuvent offrir au client une expertise en négociation d'un règlement rapide¹⁴ et peuvent mener des négociations, représenter les clients dans une médiation et, de manière plus générale, contribuer à l'élaboration d'un consensus aux premières étapes du contentieux. S'ils échouent, l'« avocat plaideur » prend le relais et intente un procès¹⁵.

Malgré l'intérêt suscité par cette formule chez les chercheurs¹⁶ et son exploration dans les grands cabinets par la mise sur pied d'un « service de règlement extrajudiciaire » qui compte des conseillers juridiques spécialistes en règlement, le climat d'affrontement demeure remarquablement imperméable à tout changement. Même dans les cabinets ayant ouvert un service de règlement extrajudiciaire et s'étant engagés officiellement à miser sur cette voie, le développement de cette expertise demeure en grande partie limité à une ou deux personnes au lieu de toucher l'ensemble du cabinet, et la mentalité générale demeure inchangée¹⁷. On ne retient les services des conseillers juridiques spécialistes en règlement que dans les dossiers très volumineux où il est possible de payer à la fois ces derniers et des avocats de contentieux. Cette attitude, d'une part, réduit le nombre de cas où le recours à un spécialiste en règlement peut être présenté comme un investissement sage et réaliste et, d'autre part, réduit la motivation de régler

¹² Voir *Ontario Code of Professional Conduct*, Ch. 3; Minn. Gen. R. Prac. 114.02 (b).

¹³ Le CPR Institute for Dispute Resolution propose à ses membres un texte de principe en vertu duquel ceux-ci s'engagent à « examiner sérieusement la négociation ou les processus de règlement extrajudiciaire avec les autres signataires avant de s'engager dans une procédure judiciaire en bonne et due forme ». L'institut fait état parmi ses signataires de 4 000 entreprises et 1 500 cabinets d'avocats. Voir <www.cpradr.org>. Il existe un régime similaire au Royaume-Uni, parrainé par le Centre for Effective Dispute Resolution, qui propose aussi des clauses modèles de contrat de règlement des différends à l'amiable rédigées par des avocats de grands cabinets. Voir <www.cedr.co.uk>.

¹⁴ Robert Fisher, « What about Negotiation as a Specialty? » (1983) 69 A.B.A. J. 1220.

¹⁵ On trouvera une explication et une brève description de ce modèle dans John J. McCauley, *The Role of Specialized Settlement Counsel*, <www.mediate.com/mccauley> (consulté le 15 février 2004).

¹⁶ William F. Coyne, Jr., « The Case for Settlement Counsel » (1999) 14 Ohio St. J. on Disp. Resol. 367.

¹⁷ On trouvera une description du travail qu'il faudrait faire pour généraliser le recours au règlement extrajudiciaire au sein des cabinets d'avocat dans CPR Institute, *supra* note 13.

à l'amiable puisqu'une stratégie de contentieux est élaborée parallèlement aux efforts de règlement.

La notion de droit collaboratif (DC) étend l'idée de confier à un avocat seul le rôle de travailler uniquement sur les solutions extrajudiciaires à celle d'adopter une stratégie misant sur la même orientation exclusive, mais adoptée par tous les avocats prenant part au dossier. Ainsi, dans une affaire de droit collaboratif, l'avocat a le mandat de *ne pas* recourir à une procédure judiciaire pour régler le litige. Son rôle consiste uniquement à conseiller et à représenter son client au sujet des solutions extrajudiciaires et négociées découlant d'un consensus. Il n'y a aucune démarche judiciaire parallèle. Si le client finit par décider de recourir aux tribunaux, il est prévu dans le mandat que l'avocat en droit collaboratif (ainsi que tous les autres professionnels de la collaboration comme les conseillers en divorce ou les planificateurs financiers) doit se retirer et cesser de toucher toute rémunération relative au dossier.

Le premier réseau d'avocats souhaitant participer à des ententes de DFC a été mis sur pied à Minneapolis, en 1990. D'autres ont vu le jour depuis dans de nombreux États américains. Certains groupes dans la région de la baie de San Francisco ont suivi l'initiative de Minneapolis; il existe actuellement 22 groupes en Californie seulement¹⁸. Parmi les autres foyers de la première heure, on peut citer Cincinnati, en Ohio (depuis 1997), Medicine Hat, en Alberta (depuis 1999), Atlanta, en Géorgie (depuis 2000), Salt Lake City, en Utah (depuis 2000) et Vancouver, en Colombie-Britannique (depuis 2000). Les tenants du DFC font valoir que cette formule réduit les frais, accélère le règlement, permet de trouver des solutions plus complètes et mieux adaptées et solidifie les relations personnelles et commerciales. Actuellement circonscrit presque uniquement au droit de la famille¹⁹, le DFC demeure prometteur dans d'autres domaines. Par ailleurs, il soulève aussi beaucoup de questions importantes dont certaines touchent directement le rôle des avocats dans la résolution de conflits, en particulier dans les cas réglés par une décision juridictionnelle.

En DFC, on suppose au départ que le meilleur moyen de protéger le client consiste à formaliser l'engagement de coopérer en intégrant au mandat une clause selon laquelle l'avocat s'engage à se désister si l'affaire prend la voie judiciaire. C'est ce qu'on appelle une entente de désistement (ED). Ainsi, au lieu d'élaborer une stratégie de règlement à l'amiable après la mise en branle du contentieux, le DFC limite la relation avocat-client à l'élaboration d'une stratégie excluant la poursuite. Ce principe se base sur l'idée selon laquelle une fois les poursuites entamées, la tentation d'analyser et de régler le litige par les voies judiciaires — d'abord par des menaces, ensuite concrètement — est irrésistible²⁰. Le DFC a plutôt pour objectif de modifier le contexte de négociation²¹ et d'inciter sérieusement les parties à régler leur différend rapidement, de

¹⁸ Voir <www.collabgroups.com>.

¹⁹ À peu près tous les cas de droit collaboratif jusqu'ici ont eu lieu dans le domaine du droit de la famille. On a vu cependant des mandats de collaboration dans le domaine des relations du travail (à Cincinnati : Collaborative Law Center, 8 West Ninth Street, Cincinnati, OH 45202-2036) et du droit successoral (à Medicine Hat : Association of Collaborative Family Lawyers of Medicine Hat, Alberta, a/s Pritchard & Company LLP, 430 Sixth Avenue SE #204, Medicine Hat [Alberta] T1A 7E8).

²⁰ Todd Sholar, « Collaborative Law—A Method for the Madness », (1993) 23 Memphis St. U. L. Rev. 667.

²¹ Robert W. Rack, Jr., « Settle or Withdraw: Collaborative Lawyering Provides Incentive to Avoid Costs of Litigation », *Dispute Resolution Magazine* (Summer 1998), p. 8.

concert et par voie négociée, sans recourir aux tribunaux. La nécessité de l'ED fait l'objet d'un vif débat et nous y reviendrons plus loin dans le présent rapport (voir la section 4e).

D. LES GROUPES DE DROIT COLLABORATIF, UN PHÉNOMÈNE SOCIO-PROFESSIONNEL

Il n'est pas sans intérêt de relater ici comment le DFC a débuté au sein de groupes locaux et de réseaux régionaux en Amérique du Nord au cours de la dernière décennie, et surtout des trois à quatre dernières années²². Malgré des variantes régionales non négligeables, la création de groupes de DFC dans les villes suit presque toujours le même schème de base. Les groupes se forment généralement autour d'une ou deux personnes très motivées et dynamiques. Ces personnes ont souvent suivi une formation en DFC dans une autre ville et sont revenues, enthousiastes, avec la ferme intention de fonder un réseau dans leur propre ville. Il s'agit souvent de personnes qui, de leur propre aveu, avaient perdu toute motivation à l'égard de la pratique du droit de la famille. En effet, on ne sera pas étonné d'apprendre que les avocats pratiquant le droit collaboratif ne croient généralement plus à la voie judiciaire pour régler les conflits en droit de la famille. D'ailleurs, l'intensité de leur aversion à l'égard du contentieux est parfois saisissante (voir la section 3a) du présent rapport).

Pour ces avocats, la découverte d'un nouveau moyen de pratiquer qui élimine une bonne partie des affres de la voie judiciaire pour eux-mêmes comme pour leurs clients a constitué une motivation pour continuer d'exercer leur profession. Beaucoup d'avocats pratiquant le droit collaboratif font état de rapports différents, plus cordiaux et plus satisfaisants, avec leurs clients. Ces avocats cherchaient des moyens d'élargir et de redéfinir leurs relations avec leurs clients et considèrent que le DFC leur permet d'y arriver.

Il n'est pas rare que les tenants les plus convaincus du DFC jouissent d'une expérience riche en démarches judiciaires : plusieurs disent même qu'ils appréciaient auparavant le rythme effréné du contentieux. Leur « conversion » en surprend d'ailleurs souvent plus d'un dans leur entourage professionnel, mais leur passé rend peut-être leur discours plus convaincant. Certains avocats du droit collaboratif décrivent leur engagement en termes quasiment religieux et, dans la même veine, sont fortement motivés à convaincre leurs clients de recourir aux mêmes voies qu'eux.

Évidemment, certains avocats ne considèrent le DFC que comme un nouvel outil de marketing, et on entend souvent des sceptiques en parler en ces termes. Cependant, ayant parlé longuement avec un bon nombre d'avocats qui pratiquent le droit collaboratif dans des groupes locaux et régionaux, je peux dire que la grande majorité d'entre eux sont réellement motivés par le désir d'améliorer leur pratique et le service au client. Il existe certes un risque — comme dans toute

²² Le nombre de membres de l'International Academy of Collaborative Professionals (IACP) a doublé en 1993 et devrait doubler à nouveau en 2004. En 2001, il y avait environ 25 groupes de collaboration au Canada et aux États-Unis. Aujourd'hui, le site Web de l'IACP <www.collabgroups.com> en répertorie 123.

innovation — que les avocats profitent simplement de la « vague » du DFC dans une optique intéressée, mais j'ai nettement l'impression que dans la plupart des cas, il s'agit d'un engagement personnel et professionnel qui dépasse les simples considérations économiques²³.

Un autre trait constant du développement du DFC touche l'organisation et le fonctionnement des groupes eux-mêmes. À l'origine, les groupes de DFC étaient de simples regroupements spontanés, mais tous ont eu vite fait de se doter de statuts. Ainsi, tous les groupes de DFC ont adopté des règles d'adhésion, lesquelles ne varient que légèrement d'un groupe à l'autre. On exige généralement des membres qu'ils comptent à leur actif un certain nombre d'années de pratique en droit de la famille et qu'ils aient suivi des cours de DFC ou de médiation. Il existe en outre des critères de renouvellement, tels que formation continue, participation aux rencontres et, évidemment, acquittement de la cotisation. Par ces moyens, les groupes de DFC remplissent une fonction de contrôle importante. Leur caractère exclusif n'a pas été sans susciter des controverses au barreau. Un des problèmes particulièrement épineux auxquels doivent se mesurer certains groupes de DFC consiste à décider si l'adhésion doit être réservée aux avocats ou ouverte à d'autres professionnels pratiquant la collaboration, comme les professionnels de la santé mentale ou les planificateurs financiers. Certains groupes ont d'emblée invité tous les professionnels qui travaillent auprès de familles en conflit et comptent par conséquent des membres appartenant à diverses disciplines. D'autres groupes ne sont ouverts actuellement qu'aux avocats en exercice. Certains groupes ont commencé avec cette dernière orientation mais souhaitent aujourd'hui ouvrir leurs rangs à d'autres professions, ce qui occasionne souvent une transition ardue (nous y reviendrons à la section 6d) du présent rapport).

Dans chaque centre de DFC, il semble exister une ferme volonté d'uniformiser la pratique, du moins localement. Ce désir d'établir des règles, bien qu'il n'ait rien de surprenant dans un nouveau secteur d'activité, pourrait susciter un débat sur la question de savoir si c'est le credo (ou le modèle) du DFC qui oriente la pratique ou l'inverse. Il trahit en outre une certaine tension entre les approches de différents groupes. Il est ironique, mais pas étonnant quand on pense à l'histoire des autres modèles originaux de résolution de conflits comme la médiation familiale — qu'une démarche ayant pour objet de faciliter l'adaptation et la souplesse soit si rapidement dévorée par un grand désir de pureté. Nous traiterons dans la prochaine section des différences importantes observées en DFC.

Enfin, il importe de souligner que, tout comme on l'a vu couramment aux premières heures de la médiation, la popularité de la formation et l'enthousiasme suscité par le DFC sont actuellement disproportionnés par rapport au nombre de cas qui sont effectivement traités dans le cadre d'un

²³ Il s'est dit beaucoup de choses au sujet du rôle joué par les facteurs économiques dans le fait que les avocats adopteront ou rejeteront de nouvelles manières de faire. Dans une étude portant sur les avocats et les firmes d'Ohio, Craig A. McEwen et Nancy Rogers vérifient l'idée selon laquelle la réticence des avocats à l'égard de la médiation s'expliquerait par leur volonté de maximiser leurs honoraires. McEwen et Rogers concluent que cette affirmation ne peut s'appuyer sur des preuves solides, quoiqu'on ne puisse nier que cette dimension fasse partie des explications possibles. Craig A. McEwen et Nancy H. Rogers, « Employing the Law to Increase the Use of Mediation and to Encourage Direct and Early Negotiations » (1998) 13 Ohio St. J. on Disp. Resol. 831, 846–47. Dans une autre étude portant sur les avocats spécialisés en divorce dans le Maine et au New Hampshire, McEwen *et al.* indiquent que ces avocats cherchent généralement leur satisfaction personnelle et que leurs choix professionnels et leurs préférences relatives aux modes de résolution des conflits ne sauraient s'expliquer uniquement en fonction des gains économiques. Voir Mather *et al.*, *supra* note 11, pp. 133–56.

mandat officiel de collaboration. En effet, rares sont les centres ayant traité un nombre important de dossiers de collaboration, bien que leur nombre soit indéniablement en plein essor. Un petit nombre d'avocats se cantonnent exclusivement à la collaboration, mais ils demeurent l'exception. Un petit centre a réussi à établir le DFC comme mode « implicite » de résolution de conflits — par opposition à la médiation et au litige — simplement grâce au nombre d'avocats qui y travaillent et qui jouissent de la formation nécessaire. Il n'empêche que la plupart des groupes de DFC ne font que commencer à vanter les mérites de cette pratique auprès de leur clientèle, et de nombreux avocats ayant acquis la formation nécessaire sont déçus du faible nombre de dossiers dans lesquels ils peuvent la mettre en pratique. Presque tous les avocats qui souhaitent adopter le DFC continuent de prendre des dossiers de contentieux également.

Dans la présente étude, nous avons décidé de nous concentrer sur des centres pilotes dont les avocats ont déjà traité au moins quatre ou cinq dossiers selon les règles du DFC au lieu de nous pencher sur les groupes qui en étaient à leurs premières armes. En 2002, le nombre de centres susceptible de produire un ensemble appréciable de dossiers était relativement faible. Si l'étude était amorcée aujourd'hui, les possibilités seraient plus vastes car les groupes de DFC traitent de plus en plus de cas. On trouvera à la section 2b) du présent rapport une description des centres pilotes retenus.

E. PRINCIPALES VARIATIONS DANS LA PRATIQUE DU DFC

Les motivations et les structures de base des groupes de DFC comportent des traits communs, mais en pratique, il existe toute une variété de philosophies et d'approches stratégiques. Des groupes constitués dans diverses villes ou centres régionaux se sont faits les champions d'un modèle ou d'un autre. Ces divers « credo » sont utiles pour cerner les axes servant à définir la pratique. Dans quelle mesure formule-t-on des conseils juridiques à l'intention du client, et s'agit-il de conseils adaptés à sa situation ou de conseils d'ordre général (habituellement, dans ce genre de cas)? L'avocat rencontre-t-il son client individuellement, en dehors des rencontres à quatre, et si oui, à quelle fréquence? Comment interprète-t-on le principe du secret professionnel dans ces rencontres individuelles? Quelle est la nature des informations qui doivent être communiquées dans un cadre collaboratif, dans quelle mesure y a-t-il lieu d'insister auprès du client pour qu'il révèle des informations délicates à l'autre partie? Dans quelle mesure l'avocat insistera-t-il pour qu'on fasse participer à la démarche un guide ou un autre professionnel de la collaboration (conseiller financier, spécialiste de l'enfance)?

Les variantes les plus fréquentes peuvent être décrites comme des « types idéaux » représentant des approches particulières. Les trois types idéaux observés les plus souvent dans nos recherches ne sont aucunement les seuls modèles possibles, mais ils représentent certainement des variantes importantes tant du point de vue de la philosophie que de celui de la pratique²⁴. Ces types idéaux sont présentés comme des moyens de mieux comprendre les normes et les choix de pratique en DFC et doivent être considérés comme des essais de distinction à cette fin. Ils reflètent le genre

²⁴ Soulignons ici que le terme « idéal », au sens que lui donne Max Weber, renvoie uniquement au caractère conceptuel des « types » en question et ne comporte aucunement la connotation courante qu'il a aujourd'hui, soit celle d'un type souhaitable, voire parfait. Max Weber, *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme*. J'ai fait appel à cette notion dans d'autres écrits portant sur des recherches; voir Macfarlane, « Culture Change? » *supra* note 2, pp. 253–254.

de distinction que font les avocats eux-mêmes lorsqu'ils parlent de leurs propres normes en matière de DFC.

Les trois types idéaux sont les suivants.

i. L'avocat traditionnel adhérent à la collaboration

Ce modèle de DFC (l'« avocat coopératif ») définit le rôle de l'avocat en termes plutôt traditionnels pour ce qui est des fonctions qui consistent à formuler des conseils juridiques ou à veiller aux intérêts du client. Ainsi, les avocats qui privilégient ce modèle continuent d'offrir des conseils juridiques dès le départ et tout au long du processus, font des recherches en rapport avec le cas particulier du client au besoin et s'assurent que le client connaît clairement ses options juridiques tout au long de la démarche. Exemple :

Certains avocats semblent croire qu'ils n'ont pas besoin de se documenter sur l'état du droit parce qu'ils ne jouent plus le rôle traditionnel de conseiller juridique. Moi, je fais toujours les recherches de base quand même... (*Étude de cas n° 7, avocat 2, entrevue initiale, unité 51*)

L'avocat de ce type considère certainement que le mandat de collaboration modifie son rôle sous de nombreux autres aspects. Par exemple, le client assume une responsabilité plus grande dans les choix à opérer. Quant aux négociations, bien que circonscrites par le droit, elles ne sont pas axées sur les options juridiques. Exemple :

Dans les rencontres à quatre, la loi est toujours présente, mais on cherche une solution « juste ». (*Visite sur le terrain, avocat 20*)

L'avocat coopératif continue de considérer les conseils juridiques — propres au cas particulier du client (voir ci-dessous) — comme un aspect essentiel de son rôle; il est clair pour lui qu'il doit sa loyauté d'abord au client et non à l'équipe de collaboration ni à la « grande famille ».

Exemples :

Pour être franc, je crois que ça va de soi pour un avocat. [...] mon meilleur ami, autour d'une table, ce sera toujours mon client. (*Étude de cas n° 11, avocat 2, entrevue initiale, unité 450*)

Je crois vraiment que j'ai une responsabilité particulière envers mon client. Quand même, je suis son avocat! Je suis l'avocat du conjoint ou de la conjointe, et il n'y a aucun doute dans mon esprit que c'est ma fonction première. Je veux dire, c'est ça qui est mon travail, c'est pour ça qu'il m'engage, sinon, le couple pourrait recourir à deux médiateurs neutres. (*Étude de cas n° 12, avocat 1, entrevue initiale, unité 121*)

Les avocats de ce type sont généralement très inquiets devant l'éventualité de voir l'une ou l'autre partie renoncer à un droit. Ils feront des pieds et des mains pour être certains que leur client connaît et accepte toutes les conséquences de ses décisions, même au risque d'impatienter ce dernier. Exemple :

Le plus difficile (dans cette affaire), c'était de veiller à ce que cette décision repose aussi bien sur des bases objectives que sur des motifs subjectifs. (*Étude de cas n° 2, avocat 2, entrevue de conclusion, unité 182*)

De bien des façons, l'avocat coopératif adapte les règles de DFC à ses propres principes relativement à la représentation et à la défense du client, ou tente de faire un mélange des deux. Dans les deux autres types idéaux, on sent que le DFC est devenu l'idéologie dominante à laquelle sont subordonnés tous les autres choix.

ii. L'avocat-ami et accompagnateur

Ce type idéal (« l'avocat-ami ») redéfinit davantage le rôle traditionnel de l'avocat. Adopter le DFC, ici, c'est se donner — voire inventer — un rôle entièrement nouveau. Ces avocats considèrent qu'ils jouent un rôle thérapeutique, parfois aux côtés des guides, dont ils recommandent généralement les services à leurs clients, parfois tout seuls. Exemple :

Par rapport à avant, je suis beaucoup moins un avocat et beaucoup plus un guide. Donc, quand je parle au client, j'utilise des mots qui créent un contact, un soutien. Mon idée, c'est que j'accompagne le client sur sa route. (*Étude de cas n° 6, avocat 1, entrevue initiale, unité 35*)

Cette attitude suppose un changement important de la relation avec le client. Un avocat décrit ce changement comme suit :

Je préfère l'intimité de la relation avec le client que permet le DFC. [...] Pour mon client, je ne suis plus un avocat : je suis un ami. (*Visite sur le terrain, avocat 6*)

Fournir un cadre qui soutient moralement le client constitue pour l'avocat-ami un aspect central de sa compétence. Ces avocats présentent souvent le divorce comme une aventure de croissance personnelle. Lorsqu'ils rencontrent leur client individuellement, ils procèdent souvent au diagnostic de la dynamique relationnelle et éclairent le client quant aux moyens d'être efficace dans la négociation. Le rôle de l'avocat consiste à aider le client à réaliser son potentiel personnel et émotionnel, aussi bien qu'à atteindre ses objectifs en matière de droits et de règlement de problèmes. Exemple :

Un de mes objectifs, au sujet de mes clients, consiste à essayer de les débarrasser de leur mode de communication dysfonctionnel en le remplaçant par la politique des petits pas, puis en progressant graduellement vers un nouveau mode de communication qui ne risque pas de faire à nouveau place à l'ancien système. (*Étude de cas n° 11, avocat 2, entrevue initiale, unité 127*)

En somme, l'objectif consiste à rendre la personne plus saine au plan émotif. Cet autre avocat exprime en moins de mots une vision similaire :

On considère que la personne en ressort plus saine [d'un processus de DFC]. (*Visite sur le terrain, avocat 2*)

L'avocat-ami est souvent mal à l'aise avec l'idée qu'il « défend » une des deux parties. Même l'expression « défense des intérêts » ne lui plaît pas. Exemple :

Q. : Alors, qu'est-ce que cela signifiait pour vous? Quelles étaient les difficultés pour vous qui deviez le défendre dans ce dossier?

R. : Oh! Je ne me suis jamais vu comme son défenseur. J'étais d'abord et avant tout un guide qui aidait [le client], [l'autre avocat] et [l'autre client], à se brancher sur leur propre capacité à canaliser correctement leurs réactions intérieures afin d'adopter les bons comportements les uns vis-à-vis les autres. Donc, non, je ne défends rien. Je défends l'idée que chacun doit essayer d'adopter le meilleur comportement possible dans une situation très exceptionnelle où le temps presse. (*Étude de cas n° 11, avocat 2, entrevue initiale, unités 170-177*)

L'avocat-ami est peu enclin à faire des recherches juridiques concernant le cas précis de son client; il formule uniquement des conseils juridiques « généraux ». Comme l'a dit un d'entre eux : « Je ne donne pas au client des conseils juridiques [précis] lorsque je le rencontre pour la première fois. Je donne une vue d'ensemble. » (*Visite sur le terrain, avocat 3*) Cette approche est défendue comme suit :

Vous savez, notre société est très axée sur les droits, et on regarde ce que dit la loi, ce que dit la province, etc. Nous, nous mettons cela de côté dans une bonne mesure. Évidemment, nous avons l'obligation de nous assurer que les gens savent ce qu'un tribunal pourrait décider, ce qu'on considère d'ailleurs, je crois, comme de plus en plus difficile à prévoir à mesure qu'on vieillit. Au lieu de cela, nous nous interrogeons sur les options : quelles sont les options? [...] Autrement dit, on essaie d'éviter de trop se concentrer sur des choses comme : « Vous avez le droit de faire ceci, et voici vos droits, la loi vous permet cela. » (*Étude de cas n° 2, avocat 2, entrevue initiale, unités 228-230 et 260-265*)

L'avocat-ami croit qu'il est inefficace d'insister sur les droits comme tels et que cette approche est moins constructive que le fait de travailler sur les aspects thérapeutiques du divorce (voir aussi ci-dessus). Exemple :

Je donne le moins de conseils juridiques possible parce que cela finit par tout altérer, et il faut ensuite les ramener aux réalités de la vie. Il y a des renseignements de base qu'il faut donner, et on a le devoir de les donner. Mais l'idée, c'est de les décoller de cette approche. (*Étude de cas n° 16, avocat 2, entrevue initiale, unité 17*)

Tous les clients ne sont pas à l'aise avec cette approche. Nous y reviendrons à la section 3d).

Ce type idéal paraît en filigrane dans plusieurs entrevues effectuées dans le cadre de la présente étude, mais on trouve assez rarement des avocats exprimant ces valeurs avec assurance et cohérence. Il semble cependant que nombre d'avocats soient à la recherche d'un équilibre difficile à trouver entre ce type idéal et le type plus traditionnel de l'« avocat coopératif » (voir la section précédente).

iii. *Le joueur d'équipe*

Ce dernier type idéal a beaucoup en commun avec l'« avocat-ami », mais son trait distinctif réside dans la promotion de la primauté des principes de DFC sur toute autre considération (comme la maximisation de la satisfaction du client ou la mesure des résultats à l'aune de critères juridiques). À l'extrême :

Je ne me demande pas vraiment si le résultat est le meilleur en termes de dollars et de cents; ce que je me demande, c'est si [mon client] et moi avons respecté nos principes de collaboration. (*Étude de cas n° 11, avocat 2, entrevue de conclusion, unité 57*)

Le joueur d'équipe se préoccupe plus du processus que du contenu ou des résultats, comme on peut le voir ici :

Q. : Autrement dit, la préparation avec le client porte sur le processus et non sur une analyse de sa situation?

R. : C'est ça.

(*Étude de cas n° 4, avocat 2, entrevue initiale, unité 177*)

Les avocats de ce type sont convaincus à la base que le DFC donnera des résultats acceptables et attendent la même confiance de la part de leurs clients (quoique ceux-ci ne soient pas toujours à la hauteur de ces attentes; voir la section 3d)).

Le joueur d'équipe considère généralement que tous les dossiers de divorce ou presque conviennent au DFC. Il tient mordicus à ce que l'on respecte le processus jusqu'à ce qu'une solution survienne, et se préoccupe souvent moins que ses clients des délais ou des dépenses qu'entraîne cette attitude. Si un dossier échoue, il en attribue la cause au non-respect des règles. Exemple :

Pour [tous les dossiers de DFC] dans lesquels j'ai eu un rôle à jouer et qui ont déraillé, vous savez, je crois que je peux mettre le doigt exactement sur la raison de l'échec, ou disons presque exactement. Et s'il y a des problèmes qu'on voyait dès le départ, c'est qu'on ne se préoccupait pas assez du processus. (*Étude de cas n° 2, avocat 2, entrevue initiale, unités 502-506*)

Parfois, cet engagement total à l'égard du processus amène le joueur d'équipe à ne rencontrer son client qu'en présence de l'autre partie et de son avocat, afin de garantir la transparence du processus. Il pourra même prendre connaissance des informations financières pour la première fois en présence des deux parties.

L'avocat de ce type mise beaucoup sur la collaboration, la communication et, éventuellement, l'établissement de stratégies de concert avec l'avocat de l'autre partie, y compris des discussions sur les façons de s'occuper de leurs clients respectifs eu égard aux principes de DFC. Les rapports entre collègues sont d'une importance capitale pour le joueur d'équipe. Comme l'a dit l'un d'entre eux : « Le succès [...] dépend de la solidité de ma relation avec mes collègues. » (*Étude de cas n° 8, avocat 2, entrevue de conclusion, unité 38*)

Il peut même arriver qu'un « joueur d'équipe » considère que son premier interlocuteur est l'avocat de l'autre partie et non son propre client. Les avocats qui penchent vers ce modèle reconnaissent évidemment qu'il s'agit là d'un équilibre délicat.

À chaque centre pilote, de même qu'aux endroits que nous avons visités la première année de notre étude, nous avons observé des variations par rapport à ces trois types idéaux. En fait, rares sont les avocats qui répondent uniquement à un seul de ces types, ce qui permet de conclure — sans surprise — que les normes de pratique en matière de DFC ne sont pas encore fixées²⁵. Cependant, presque partout, un de ces types idéaux prédominait. Ainsi, j'associerais davantage Minneapolis avec le premier type (l'avocat coopératif), Vancouver avec le deuxième (l'avocat-ami) et Medicine Hat avec le troisième (le joueur d'équipe). Il ne faut certainement *pas* en conclure que tous les avocats pratiquant le droit collaboratif dans ces villes étaient conformes à ces types, loin de là. Cependant, dans chaque cas, le type idéal décrit semblait constituer l'approche la plus fréquente. À San Francisco, il est impossible de généraliser ainsi en raison du nombre de groupes; les trois types sont représentés dans les différents groupes de cette région.

²⁵ On trouvera une analyse de cette question relativement à la médiation dans Macfarlane, « Culture Change? », *supra* note 2, « A Tale of Two Cities and Mandatory Mediation » 2 *Journal of Dispute Resolution* (2002) 241, pp. 259–260.

2. L'ÉTUDE

A. OBJET

Le DFC semble concrétiser un rôle nouveau pour les avocats comme agents de résolution des conflits offrant à leurs clients une solution de rechange claire à la voie judiciaire traditionnelle. Cette approche permet-elle aux clients et aux avocats d'échapper au dilemme dit « du prisonnier », dans lequel chaque partie négocie sur la base de ses pires craintes et suppositions concernant son vis-à-vis²⁶? Le DFC permet-il une présentation franche des éléments de négociation et une confiance suffisante basée sur la connaissance pour donner lieu à des négociations moins hostiles? Les clients d'un avocat pratiquant le droit collaboratif obtiennent-ils un résultat qualitativement supérieur à ceux qui sont issus des voies judiciaires ou de la négociation traditionnelle? Et de façon plus générale, ces clients ont-ils davantage l'impression de pouvoir tourner la page à l'issue de la démarche de divorce?

L'étude rapportée ici a consisté à mettre en oeuvre un programme de recherche axé sur la pratique pour essayer de répondre à ces interrogations ainsi qu'à d'autres questions posées par les prestataires et les usagers de services de droit collaboratif. Menée de 2001 à 2004, elle a été financée par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada et par le ministère de la Justice du Canada. L'étude a porté sur un grand nombre des questions pratiques, éthiques et conceptuelles soulevées par le DFC. Une méthode qualitative a été élaborée pour examiner les enjeux prévus et ceux qui étaient moins évidents à première vue à mesure qu'ils se présentaient au moyen d'entrevues personnelles avec des avocats du droit collaboratif, des clients et d'autres professionnels de la collaboration. L'étude ne comprenait pas de groupe-témoin, mais il est toujours possible de situer l'expérience des clients du DFC par rapport à celle des personnes en instance de divorce qui retiennent les services d'un avocat dans le cadre traditionnel²⁷.

B. MÉTHODE

L'étude a consisté principalement à tenir des entrevues pour recueillir des données personnelles, introspectives et complexes sur l'expérience des avocats et des clients relativement à la théorie et à la pratique du droit collaboratif. La première année (2001-2002), des entrevues ont été menées auprès d'avocats, de clients et d'autres professionnels de la collaboration dans neuf villes des États-Unis et du Canada où le DFC est en place²⁸. La deuxième année (2002-2003), quatre villes — Vancouver et Medicine Hat au Canada, et San Francisco et Minneapolis aux États-Unis — ont été sélectionnées pour représenter un éventail complet de pratiques et de

²⁶ Le « dilemme du prisonnier » est expliqué plus haut à la note 4.

²⁷ Pour l'étude, nous avons adopté une méthode du type « étude de cas », partant du principe que les expériences et les besoins de chacun dans un cas de divorce sont propres à la personne et aux circonstances. Dans ce contexte, il n'était pas possible de trouver des groupes témoins valables. Par ailleurs, nous disposions d'un corpus suffisant d'études sur l'incidence de la procédure judiciaire sur les adultes et les enfants, ce qui nous a fourni une base de comparaison. Voir *supra* note 7.

²⁸ En 2001-2002, première année de l'étude, des entrevues ont eu lieu auprès de 46 avocats, 11 clients et 11 autres professionnels (tels que des guides et des planificateurs financiers). C'est ce qu'on appelle ici les « visites sur le terrain ». Je tiens à saluer le travail et la compétence de Beth Beattie (alors étudiante à la maîtrise en droit à l'Osgoode Hall Law School), qui a rencontré des avocats et des clients la première année de l'étude et a également collaboré avec moi à l'élaboration du modèle d'entrevue pour la deuxième année.

philosophies et des clientèles variées. Il existe dans chacune de ces villes un noyau assez bien établi de praticiens du droit collaboratif. Minneapolis en est le « foyer » : c'est là que Stu Webb a fondé le premier groupe en 1990. Medicine Hat, en Alberta, en devenu le premier centre canadien de DFC en 1999. En 2001, le barreau de cette ville était acquis presque en entier au droit collaboratif²⁹. Le premier groupe de collaboration de Vancouver, en Colombie-Britannique (le Vancouver Collaborative Divorce Group), a été fondé en 1999. Dès le départ, il a privilégié une approche interdisciplinaire, ce qui représente un plus pour la recherche. Par ailleurs, les clientèles de Medicine Hat et de Vancouver sont sensiblement différentes, les revenus étant plus faibles dans le premier cas et la seconde ville comptant surtout des clients de la classe moyenne. Enfin, San Francisco a été ajoutée comme quatrième pôle pilote en raison de la longue histoire du droit collaboratif dans cette région et de la diversité des groupes et des approches qu'on y trouve³⁰.

Dans chaque ville, on a demandé à quatre groupes d'avocats pratiquant le droit collaboratif et ayant signé un mandat récent, ainsi qu'à leurs clients et à d'autres professionnels éventuellement engagés dans le dossier, s'ils étaient intéressés à participer à l'étude³¹. Ces personnes ont accepté de parler avec la chercheuse principale ou avec une de ses assistantes³² dans le cadre d'une entrevue confidentielle à différentes étapes de leur démarche. Des entrevues normalisées ont eu lieu avec chaque client et professionnel de la collaboration (avocat, thérapeute, conseiller financier ou autre) aux étapes suivantes de la démarche : au début du processus, soit quelque part entre la première et la troisième rencontres avocats-clients (« rencontres à quatre »); environ au milieu du processus (généralement lorsque la collecte d'informations est terminée et après le début des négociations sur le fond); et à la fermeture du dossier (soit lorsqu'un règlement est atteint par voie collaborative, soit, si les parties se sont désistées, une fois que le processus de DFC est arrêté).

Les questions de l'entrevue ont été rédigées à la suite des entrevues menées pendant la première année et ont fait l'objet d'essais intensifs durant cette période. Les entrevues initiales avaient généralement lieu en personne. Dans ce cas, la rencontre était filmée et transcrite (avec autorisation). On trouvera à l'annexe A les questions normalisées posées aux clients, aux avocats et aux autres professionnels.

Les entrevues à mi-parcours étaient généralement faites par téléphone et souvent complétées par courrier électronique. La personne faisant l'entrevue prenait des notes pendant celle-ci. Les questions normalisées sont présentées à l'annexe B.

²⁹ Cristin Schmitz, « Kinder, gentler divorce alternative sweeping Canada: Lawyers praise system: "Collaborative" split easy on emotions, wallet and it's faster », *National Post* (4 mars 2002), p. A6.

³⁰ On a tenté d'ajouter Regina, en Saskatchewan, comme cinquième pôle pilote. Cependant, le nombre de dossiers existant en 2002 était trop faible. Un dossier de Regina fait partie de l'étude; il s'agit d'un cas où le couple s'est réconcilié après deux rencontres à quatre.

³¹ Quatre dossiers ont été étudiés dans chacune des villes suivantes : Medicine Hat, San Francisco et Vancouver. Il y avait en outre trois dossiers à Minneapolis et un à Regina, ce qui fait en tout 16 études de cas. On trouvera plus de détails sur les dossiers en question dans la présente section.

³² Je tiens à saluer le travail et la compétence de Michaela Keet (professeur du College of Law, à la University of Saskatchewan) et Ursula Miletic (étudiante en droit à la Faculty of Law de l'University of Windsor), qui ont interrogé un certain nombre de clients et d'avocats en suivant la grille d'entrevue élaborée à cet effet.

Enfin, les entrevues de conclusion avaient lieu soit en personne soit par téléphone. Les questions normalisées posées aux clients, aux avocats ou aux professionnels se trouvent à l'annexe C. Tous les participants profitaient des règles de confidentialité et d'anonymat reconnues en éthique de la recherche.

Seize dossiers ont été sélectionnés pour faire l'objet d'une étude intensive dans le cadre de cette méthode. Malheureusement, dans trois cas, un des clients n'a pas pu nous parler, même s'il avait accepté à l'origine de participer. Dans chacun de ces cas, la personne était déchirée par la procédure de divorce. Après avoir tenté à plusieurs reprises de fixer un rendez-vous, nous avons constaté que cette entrevue ne figurait pas parmi les priorités du client à ce moment. Dans un autre cas, il a été impossible de joindre un des clients pour l'entrevue de conclusion car il avait déménagé après le divorce. À part ces exceptions, la grande majorité des personnes prenant part aux dossiers retenus était prête à participer à toutes les entrevues prévues et a fait preuve d'une très grande générosité.

Dans un des 16 dossiers, la démarche collaborative a été suspendue après quelques mois et le couple s'est réconcilié (*Étude de cas n° 1*). Dans un autre cas, le couple a abandonné la démarche collaborative pour suivre une autre voie vers le divorce (*Étude de cas n° 7*). Dans un autre cas encore, l'une des parties a déposé une demande de modification presque immédiatement après la conclusion d'une entente collaborative. Ce cas est toujours en instance (*Étude de cas n° 12*).

Une approche multidisciplinaire intégrale n'a été utilisée que dans deux cas (*Études de cas nos 6 et 8*); en l'occurrence, des professionnels de la santé mentale ont fait partie intégrante de l'équipe du début à la fin. Dans sept autres cas, on a eu recours à des spécialistes (spécialistes en bien-être de l'enfance, conseillers financiers) à différentes étapes, mais ceux-ci ne faisaient pas partie intégrante de l'équipe.

Enfin, lorsque nous avons clos les études de cas au printemps 2004, trois dossiers (*Études de cas nos 10, 11 et 14*) étaient encore en cours. Le cas 14 était toutefois près d'une conclusion. Il n'avait pas été prévu au début de l'étude que certains dossiers seraient toujours en cours après quelque 12 à 15 mois. Dans chacun de ces cas, nous avons procédé à des entrevues « quasi finales » pour demander aux avocats et aux clients d'évaluer l'état des négociations et de nous faire part de leurs réflexions sur l'ensemble de la démarche.

Ainsi, nous avons réalisé au total 150 entrevues pour les études de cas, réparties comme suit : Minneapolis, 29; Medicine Hat, 38; San Francisco, 40; Vancouver, 39; Regina, 4.

Les conventions de désignation des entrevues dans le présent document sont les suivantes. Les entrevues réalisées auprès des avocats et des clients lors des visites sur le terrain la première année sont numérotées séquentiellement (1 à 46 pour les avocats et 1 à 11 pour les clients). Quant aux 16 dossiers de l'échantillon, ils sont numérotés de 1 à 16 et, dans chaque cas, les commentaires sont attribués à l'un des deux clients ou à l'un des deux avocats ainsi qu'à l'entrevue en cause : initiale, à mi-parcours ou de conclusion. Pour protéger plus efficacement l'identité des thérapeutes interrogés dans le cadre des deux dossiers « multidisciplinaires » (voir ci-dessus), les références aux entrevues auxquelles ont pris part d'autres professionnels de la collaboration sont notées différemment. Ces entrevues sont notées de 1 à 20, en commençant par les visites sur le terrain et en continuant avec les études de cas.

C. AVANTAGES D'UNE APPROCHE AXÉE SUR DES ÉTUDES DE CAS

Une approche axée sur les études de cas donne une image très précise des tensions, des dynamiques et des relations propres à chaque cas de divorce, ainsi que de l'incidence de la démarche collaborative sur la résolution des enjeux juridiques, pratiques et émotifs. Les études de cas font ressortir un très vaste éventail de problèmes courants en droit de la famille, comme la répartition du patrimoine : biens, régimes de retraite, entreprise familiale; la question de la pension alimentaire pour le conjoint ou les enfants; les responsabilités relatives à l'enfant, y compris les décisions relatives à son domicile et au(x) parent(s) qui en aura (auront) la garde.

L'étude rapportée ici portait aussi bien sur l'expérience des avocats que sur celle des clients — et, dans les dossiers multidisciplinaires, des autres professionnels — à l'égard du recours au DFC dans la recherche d'une entente qui semble juste et réaliste et permette à la famille de traverser l'étape éprouvante du divorce. La perspective des clients est fondamentale si l'on veut vérifier la prétention courante des avocats et des autres professionnels du droit collaboratif selon laquelle le DFC propose une approche civilisée, humaine et efficace à la résolution de problèmes propres à une séparation ou à un divorce et qu'il procure des résultats précieux que la voie judiciaire ne peut offrir, comme l'amélioration des communications, l'élaboration de solutions originales et durables et l'assainissement des relations familiales. Par ailleurs, la perspective des clients permet d'évaluer dans quelle mesure leurs objectifs et ceux de leur avocat convergent ou divergent, compte tenu que le DFC est souvent décrit comme une « approche axée sur le client ». Par ailleurs, il ne faut pas oublier qu'une personne qui met fin à son mariage, et change ainsi le cadre familial de ses enfants s'il en a, subit un stress et des difficultés émotives de grande ampleur, peu importe la formule de résolution de conflits qu'elle choisit. En lisant les commentaires des clients, il ne faut pas oublier le point de vue souvent exprimé selon lequel un divorce s'avère presque toujours plus long et plus coûteux que les parties n'avaient prévu — peut-être naïvement — et souvent plus éprouvant aussi.

Lorsqu'il consulte toutes les personnes prenant part à chaque dossier, un chercheur peut évaluer les effets du processus collaboratif en prenant acte des attentes, des espoirs et des craintes de départ, en cernant les défis, les obstacles et les dilemmes liés au choix de la stratégie de négociation à mesure que le dossier avance, et à la fin, en revenant sur les attentes et les objectifs de départ pour savoir combien ont été comblés et en prenant connaissance des résultats inattendus. Cette approche d'étude de cas en profondeur nous a paru des plus appropriées pour l'étude d'une nouvelle forme de pratique du droit de la famille. Les limites de cette approche sont évidentes : elle ne fournit pas suffisamment de données pour permettre au chercheur de faire des corrélations significatives ou une analyse de probabilité. Il est à espérer que ces formes d'analyse seront effectuées lorsque les cas de DFC seront plus nombreux, et que d'autres études, quantitatives celles-là, seront entreprises.

3. OBJECTIFS, ATTENTES ET MOTIVATIONS RELATIVES AU DFC

Nous avons demandé à chaque participant de l'étude — client, avocat ou autre professionnel — de diverses façons et à différentes étapes de leur démarche de décrire leurs objectifs, leurs attentes et leurs motivations. Nous avons obtenu à la fois des réponses spécifiques (à la démarche en cause) et générales — reflétant différentes préoccupations — qui nous en ont appris beaucoup sur l'efficacité avec laquelle les avocats pratiquant le droit collaboratif, en particulier, intègrent leurs propres intentions et intérêts à leur pratique tout en connaissant bien les besoins et intérêts de leurs clients.

A. MOTIVATIONS DES AVOCATS

i. *Changement d'orientation*

Le motif le plus souvent exprimé pour adopter le modèle collaboratif était l'aversion qu'inspire le recours à la voie judiciaire pour régler des questions en droit de la famille. Nombreux sont les exemples fournis par des avocats qui expriment ce point de vue. Nous citons ici deux déclarations d'avocats expérimentés en droit de la famille :

Avec la voie judiciaire, même si on a un bon résultat pour le client au plan juridique [...], c'est au prix d'une dépression et d'une destruction. Ça laisse plus qu'un goût amer : ça laisse un mal au ventre pour le client, et pour moi aussi. (*Étude de cas n° 16, avocat 2, entrevue initiale, unité 73*)

Les conjoints sont des livres ouverts l'un pour l'autre, et les termes de l'affidavit attaquent la sensibilité de l'autre. C'est un processus destructeur pour les conjoints comme pour les enfants. Après ça, un raté de juge imbécile qui a probablement un Q.I. d'à peu près 10 décide de ce qui doit arriver à la famille. (*Visite sur le terrain, avocat 20*)

Outre ces expressions de dégoût profond pour la voie judiciaire, les avocats ont souvent parlé avec abondance de la façon dont ce système finissait par les « envahir » au fil des ans. Certains ont parlé du caractère inévitable de l'affrontement et des conséquences éprouvantes du modèle traditionnel, ainsi que du malaise qu'ils vivaient en étant entraînés dans ce genre de situation. Exemples :

Je pense que la plupart d'entre nous, quand on dépose ces affidavits, on ne le fait pas carrément dans un but de destruction, mais on le fait pour se protéger. Si quelqu'un veut quelque chose, il faut mettre le paquet pour avoir l'avantage stratégique. Ça m'a toujours dérangé. Maintenant, on n'est plus obligé de faire ça. (*Étude de cas n° 2, avocat 2, entrevue initiale, unités 168-172*)

Je sortais du tribunal en disant : « J'ai gagné! Je suis le meilleur! », ou en disant : « Tu parles d'un juge sans cervelle! » Le tout, c'est de gagner. Le reste, on s'en fout. Je ne suis pas du tout une personne sans scrupules, mais dans l'ancien système, on veut gagner pour notre client et ça s'arrête là. Alors qu'est-ce qui se passe si la cour accepte vos arguments tirés par les cheveux et vous accorde 2 000 \$ de plus par mois que ce que vous auriez dû avoir? Vous avez gagné, et vous avez bien défendu votre client. Vous avez profité de la

stupidité de l'autre avocat? Qu'est-ce que ça change? Je m'en fiche : j'ai gagné! (*Visite sur le terrain, avocat 10*)

Je me retrouvais en train d'encourager mon client — et j'étais bon là-dedans — mais [...] on ne peut pas éviter ça : on encourage des attentes irréalistes chez le client pendant la préparation au procès. On dépose des déclarations de rencontre de règlement qui demandent la lune parce qu'on sait qu'on va avoir juste la moitié ou le tiers de ce qu'on réclame, alors il faut faire ça. Il faut oublier les détails parce que le juge n'écoute pas longtemps. Donc, on prend une situation complexe et on en fait une caricature en noir et blanc, et le client lit le texte et y croit. (*Étude de cas n° 10, avocat 1, entrevue initiale, unités 109-113*)

Chez certains avocats, ce malaise est présent depuis des années. Exemple :

Au début, j'ai tout fait pour réussir avec le modèle d'affrontement. Mais je n'étais jamais satisfait. J'avais toujours l'impression que je ne donnais pas à mon client un service aussi bon que j'aurais pu, mais je n'avais pas le choix parce que le système était comme ça. (*Visite sur le terrain, avocat 8*)

Pendant mon bac, [un professeur m'a dit] : « Vous ne serez pas heureuse dans la pratique du droit, c'est un métier où il faut être dur; vous, vous êtes trop gentille [...] ». (*Étude de cas n° 15, avocat 2, entrevue initiale, unités 35-37*)

C'est ainsi que de nombreux avocats décrivent leur adhésion au droit collaboratif, soit comme un moyen qui leur permet d'intégrer valeurs personnelles et professionnelles. Cet aspect était important pour eux, et ils n'y étaient pas arrivés par la pratique traditionnelle. En un sens, opter pour le DFC, c'est révéler et embrasser une nouvelle identité professionnelle. La formation des avocats et leurs normes traditionnelles de pratique les obligent à séparer leurs valeurs personnelles et leurs valeurs professionnelles : les avocats sont parfois obligés de subordonner leurs principes personnels à leurs fonctions professionnelles (le droit d'être représenté, l'obligation de suivre les instructions du client, etc.). Si certains avocats semblent capables de « cloisonner » leur vie professionnelle et personnelle, d'autres vivent une insatisfaction et une désillusion intenses dans la pratique du droit, ainsi qu'un haut niveau de stress et de détresse personnelles³³. De nombreux avocats ayant participé à l'étude ont raconté des anecdotes dénotant le stress extrême qu'ils ont subi au cours de la préparation des procès et des plaidoiries, ainsi que des effets dévastateurs dans leur vie et dans celle de leurs clients. Un avocat nous a déclaré : « Je détestais apporter mes dossiers à la maison. Je m'inquiétais beaucoup des résultats. Je me préparais jusqu'à 2 heures du matin³⁴. » (*Visite sur le terrain, avocat 2*)

³³ Voir diverses études, dont G.A. Benjamin, E.J. Darling et B. Sales, « The Prevalence of Depression, Alcohol Abuse and Cocaine Abuse Among United States Lawyers » (1990) *Int'l J.L. and Psychiatry* 13. Susan Daicoff écrit de nombreux textes sur la prévalence et l'incidence des cas nombreux de dépression, d'alcoolisme et de suicide chez les avocats. Voir par exemple Susan Daicoff, « Lawyer, Know Thyself: A Review of Empirical Research on Attorney Attributes Bearing on Professionalism » (1997) 46 *Am. U. L. Rev.* 1337.

³⁴ Il importe de souligner qu'un des facteurs importants réduisant le stress pour les avocats qui pratiquent le droit collaboratif semble être le déplacement de la responsabilité relativement au règlement du conflit. Nous y reviendrons à la section 5 du présent rapport.

Inversement, la découverte du droit collaboratif s'est traduite par un immense soulagement et par le sentiment d'être « à la bonne place » :

[Découvrir le DFC], ç'a été comme m'emmitoufler dans une bonne couverture et me dire : « Je suis revenu chez moi. » (*Visite sur le terrain, avocat 2*)

Parfois [dans la pratique traditionnelle], j'avais l'impression que j'aidais les gens, mais pour l'essentiel, je me sentais comme Prométhée [sic], en train de faire rouler un rocher jusqu'au sommet d'une montagne. Lorsque j'ai découvert le DFC, tout est tombé en place. (*Étude de cas n° 7, avocat 2, entrevue initiale, unité 7*)

ii. Amélioration du service au client

Pour de nombreux avocats, le stress était accru par le simple fait d'être témoin de la détresse du client. Certains ont parlé de clients qui s'étaient enlevé la vie, et beaucoup d'autres ont parlé des effets de l'affrontement judiciaire (indépendamment de l'issue) sur la vie de leurs clients.

Exemple :

J'ai vu tellement de personnes perdre des habiletés comme co-parent, perdre leur aptitude à faire un tas de choses, y perdre financièrement... (*Étude de cas n° 14, avocat 1, entrevue initiale, unité 89*)

Il n'est donc pas étonnant que de nombreux avocats collaboratifs se disent également motivés par la possibilité d'améliorer les résultats de la démarche pour leur client en les rendant moins dommageables. De fait, la lecture des sites Web de droit collaboratif indique que l'amélioration du service au client constitue la seule motivation et l'objectif unique des avocats qui optent pour la voie collaborative. Presque tous ces groupes expriment leur mission ou leurs objectifs en termes d'amélioration du service au client, et rares sont ceux qui mentionnent l'importance pour ces avocats de trouver une plus grande satisfaction personnelle ou professionnelle³⁵. Ces textes passent sous silence la force des convictions personnelles mises au jour par notre étude dans la décision d'opter pour le droit collaboratif. Les avocats ne choisissent pas le DFC simplement pour offrir un meilleur service à leurs clients (honoraires moins élevés, élargissement des plages horaires, ajout de services); pour la plupart d'entre eux, il s'agit d'une décision profondément personnelle et généralement fondée sur des valeurs. Les avocats spécialisés en droit de la famille ont sans doute amplement raison de chercher un mode de pratique moins stressant et plus satisfaisant, mais la poursuite de ce but pourrait aussi offrir des avantages aux clients. Ces deux objectifs ne sont pas nécessairement contradictoires, mais il est important que les avocats qui

³⁵ Voir, par exemple, les sites du Collaborative Law Center of Atlanta <www.collaborativelawatlanta.com>, du Minneapolis Collaborative Law Institute <www.collaborativelaw.org> et du Collaborative Law Center de Cincinnati <www.collaborativelaw.com>.

font la promotion de nouvelles façons de faire auprès de leurs clients leur fassent connaître franchement leurs propres motifs, tout en sachant faire la distinction entre leurs propres besoins et ceux de leurs clients³⁶.

Un des aspects sur lesquels les avocats estiment offrir un meilleur service à leurs clients concerne le fait qu'ils accompagnent plus activement ces derniers au plan émotionnel. Certains avocats, à tout le moins, souhaitent un degré de relation plus profond avec leurs clients. C'est un cas qui indique bien pourquoi les avocats pratiquant le droit collaboratif doivent faire connaître franchement et explicitement les raisons qui expliquent ce choix, car autrement, leur motivation pourrait ne pas être évidente pour le client.

Les avocats pratiquant le droit collaboratif décrivent les avantages qu'ils voient pour le client de différentes manières. Certains mettent l'accent sur les avantages pour les enfants. Ils voient un lien direct entre le fait d'améliorer la capacité des parents à négocier des résultats constructifs ensemble et le fait d'améliorer leurs compétences parentales dont profitera ensuite l'enfant.

Exemple :

Pour moi, quand on parle de tous les avantages du DFC, c'est d'abord la question des enfants qui me vient à l'esprit, parce que [...] presque tous les clients que j'ai et qui ont des enfants me disent, d'une façon ou d'une autre, que c'est ce qui compte le plus pour eux. Et quand ils vont repenser à ces événements 20 ans plus tard, le plus important pour eux, ce sera la façon dont les enfants s'en seront sortis. C'est là que se situent les avantages potentiels les plus importants : s'ils peuvent trouver ne serait-ce qu'un horaire de visite auquel ils n'auraient pas pensé autrement, qui n'est pas mesuré en heures et en jours, mais en termes de temps de qualité passé avec leurs enfants, et s'ils peuvent tout simplement se rendre jusqu'au point où ils se font assez confiance pour s'aider mutuellement de manière volontaire. (*Étude de cas n° 14, avocat 1, entrevue initiale, unités 92-93*)

D'autres avocats font valoir le fait que le DFC permet à leurs clients de sortir le meilleur d'eux-mêmes, beaucoup citant des cas où les clients « laissent leurs avoirs sur la table » au lieu de se battre pour un sou de plus ou de moins (*Étude de cas n° 13, avocat 2, entrevue de conclusion, unités 28-29; Étude de cas n° 7, avocat 2, entrevue initiale, unités 77-78*). Un certain nombre d'avocats ont évoqué des rencontres à quatre dans lesquelles la femme défendait les intérêts de son mari et inversement. On peut donc viser plus que le simple dépassement de l'aspect des négociations antagonistes traditionnelles qui consiste à « limiter les dégâts » (*Étude de cas n° 14, avocat 1, entrevue initiale, unité 90*).

Comme le montre un des cas étudiés, il existe un autre avantage potentiel du DFC pour les clients, soit la possibilité de changer d'avis sans inconvénient. Dans ce cas, après six mois de négociations visant à satisfaire les objectifs particuliers d'un client, on a convenu d'une solution

³⁶ D'autres événements expriment le désir des avocats de tirer une plus grande satisfaction de l'exercice de leur profession. Par exemple, l'International Alliance of Holistic Lawyers <www.iah.org> fonde sa promotion sur l'atteinte d'objectifs personnels pour ses membres, contrairement aux groupes de droit collaboratif, qui tendent à fonder leur promotion sur les avantages pour les clients des avocats. Évidemment, ces deux objectifs sont compatibles, mais il pourrait être important que les avocats pratiquant le droit collaboratif parlent plus des avantages pour eux-mêmes, en plus de ceux que retirent les clients, dans la promotion de leur mode de pratique.

provisoire (concernant le lieu de résidence et la garde de jeunes enfants) à titre d'« essai ». À la suite de l'expérience, le client a renoncé à ses objectifs de départ et les négociations ont repris dans un autre but. Il aurait probablement été impossible de « mettre à l'essai » une solution dans une affaire contentieuse traditionnelle : l'avocat de l'autre client aurait presque certainement conseillé à ce dernier de refuser. Or, la « période d'essai » a permis au client de reconsidérer ses objectifs et en définitive, la solution retenue s'est avérée beaucoup plus satisfaisante pour lui.

Le DFC a permis à X de prendre sa décision hors d'un contexte d'affrontement, y compris en allant chez Y pendant un certain temps et en revenant plus tard. Dans un processus judiciaire, X n'aurait pas eu la possibilité de changer d'idée. Grâce au DFC, il a été possible d'examiner toutes les options sans courir de risque. Cette méthode a permis à X de changer d'avis alors que dans un contexte judiciaire, cela n'aurait pas été possible. (*Étude de cas n° 8, avocat 1, entrevue de conclusion, unités 19-24*)

Une avocate ayant elle-même vécu un divorce a fait part de ses réflexions sur les avantages que lui aurait procurés l'approche collaborative dans son cas. Quand elle décrit son divorce, on sent qu'elle est motivée par la volonté de proposer à ses clients une formule qu'elle aurait aimé se voir proposer à l'époque. Cette attitude s'exprime par la façon dont elle comprend son rôle d'avocate dans une affaire de divorce.

J'ai vécu un divorce moi-même il y a plusieurs années... en fait, il y a quatre ans. Et je me disais que c'était une période tellement émotive, et que je souffrais tellement. J'aurais tellement aimé que cette formule me soit proposée à [ville], lorsque j'ai appris que ça existait, parce que je me suis dit que c'était parfait, parce que les gens font seulement évacuer leurs émotions, et on saute de la colère à la culpabilité en passant par la douleur et par toutes sortes d'émotions. Et je me disais : « Pourquoi faut-il que les avocats viennent s'en mêler et transforment les conjoints en guerriers, au lieu de les accompagner dans le processus et cette période de transition? »³⁷ (*Étude de cas n° 15, avocat 2, entrevue initiale, unité 33*)

Pour un plus petit groupe d'avocats, le fait d'adhérer au DFC relève presque de la religion. Ces avocats utilisent d'ailleurs un vocabulaire religieux pour expliquer leur adhésion au DFC et faire état des avantages potentiels pour leurs clients. Exemple :

Le DFC, c'est un moyen de sauver l'âme [du client]³⁸. (*Visite sur le terrain, avocat 18*)

iii. Recherche d'une solution de rechange à la médiation

Enfin, certains avocats ont expressément fait référence à leur expérience antérieure en matière de médiation avant de passer au DFC et ont présenté celle-ci comme une formule plus avantageuse qui leur permet de mettre à profit leur formation en médiation. Il est indéniable que certains avocats du droit collaboratif étaient attirés par la médiation il y a 10 ans ou plus mais ont jugé que cette formule ne leur permettait pas suffisamment de modifier l'orientation de leur pratique

³⁷ De façon non officielle, beaucoup d'avocats pratiquant le droit collaboratif m'ont parlé de leur propre expérience éprouvante de divorce. Il est évident qu'il s'agit souvent d'un facteur de motivation.

³⁸ Cet énoncé rappelle la position des « avocats convaincus », qui voient la médiation comme une solution à tous les problèmes de contentieux. Voir Macfarlane, « Culture Change », *supra* note 2, p. 256.

ou de mettre à profit leurs nouvelles habiletés. On trouve une description typique du lien qui existe entre médiation et DFC dans cet énoncé d'une avocate qui décrit son irritation croissante au fil des ans à l'égard des méthodes traditionnelles employées en droit de la famille :

Évidemment, j'ai suivi une formation en médiation et j'ai aussi pratiqué dans ce domaine. Quand le DFC est arrivé, j'avais envie d'essayer ça aussi, parce que je me disais qu'il ne fallait rien négliger pour trouver des solutions nouvelles. Or, le DFC avait l'air de combler des lacunes que la médiation ne pouvait pas combler, tout en procurant les mêmes avantages, quoique dans un contexte assez différent. (*Étude de cas n° 14, avocat 1, entrevue initiale, unités 18-20*)

Beaucoup d'avocats du droit collaboratif ont le sentiment que le DFC constitue pour les clients une option plus « complète » de résolution de conflits que la médiation, parce qu'elle comprend la consultation d'un avocat. Cette perception suppose que les avocats sont généralement exclus du processus de négociation lors de la médiation familiale. Nous reviendrons sur ce point et sur d'autres avantages considérés comme propres au DFC par rapport à la médiation à la section 10 du présent rapport.

B. ATTENTES ET OBJECTIFS DES CLIENTS

Nous avons aussi demandé aux clients, au début de leur démarche collaborative, de dire pourquoi ils choisissaient cette voie au lieu de la voie judiciaire ou de la médiation et de décrire leurs objectifs et leurs attentes. Diverses réponses ont été données, mais les grands thèmes sont sensiblement différents de ceux des avocats.

Beaucoup de clients ont commencé par expliquer pourquoi ils voulaient une solution de rechange à la voie judiciaire, citant souvent la question monétaire mais évoquant également ce qu'ils prévoyaient comme conséquences émotives et morales d'un litige. Un certain nombre se sont dits effrayés par l'affrontement judiciaire, cette peur étant renforcée par leurs avocats. La description la plus évocatrice du mal que peut causer la voie judiciaire est celle d'un client qui a parlé des « démons » qui sont libérés dans le processus de séparation et de divorce :

[La voie judiciaire] donne aux démons de la viande fraîche et ils en deviennent fous. (*Étude de cas n° 10, client 2, entrevue de mi-parcours, unité 36*)

Le même client poursuit en ces termes :

Le contentieux fournit un bataillon de troupes déterminé à remporter la victoire. (*Étude de cas n° 10, client 2, entrevue de mi-parcours, unité 39*)

Plusieurs clients reconnaissaient du même souffle que le caractère agressif du litige n'était pas sans attrait, sur les plans émotif et pratique. Le client cité ci-dessus a déclaré que la voie judiciaire était « douloureuse mais facile », indiquant par là que son issue était plus prévisible que des négociations personnelles (*Étude de cas n° 10, client 2, entrevue de mi-parcours, unité 33*). Un autre client a indiqué qu'il serait plus facile d'engager un avocat plaideur, « de signer un gros chèque et de tirer sur la gâchette », mais qu'il se priverait ainsi du genre de relation qu'il souhaitait entretenir ensuite avec son ex-conjointe dans leur rapport avec les enfants (*Étude de cas n° 15, client 2, entrevue de mi-parcours, unité 36*).

Une autre cliente a reconnu que la voie traditionnelle lui aurait permis de désigner un « représentant » pour sa colère, tout en admettant toutefois que cette voie entraînait des conséquences à long terme :

[La voie judiciaire] permet à cette colère de s'exprimer : c'est l'avocat qui vous représente dans cette colère, et c'est correct. Sur le moment, ça fait du bien, mais je crois que ça ne donne pas de bons résultats à long terme. (*Étude de cas n° 11, client 1, entrevue de mi-parcours, unité 325*)

Un autre client a déclaré :

Je ne veux pas recourir à la voie judiciaire traditionnelle, dans laquelle on se cache derrière son avocat. (*Étude de cas n° 14, client 2, entrevue de mi-parcours, unité 16*)

Outre ces raisons d'ordre émotif, les raisons les plus souvent invoquées par les personnes ayant privilégié le DFC sont décrites dans les sections suivantes.

i. Limitation des dépenses et accélération des résultats

Il est évident qu'un grand nombre de clients ont été séduits par le DFC lorsque leur avocat leur a affirmé que cette voie serait moins coûteuse et permettrait de tourner la page plus rapidement (comme nous le verrons plus loin) que la voie judiciaire ou la négociation entre avocats au moyen de documents juridiques (*Étude de cas n° 14, client 2, entrevue de mi-parcours, unités 13-15; Étude de cas n° 16, client 1, entrevue initiale, unité 12; Étude de cas n° 7, client 1, entrevue initiale, unité 5*). Si ces attentes ont été souvent exprimées au début de la démarche, on observe que le degré de satisfaction à cet égard est très variable à l'issue du processus (voir la section 9 du présent rapport).

ii. Rôle de modèle

Un autre commentaire tout aussi fréquent dans les motifs exprimés pour expliquer le recours au DFC concerne le fait que la collaboration permettrait aux couples ayant des enfants de se séparer de la façon la plus civilisée et la moins destructrice possible. Ces clients considèrent qu'ils donnent ainsi le « bon exemple » à leurs enfants et envisagent la collaboration comme un moyen d'empêcher un des deux conjoints, voire les deux, de sombrer dans l'abîme de l'acrimonie. Dans une certaine mesure, c'est la peur des conséquences de la voie judiciaire qui incite ce groupe à choisir le DFC. Exemple :

On se disait que pour les enfants, ce serait mieux si on évitait les affrontements, parce que cela aurait seulement pour effet de compliquer la vie à la maison. (*Étude de cas n° 11, client 1, entrevue initiale, unités 54-44*)

Dans ce cas, l'autre conjoint a confirmé cette position, également exprimée dans un autre cas :

[X] et moi, on se disait que le mieux était de toujours faire passer notre fils au premier rang, qu'on ne voulait pas que ça tourne, comme je disais, en bain de sang, qu'il ne devait pas être mêlé à ça. (*Étude de cas n° 2, client 1, entrevue initiale, unités 23-25*)

Un client a décrit explicitement ses motifs en fonction de la façon dont ses enfants le jugeraient :

Dans mon esprit, quand j'ai choisi cette formule, c'était pour éviter à tout prix qu'un jour, mes enfants me disent : « Tu sais, papa, t'as pas vraiment été loyal avec maman. » (*Étude de cas n° 9, client 2, entrevue initiale, unité 51*)

Pour un autre client, cette formule offrait un moyen d'atténuer la détresse des enfants qui voyaient leur famille se défaire et leurs relations se redéfinir :

« On [mon ex et moi] n'est pas obligé d'être copain-copain, mais on n'est pas obligé non plus de s'entretenir. Les enfants sont petits, ils veulent seulement former une famille, ils croient qu'on devrait être là tous les deux. » (*Étude de cas n° 5, client 1, entrevue initiale, unités 178-179*)

Dans un autre cas, les deux conjoints voyaient la négociation comme le meilleur moyen d'assurer la qualité de la relation dans une famille reconstituée.

J'ai deux enfants, et ma conjointe actuelle est littéralement devenue leur mère... en fait, ils l'appellent « maman ». J'ai le devoir moral et éthique de protéger cette relation et je crois que le droit collaboratif pourrait nous permettre d'éviter une situation inconfortable et nous aider à repartir du bon pied une fois la procédure de divorce terminée. (*Étude de cas n° 13, client 2, entrevue initiale, unités 6-7*)

Mentionnons que parmi les cas étudiés ici, un seul ne mettait pas en cause des enfants, petits ou grands. Dans deux cas, la garde des enfants (ce qui impliquait éventuellement un déménagement) constituait un problème fondamental et très litigieux. Dans six cas, les enfants avaient soit quitté le nid familial, soit étaient dans leurs dernières années d'adolescence. Dans ces cas, les parents faisaient souvent référence à leur rôle de modèle et à l'importance d'avoir un comportement empreint de dignité dans la reconfiguration de la famille.

iii. Croissance personnelle

Outre leur sentiment de responsabilité envers leurs enfants, jeunes ou adultes, certains clients ont aussi parlé d'une démarche personnelle de guérison, voire de croissance, à travers la séparation et le divorce. Certains sont plus conscients que d'autres de tout ce qui leur arrive. Certains clients ne faisaient référence qu'à des motivations pragmatiques, comme le coût et la rapidité. Comme l'un d'entre eux l'a dit explicitement : « C'est un combat, pas une croissance. » (*Étude de cas n° 8, client 2, entrevue initiale, unité 11*)

Par contre, d'autres se sont demandé sérieusement de quoi ils avaient besoin pour pouvoir avoir leur mot à dire, être entendus puis tourner la page. Exemple :

Je ne veux pas que le divorce fasse de moi une autre personne. Je ne veux pas ressortir aigri de cette expérience. Et je pense que cette formule est la meilleure pour ne pas en sortir aigri. Je ne veux pas être une personne en colère, et je crois que cette formule m'aidera en ce sens. (*Étude de cas n° 10, client 1, entrevue initiale, unités 543-544*)

Je préfère éviter la bagarre. On laisse tomber la bagarre, et on passe à l'essentiel. Ça va avoir lieu de toute façon. Ce n'est pas drôle, mais on en est là, alors tournons la page au plus vite pour que je puisse cicatriser mes blessures. (*Étude de cas n° 5, client 1, entrevue initiale, unités 158-161*)

Un client qui était à l'origine de la démarche de divorce a déclaré qu'il avait opté pour le DFC afin d'apaiser son sentiment de culpabilité :

Je me sens très mal d'avoir déclenché tout ça et j'espère que le DFC rendra la chose plus supportable. (*Étude de cas n° 16, client 1, entrevue initiale, unité 12*)

Une cliente — qui travaillait également avec un guide — a mentionné son besoin de parler des enjeux relatifs à son mariage en présence des autres personnes dans les rencontres à quatre (elle décrivait les autres personnes comme des « témoins de la dynamique ») (*Étude de cas n° 6, client 1, entrevue initiale, unité 46*). Elle espérait que ce faisant, elle validerait ce qu'elle sentait et vivait et que cela l'aiderait à se sentir plus forte.

Pour un autre groupe, la croissance personnelle recherchée prenait la forme d'une conclusion. La collaboration était considérée comme un chemin vers un nouveau départ permettant une conclusion pratique, juridique et émotive, voire morale. Comme une des personnes l'a déclaré : « J'ai dépassé le stade du blâme et des émotions. Tout ce que je veux, c'est en finir avec cette histoire. » (*Étude de cas n° 7, client 1, entrevue initiale, unité 5*). Pour en citer une autre : « Je ne suis pas venue ici pour faire souder mon mariage [...] quand je suis arrivée ici, je voulais juste que l'on règle la situation. » (*Étude de cas n° 3, client 1, entrevue initiale, unités 554, 560*)

C. AUTRES PROFESSIONNELS : OBJECTIFS ET MOTIVATIONS

Dans seulement deux des seize cas à l'étude, d'autres professionnels faisaient partie intégrante de l'équipe de collaboration; dans l'un et l'autre cas, il s'agissait de thérapeutes. Dans les deux cas, nous avons interrogé ces personnes et leur avons demandé comment elles percevaient leur rôle. Leurs réponses étaient très similaires et concordaient également avec celles obtenues d'autres thérapeutes, lors de visites sur le terrain effectuées l'année précédente à Atlanta et à Vancouver.

Chaque thérapeute considérait que son rôle consistait à fournir un soutien personnel à chaque conjoint, à leur offrir les services d'une personne compétente à qui ils pouvaient en venir à faire confiance et qui pourrait les aider à gérer leurs émotions dans les rencontres à quatre avec leur avocat et leur conjoint. Une des thérapeutes a exprimé cette idée en termes plus spirituels, se décrivant comme « un guide spirituel » dont le but était de protéger son client. Elle a adopté le DFC parce que, contrairement aux autres formules, le DFC permet de protéger la personne contre des épreuves encore plus difficiles (*autre professionnel, entrevue 20, unités 13-15*).

D. ATTENTES MAL ASSORTIES? LIENS ENTRE LES MOTIVATIONS DES AVOCATS ET LES OBJECTIFS DES CLIENTS

Dans les 16 cas à l'étude, les objectifs et les attentes étaient principalement définis par les avocats, même lorsque d'autres spécialistes participaient à titre de conseillers ou de membres de l'équipe (voir section précédente). La confrontation des objectifs et des espoirs des clients et de ceux des avocats révèle des différences intéressantes quoique prévisibles.

En général, les clients expliquent leur recours au DFC en termes beaucoup plus pragmatiques que les avocats. Les avocats sont plus enclins à décrire des objectifs supérieurs qui, dans certains cas, frisent l'engagement idéologique. Cette différence est compréhensible compte tenu que les clients parlent d'une crise personnelle à traverser, tandis que les avocats décrivent le DFC comme un moyen supérieur de répondre à leurs besoins personnels et à ceux de leurs clients dans la recherche d'un processus juste et empreint de dignité. Par ailleurs, la gamme des perspectives décrites par les clients est plus vaste que celle des avocats. En effet, ces derniers ont tendance à décrire des buts et des attentes très similaires. En revanche, il est évident que de nombreux clients sont surtout préoccupés par l'aspect monétaire, les délais et la volonté d'arriver au bout; un petit nombre seulement voient le processus de collaboration comme une forme de cheminement spirituel.

Cette différence de points de vue entre avocats et clients, bien que prévisible, n'en soulève pas moins deux préoccupations immédiates. La première, c'est que, quelquefois, les clients qui ont adhéré au DFC en grande partie en raison des « promesses » d'un règlement rapide et peu coûteux sont amèrement déçus lorsqu'ils reçoivent la note d'honoraires et constatent le temps qu'il a fallu pour arriver à une conclusion.

Les tenants du DFC en vantent abondamment la rapidité et le caractère peu onéreux par rapport à la voie judiciaire³⁹. Cependant, les clients se plaignent du temps qu'il faut attendre, dans une démarche collaborative, avant d'aborder les questions de fond. Certains reprochent à leur partenaire de se servir du processus pour éviter de prendre des décisions et à leur avocat non seulement de ne pas les avoir informés de ce risque, mais de refuser de « pousser dans le dos » de l'autre partie. Le problème du temps est évidemment lié à celui des frais. Certains dossiers particulièrement lourds nécessitent beaucoup de temps et d'énergie, ce qui peut se traduire par des honoraires atteignant 20 000 \$. Ces dossiers coûteraient certes beaucoup plus s'ils étaient plaidés devant un juge, mais il serait plus réaliste de les comparer aux cas où les avocats négocient entre eux. Or, il n'est pas encore prouvé que le DFC soit moins coûteux et plus rapide dans ce genre de cas. Il va de soi que certains avocats sont plus prudents que d'autres dans la gestion des attentes, mais le mouvement du DFC devrait faire preuve de circonspection en général dans ses prétentions à ce sujet, surtout lorsqu'il s'en sert comme argument pour convaincre les conjoints de recourir au DFC. (Voir aussi la section 8 b) du présent rapport.)

Un deuxième problème concerne la transparence affichée par les avocats au sujet de leurs motifs personnels d'adhésion au DFC, basés sur leurs valeurs, et la mesure dans laquelle ils supposent que leurs clients adoptent les mêmes valeurs. Il pourrait y avoir lieu d'encourager les avocats à se montrer plus ouverts envers leurs clients au sujet des motifs qui leur font préférer la collaboration et à faire état de leurs propres valeurs à ce sujet. Comme nous l'avons dit plus haut, ces valeurs personnelles sont rarement citées dans la documentation des groupes de collaboration, qui porte plutôt sur les avantages (en matière de délais, de coûts et de qualité de la

³⁹ Ces avantages figurent couramment dans les premiers efforts de promotion du DC. Voir par exemple le site web du Collaborative Law Center d'Atlanta à l'adresse <www.collaborativelawatlanta.com>. Bien que ces prétentions soient à première vue sensées, elles rappellent les mérites qui sont également attribués à la médiation, alors que dans les deux cas, on ne dispose pas de données claires pour les corroborer. Certains groupes de droit collaboratif sont maintenant plus prudents et déclarent plutôt que « selon [leur] expérience », le droit collaboratif est plus rapide et moins coûteux que la voie judiciaire. Voir le site du Collaborative Network <www.collaborative-law.ca/index.htm>.

relation) pour le client. Certes, les avocats doivent se préoccuper d'abord du client, mais il serait approprié qu'ils trouvent également un moyen d'expliquer brièvement leurs propres valeurs eu égard à la collaboration et à ses normes inhérentes dès le départ. Cet échange pourrait susciter une conversation plus approfondie au cours de laquelle avocat et client pourraient vérifier les a priori de l'un et de l'autre.

Cette ouverture de la part des avocats du droit collaboratif pourrait atténuer le problème majeur qui découle d'un décalage apparent entre les attentes et objectifs de l'avocat et ceux des clients dans une minorité de cas. En effet, un grand nombre de commentaires négatifs exprimés par les clients dans le cadre des études de cas pourraient s'expliquer par le fait qu'on n'a pas clarifié les liens entre les objectifs et les valeurs du client, l'intérêt de la famille et les valeurs des avocats en matière de transition familiale. Ces clients ont exprimé un certain malaise, de la surprise, voire une déception à l'égard des prises de position de leur avocat à mesure que le dossier progressait, surtout s'ils se trouvaient dans un cul-de-sac ou n'avançaient pas aussi rapidement qu'ils l'avaient prévu (*Étude de cas n° 8, client 2, entrevue de mi-parcours, unités 41-43; Étude de cas n° 11, client 1, entrevue de mi-parcours, unités 215-222; visite sur le terrain, client 11*). On a l'impression que, parfois, les avocats s'imaginaient que leur client avait adhéré à leurs valeurs concernant la nature d'une transition familiale, même s'ils n'avaient pas fait état de ces valeurs à leur client et ne lui avaient pas non plus demandé son avis, sauf de manière superficielle (par exemple, en lui faisant confirmer qu'il préférerait ne pas se battre avec son conjoint devant un tribunal).

Ce décalage apparent entre les attentes et les objectifs de certains clients et ceux de leur avocat laisse croire que les avocats de DFC tiennent peut-être pour acquis un engagement idéologique de la part du client et ce, à tort. Il y a un risque que les avocats imposent parfois leurs propres motivations à un client qui souhaite seulement passer à travers son divorce sans que cela ne prenne trop de temps ni ne coûte trop cher. Cette situation risque de causer des problèmes particuliers dans les cas caractérisés par l'acrimonie et nécessitant des concessions importantes de part et d'autre. Certains avocats essaient de communiquer efficacement avec leurs clients au sujet des objectifs et des valeurs et d'éviter, dans leur enthousiasme, de brosseur un tableau irréaliste de ce à quoi ils doivent s'attendre. Le DFC est peut-être préférable à la voie judiciaire, mais il n'en est pas moins éprouvant... sur le plan émotif et financier. L'avocat cité ci-dessous reconnaissait ce problème et cherchait déjà des moyens d'y remédier :

J'essaie de leur dire : « Ne vous imaginez pas que ça se fera sans heurt. » Ce serait facile pour [certains clients] de perdre confiance envers le processus parce que, même si, d'après moi, ils se doutent bien que l'autre solution est encore pire [...]. Ils ne s'attendaient carrément pas à ce que ce soit si dur [...] Cela me rappelle de préparer parfois mes clients au fait que le processus peut s'avérer très dur, mais d'une autre façon; c'est plus torturant, plus douloureux, comme des funérailles... Ce n'est pas aussi dur qu'une procédure judiciaire déshumanisée, mais quand même, je ne serais pas surpris d'apprendre que cette expérience leur a fait vivre certains des pires moments de leur vie. (*Étude de cas n° 14, avocat 1, entrevue initiale, unités 107-111*)

4. L'EXPÉRIENCE DE NÉGOCIATION EN DFC

A. LA STRUCTURE DES NÉGOCIATIONS EN DFC

L'hypothèse fondamentale du DFC, c'est que le fait de renoncer à la base à toute démarche judiciaire oriente davantage les négociations en faveur d'un règlement. S'étant coupés de tout recours judiciaire, les avocats adoptent des stratégies différentes. Par exemple, on rédige moins d'actes et on se passe des déclarations sous serment ou autres, lesquelles, en raison de leur caractère formel et impersonnel, sont souvent perçues comme agressantes par l'une ou l'autre partie. En se préparant à la négociation, l'avocat n'a pas besoin de « documenter » le dossier comme il le ferait s'il s'engageait dans la voie judiciaire. Par ailleurs, en raison de l'entente de désistement (ED), l'avocat est fortement motivé à régler l'affaire par la négociation. Après un certain temps, le client aussi a tout avantage à tenir bon. Un des sympathisants de la première heure du DFC et du recours à l'ED faisait valoir que cette dernière changeait le contexte des négociations et offrait « un moyen de se présenter devant une personne avec qui on est en conflit pour lui proposer d'examiner le problème honnêtement et en détail selon des modalités qui témoignent d'un engagement absolu et irrévocable de ne pas le faire dans un esprit d'affrontement »⁴⁰.

Un des objectifs fondamentaux de la présente étude consiste à faire la distinction entre les négociations dans un cadre de DFC et les négociations traditionnelles entre avocats⁴¹, y compris dans les cas où un des avocats s'est explicitement engagé à suivre une stratégie de « coopération ». Les études menées au sujet des négociations entre avocats ont permis de cerner un certain nombre de caractéristiques, notamment les suivantes : communications à distance (par télécopieur, par lettre ou par téléphone, par opposition aux rencontres en personne), exclusion de toute participation directe du client, existence d'un épisode juridique déclencheur, comme une rencontre préalable au procès ou une rencontre de règlement, et approche axée en grande partie sur une prise de position claire ou sur des « revendications de valeurs »⁴². Il ne faut surtout pas oublier en outre l'historique des relations entre les avocats en cause, qui peut, dans le pire des cas, se traduire par des comportements hautement compétitifs, donc par des négociations longues et inefficaces.

⁴⁰ Robert Rack, *Settle or Withdraw? Collaborative Lawyering Provides Incentive to Avoid Costly Litigation*, <www.collaborativelaw.com>. La nécessité de l'ED fait toujours l'objet d'un vif débat. Voir John Lande, « Negotiation: Evading Evasion: How Protocols Can Improve Civil Case Results » (2003) 21 *Alternatives to High Cost Litig.* 149, ainsi que la section 4e) du présent rapport.

⁴¹ Soulignons qu'il est de plus en plus fréquent qu'un seul avocat prenne part à une affaire de divorce; soit que cet avocat représente les deux parties, soit qu'une des deux parties se représente elle-même. Voir Craig McEwen *et al.*, « Lawyers, Mediation, and the Management of Divorce Practice » (1994) 28 *Law and Soc'y Rev.* 149, 179–80.

⁴² Dans une négociation par « revendication de valeurs », on suppose que les gains potentiels totaux sont fixes, donc que plus un négociateur en gagnera, plus l'autre en perdra (c'est le « jeu à somme nulle » classique). Pour être efficace dans ce contexte, un négociateur doit se montrer tenace et intransigeant. Pour en savoir plus sur le caractère généralisé de ce genre de négociation dans le domaine judiciaire, voir par exemple Clarke *et al.*, *Court-Ordered Civil Dossier Mediation in North Carolina: Court Efficiency and Litigant Satisfaction*, Institute of Government, University of North Carolina (1995); Hazel G. Genn, *Hard Bargaining*, London Clarendon (1987); et Carrie Menkel-Meadow, *Avocat Negotiations, Theories and Realities - What we Learn from Mediation* (1993) 56 *The Modern Law Review* 361.

Il semble que les rencontres à quatre, qui sont au cœur du processus de DFC, éliminent les deux premières de ces caractéristiques. Ces rencontres garantissent que la plupart, sinon la totalité, des échanges se feront en personne et en présence des clients. Il s'agit d'un élément fondamental du DFC. Un avocat définit ainsi la différence entre cette approche et la négociation traditionnelle entre avocats :

Lorsque les parties passent par leurs avocats au lieu de se parler, les risques de polarisation et de méfiance croissante sont beaucoup plus grands. (*Étude de cas n° 16, avocat 1, entrevue de conclusion, unité 30-31*)

Les avantages signalés à ce sujet rappellent les commentaires exprimés par les clients et les avocats à propos de la présence aux médiations. Exemple :

La médiation obligatoire ferait participer le client. Et souvent, la dynamique de la médiation influe sur le comportement des gens une fois que ceux-ci commencent à prendre conscience de leur situation en écoutant les autres... *Toronto-12: unités 437-449*⁴³.

Ils n'ont pas besoin de concepts juridiques compliqués. Ils ont juste besoin de parler des problèmes en cause. Et je constate qu'ils peuvent souvent être leur meilleur avocat pendant la médiation. *Ottawa-4: unités 84-84*⁴⁴.

La troisième caractéristique des négociations entre avocats est la nécessité d'attendre un événement déclencheur, comme une date d'audience. Puisque les rencontres à quatre commencent immédiatement après la première rencontre entre le client et l'avocat, cette attente n'est plus nécessaire.

S'il est facile de reconnaître les trois premières différences fondamentales entre le DFC et les négociations traditionnelles et de les confirmer en observant la pratique du DFC, il n'en va pas de même quand on veut déterminer dans quelle mesure la quatrième caractéristique — soit la prise de positions fermes et la revendication de valeurs — est différente sous un régime de DFC.

Nous avons régulièrement demandé aux avocats ayant participé à l'étude d'évaluer dans quelle mesure les négociations liées au processus collaboratif reposaient sur une approche intégrée et axée sur la résolution de problèmes et s'il était fréquent que les avocats du droit collaboratif se rabattent sur une attitude de négociation traditionnelle. Il est évident qu'ils souhaitent insister sur les qualités de la négociation axée sur la résolution de problème, caractéristique du DFC, mais beaucoup ont fait une analyse sincère et réfléchie des différences entre la négociation caractéristique du DFC et la négociation traditionnelle. Il était manifeste que certains ont été étonnés de ces différences lorsqu'ils ont commencé à pratiquer le DFC :

⁴³ Macfarlane, « Culture Change », *supra* note 2, pp. 265-266

⁴⁴ Macfarlane, « Culture Change », *supra* note 2, p. 273. Voir aussi *Learning from Experience: An Evaluation of the Saskatchewan Queen's Bench Mediation Program* (Saskatchewan Justice, avril 2003) et Julie Macfarlane et Michaela Keet, « Civil Justice Reform and Mandatory Civil Mediation in Saskatchewan: Lessons from a Maturing Program », (2004) Alberta L. Rev. (à venir).

[Au début,] j'étais sceptique. Je me disais que j'étais un bon négociateur depuis dix ans déjà; je ne croyais pas vraiment que j'avais des choses à apprendre dans ce domaine. Alors pour être honnête, je n'étais pas sûr de ce que le DFC pouvait m'apporter. Or, je trouve que c'est très différent... On ne se rend pas compte à quel point les gens communiquent mal. Moi-même, je ne m'en rendais pas compte; je négociais depuis des années et je n'avais jamais réalisé à quel point on négocie mal. (*Étude de cas n° 1, avocat 1, entrevue initiale, unités 95-97, 112-114*)

Il semble exister un consensus selon lequel le DFC réduit le bluff et les tactiques caractéristiques des négociations traditionnelles entre avocats, y compris les propositions exagérées dans un sens ou dans l'autre. Comme l'a dit un des avocats : « Une des grandes différences, c'est qu'on évite volontairement [...] les extrêmes. » (*Étude de cas n° 3, avocat 2, entrevue initiale, unité 46*) Ces différences s'expliqueraient en partie par des motifs idéologiques. Les avocats de DFC veulent que leur nouvelle formule réussissent et par conséquent, ils doivent respecter eux-mêmes leurs grands principes dans le cours des négociations. Elles s'expliqueraient aussi en partie par des raisons structurelles. En effet, alors que la plupart des négociations entre avocats s'ouvrent sur un rituel d'offres irréalistes⁴⁵, la première ou les deux ou trois premières rencontres à quatre, dans un cadre de DCF, sont généralement consacrées à l'examen de la teneur de l'entente de participation, suivi par la collecte d'informations. En général, il n'y a aucune proposition tant que ces étapes ne sont pas terminées, même si les clients sont souvent impatients. Après ces rencontres initiales, on sait beaucoup plus clairement ce que chaque partie veut et attend de l'autre que lorsqu'on tire les premiers coups de canon dans l'autre contexte. Par ailleurs, les avocats de DFC savent qu'ils sont responsables du comportement de leur client, qui doit se montrer coopératif. Contrairement aux négociations traditionnelles entre avocats (mais un peu comme les médiations auxquelles prennent part les clients), les clients observent directement le comportement de leur avocat pendant la négociation, en temps réel, pendant la rencontre à quatre.

Il existe aussi des raisons purement pragmatiques d'éviter le rituel des premières demandes irréalistes. En effet, lorsque l'objectif est d'en arriver à un règlement et non de l'emporter dans un procès, les propositions de départ n'ont plus du tout le même rôle. Exemple :

La différence, c'est que dans un dossier judiciaire traditionnel, si je pense que mon client a droit à 50 000 \$, je vais demander 100 000 \$. Si l'autre avocat croit que mon client a droit à 30 000 \$, il dira que mon client n'a droit à rien. Dans un dossier de DFC, j'ai assez de confiance pour dire à mon client : « Oublions les montants de plus de 50 000 \$, c'est une perte de temps, on n'aura jamais ça. Concentrons-nous sur la fourchette entre 30 000 \$ et 50 000 \$, sur laquelle nous sommes tous d'accord, et trouvons des solutions originales qui vous conviendront à tous les deux à l'intérieur de cette fourchette. » (*Étude de cas n° 4, avocat 1, entrevue initiale, unités 164-167*)

Beaucoup d'avocats de DFC font valoir que les prises de position irréalistes de départ ne fonctionnent tout simplement pas en DFC. Pour citer l'un d'entre eux : « La raison pour laquelle on n'ouvre pas les négociations avec une position irréaliste, c'est que ça ne marche pas. Ce n'est

⁴⁵ On trouvera une description classique des tactiques de négociation dans le milieu de l'assurance (lésions corporelles) dans Genn, *supra* note 42, pp. 134-137.

pas que ce soit moralement répréhensible, mais dans un contexte où l'on cherche un consensus, ça ne marche pas. » (*Étude de cas n° 10, avocat 1, entrevue initiale, unité 185*)

Comme on peut s'y attendre, rares sont les avocats de DFC qui indiquent qu'ils reviennent à une dynamique de prise de position dans le cours des négociations. Certains avouent que cela arrive quand l'avocat de l'autre partie est un nouveau venu en DFC, ce qui les oblige parfois à « éduquer » ce dernier sur la façon de se comporter de manière plus coopérative. Quelques avocats diront que lorsqu'un seul avocat est expérimenté en DFC, le style des négociations n'est pas si différent de celui d'une négociation entre avocats : « C'est principalement des discours d'avocat, mais en plus poli. » (*Étude de cas n° 8, avocat 1, entrevue initiale, unité 32*) D'autres admettent franchement qu'il leur arrive de revenir eux-mêmes à une tactique de prise de position. Par exemple, l'avocate citée ci-dessus a poursuivi en décrivant comment il pouvait lui arriver d'augmenter ses revendications, même dans un dossier de DFC, si l'autre partie ne se montrait pas suffisamment coopérative⁴⁶ :

Dans un dossier de coopération, je reviendrais constamment sur la fourchette entre 50 et 100 — pas comme une menace, mais c'est une négociation, on se comprend : « Si vous n'acceptez même pas 50, ça pourrait être 100. » Dans un dossier de négociation, je parlerais toujours de la fourchette de 50 à 100, j'y reviendrais chaque fois que ça pourrait, disons, les prendre par surprise. (*Étude de cas n° 4, avocat 1, entrevue initiale, unités 167 174*)

Un autre avocat expérimenté dans le DFC a ajouté cette réflexion : « Parfois, on se surprend soi-même à revenir aux anciens réflexes. C'est difficile de ne pas [adopter des positions fixes], on l'a fait tellement longtemps. C'est une habitude. C'est ce qu'on apprend à l'école de droit dès le premier jour. C'est vraiment tout un travail. » (*Visite sur le terrain, avocat 3*)

Certains avocats de DFC admettent aussi qu'il existe des étapes, dans un dossier de DFC, où les avocats adoptent une position fixe, surtout dans un cas où le conflit est prononcé et où on se trouve dans une impasse. On peut aussi se trouver dans une impasse ou face à un obstacle dans un dossier à conflit modéré après la collecte d'informations, au moment où arrivent les premières propositions concrètes. À ce point, certains avocats se surprennent parfois à revenir à leur stratégie habituelle, qui consiste à élaborer des propositions et des offres. Cette stratégie peut être nécessaire pour faire progresser les négociations et peut toujours être employée dans un dossier de droit coopératif. Cependant, à cette étape, la dynamique de la négociation peut ressembler à celle d'une négociation traditionnelle entre avocats :

Q. : Arrive-t-il souvent, dans les rencontres à quatre, qu'on revienne à ces méthodes de négociation par prises de position ?

R. : Je pense que oui. [...] Je dirais qu'on se retrouve parfois en train de revenir à cette méthode, sans trop s'en être rendu compte.

Q. : Donc, ce n'est pas si rare ?

R. : Non, parce que je crois que c'est facile de retomber là-dedans.

⁴⁶ Voir Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, supra note 4. Cette stratégie rappelle la stratégie « du miroir », dans laquelle on négocie dans une attitude de coopération jusqu'à ce que l'autre partie « décroche », auquel cas on la « suit sur son terrain ».

Q. : Donc, il y a des compromis? Il y a des offres et des contre-offres?

R. : Je pense qu'on finit effectivement par procéder comme ça. Je ne sais pas s'il y a toujours une contre-offre, mais il vient un moment où l'on propose quelque chose. Mais c'est toujours là que le couple cède, après les deux premières rencontres faciles⁴⁷ où les règles jouent en leur faveur, je crois que c'est là qu'on craque effectivement. Soit ils se mettent à négocier en marge du processus, soit on se met à faire des propositions par écrit. (*Étude de cas n° 11, avocat 1, entrevue initiale, unités 584-596*)

Beaucoup d'avocats de DFC admettent que la formule traditionnelle de négociation qui consiste à « couper la poire en deux » refait parfois surface dans les négociations à quatre, généralement à la fin. Cependant, rendues à ce point, les positions peuvent être beaucoup plus rapprochées que dans une négociation traditionnelle, ce qui fait que les différences en cause ne sont pas énormes. Presque toute négociation comporte ce genre de procédé, et les négociations de DFC ne font pas exception. Un des avocats a même fait remarquer que cette négociation finale ne se vivait pas du tout de la même façon quand c'étaient les deux clients qui se passaient la calculatrice (*Visite sur le terrain, avocat 40, entrevue initiale, unités 584-596*). Par contre, un autre client, irrité par une longue impasse, considérait que cette formule consacrait l'échec du processus de collaboration : « Si c'est pour finir en coupant la poire en deux, pourquoi ne pas carrément choisir la voie judiciaire? » (*Étude de cas n° 8, client 2, entrevue de mi-parcours, unité 40*)

B. LE MAINTIEN D'UNE IDÉOLOGIE DE COOPÉRATION DANS LA NÉGOCIATION

Les avocats de DFC disent qu'il leur est possible de mener des négociations coopératives grâce à un « changement de paradigme » dans la façon d'aborder la résolution de conflits. Dans un ouvrage récent, Pauline Tesler décrit ce phénomène en termes de transformation des normes personnelles et professionnelles :

Les quatre dimensions du changement de paradigme visent à la fois des transformations intérieures et extérieures. [...] Il y a une transformation des perceptions intérieures de l'avocat au sujet de ce qu'il est et de ce qu'il fait, et une transformation des comportements objectifs et observables par rapport aux clients et aux professionnels prenant part au dossier⁴⁸.

Plusieurs avocats disent que le DFC a modifié toute leur pratique du droit et même leur vie personnelle. Un avocat a décrit l'ampleur de cette intériorisation des principes de la collaboration et du règlement des problèmes dans les termes suivants : « Je constate que c'est maintenant quelque chose qui se fait naturellement chez moi, qui ne me demande pas d'effort conscient. Même dans ma vie personnelle, ma façon d'interagir avec mon conjoint et ma famille a changé depuis que je pratique le DFC. » (*Étude de cas n° 1, avocat 1, entrevue initiale, unités 174-176*)

L'engagement idéologique profond à l'égard des négociations a une influence importante sur les conditions dans lesquelles elles se déroulent. Cet engagement est renforcé par l'esprit de « club » des groupes de DFC ainsi que par la conviction chez ces derniers de partager des valeurs

⁴⁷ On parle ici des deux premières rencontres à quatre, qui sont généralement consacrées à la collecte d'information.

⁴⁸ Pauline H. Tesler, *Collaborative Law: Achieving Effective Resolution in Divorce without Litigation* (American Bar Association, 2001).

communes. Le groupe de DFC devient une « communauté de pratique » fondamentale pour l'avocat et influe grandement sur la définition et le respect de normes et de règles officieuses (thérapeutes, guides, planificateurs financiers, spécialistes du bien-être de l'enfance)⁴⁹. Dans leur étude portant sur les avocats spécialisés en divorce, Lynn Mather, Craig McEwen et Richard Mainman affirment d'ailleurs que chaque avocat appartient souvent à plusieurs communautés de pratique dont chacune a ses propres normes de comportement et de stratégies de négociations, lesquelles peuvent même entrer en contradiction⁵⁰. Le DFC peut réduire une partie de cette ambiguïté en établissant des normes et des procédures claires régissant les interactions entre avocats. Pour faire partie de la communauté de pratique du DFC, l'avocat doit faire passer sa loyauté envers les principes de cette communauté avant toute autre. Ainsi, un avocat de DFC réputé avoir inutilement adopté une attitude d'affrontement dans des négociations sera surveillé par ses collègues de façon plus ou moins officieuse. Par exemple, un des avocats a déclaré : « Les avocats se surveillent, et si l'un d'entre nous se met à énoncer des prises de position fixes, il va se le faire dire. » (*Visite sur le terrain, avocat 11, unités 174-176*) Elle peut aussi prendre graduellement un caractère plus officiel et réglementé. Par exemple, lorsque les avocats d'un groupe de DFC sont véritablement préoccupés par le comportement d'un des leurs qui continue de recourir à des pratiques caractérisées par l'affrontement, le groupe se mettra à discuter de la possibilité d'exclure cet avocat (ou de ne pas renouveler son appartenance au groupe).

La composante idéologique de l'adhésion à un nouveau style de négociation n'a pas pour seul effet de modifier les stratégies et les objectifs de l'avocat. Certes, la prise en compte des intérêts de l'autre partie (voir aussi la prochaine section) et les efforts soutenus visant à analyser les options et les intérêts de chacun avant d'adopter une position constituent autant de manifestations stratégiques d'une « idéologie » de coopération ou d'un « changement de paradigme », comme aiment à le dire certains avocats de DFC, mais les mêmes convictions donnent aussi lieu à des manifestations normatives personnelles. Celles-ci prendront la forme, par exemple, d'une insistance sur les solutions « familiales globales », d'une prédilection pour un modèle particulier de partage des tâches parentales considéré comme le plus stable, ou de la renonciation à certains avantages financiers dans le but de préserver l'harmonie et de garantir la durabilité de l'entente. Dans une négociation axée sur les droits, on décrit explicitement la norme ayant présidé à la position adoptée, mais dans une négociation axée sur l'intérêt mutuel, les hypothèses normatives de base demeurent inexprimées. Or, la concrétisation d'un ensemble de résultats fondé sur les intérêts mutuels ne découle pas moins d'un jugement normatif que l'adoption d'un argumentaire fondé sur les droits.

L'attitude adoptée à l'égard de l'expression des émotions dans les rencontres à quatre constitue un des domaines où l'idéologie occulte la stratégie dans les négociations de DFC.

⁴⁹ C'est Mather, McEwen et Mainman qui décrivent les « communautés de pratique — basées sur l'emplacement géographique, sur la clientèle et sur les questions de fond — qui rattachent les avocats spécialisés en divorce à un ensemble de normes et de principes officieux ». Voir Mather *et al.*, *supra* note 11, pp. 41-48.

⁵⁰ *Ibid.*

C. LA PLACE DES ÉMOTIONS DANS LES NÉGOCIATIONS DE DFC

Plusieurs clients ont fait remarquer que leur avocat semblait sous-estimer l'émotivité dans laquelle baignent inévitablement les négociations entre conjoints. Les avocats reconnaissent d'emblée que la démarche sera remplie d'émotions parfois très intenses, mais dans les rencontres à quatre, ils vont souvent décourager, voire escamoter les manifestations d'émotion brute. Lorsque l'interaction entre les clients est marquée par des émotions, voire par la colère, certains avocats réagiront en leur rappelant leur obligation de demeurer coopératifs et de se concentrer sur le bien de la famille, attitude que certains clients ne trouvent pas particulièrement utile lorsqu'ils ressentent de la colère, de la tristesse ou de la détresse. Parfois, les clients ont alors l'impression qu'on veut nier leurs sentiments et imposer une fausse impression d'« harmonie ». Une cliente a décrit en ces termes ce qui s'est passé lorsqu'elle a senti que son mari et l'avocat de ce dernier lui faisaient des menaces :

Alors j'ai dit, c'est ridicule, vous savez, ça n'a aucun sens... et il [le mari] n'arrêtait pas de revenir là-dessus. Et c'est là que nous avons eu cet affrontement, à la dernière réunion, où j'ai senti qu'il me menaçait. Quand je l'ai dit, son avocat m'est tombé dessus, et il m'a dit : « Eh bien, si vous refusez, si vous n'acceptez pas cette proposition maintenant, moi aussi, je vais refuser une chose que vous proposerez plus tard. » Quand j'ai dit que c'était une menace, les deux avocats me sont tombés dessus et m'ont dit : « Oh, non, non, non, vous ne devez pas voir ça comme une menace. » Bien sûr, je ne devais pas voir ça comme une menace... les deux avocats me sont tombés dessus aussitôt que j'ai prononcé le mot... mais la réalité, c'est que c'était une menace. Je veux dire, c'était évident qu'il essayait de me faire peur pour me forcer à accepter une chose que je ne voulais pas. (*Étude de cas n° 11, client 1, entrevue de mi-parcours, unités 38-39*)

Dans la même entrevue, la même cliente poursuit en ces termes :

Mon avocat m'a prise à part et m'a dit : « Ne soyez pas si hostile. » Les avocats essaient d'éviter les vagues, mais sapristi, moi, je suis en colère. Qu'est-ce qu'ils croient? (*Étude de cas n° 11, client 1, entrevue de mi-parcours unités 348-350*)

La même cliente a formulé le commentaire suivant au sujet de la méthode :

Je crois qu'il y a une sorte de naïveté là-dedans. Tout le monde il est gentil, tout le monde il est franc et honnête, tout sur la table, rien dans les poches, et on partage tout. Et, vous savez, c'est bien beau tout ça, sauf qu'on parle d'un processus qui est antagoniste à la base. On ne peut pas éviter ça. (*Étude de cas n° 11, client 1, entrevue de mi-parcours, unité 188*)

Certains clients ont fait remarquer que si les avocats, d'une part, mettent en place des conditions propices à des échanges francs et ouverts — et souvent, nécessairement, chargés d'émotion — dans les rencontres à quatre, ils n'en sont peut-être pas moins mal préparés et mal équipés pour faire face aux conséquences. Exemple :

Émotivement, c'est très difficile. Le vrai danger, c'est qu'ils ont affaire à des personnes qui vivent une période périlleuse au plan émotionnel. [...] Les avocats encouragent les clients à exprimer leurs émotions. Alors nous les exprimons. Mais ce ne sont pas des

psychologues! Ils nous encouragent à exprimer nos émotions, mais ils ne savent pas comment réagir quand nous le faisons. (*Visite sur le terrain, client 7*)

Les avocats semblaient désarçonnés par le fait que leurs clients avaient un lourd bagage émotif. Mais il s'agissait d'un [très long] mariage. À quoi s'attendaient-ils? (*Étude de cas n° 7, client 1, entrevue initiale, unités 57-58*)

À la lumière de ces commentaires, on pourrait reprocher au DFC un manque de réalisme eu égard au fardeau émotif qui pèse sur les clients pendant un divorce. Il est très important pour les tenants du DFC d'éviter de prêter flanc à la critique selon laquelle cette méthode impose implicitement aux clients une « idéologie de l'harmonie »⁵¹ en ne reconnaissant les besoins émotifs qu'en théorie, au lieu d'offrir un soutien réel et des outils efficaces de gestion des émotions. Les tenants du DFC ne voudraient certainement pas être l'objet de ce genre de critique, car ils ont opté pour la voie coopérative entre autres parce qu'ils voulaient humaniser le divorce. Certains sont conscients de ce problème. La déclaration suivante semble réaliste :

Les avocats ne doivent pas oublier qu'ils travaillent avec des gens qui ne sont déjà plus capables de communiquer. Croire qu'ils vont tout d'un coup retrouver cette capacité parce que deux gentils avocats les accompagnent, c'est demander beaucoup. (*Étude de cas n° 7, avocat 1, entrevue de conclusion, unités 47-48*)

Si les avocats veulent gérer des discussions entre personnes blessées et en colère, ils doivent se doter des compétences nécessaires. Ainsi, il pourrait être important, dans la formation des avocats de DFC, de les préparer à faire face à des interactions hautement conflictuelles et très chargées, en théorie et en pratique. Ces avocats devraient, entre autres, être en mesure de reconnaître les zones de danger potentiel pour les conjoints. L'un des commentaires les plus troublants entendus dans l'ensemble de l'étude a été prononcé par une cliente qui vivait encore avec son conjoint. Elle a déclaré : « Je pouvais difficilement dire, dans les rencontres à quatre, pendant que [X] était présent : "J'ai peur de rentrer à la maison ce soir." » (*Étude de cas n° 5, client 1, entrevue de conclusion, unité 57*)

L'affirmation selon laquelle les avocats de DFC « imposent l'harmonie » et par conséquent, privilégient certains types de résultats — soit ceux qui réduisent ou éliminent les risques de conflits ultérieurs — est celle qui est la plus susceptible de nuire au DFC. Pour éviter cette critique, les avocats de DFC doivent faire preuve d'une autocritique rigoureuse et être conscients de leurs propres préjugés au sujet des résultats souhaitables d'une démarche de divorce. Ils doivent jouer leur rôle de soutien et de défense d'une manière qui concorde avec ce que nous ont appris des décennies d'expérience parentale après un divorce — en ce qui concerne la continuité des contacts entre les deux parents, etc. — mais sans imposer un ensemble de croyances ou de valeurs à leurs clients. Il s'agit d'un équilibre difficile à atteindre et qui pose des problèmes à tous les avocats et aux autres professionnels du milieu. Cependant, si les tenants du DFC veulent gagner de la crédibilité pour leur formule comme option valable pour les transitions familiales — surtout en tant qu'option qui valorise l'autonomie du client — ils devront absolument se débarrasser de leurs penchants idéologiques le plus tôt possible.

⁵¹ Laura Nader, « Controlling Processes in the Practice of Law: Hierarchy and Pacification in the Movement to Re-Form Dispute Ideology » (1993) 9 (1) Ohio St. J. on Disp. Resol. 1.

D. LE RÔLE DES CONSEILS JURIDIQUES DANS LES NÉGOCIATIONS

Nous imposons aux clients une démarche axée sur les intérêts parce que nous croyons que c'est leur droit.

(Visite sur le terrain, avocat 18)

L'énoncé qui précède exprime la relation parfois ambiguë qui existe entre ce que demandent les clients d'une part et ce que la loi leur assure d'autre part. Il n'est pas étonnant de constater que, dans leurs efforts visant à réorienter la pratique du droit de la famille dans une optique de coopération, les avocats sont aux prises avec les conséquences de leurs conseils juridiques et avec l'ombre de la loi en général. Dans le cadre de notre recherche, nous avons vu ce conflit transparaître dans deux grands secteurs : la façon dont les conseils juridiques sont formulés et utilisés, et les comparaisons entre les résultats d'une négociation collaborative et ceux d'une démarche traditionnelle axée sur les droits (voir la section 7 du présent rapport).

Il existe de grandes différences entre les avocats en ce qui concerne l'importance accordée aux conseils juridiques et leur caractère spécifique. Sur ce point, il est évident que l'approche choisie par l'avocat dépend de la « catégorie idéale » à laquelle il appartient (l'« avocat coopératif », l'« avocat-ami » et le « joueur d'équipe », décrits précédemment). Les clients eux-mêmes ne savent souvent pas clairement dans quelle mesure ils recevront des conseils juridiques, et certains sont moins satisfaits que d'autres de cet aspect des services juridiques collaboratifs.

Certains avocats indiquent que leur méthode, en ce qui concerne les conseils juridiques du départ et la recherche à l'appui, demeure relativement inchangée en DFC. Ils continuent d'aborder les dossiers en bonne partie comme ils le feraient avec un dossier judiciaire traditionnel, en évaluant les enjeux juridiques et les résultats probables (type idéal 1). Ces avocats considèrent généralement que ceux de leurs collègues qui formulent moins de conseils juridiques traditionnels renient un aspect important de leur rôle (*Étude de cas n° 7, avocat 2, entrevue initiale, unité 51*).

D'autres affirment que leur approche est différente dès la première rencontre :

On ne peut pas comparer un règlement qui constitue le résultat d'un processus judiciaire matriciel et un processus qui a pour seul objet d'en arriver à un règlement et dans lequel tout le monde est autour de la table dès le premier jour et où les responsabilités sont clairement définies, à savoir que les clients doivent transformer leurs « positions » en « intérêts », les énoncer clairement puis se charger de trouver un arrangement avec l'aide des avocats. (*Étude de cas n°10, avocat 1, entrevue initiale, unité 118*)

Cette idée est illustrée par le témoignage suivant, dans lequel un avocat explique sur quoi porte la rencontre préparatoire avec le client :

Une des différences les plus importantes, dès le départ, c'est que je ne vais pas m'asseoir et passer à travers la documentation de trois pouces d'épais qui m'est remise. Je vais me rendre à la rencontre et la regarder là-bas, et je dis toujours à la blague : « Vous ne voulez quand même pas me payer deux fois pour que je regarde les même papiers », et tout le monde répond : « Non, effectivement! Ha! ha! ha! » [...] Parce qu'on va les regarder de toute façon, à la rencontre. Je n'ai pas besoin de tout voir d'avance et de concevoir un

plan ou de me faire une idée d'avance de la façon dont on va présenter les choses. D'ailleurs, d'une certaine façon, j'aime ça, parce que ça m'évite justement la tentation de faire un plan ou de me faire une idée d'avance. *En un sens, moins j'en sais, moins j'ai de réserve.* [Italique ajouté] (*Étude de cas n° 4, avocat 2, entrevue initiale, unité 174*)

La plupart des avocats de DFC considèrent la rencontre initiale comme une préparation pour la première rencontre à quatre et comme une présentation générale du processus. Cependant, certains avocats fournissent également une analyse et des conseils juridiques lors de cette rencontre ou demandent au client des renseignements qui leur permettront de prodiguer ce genre de conseils plus tard. Les avocats qui sont moins enclins à donner des conseils juridiques dès la première rencontre s'en tiennent souvent à une simple présentation du processus de DFC :

Q. : Autrement dit, la préparation avec le client porte sur le processus et non sur une analyse de sa situation?

R. : C'est ça. (*Étude de cas n° 4, avocat 2, entrevue initiale, unité 177*)

Cet avocat décrivait une rencontre initiale au cours de laquelle la recherche et l'analyse juridiques préalables se limitent à une description sommaire sans entrer dans les particularités de la situation du client. Nous lui avons donc demandé ce qu'il arrivait lorsque son client voulait des indications plus précises lors de cette première rencontre au sujet de ses droits et obligations.

Parfois, ils veulent avoir des renseignements plus précis, du genre : « Combien je devrais payer (ou recevoir) en pension alimentaire? », etc. Alors, on parle des lignes directrices et de ce genre de chose. [...] On peut toujours demander : « Bien, combien gagnez-vous? » Et alors ils se lancent... mais dès qu'on entre là-dedans, on est obligé en quelque sorte de les rappeler aussitôt à l'ordre : « Bon, eh bien, je vais vous dire, en droit collaboratif, on dit tout ouvertement. » Alors, on peut toujours dire qu'il y a des lignes directrices et qu'il y a telle loi, etc., mais les deux membres du couple peuvent prendre la décision qu'ils veulent, tant que les deux savent ce qu'ils font et disposent de l'information nécessaire. [...] Vous savez, si vous décidez de donner tous vos avoirs et les trois quarts de votre chèque de paie, vous pouvez le faire. Je vous dirai probablement que, d'un point de vue juridique, le tribunal n'ordonnerait probablement pas cela, mais que vous pouvez le faire. » (*Étude de cas n° 4, avocat 2, entrevue initiale, unité 207*)

Certains avocats voient une tension entre la formulation de conseils juridiques et la négociation coopérative. L'un d'entre eux parle des considérations concernant les droits comme d'une « altération du processus » :

Je donne le moins de conseils juridiques possible parce que cela finit par tout altérer et il faut ensuite les ramener aux réalités de la vie. (*Étude de cas n° 16, avocat 2, entrevue initiale, unité 17*)

Une autre avocate a indiqué pourquoi elle avait commencé à limiter les conseils juridiques qu'elle donnait en expliquant qu'elle avait constaté que les principes juridiques tendaient à réduire l'éventail des options possibles dans l'esprit du client :

La loi pure et dure a trop d'influence, et le client se met à penser en noir et blanc. Autrement, les clients peuvent proposer des solutions plus originales. (*Étude de cas n° 15, avocat 2, entrevue de mi-parcours, unité 11*)

Comment les clients réagissent-ils à cette approche minimaliste ou généraliste au sujet de la formulation des conseils juridiques? Plusieurs avocats ont indiqué qu'il était plus courant chez les clients de demander des conseils sur ce qui serait « juste » que de demander des éclaircissements sur leurs droits et obligations légales⁵². Cette attitude semblait extrêmement probable à mesure que les négociations progressaient et que les positions juridiques de référence cédaient la place à la recherche d'une solution acceptable pour les deux parties. Cependant, certains clients se sont dits irrités de ne pas pouvoir obtenir des conseils juridiques clairs et précis à certains moments où ils sentaient qu'ils en auraient eu besoin, par exemple lorsque les négociations semblaient achopper ou lorsqu'ils sentaient que l'autre conjoint était déraisonnable ou irréaliste. Ils se plaignaient du fait que lorsqu'ils posaient des questions au sujet de la loi, leurs avocats évitaient de répondre ou donnaient des réponses « évasives » (*Étude de cas n° 2, avocat 2, entrevue initiale, unités 228-230; Étude de cas n° 6, client 1, entrevue de conclusion, unités 59-71*).

Des clients ont exprimé le désir, à certains moments, que leur avocat se montre plus ferme face à l'autre partie au sujet des limites de ce qu'elle pouvait revendiquer. Par exemple, un client a déclaré qu'il était « déçu » de son avocat parce que celui-ci n'avait pas « fait valoir auprès de [sa conjointe] que légalement, notre dossier était très solide ». Ce client a poursuivi en ces termes : « Ça ne m'intéresse pas de tomber dans la sensiblerie, j'ai besoin de faits concrets. » (*Étude de cas n° 8, client 2, entrevue de mi-parcours, unités 18-19*). Une thérapeute a indiqué que son client lui avait déclaré : « Je ne paie pas mon avocat pour qu'il me donne une thérapie; je le paie pour qu'il me donne des conseils juridiques, pour connaître mes droits. » (*Autre professionnel, entrevue 20, unités 60-62*)

Lorsque les clients sentent que leur avocat substitue à son rôle de conseiller juridique un rôle quasi thérapeutique, on observe parfois une résistance. Exemple :

Je peux faire ça avec un thérapeute pour bien moins cher. Ce que je demande à mon avocat, ce n'est pas une thérapie, c'est le fond de la loi; c'est de savoir ce que chacun peut demander en toute justice. C'est à ce genre de question-là qu'on demande à un avocat de répondre. (*Étude de cas n° 6, client 1, entrevue de conclusion, unités 68-70*)

Ces observations soulèvent d'importantes questions au sujet de la définition exacte de « services juridiques » et des attentes raisonnables d'un client qui engage un avocat. Un client qui était satisfait de la formule de DFC en général a cependant mentionné, à l'entrevue de conclusion, qu'il conseillerait à quiconque choisit cette option de poser des questions sur les principes juridiques au lieu de supposer tout simplement qu'on lui en parlera (*Étude de cas n° 13, client 2, entrevue de conclusion, unité 15*).

Le fait que les paramètres traditionnels du rôle de l'avocat, c'est-à-dire formuler des conseils juridiques au lieu de fournir des services thérapeutiques, sont moins clairs constitue un sujet de

⁵² Il se peut toutefois que dans l'esprit des clients, il n'y ait pas une si grande différence entre les deux.

controverse en DFC et suscite également des questions au sujet de la collaboration interprofessionnelle (voir la section 6 du présent rapport).

E. IMPORTANCE DE L'ENTENTE DE DÉSISTEMENT

Il existe une question fondamentale à laquelle nous n'avons pas encore de réponse en ce qui concerne le modèle de négociation du DFC : l'utilisation d'une entente de désistement (ED) visant à garantir l'adhésion de l'avocat et du client aux principes de la négociation coopérative est-elle nécessaire pour produire les effets décrits ci-dessus? Pourrait-on arriver aux mêmes résultats sans ED⁵³? À qui profite l'ED? À l'avocat ou au client? L'ED a pour effet de mettre la « jarre à biscuits » de la voie judiciaire dans une armoire fermée à clé, de sorte que si une des deux parties « craque » et décide d'aller chercher les biscuits, elle ne trouvera pas la clé (qui a été détruite ou cachée dans un lieu secret) car l'avocat qui mettrait le dossier sur les rails de la procédure judiciaire serait obligé de se désister d'office. Les clients sont parfois éberlués de voir toutes les précautions que leur avocat croit être obligé de prendre pour éliminer toute possibilité de litige et se demandent pourquoi on ne pourrait pas tout simplement faire confiance à son jugement si le problème se posait. D'autres clients comprennent clairement l'engagement qu'ils prennent à l'égard du processus de DFC et des risques que cela comporte. Ainsi, un client a déclaré : « La signature du contrat à quatre m'a fait un peu peur. Je n'aurais pas voulu tout recommencer avec un autre avocat. Mais cela nous a fait réaliser que ça coûterait beaucoup plus cher si on ne réglait pas la question de cette façon. » (*Visite sur le terrain, client 2*)

Les avantages potentiels de l'ED sont les suivants : engagement commun et égalitaire; contrainte connue au sujet des choix éventuels (créant une certitude qui peut aider les participants à échapper au dilemme du prisonnier); création d'un « cadre » pour la tenue de négociations confidentielles sans préjudice; encouragement à tenir le cap; et peut-être, à long terme, formation d'un groupe professionnel de spécialistes de la négociation (comme nous le verrons plus loin dans la présente section). Cependant, certains de ces « avantages » incontestables peuvent aussi avoir leurs inconvénients. Par exemple, la pression incitant les parties à ne pas déroger des règles de départ peut devenir excessive et inopportune. On peut en effet tomber dans un piège semblable à celui créé par les honoraires d'avocat dans la voie judiciaire traditionnelle. Un client irrité a déclaré qu'après des dépenses qu'il estimait à 24 000 \$ en honoraires professionnels et neuf mois de négociations — sans grand résultat — il était difficile de faire marche arrière et de recourir à la voie judiciaire. « Quand on est rendu si loin, c'est difficile de laisser tomber. » (*Étude de cas n° 8, client 2, entrevue de mi-parcours, unité 43*)

Il existe des solutions de rechange à l'ED. La question est de savoir si ces autres solutions donneraient les mêmes résultats. Par exemple, on peut signer un « protocole de coopération », comme celui qui est promu par le CPR⁵⁴, convenir d'avance d'une période fixe de négociation avant de changer de voie ou adopter un protocole de négociation axé sur la résolution de conflits⁵⁵. À ce jour, il y a lieu de croire que le processus de collaboration encourage un esprit d'ouverture et de coopération, ainsi que la volonté de trouver une solution qualitativement

⁵³ Voir Lande, *supra* note 40.

⁵⁴ Le « CPR Pledge », par lequel le signataire s'engage à travailler dans la coopération pour résoudre les litiges au moyen des méthodes substitutives de règlement de différends, a été signé par plus de 800 sociétés. Voir <www.cpradr.org> et *supra* note 13.

⁵⁵ Voir Lande, *supra* note 40.

différente, du moins dans bien des cas, de ce qui ressortirait d'une négociation traditionnelle entre avocats, même si celles-ci étaient menées dans un esprit de coopération. Toutefois, comme l'a fait remarquer une cliente qui en était arrivée à une entente grâce au droit collaboratif — et a vu son conjoint demander à un juge de la modifier quelques semaines plus tard — cela ne permet pas de conclure à la nécessité de l'ED. On pourrait plutôt en conclure à la nécessité de s'entendre sur une période de négociation extérieure à la démarche judiciaire au lieu de s'engager à ne jamais y recourir :

Je ne comprends pas vraiment pourquoi on s'oppose tant que ça à ce que notre avocat continue de nous représenter si jamais on opte pour une démarche judiciaire. Je comprends que la présence de cette clause empêche les parties de songer trop rapidement à la voie judiciaire (ou de menacer d'y recourir pendant les négociations de collaboration) et les oblige à s'engager pleinement dans la collaboration, mais il devrait toujours être possible de permettre aux quatre personnes d'admettre ensemble que la démarche ne peut plus continuer. Lorsque la démarche de DFC a échoué, je ne comprends vraiment pas pourquoi nos avocats ne pourraient pas alors devenir nos plaideurs. C'est seulement la procédure qui change, mais je crois que le fait de connaître toutes les données et de connaître les autres parties permettrait des litiges moins violents. (*Étude de cas n° 12, client 1, entrevue de mi-parcours, unités 24-26*)

L'un des effets les plus importants de l'ED pourrait être qu'elle permet la création d'un groupe de professionnels juridiques spécialisés en négociation⁵⁶. Il faudrait mener d'autres recherches pour savoir dans quelle mesure ce degré de spécialisation est nécessaire à la pratique du droit axée exclusivement sur le règlement à l'amiable.

⁵⁶ Fisher, *supra* note 14.

5. RELATIONS AVOCAT-CLIENT EN DROIT COLLABORATIF

A. RESPONSABILITÉ DES DÉCISIONS

La relation traditionnelle entre l'avocat et le client, dans laquelle le premier est l'expert et le second un profane, confère à l'avocat un poids considérable dans l'analyse des situations et les prises de décision. En DFC, cette relation est modifiée par l'importance accrue accordée aux intérêts et aux besoins du client et par la mise en veilleuse des principes juridiques et des droits au sens strict (voir la section précédente). Cependant, la renégociation des responsabilités respectives en DFC n'est pas simple, ni en théorie, ni en pratique.

i. Problématique

Bien que presque tous les avocats diront que les décisions relèvent toujours ultimement de leur client, les étapes qui précèdent le résultat final peuvent prendre plusieurs formes. La relation qui existe entre l'avocat et le client dans la prise de décisions au sujet de la gestion du dossier reflète les valeurs de l'avocat en matière de procédure (allons-nous négocier? qu'allons-nous offrir? allons-nous « jouer dur »?) comme sur les questions de fond (qu'est-ce qu'un bon résultat? qu'est-ce qu'un résultat équitable?) et découle de la mesure dans laquelle l'avocat impose ces valeurs ou les module en fonction de celles de son client. À un niveau général, ce débat est souvent caractérisé par l'opposition entre l'autonomie du client et le paternalisme de l'avocat. L'approche « autonomiste » privilégie les buts et les intérêts personnels du client et la prise en compte de facteurs — peut-être connus du client seul — autres que les appréciations savantes du juriste. Le point de départ de l'approche autonomiste, c'est que le rôle premier de l'avocat est de permettre au client — en lui prodiguant des conseils juridiques, mais aussi en lui posant des questions et en lui proposant des options — d'analyser lui-même sa situation afin de pouvoir déterminer la voie qui lui convient le mieux. L'approche « paternaliste » accorde une plus grande importance à l'appréciation du juriste qui, grâce à ses connaissances et à sa distance émotionnelle comme professionnel, arrive à mieux juger que son client de ce qui constitue un « bon » résultat, même s'il n'est pas le premier intéressé. Dans cette perspective, le client demande à l'avocat de lui dire quoi faire et de le défendre en fonction de son opinion d'expert.

Il est évident que ces deux approches se chevauchent généralement⁵⁷. Même ceux qui croient à l'autonomie du client considèrent que les valeurs de l'avocat ne doivent pas rester extérieures au processus de réflexion et de délibération : un avocat ne souhaite généralement pas se borner au rôle de « mercenaire ». Il peut exercer une influence considérable sur le client. Il lui arrive souvent (et c'est généralement ce qu'il fait avec un client qu'il ne reverra plus après la conclusion de l'affaire, comme dans le cas d'un divorce) de trier les informations qu'il révélera au client. En DFC, l'autonomie du client est compliquée par certaines contraintes importantes; certaines décisions (comme celle d'aller en justice ou de refuser de divulguer certains renseignements pertinents) risquent de mettre un terme à la relation entre l'avocat et le client. En revanche, même l'avocat le plus paternaliste ne pourra faire fi entièrement des facteurs non juridiques, comme l'état psychologique ou la situation économique du client, lesquels peuvent

⁵⁷ William H. Simon, « Lawyer Advice and Client Autonomy: Mrs. Jones's Case », dans Deborah L. Rhode (sous la direction de), *Ethics in Practice: Lawyers' Roles, Responsibilities, and Regulation* (New York : Oxford University Press, 2000) 165.

convaincre ce dernier de ne pas suivre les conseils de son avocat. En revanche, le client peut être le joueur le plus puissant (socialement ou économiquement) dans la relation. Puisque ni l'approche autonomiste ni l'approche paternaliste n'existent sous une forme « pure » en pratique, l'essence du débat concerne finalement l'équilibre du pouvoir entre l'avocat et son client dans l'orientation du dossier, y compris les décisions concernant la stratégie de négociation et les résultats envisagés.

L'autonomie du client constitue un mantra incontournable en DFC, et les avocats de DFC indiquent souvent qu'ils veulent aider leurs clients à se prendre en main. En particulier, ces avocats tiennent à la dignité permise par le fait qu'on mettra un terme au mariage dans le respect et en évitant des résultats qui entretiendront l'amertume et l'animosité. Toutefois, le droit collaboratif soulève aussi des questions difficiles au sujet de l'équilibre que l'avocat doit viser entre l'autonomie du client et son devoir de le conseiller. La recherche de cet équilibre illustre le conflit potentiel entre l'approche autonomiste et l'approche paternaliste.

ii. Observations tirées de l'étude

Les avocats interrogés ont décrit avec franchise le degré d'autonomie accordé au client dans le modèle judiciaire. Exemple :

Je crois que nous avons la fâcheuse tendance, comme avocats — même si nous disions « Ce sont les instructions de mon client » ou « C'est ce que souhaite mon client » — de dire au client ce qu'il devait faire, généralement en fonction de notre vision de ce qu'étaient ses droits ou de la [...] stratégie qui pourrait lui être la plus utile.
(*Étude de cas n° 2, avocat 2, entrevue initiale, unités 147-151*)

Cette hypothèse est reprise dans le témoignage d'un plaideur commercial livré dans le cadre d'une autre étude :

Quand j'ai commencé à pratiquer, au milieu des années 1960, il y avait une arrogance terrible dans notre profession. Nous croyions que nos clients n'étaient pas nécessairement des imbéciles mais qu'ils ne savaient pas ce qui était le mieux pour eux, et le client n'avait aucune idée de ce qui se passait dans l'appareil judiciaire. (*Ottawa-5, unités 85-87*)

Cependant, le même avocat poursuit en ces termes :

Les gens sont cent pour cent plus informés aujourd'hui, ils savent ce qui se passe dans le système en général et ils savent beaucoup plus qu'avant où va leur argent. (*Ottawa-5, unités 86-87*)

Il ne faudrait pas en conclure que les avocats du droit collaboratif laissent tout entre les mains de leurs clients, comme le fait remarquer celui-ci :

J'aimerais revenir à cette histoire de pouvoir décisionnel juste une minute, si je peux me permettre [...]. Je crois que c'est très clair : on a encore un très grand pouvoir. En fait, peut-être plus qu'avant, en un sens. Pas nécessairement sur l'issue du dossier, mais sur la

procédure, sur les comportements, etc. (*Étude de cas n° 2, avocat 2, entrevue initiale, unités 188-197*)

Ce commentaire faisait suite aux observations de certains clients qui avaient déclaré que les interventions de l'avocat, dans une affaire de DFC, ne portaient pas sur les mêmes points que les conseils juridiques prodigués dans le cadre d'un processus traditionnel. Ces clients avaient précisé que les conseils étaient plus susceptibles de porter sur les stratégies et les méthodes. Exemple :

Quand on prend des décisions, j'ai remarqué qu'il [l'avocat] va dire par exemple : « Disons qu'il y a ceci, et il y a cela. Si vous faites ceci... » Je vois qu'il établit des stratégies et qu'en quelque sorte, il me montre la carte et me fait savoir que si je prends cette route [...]. Je trouve que c'est bien. J'aime mieux l'entendre parler stratégie que de me dire : « Je crois que tu devrais faire telle chose. » (*Étude de cas n° 1, client 1, entrevue initiale, unités 61- 62*)

Fait important, les avocats du droit collaboratif ont tous insisté pour dire que la dynamique de pouvoir entre l'avocat et le client a changé. Beaucoup ont fait référence au fait qu'ils avaient tendance, dans le modèle judiciaire, à prendre le problème en charge au nom du client. Cette attitude leur causait un stress considérable (ce dont nous avons traité précédemment). En DFC, on redonne au client une plus grande part de responsabilité dans la résolution de ses propres problèmes. Exemple :

La responsabilité globale appartient maintenant au client. Nous disons au client qu'il est responsable de son problème. Nous allons l'aider à le régler. Nous allons lui fournir un mécanisme, une procédure pour le résoudre. Mais ce n'est pas notre problème à nous. Avant, je crois que trop souvent, les avocats traitaient les problèmes de leurs clients comme si c'étaient les leurs. (*Visite sur le terrain, avocat 10*)

On constate que dans la procédure judiciaire, les gens vous en mettent beaucoup plus sur les épaules. Ils veulent que vous régliez leurs problèmes. Dans un dossier de collaboration, les clients comprennent vraiment qu'ils sont là pour régler leurs propres problèmes. (*Visite sur le terrain, avocat 8*)

Cette transition peut être difficile pour certains avocats habitués à l'« ancienne » approche :

Notre plus grande difficulté, c'est de s'empêcher de trouver les solutions à la place des clients. Ce sont eux qui doivent les trouver eux-mêmes. (*Étude de cas n° 8, avocat 2, entrevue de mi-parcours, unité 23*)

Un avocat a expliqué comme suit la répartition des rôles dans le modèle de DFC :

Ce que je dis à mes clients, c'est qu'ils sont dans la voiture, au volant. Nous sommes tous dans la fourgonnette du DCF, et ce que j'ai à leur offrir, c'est une carte routière, et c'est la même chose pour l'autre avocat. Nous tenons la carte, c'est-à-dire la loi, nous savons où sont les zones de construction, nous savons où sont les nids-de-poule, nous pouvons dire quel est le chemin le plus court entre deux points, nous savons où la limite de vitesse est plus élevée [...]. Même si je vois exactement ce qui devrait se passer, mon travail n'est

pas de conduire, et ce n'est même pas d'être le passager, sur le siège avant, qui va donner son accord sur la prochaine étape. Mon travail, c'est de tenir la carte. (*Étude de cas n° 4, avocat 1, entrevue initiale, unités 390-411*)

Certains clients semblaient comprendre ce changement d'approche, et la plupart d'entre eux le voyaient d'un oeil favorable. Exemple :

Ça te donne l'impression d'avoir les choses en main. Ta destinée dépend de toi. (*Visite sur le terrain, client 3*)

Certains clients ont vraiment pris beaucoup d'assurance grâce au processus collaboratif; certains sont même allés jusqu'à contester le point de vue de l'avocat quant au « meilleur intérêt » de la famille, et même la note d'honoraires. (*Étude de cas n° 6, client 1, entrevue de conclusion, unités 88-90*)

D'autres clients, cependant, ont reconnu qu'il y avait des aspects du processus collaboratif au sujet desquels ils avaient peu de pouvoir, par exemple les délais, lorsque l'autre partie semblait se traîner les pieds. D'autres ont fait des commentaires sur le fait qu'ils étaient en fait forcés de rester « engagés » dans le processus en tout temps — sentiment qui ne leur donnait pas toujours une impression d'autonomie (*Étude de cas n° 11, client 1, entrevue de mi-parcours, unités 341-342*). Le même client a noté que la participation à un processus collaboratif lui fait renoncer à un certain pouvoir et l'obligeait à s'abandonner à une démarche, même si la direction n'était pas claire. D'autres clients ont aussi indiqué qu'ils se sentaient moins maîtres à bord quand ils recevaient la note d'honoraires (*Étude de cas n° 6, client 1, entrevue de conclusion, unités 87-90*). Enfin, un client a formulé le point de vue qui est peut-être le plus pertinent au sujet de la nature des négociations en droit coopératif, à savoir qu'en fait, personne n'a vraiment ou ne devrait vraiment avoir le pouvoir décisionnel. (*Étude de cas n° 9, client 1, entrevue initiale, unité 44*)

B. DÉFENSE DES INTÉRÊTS

i. Problématique

Comme la présente étude porte sur l'expérience des avocats et des clients — par exemple sur la façon dont ils comprennent la notion de défense des intérêts dans le modèle de DFC — les règles de conduite professionnelle régissant la représentation du client et la défense de ses intérêts ne fournissent qu'une mise en contexte pour l'examen et l'analyse des observations issues de l'étude. D'autres auteurs se sont déjà demandé comment les normes de la pratique collaborative pouvaient s'adapter aux règles de responsabilité professionnelle aux États-Unis⁵⁸, et il y a lieu s'attendre à d'autres écrits sur la question dans le contexte canadien.

Dans la présente étude, nous avons demandé aux avocats du droit collaboratif de décrire les différences qu'ils voyaient entre la façon dont ils représentaient leurs clients dans le modèle du

⁵⁸ Voir John Lande, « Possibilities for Collaborative Law: Ethics and Practice of Lawyer Disqualification and Process Control in a New Model of Lawyering » (2003) 64 Ohio St. L.J. 1315, et L. Terry, lettre d'opinion non officielle envoyée au Committee on Legal Ethics and Professional Responsibility du barreau de la Pennsylvanie (dossiers de l'auteur).

DFC et leur rôle de défenseur dans le modèle judiciaire traditionnel. Aux avocats ayant participé aux études de cas, nous avons demandé d'expliquer ce que pouvait signifier « défendre » son client dans ce contexte. De même, nous avons demandé aux clients de décrire leurs relations de travail avec leur avocat et, à mesure que leur dossier avançait, d'expliquer comment ils voyaient le rôle et les responsabilités de leur avocat en tant que défenseur et de dire dans quelle mesure le travail de leur avocat sur ce plan avait répondu à leurs besoins et à leurs objectifs.

Des travaux antérieurs ont mis en évidence le fait que, dans un processus visant l'atteinte d'un consensus, le rôle de mandataire posait des problèmes théoriques et pratiques aux avocats habitués d'avoir pour mission de maximiser les gains pour leur propre client dans une culture dominée par la négociation « à somme nulle ». Dans une étude effectuée précédemment au sujet des plaideurs commerciaux qui participent maintenant régulièrement à des séances de médiation ordonnées par un tribunal, nous avons remarqué que « le rôle traditionnel des plaideurs — qui a été décrit de plusieurs façons, comme “défenseur dévoué”, “fils de pute”, “gestionnaire de guerre” ou “pit-bull” — est de moins en moins clair du fait que les frais de litige suivent une courbe exponentielle et que les clients commerciaux commencent à demander des approches différentes pour résoudre les problèmes de façon créative »⁵⁹. Nombre de sujets ayant participé à cette autre étude avaient fait état d'une tension entre ce qu'on appelait « les deux chapeaux » de l'avocat : celui du défenseur traditionnel misant sur l'affrontement, soit le « pit-bull », et celui du facilitateur de règlement (désigné par un des répondants sous le vocable de « la tite mamoiselle Laissez-moi-vous-aider »)⁶⁰. Les plaideurs ne connaissent pas tous cette tension entre ces deux rôles — certains considèrent que ce double rôle est normal alors que d'autres voient une incompatibilité fondamentale entre ces deux aspects — mais on pourrait s'attendre à ce que des tensions et des conflits similaires soient observables chez les avocats qui pratiquent le DFC.

La description du rôle de l'avocat comme « défenseur dévoué » a fait l'objet d'un débat intense depuis qu'elle a été formulée dans les règles de conduite professionnelle de l'American Bar Association⁶¹. Selon la formulation la plus traditionnelle et la plus tranchée, la « défense dévouée » (*zealous advocacy*) consiste à faire absolument tout ce qui est légal pour faire jouer la justice en faveur des intérêts du client et de lui seul. Présentée par William Simon comme la « vision dominante », cette compréhension du rôle de défenseur suppose que « le seul devoir éthique de l'avocat est la loyauté envers son client »⁶². Les intérêts de l'autre partie, des tiers ou du public n'entrent pas en ligne de compte; l'avocat doit faire valoir la position de son client de façon très claire⁶³. En fait, toute sensibilité à ces intérêts extérieurs risque de distraire l'avocat de son rôle. Ce point de vue suppose aussi que les discussions sont terminées : il n'est pas vraiment question, dans le modèle dit dominant, que l'avocat-défenseur examine, remette en question ou réévalue les objectifs ou les positions de son client.

En pratique, cependant, la défense des intérêts du client est loin d'être le seul rôle de l'avocat. Par ailleurs, rares sont les avocats qui définiraient leurs responsabilités en tant que défenseur

⁵⁹ Macfarlane, *Culture Change*, *supra* note 2, p. 302.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 305.

⁶¹ Voir *Model Code of Professional Responsibility Canon 7* (1969); *Model Rules of Professional Conduct Preamble* (2003).

⁶² William H. Simon, *The Practice of Justice* (Cambridge : Harvard University Press, 1998) 8.

⁶³ Kronman, *supra* note 5, pp. 146-48. Sur la question de la « dissonance cognitive », voir Simon, *supra* note 57, pp. 68-69.

aussi strictement. En effet, même un avocat qui défend son client avec une extrême rigueur prendra parfois le temps de faire le point et de revoir les options de règlement, quoiqu'il le fera à une étape plus avancée. Cette définition étendue et plus réaliste du rôle de défenseur soulève cependant un certain nombre d'autres questions qui sont pertinentes pour toutes les philosophies et toutes les branches de la pratique du droit mais qui posent des problèmes particuliers et nécessitent certaines nuances précises dans un processus de collaboration. La première vise à savoir comment atteindre un équilibre entre le rôle de conseiller (ce que l'avocat peut offrir en termes de « sagesse délibérative »)⁶⁴ et le rôle de défenseur (comment l'avocat pourra défendre la position du client). Quelle est la part de temps et d'énergie que l'avocat devrait consacrer à chacune de ces fonctions? Quelle est l'importance respective de chacune? Le modèle du DFC pose un problème particulièrement intéressant car il élimine dans les faits la distinction matérielle entre ces deux fonctions, la consultation prenant normalement la forme d'une conversation seul à seul, et la défense des droits consistant à exprimer devant des tiers les décisions prises en privé. Ici, il peut toujours y avoir un rôle de consultation en privé, mais ce rôle se jouera aussi dans les rencontres à quatre. Beaucoup de conventions régissant le style et l'exécution du rôle de défenseur supposent que l'avocat ne jouera ce rôle qu'en présence de l'avocat de la partie adverse, et exceptionnellement du client. Dans une rencontre à quatre, le client est toujours présent, entend tout et peut donc réagir directement. Ainsi, avec le processus de collaboration, il n'est plus possible d'énoncer des positions inflexibles, contrairement à ce qui se passe lorsque les deux fonctions sont séparées dans le temps et l'espace.

En DFC, la fusion des fonctions de conseiller et de défenseur chez l'avocat se fait non seulement structurellement, mais aussi philosophiquement. Une deuxième question se pose généralement au sujet du rôle de défenseur; il s'agit de savoir dans quelle mesure cette responsabilité exclut la prise en compte des intérêts autres que ceux de son client. En pratique, la plupart des avocats tiennent compte des intérêts de l'autre partie pour aménager un espace de coopération propice à la négociation. Tous les avocats qui croient fermement aux processus axés sur la recherche d'un consensus — comme la médiation, le DFC ou simplement la négociation coopérative — diront que dans ce genre de contexte, pour être efficace, la fonction de défense doit aller au-delà de la défense exclusive des intérêts de son propre client. L'importance stratégique de considérer les intérêts de l'autre partie est aussi définie par Mather, McEwen et Mainman comme conventionnelle dans les affaires de divorce⁶⁵. L'idée selon laquelle il est impossible de faire valoir l'intérêt de son client sans tenir compte de l'autre partie est au cœur de l'approche de négociation popularisée par Roger Fisher et William Ury⁶⁶, et elle fait souvent partie des programmes de formation des avocats collaboratifs, des négociateurs coopératifs et des médiateurs. Les avocats de DFC affirment souvent qu'il leur incombe de considérer au moins dans une optique stratégique les intérêts de l'autre partie. Si on ne tient pas compte de ces intérêts dans les solutions proposées, on gaspille des occasions de trouver des solutions créatives et constructives.

ii. *Observations tirées de l'étude*

La plupart — mais non la totalité — des avocats de DFC font état d'une certaine tension, entre leurs rôles, qu'ils ont parfois du mal à résoudre. Comme un avocat l'a déclaré : « Je vis une

⁶⁴ Kronman, *supra* note 5, pp. 62-74.

⁶⁵ Mather et al, *supra* note 11, p. 115.

⁶⁶ Roger Fisher et William Ury, *Getting To Yes*, 2^e éd. (New York : Penguin Books, 1991).

tension entre le simple objectif d'arriver à un résultat qui satisfasse le client et la volonté de "faire mieux". » (*Visite sur le terrain, avocat 30*) Un avocat a exprimé ce conflit intérieur dont ont fait état les avocats expérimentés en DFC en ces termes : « Mais si le résultat visé par mon client n'est pas vraiment bon pour la famille? Je peux le dire à mon client... mais ce n'est pas moi qui sais ce qui est le mieux pour mon client. C'est lui! [...] Il y a des zones grises difficiles. » (*Étude de cas n° 7, avocat 2, entrevue initiale, unités 20-21*)

Les avocats du droit collaboratif ont recours à diverses approches pour trouver un équilibre entre l'engagement de faire valoir les intérêts du client et le respect des intérêts de l'autre partie. Parfois, ils passent par la notion de « meilleur intérêt » du client. Par exemple, un avocat a déclaré : « Il n'est pas dans l'intérêt de mon client de tomber à bras raccourcis sur l'autre partie. S'il le fait, ils se reverront plus tard. Et ils se souviendront qui a gagné la dernière fois. » (*Visite sur le terrain, avocat 16*) Dans une certaine mesure, il s'agit ici d'un constat pragmatique qui ne porte pas atteinte à la responsabilité traditionnelle par rapport au client. Autre exemple :

Ce qui est bien pour le client, c'est qu'il obtient des conditions de divorce qui lui permettront de passer à autre chose, à la suite d'un processus moins destructeur et moins coûteux [...] Tout en représentant le client, il faut tenir compte de l'intérêt de l'ensemble de la famille. (*Visite sur le terrain, avocat 20*)

Cependant, pour certains avocats de DFC, cette approche fait s'estomper la distinction entre, d'une part, explorer et éventuellement remettre en cause les intérêts de son propre client, et d'autre part, se porter responsable devant l'ensemble de la famille. Quelques-uns de ces avocats vont au-delà d'un respect général de stratégie ou de bonne foi à l'égard des intérêts de l'autre partie et se disent au service de l'ensemble de la famille en se considérant comme le défenseur de ses meilleurs intérêts. Comme l'a dit l'un d'entre eux : « En tant que défenseur, je tiens surtout compte de la famille dans son ensemble. » (*Visite sur le terrain, avocat 10*) Certains avocats semblent considérer qu'ils servent un « client » d'une nature particulière constitué par l'« ensemble de la famille », ce qui peut contredire, voire annihiler leur rôle de défense des objectifs de leur client. Un autre avocat de DFC a déclaré qu'il passait « un contrat avec le client dans le but de trouver une solution qui va dans l'intérêt de l'ensemble de la famille » (*Visite sur le terrain, avocat 44*).

Motivés par leur désir de contribuer à la recherche d'une solution saine pour la famille aux problèmes de la séparation et du divorce, ces avocats s'exposent à un risque. Souvent, mais pas toujours, les avocats qui ont le moins d'expérience pratique en DFC — mais qui sont très enthousiastes à la suite de leur formation en DFC — peuvent croire que la collaboration réduit ou dilue leurs responsabilités relativement à la défense des droits de leur propre client.

Parfois, les avocats expérimentés en DFC rejettent carrément la notion de « défense », souvent en précisant que c'est parce qu'ils veulent se distancier des connotations habituelles de ce terme. Occasionnellement, cette position est explicitement présentée comme le fait d'assumer une responsabilité professionnelle à l'égard de tous les intervenants. Quelques avocats semblent à l'aise avec la notion de « défense » dans le processus de DFC et avec ce qu'ils considèrent comme un bon résultat « pour l'ensemble de la famille », par opposition à la défense spécifique des objectifs de leur client. Exemple :

Je ne me suis jamais vu comme son défenseur [de mon client]. J'étais surtout un guide pour lui, pour [l'avocat de l'autre partie] et pour [l'autre client], afin de les aider à trouver en eux-mêmes la capacité de réagir intérieurement de la bonne façon l'un envers l'autre. Par conséquent, non, je n'ai jamais rien « défendu ». J'ai défendu le fait que ces personnes devaient adopter le comportement le plus recommandable possible dans une situation très inhabituelle caractérisée par des contraintes de temps. (*Étude de cas n° 12, avocat 2, entrevue de mi-parcours, unités 172-177*)

Q. : Si votre cliente vous disait, dans une rencontre à quatre, « Explique-moi comment tu représentes mes intérêts ici », que répondriez-vous?

R. : Je dirais : « En fait, je suis ici pour représenter à la fois vos intérêts et ceux de votre mari, mais je suis aussi là pour vous soutenir individuellement relativement à tout ce que vous pourriez me demander. » (*Étude de cas n° 6, avocat 1, entrevue initiale, unité 17*)

Il existe aussi des signes d'une approche plus idéologique au DFC qui nécessite d'être suivie de près par les personnes qui font partie de ce mouvement et d'être examinée minutieusement par les clients au moment de signer le contrat. Cette approche plus explicitement paternaliste est idéalisée dans un contrat entre l'avocat et le client dans lequel ce dernier s'engage à « donner le meilleur de lui-même » et l'avocat à l'empêcher d'adopter un comportement égoïste ou destructif⁶⁷. Dans ce contexte, la défense des intérêts consiste à « essayer d'atteindre ce que le client a défini comme étant ses objectifs fonctionnels les plus élevés » (*Visite sur le terrain, avocat 41*).

Nonobstant les questions que ces commentaires pourraient susciter, on ne saurait supposer que la totalité, ni même la majorité, des avocats du droit collaboratif considèrent que le DFC exclut une solide loyauté envers le client. En effet, beaucoup d'avocats de DFC estiment que leur loyauté première est due à leur client, avec qui ils ont une relation distincte et spéciale, peu importe dans quelle mesure ils sont déterminés à faciliter la conclusion d'une entente. Cette idée est bien exprimée par un avocat très expérimenté qui a admis : « Pour être franc, je crois que ça va de soi pour un avocat. [...] mon meilleur ami, autour d'une table, ce sera toujours mon client. » (*Étude de cas n° 11, avocat 2, entrevue initiale, unité 449*) Une autre avocate également expérimentée en DFC a dit qu'elle donnait toujours la garantie suivante à ses clients : « Je vais obtenir le meilleur résultat pour vous. » (*Étude de cas n° 2, avocat 1, entrevue initiale, unité 26*) Beaucoup de ces avocats considèrent que la défense des intérêts constitue le rôle distinctif qui les différencie du médiateur. Exemple :

Je crois vraiment que j'ai une responsabilité particulière envers mon client. Quand même, je suis leur avocat! Je suis l'avocat du conjoint ou de la conjointe, et il n'y a aucun doute dans mon esprit que c'est ma fonction première. Je veux dire, c'est ça qui est mon travail, c'est pour ça qu'il m'engage, sinon, le couple pourrait recourir à deux médiateurs neutres. (*Étude de cas n° 12, avocat 1, entrevue initiale, unités 118-120*)

⁶⁷ L'idée de demander au client de donner « le meilleur de lui-même » (*highest functioning self*) a été élaborée par Pauline Tesler et décrite dans Tesler, *supra* note 48, pp. 30-32.

Les données issues de notre étude montrent clairement un potentiel de diversité — et, pour de nombreux avocats, une évolution de la pratique — en ce qui concerne les valeurs de défense des intérêts en DFC. Ainsi, il est très important que les avocats de DFC soient parfaitement conscients de leurs propres valeurs, lorsqu'ils se lancent dans un processus de collaboration, afin de pouvoir jouer cartes sur table avec leur client dès le départ. Peu importe la position de l'avocat en cette matière — et les positions possibles sont sans doute aussi nombreuses dans le milieu du DFC que chez le reste des avocats en matière de divorce — il importe que le client sache d'emblée à quoi il peut s'attendre.

L'inadéquation des valeurs de l'avocat par rapport aux attentes du client (ce dont nous avons traité à la section 3d) du présent rapport) s'est traduite par plusieurs manifestations assez communes dans les études de cas. Dans un cas, par exemple, le problème s'est posé lorsque la cliente s'est aperçue que son avocat était extrêmement réticent à lui fournir des conseils juridiques propres à sa situation. Cette attitude est caractéristique de certains avocats dans quelques centres de DFC⁶⁸. La cliente a été irritée de constater qu'elle ne recevait pas, de la part de son avocat, des conseils juridiques clairs qui, d'après elle — à tort ou à raison — auraient pu mettre un terme à l'impasse dans laquelle se trouvaient les négociations, peut-être en « secouant » un peu l'autre partie ou simplement en faisant valoir ce qu'elle considérait comme étant la valeur morale et juridique de sa position. Il appert que tant que la situation ne s'est pas présentée, certains clients ne comprennent pas clairement que leur avocat de DFC ne les défendra pas de la façon traditionnelle en leur fournissant des conseils juridiques. Un des clients a exprimé sa frustration à cet égard en déclarant que le refus de donner des conseils juridiques manquait de réalisme : « Je n'ai pas besoin que l'on tombe dans la sensiblerie, j'ai besoin de faits concrets. J'avais l'impression de me battre contre trois personnes » (son conjoint, l'avocat de son conjoint et son propre avocat) (*dossier 8, client 2, entrevue de mi-parcours, unité 20*).

L'inadéquation des valeurs de l'avocat par rapport aux attentes du client en matière de défense des intérêts fait aussi parfois surface au moment du partage initial des informations. Certains avocats tiennent à faire état d'absolument tous les éléments d'information qui, d'après eux, susciteront la confiance. Cependant, leur client pourrait entretenir des préoccupations au sujet de la protection de sa vie privée, voire de sa sécurité (voir aussi la section 9c) du présent rapport). Un dernier exemple mettant en relief la différence entre les attentes et les valeurs dans ce domaine concerne la notion d'« équipe » de collaboration. Il arrive en effet que les clients de DFC expriment un malaise relativement au comportement amical de leur propre avocat à l'égard de celui de l'autre partie, et parfois de l'autre conjoint. Ainsi, la notion d'« équipe » de collaboration (comprenant les deux avocats, les deux clients et éventuellement d'autres professionnels) nécessite une certaine modification des attentes relativement aux relations personnelles entre avocat et client. Certains avocats de DFC réussissent beaucoup mieux que d'autres à préparer leurs clients à accepter cette nouvelle approche comparativement aux pratiques habituelles d'affrontement.

⁶⁸ Nous avons traité de cette question à la section 4d) du présent rapport.

C. RÉFLEXION SUR LE LIEN ENTRE L'AUTONOMIE ET LA REPRÉSENTATION DANS LE DFC

Il existe sans conteste un lien entre l'autonomie du client et son contrôle sur la prise de décisions, et les conceptions qu'ont les avocats de la représentation. Mais comment ces concepts s'agencent-ils dans le modèle du DFC? À première vue, le DFC promet une autonomie et un contrôle accru au client par opposition aux procédures traditionnelles. Il vise à « libérer » le client, à lui donner une certaine latitude dans la prise de décisions, en partant du principe qu'un ensemble précis de valeurs profondes et procédurales est ce qu'il y a de mieux pour lui⁶⁹. Ce dernier, contrairement au client de la médiation, bénéficiera en outre de son propre avocat, qui sera cependant ouvert à une approche collaborative, une approche dite d'équipe. Sous-jacentes à ces promesses toutefois se trouvent de nombreuses sources de tension et de difficultés qui entravent la nouvelle définition de la relation entre l'avocat et son client dans le DFC.

L'origine de ces tensions est l'engagement collaboratif en soi, qui part du principe que la négociation en vue d'arriver à un consensus est le résultat souhaitable pour l'ensemble des membres de la famille. Dans un processus collaboratif, non seulement l'autonomie totale dans la prise de décisions et la représentation mue par les gains individuels ne mèneront à rien, mais elles ne devraient pas constituer la norme. D'où l'importance pour les avocats pratiquant le DFC de présenter le processus collaboratif à leurs clients de manière à ce que ces derniers réalisent qu'ils ne peuvent avoir le plein contrôle sur l'issue lorsqu'ils visent un règlement consensuel, et qu'ils devront fort probablement sacrifier les gains personnels au profit d'une conclusion qui satisfait « l'ensemble de la famille ». Si la plupart des avocats du DFC considèrent ce type de compromis comme « allant de soi » dans les engagements procéduraux demandés aux clients, les données recueillies dans le cadre des études de cas donnent toutefois à penser que les avocats sont souvent tenus d'expliquer clairement ces compromis aux clients.

Cela dit, beaucoup d'avocats du droit collaboratif sont d'avis que ces engagements procéduraux relatifs au mandat de représentation en justice sont en outre dictés par un ensemble de croyances, lesquelles sont même plus importantes à divulguer aux clients. Ces croyances font référence aux valeurs incontournables des avocats du droit collaboratif sur ce que constitue une « issue souhaitable » pour une « transition familiale saine » à la suite d'une séparation ou d'un divorce. Ces valeurs émanent de recherches approfondies sur les répercussions d'un divorce acrimonieux sur les familles, en particulier sur les familles comptant des enfants⁷⁰. Le danger de ces croyances réside dans le fait qu'elles peuvent induire un avocat à imposer à son client une stratégie de prise de décisions plus que simplement procédurale (c'est-à-dire qui vise à éviter le litige) et élaborée autour de valeurs choisies prétendument dans le « meilleur intérêt » de la famille. Les efforts déployés par les avocats du DFC pour assurer une transition familiale saine les incitent parfois à considérer qu'ils sont responsables de la « famille dans son ensemble ». Le fait est qu'ils ne travaillent pas individuellement avec chaque membre de la famille et ne reçoivent pas de directives de chacun d'eux. Du coup, il y a un risque réel que l'avocat commette

⁶⁹ Cette affirmation rejoint celles associées à la médiation transformationnelle. Consulter l'ouvrage de Robert A. Baruch Bush et Joseph P. Folger, *The Promise of Mediation* (San Francisco : Jossey-Bass, 1994). La médiation transformationnelle soutient que la « véritable » résolution de conflit et ses avantages sont le fruit de la prise en charge de l'affaire par le client et du respect qui existe entre les parties au conflit. *Ibid.* aux pages 84 à 95.

⁷⁰ Freeman, précité à la note 7.

l'erreur de croire que son jugement personnel sert les meilleurs intérêts de la famille. Il va de soi que la nature exacte des valeurs véhiculées par l'avocat (par ailleurs souvent gardées sous silence) dépend de chaque avocat et des circonstances particulières à une cause, mais ces valeurs peuvent comprendre, entre autres choses, une préférence pour la garde partagée, un désir de minimiser le soutien financier et les demandes visant à obtenir une partie de la pension de retraite de l'autre conjoint afin d'éviter un litige prolongé, ou encore une tolérance à un certain niveau de risque dans le but de mener la cause à terme.

6. UNE APPROCHE MULTIDISCIPLINAIRE

A. LE MODÈLE D'ÉQUIPE

L'approche dite « d'équipe » du DFC, qui fait appel à la fois à l'expertise des avocats et à celle de professionnels en santé mentale (pour la plupart des thérapeutes), et parfois même de conseillers financiers et de spécialistes du bien-être de l'enfance, attire beaucoup d'attention, comme en témoigne la croissance de la formation en DFC visant à préparer les différents secteurs professionnels à maîtriser cette approche. Quoique le modèle d'équipe ne semble pas être encore abondamment utilisé (seuls deux cas dans l'étude faisaient appel au modèle d'équipe), il pourrait fort bien représenter la voie de l'avenir, du moins pour les clients en mesure d'assumer les coûts additionnels initiaux⁷¹ que suppose le recours à la fois à un avocat et à un guide.

Il importe de faire la distinction entre le modèle dit « d'équipe » et l'approche utilisée dans des causes où des spécialistes autres que des avocats — en règle générale des comptables ou des conseillers financiers, et parfois des spécialistes du bien-être de l'enfance — rencontrent le couple et offrent une évaluation non contraignante. Cette approche est indissociable de toute pratique collaboratrice afin d'encourager les clients à recourir aux services de spécialistes en dehors du milieu juridique lorsque la situation l'exige. Dans le modèle d'équipe, on demande aux clients de s'engager à collaborer tout au long du processus avec un guide qui les préparera aux rencontres à quatre. Le modèle d'équipe le plus fréquemment attesté est celui d'un guide pour chaque conjoint, quoiqu'en Alberta, on ait opté à quelques occasions pour un guide chargé de collaborer avec les deux parties. Dans le cadre de ce modèle, le guide devient membre à part entière de l'équipe et joue un rôle décisif dans le partage de l'information. Sa tâche consiste notamment à dresser, pour les avocats, un compte rendu de ses rencontres avec les clients, et il attend des avocats qu'ils le tiennent au fait de l'avancement des rencontres à quatre avec les clients. Il arrive à l'occasion que des rencontres à six soient organisées, auxquelles sont présents les deux guides, les deux avocats et les deux clients.

Il convient toutefois de prendre note que le partage de l'information entre les avocats et les thérapeutes ne se fait pas sans certaines précautions d'usage. De fait, les thérapeutes doivent au préalable obtenir l'autorisation, au moyen d'un contrat explicite avec leurs clients, de dévoiler l'information (aux avocats), une information par ailleurs considérée comme strictement confidentielle. Un autre point à considérer est le fait que les clients ne se rendent pas toujours compte que le temps que les avocats et les guides consacrent à faire le point leur sera facturé, un malentendu à la source de quelques désaccords dans une des études de cas.

Les opinions à l'égard de ce concept de travail d'équipe diffèrent parmi les avocats. D'aucuns le qualifient de « gênant » : « Je travaille pour mon client — rien ne devrait gêner mon travail » (*Étude de cas n° 8, avocat 1, entrevue de conclusion, unité 43*), alors que d'autres le voient comme de loin la meilleure forme de pratique. Ces opinions sont décrites en détail plus loin dans le rapport.

⁷¹ Bien entendu, les défenseurs de l'approche d'équipe soutiennent qu'à long terme, le recours à la fois à un avocat et à un guide augmente les chances de trouver une solution juste et durable et par conséquent peut, dans les faits, réduire les coûts globaux des procédures. Il est difficile de vérifier cette affirmation sans disposer de plus d'études sur la question.

Compte tenu du nombre restreint de cas faisant appel au modèle d'équipe analysés dans le cadre de cette étude, les points examinés dans cette section feront référence aux opinions exprimées dans l'ensemble de l'échantillon à l'égard du recours à d'autres professionnels de la consultation — et aux guides plus particulièrement. Dans quelles circonstances les avocats du DFC encouragent-ils leurs clients à faire appel à un guide? Dans quelles circonstances devraient-ils le faire? Et que pensent les clients du fait de bénéficier des services à la fois d'un guide et d'un avocat?

B. LE RECOURS À DES PROFESSIONNELS PAR LES CLIENTS DU DFC

Les clients qui ont eu recours à des professionnels autres qu'un avocat dans le processus collaboratif ont dans l'ensemble été satisfaits du rôle qu'ils ont joué dans le règlement de leur cause. Dans plusieurs cas, l'apport d'un conseiller financier indépendant a été déterminant pour éviter que l'un des conjoints — habituellement la femme — ne se fasse duper par un partenaire s'y connaissant davantage dans ce domaine (*Étude de cas n° 16, client 1, entrevue de conclusion, unités 59 et 60*).

On a constaté davantage d'ambivalence sur le recours à un consultant ou à un guide. Dans au moins quatre cas, un client consultait un thérapeute indépendamment du processus du DFC, ce qui semble lui avoir apporté le soutien nécessaire. Toutefois, il est fort probable que les clients qui ont eu recours aux services d'un guide dans le cadre du modèle d'équipe seraient en désaccord sur le fait que cette manière de procéder équivaut à avoir recours à un thérapeute indépendant ne connaissant pas le processus collaboratif. En outre, les guides peuvent réunir les conjoints pour des discussions en groupe. Une cliente, entre autres, a souligné à quel point il avait été important de travailler avec une personne qui avait pu saisir la dynamique entre elle et son conjoint, pour ensuite l'aider à changer sa manière d'interagir avec celui-ci :

J'avais eu recours aux services de thérapeutes à plusieurs reprises, mais toujours seule. Jamais je n'aurais pu imaginer qu'un guide pourrait m'apporter autant, et cela n'a pas de prix à mes yeux. J'ai ainsi pu changer ma manière d'agir avec mon mari, et mon guide y a été pour beaucoup. Elle a été en mesure de me montrer ce que je faisais de différent et... de me prévenir chaque fois que je retrouvais mes vieilles habitudes (*Étude de cas n° 6, client 1, entrevue de mi-parcours, unités 51 à 56*).

L'expérience de certains clients laisse toutefois entrevoir certaines difficultés liées à la participation de professionnels, qu'ils agissent à titre de conseillers ou de membres de l'équipe à part entière. Nous avons ainsi pu constater que tous les clients n'étaient pas satisfaits de la qualité des conseils financiers reçus (*Étude de cas n° 16, client 1, entrevue de conclusion, unités 55 à 58*), même que dans un cas, les conseils fournis ont mis le feu aux poudres, les avis des experts étant complètement à l'opposé (*Étude de cas n° 11*). Dans un autre cas, un des conjoints était à ce point préoccupé de la valeur qui serait accordée au point de vue d'un spécialiste du bien-être de l'enfance qu'il a fallu en bout de ligne renoncer à utiliser son avis (*Étude de cas n° 15*). Un autre client s'est plaint du caractère souvent artificiel et trop restreint du processus de consultation (*Étude de cas n° 8, client 2, entrevue initiale, unités 43 à 47*). Enfin, on a constaté certains problèmes du côté des pratiques de facturation dans le modèle d'équipe. Ils sont examinés en détail à la section 8 du présent rapport.

C. ATTITUDES DES AVOCATS À L'ÉGARD DE LA PARTICIPATION D'AUTRES PROFESSIONNELS AU PROCESSUS COLLABORATIF

Relativement peu d'avocats — tant ceux ayant participé aux études de cas que ceux rencontrés lors des visites sur place — ont déjà suivi l'approche d'équipe dans son intégralité (voir ci-dessus). Par contre, nombre d'entre eux ont déjà collaboré avec un professionnel non juridique à titre de spécialiste ou de consultant, et d'autres ont reçu une formation complète sur le modèle d'équipe. Si certains avocats reconnaissent qu'un guide peut se révéler d'une aide précieuse dans certains cas, ils ont par contre pu constater qu'il était souvent difficile dans la pratique de convaincre les clients de retenir les services de deux professionnels dès l'ouverture du dossier, de sorte à mettre en œuvre l'approche d'équipe dès le début. En revanche, il était beaucoup plus facile d'intégrer d'autres professionnels dans le processus lorsque le besoin s'en faisait sentir. En voici un exemple :

Une des réserves que j'ai au sujet de l'approche d'équipe dans le DFC, c'est qu'il est très difficile de dire au client : « Je veux que vous reteniez les services de tous ces professionnels dès le départ ». Il est certain qu'il répondrait : « Voyons, c'est beaucoup trop me demander à l'heure actuelle, je ne peux pas, cela va me coûter les yeux de la tête ». J'ai plutôt constaté qu'au fil du processus, lorsqu'un problème survient et que la cause est à un point mort, les avocats disent quelque chose du genre : « En fait, comme nous ne sommes pas certains de ce que vous devriez faire, de la ligne de conduite à adopter, pourquoi ne pas demander au D^f X de se pencher sur la question? ». Je crois que lorsque cette option est suggérée en cours de processus, les clients réalisent qu'effectivement, ils auront besoin de l'aide de professionnels, au lieu de lancer l'idée dès le départ en leur disant qu'ils auront besoin de tous ces professionnels et qu'ils devraient aller les rencontrer tout de suite. Je crois que si on procède... graduellement, l'approche aura plus de succès (*Étude de cas n° 15, avocat 2, entrevue initiale, unités 105 à 110*).

Il ne fait aucun doute que les défenseurs de l'approche d'équipe soutiendraient que cette manière de procéder réduit l'efficacité de l'équipe multidisciplinaire, qui fonctionne le mieux lorsqu'elle est suggérée au couple dès le début du processus, sans compter qu'elle ne suscite pas le même niveau d'engagement ou ne donne pas lieu aux mêmes types de relations que si elle est appliquée dès le début. Dans au moins deux des études de cas, les avocats ont sans cesse encouragé les parties à retenir les services de guides ou d'autres consultants pour les aider dans le processus, sans succès. Dans l'un des cas, où le processus collaboratif ne s'est pas soldé par un règlement, les deux avocats se sont demandé s'ils n'auraient pas dû exiger le recours à un guide comme condition pour travailler avec ce couple selon le processus collaboratif⁷² (*Étude de cas n° 7, avocat 1, entrevue initiale, unité 97, et avocat 2, entrevue de conclusion, unité 56*). Cela dit, le fait d'exiger le recours à un guide est une étape que peu d'avocats du DFC se disent prêts à franchir, même s'ils sont convaincus que cela ferait augmenter de beaucoup les chances de règlement satisfaisant dans certains cas.

⁷² Bien qu'un des avocats ait tiré cette conclusion avant l'autre, les deux étaient arrivés à ce constat lorsque la cause a pris fin.

Nombre d'avocats reconnaissent ne pas posséder les compétences requises pour travailler avec certains couples ayant besoin d'une aide spéciale pour communiquer. En voici un exemple :

J'ai vraiment constaté lors des rencontres qu'ils ne comprenaient pas réellement ou clairement ce que l'autre personne disait, or les avocats ne possèdent pas toujours les capacités requises pour les aider à cet égard... Je crois que ce processus nous a permis de mettre en lumière ce genre de lacune, non que nous voudrions devenir guides ou professionnels en santé mentale, ou même prétendre l'être (*Étude de cas n° 14, avocat 1, entrevue de mi-parcours, unités 111 à 114*).

Ce ne sont pas tous les avocats qui craignent d'adopter un rôle de thérapeute. En effet, quelques avocats expérimentés en droit collaboratif expliquent leur rôle en des termes utilisés par des thérapeutes. L'un d'eux a décrit les objectifs de la pratique en des termes qui se rapprochent davantage de la thérapie que de la pratique du droit :

Un des objectifs que je vise en ce qui concerne les clients consiste à leur faire abandonner leurs modes de communication dysfonctionnels et à les remplacer graduellement, en procédant successivement par petites, moyennes et grandes étapes, par un mode de communication qu'ils n'abandonneront pas au profit de leurs anciennes habitudes » (*Dossier n° 11, avocat 2, entrevue initiale, unité 127*).

Ces avocats (peu nombreux mais tout de même présents) considèrent qu'ils sont qualifiés pour assumer les responsabilités thérapeutiques et consultatives qui incomberaient normalement à un spécialiste en santé mentale — en d'autres termes, ces avocats ne voient pas la nécessité de faire appel à un guide.

D. RELATIONS INTERPROFESSIONNELLES

Les rôles du guide et de l'avocat du droit collaboratif ne sont pas clairement circonscrits, et ce sera là un des défis que devra relever le modèle d'équipe de la pratique collaborative. Une des difficultés qui pourrait se présenter est l'empiètement du rôle des avocats sur le rôle thérapeutique des guides. Les avocats attirés vers le modèle d'équipe tendent à se sentir à l'aise dans une relation fondée sur l'expertise qui est plus étroite et moins traditionnelle avec leurs clients — autrement dit, des avocats qui préfèrent adopter une approche quasi thérapeutique.

Certains thérapeutes ont exprimé leur malaise en ce qui touche les paramètres flous de leur rôle — pour lequel, soulignent-ils, ils ont reçu une formation professionnelle et sont qualifiés — et de celui de certains avocats qui assument un rôle plus thérapeutique auprès du client. En voici un exemple :

Lorsque les avocats franchissent la limite et jouent un rôle de thérapeute, il y a un problème. Les avocats ne sont pas tenus responsables de la manière dont ils comprennent la théorie des systèmes familiaux; ils l'abordent de la manière qu'ils jugent appropriée. À l'opposé, les thérapeutes sont supervisés et évalués dans les rapports et les stages d'étudiants (*Autres collaborateurs professionnels, entrevue n° 19, unités 71 à 73*).

La déclaration suivante est un avis encore plus franc sur la question et les dangers qu'elle présente :

« Fonçons », disent les avocats. Or, les clients ont besoin de plus que cela. La formation en DFC est insuffisante à cet égard. Il ne s'agit pas d'un processus juridique (*Autres collaborateurs professionnels, entrevue n° 13, unités 92 à 95*).

Il ne faut pas oublier non plus les différences qui existent entre les avocats et les professionnels de la santé dans la manière dont ils abordent le règlement des problèmes dans les affaires de droit collaboratif. Si le partage et la combinaison d'expertise constituent une force potentielle du modèle d'équipe, la collaboration entre les avocats et les guides n'en sera pas plus facile pour autant, surtout dans les rencontres à six. Un thérapeute a souligné que les avocats semblent trouver les séances de réflexion ouverte plus difficiles, voire même plus contre-intuitives que les guides —étant moins en mesure de réfléchir à des problèmes que de proposer des solutions (point soulevé également par un client) (*Autres collaborateurs professionnels, entrevue n° 12, unités 94 et 95; Étude de cas n° 6, client 2, entrevue de mi-parcours, unités 42 à 46*). Un avocat a décrit la manière dont différentes approches de consultation avec le client pouvaient compliquer la communication au sein d'une équipe :

Les guides abordent le processus dans l'optique de trouver une solution satisfaisante pour l'ensemble de la famille — ils sont moins conscients de l'impact que peuvent avoir leurs propos sur le processus de négociation. Les avocats quant à eux sont plus conscients de ce qui peut nuire à leur client — et il arrive que les avocats et les guides ne s'entendent pas à ce sujet (*Étude de cas n° 8, avocat 1, entrevue de conclusion, unités 45 à 47*).

Les opinions sur cette question varient énormément. Ainsi, certains avocats ont laissé entendre que les guides avaient autant tendance à prendre position pour leurs clients et à les protéger que les avocats⁷³.

Enfin, la relation de contrôle et de hiérarchie au sein de l'équipe a soulevé maints commentaires. De toute évidence, il est souvent difficile pour les avocats de jouer un rôle de second plan dans les causes où les guides sont mis à contribution :

Demeurer en retrait jusqu'à la fin a été extrêmement difficile! (*Étude de cas n° 6, avocat 2, entrevue de conclusion, unité 31*).

En outre, des barèmes d'honoraires différents entre les avocats et les thérapeutes peuvent constituer une source de conflits, surtout lorsque les rôles ne sont pas clairement définis :

Je m'interroge sur le fait qu'ils [les avocats] imposent des honoraires exorbitants pour leurs services dans un processus qui n'est même pas du ressort juridique. Leur compétence dans le domaine juridique n'entre pratiquement pas en ligne de compte, mais les clients reçoivent des factures comme s'ils obtenaient des services juridiques (*Autres collaborateurs professionnels, entrevue n° 13, unités 96 et 97*).

⁷³ Voir les commentaires que m'ont faits officieusement des avocats ces 12 derniers mois.

Certains thérapeutes récusent la notion selon laquelle les avocats devraient agir à titre de « référence » :

Les thérapeutes ne devraient pas avoir à s'en remettre aux avocats comme référence. Peut-être serait-il préférable que les avocats aient le choix de ne pas faire appel à des guides dans leurs causes et que ceux-ci fassent connaître leurs services d'une manière plus indépendante. Ou encore peut-être les guides pourraient-ils constituer une source de référence plus générale et agir à titre de personnes-ressources pour leurs clients (...). Je ne vois pas de problème à ce que les thérapeutes demandent l'avis des avocats, et vice versa (*Autres collaborateurs professionnels, entrevue n° 16, unités 75 à 77*).

Il pourrait être bénéfique pour le processus multidisciplinaire de désigner un gestionnaire de cas. Ça ne devrait pas nécessairement être un avocat. Il pourrait s'agir d'une personne qui fait bénéficier les deux parties de son expertise sans pour autant participer au processus. En fait, les compétences et l'expérience d'un médiateur chevronné pourraient bien être la clé du succès d'un tel processus. La création d'un tel rôle pourrait aider les parties à révéler certains pièges du modèle d'équipe abordés précédemment, en plus de contribuer à exploiter tous les avantages de ce processus novateur. Comme l'a indiqué un avocat qui a eu recours au modèle d'équipe « le succès (...) dépend de la force de ma relation avec mes collègues » (*Étude de cas n° 8, avocat 2, entrevue de conclusion, unité 38*).

7. RÉSULTATS DU DFC

A. COMPARAISONS ENTRE LES RÉSULTATS DU DFC ET CEUX DU PROCESSUS DE LITIGE ET DE NÉGOCIATION

Une question importante dans le cadre de l'étude a été la suivante : « Les résultats constatés à l'issue d'une cause du DFC sont-ils différents de ceux qu'on aurait pu attendre du processus de litige et de négociation traditionnel? ». Nous savons déjà, grâce à des recherches sur les solutions négociées dans les causes familiales, que celles-ci tendent à se rapprocher des solutions qu'on aurait pu attendre du processus juridique — ce qui nous pousse à conclure à un manque global de créativité dans la négociation de solutions adaptées à chaque famille⁷⁴. Si l'on fait fi de la manière dont le résultat final est atteint, dans quelle mesure les résultats réalisés au moyen du DFC sont-ils différents?

À la lumière des résultats du petit échantillon analysé (seulement 11 des 16 causes de l'étude ont été réglées avant la fin du projet de recherche), la réponse semble être « pas tellement ». En effet, nombre d'avocats nous ont dit que l'essence des résultats atteints grâce au DFC n'était que peu, voire pas du tout, différente de ce qu'ils auraient pu attendre du processus traditionnel. Cela semble particulièrement vrai pour les causes où le soutien financier était en litige et pour lequel les tribunaux disposaient de lignes directrices obligatoires. Lorsque des questions moins prévisibles étaient en jeu — comme un déménagement entraînant des problèmes de garde — les négociations se sont déroulées selon l'hypothèse raisonnable que si un certain nombre d'arguments pouvaient être formulés, aucune solution juridique claire n'existait :

Les résultats diffèrent-ils de ceux qu'on aurait pu attendre du processus judiciaire? Pas vraiment. Ce qui diffère, c'est la manière d'arriver à ces résultats et l'impression des clients à l'issue du processus (*Étude de cas n° 6, avocat 1, unités de conclusion 52 à 55*).

La similarité constatée entre les résultats clés du DFC et ceux du processus traditionnel ne doit pas mener à la conclusion qu'il n'existe aucune différence qualitative entre les ententes conclues à l'aide de ces deux processus. Nombre d'avocats avaient du mal à distinguer les décisions dites « macro » portant sur la répartition des responsabilités financières et des actifs et la garde légale des enfants d'autres aspects des ententes, comme la nécessité de faire participer les deux parents à l'éducation continue des enfants et la flexibilité avec laquelle les ressources financières doivent être divisées et utilisées (dates, méthode de versement, moment de la vente de la propriété, etc.). Ces aspects, qui peuvent donner à une entente des dimensions à « valeur ajoutée », sont examinés plus en détail à la section 7 B.

La parité apparente entre les principaux résultats du DFC dans ces causes (très peu nombreuses soit dit en passant) et les résultats pouvant être attendus d'un processus de négociation traditionnel et centré sur les droits est importante, puisque certaines personnes ont exprimé des craintes, par ailleurs légitimes, à l'idée que les parties désavantagées puissent sortir d'un processus de négociation collaboratif avec moins que ce à quoi elles ont droit. Dans l'ensemble, les 16 cas étudiés ne semblaient pas corroborer cette préoccupation. Dans un cas, une concession

⁷⁴ Carrie Menkel-Meadow, « Lawyer Negotiations: Theories and Realities—What We Learn from Mediation », *Modern Law Review*, vol. 56, 1993, page 361.

importante a été accordée sur un droit légal (droits à la pension), mais c'était en échange d'autres concessions, et le résultat, loin d'être exemplaire, n'a pas compté beaucoup dans le lot des ententes négociées. Certains se sont également dits préoccupés par l'usage qui pourrait être fait du DFC par des personnes nanties qui chercheraient à éviter un processus de comptabilité et d'évaluation rigoureux qui s'imposerait normalement lorsqu'il est question, notamment, d'une entreprise personnelle. Sans nier l'importance d'approfondir ces questions, rien dans cette étude ne vient soutenir l'idée que le processus du DFC pourrait être utilisé dans un tel dessein, et avec succès.

B. DIMENSIONS À VALEUR AJOUTÉE

Si la majorité des avocats pratiquant le DFC n'ont pas constaté une grande différence entre les principaux résultats de leurs causes de droit collaboratif et ceux de leurs causes résolues au moyen du processus de litige et de négociation, ils ont par contre soulevé des différences dans d'autres aspects procéduraux et psychologiques de la résolution de conflit, que l'on qualifie de dimensions « à valeur ajoutée » du règlement. Ces facteurs font principalement référence à une amélioration de la communication entre les parties, qui ont pu dès lors tenter de comprendre ce qui était « juste » pour l'un et pour l'autre et de façonner les détails de l'entente selon leurs besoins, des détails qui auraient été réglés selon une norme ou un parcours établi dans le processus régulier. Avec le DFC, il est possible de procéder à des « évaluations honnêtes de la situation dans son ensemble » (*Dossier n° 8, avocat 1, entrevue initiale, unité 71*), y compris de toute relation future. En outre, différents types de conversation semblent possibles du fait que les contraintes associées à une négociation entre avocats fondée sur les droits ne prévalent pas en droit collaboratif.

À titre d'exemple, certains couples sont arrivés à négocier des solutions novatrices aux problèmes de pension alimentaire, de garde et de droit de visite — solutions que seul ce type de négociation directe peut vraiment permettre. Dans un cas (*Étude de cas n° 1*), les parties sont même arrivées à s'entendre sur un accord de droit de visite du père comprenant le coucher, en dépit des craintes de la mère relatives à la consommation abusive d'alcool qui étaient à l'origine de son refus antérieur de lui laisser les enfants pour la nuit. Ainsi, les parties ont convenu que le père appellerait la mère une fois les enfants couchés pour lui assurer qu'il était sobre et qu'il la rappellerait de nouveau le matin venu, entre 7 h et 9 h. Les avocats ont admis que cet accord n'aurait vraisemblablement pas découlé d'une discussion entre avocats seulement.

Dans un autre cas (*Étude de cas n° 13*), le couple a réussi à négocier un mécanisme de soutien financier qui, même s'il excédait l'exigence légale, permettait à la femme de retourner aux études et du coup répondait à son besoin d'être traitée avec gentillesse et générosité et au besoin de son conjoint d'agir avec respect et d'entretenir la meilleure relation possible dans l'avenir. Comme le conjoint payeur l'a indiqué :

Cela [le DFC] m'a permis de sortir de cette situation avec une certaine dignité et le sentiment que j'avais fait la bonne chose (*Étude de cas n° 13, client 2, entrevue de conclusion, unité 43*).

D'ailleurs, des avocats ont donné des exemples de causes dans lesquelles un des conjoints était allé au-delà des exigences légales afin de satisfaire des besoins importants pour les deux parties. Par exemple :

J'ai eu deux causes récemment où je représentais le mari, qui possédait un avoir important, et où la femme disait vouloir plus de la moitié car elle ne pouvait travailler (...). Les deux causes se sont terminées de manière similaire, soit que le mari voulait donner plus de la moitié, dans un cas je dirais 60 pour cent et dans l'autre 65 pour cent, ce qu'il a fait. Ce genre de règlement ne serait jamais survenu dans une négociation entre avocats parce que les avocats cherchent à tout prix à éviter ce genre de résultat et restent sur leurs positions, [disant], « C'est toujours 50/50, où voulez-vous en venir? », ou ce genre de chose (*Étude de cas n° 16, avocat 1, entrevue initiale, unités 138 à 142*).

Des avocats ont fait mention des enjeux dont on peut discuter plus en profondeur dans le processus de droit collaboratif que dans le processus traditionnel de litige. Par exemple :

Il arrive fréquemment que le droit de visite accordé au parent qui n'a pas la garde soit plus important [que la norme] (*Étude de cas n° 4, avocat 2, entrevue initiale, unité 352*).

Une meilleure communication, qui ouvre la porte à une participation plus efficace et à une prise de décisions concertée en matière de partage des responsabilités parentales, est un thème récurrent dans les réponses (notamment dans *l'étude de cas n° 16, client 2, entrevue de conclusion*). Dans d'autres cas, le fait de négocier une entente financière et d'avoir accès à des conseils financiers a aidé les clients à acquérir de nouvelles connaissances et une confiance en eux renouvelée en matière de gestion budgétaire. Par exemple :

Je crois que dans la majorité des cas, les gens en sortent gagnants. Ils communiquent au sujet des responsabilités parentales comme jamais auparavant (...) en plus d'être, d'une certaine manière, plus versés en finance et plus en mesure d'organiser et de comprendre leur budget qu'ils ne l'étaient auparavant. Je crois donc que cet aspect du processus collaboratif est une valeur ajoutée, grâce auquel les gens apprennent quelque chose, acquièrent quelque chose (*Étude de cas n° 14, avocat 1, entrevue initiale, unité 90*).

Somme toute, le processus collaboratif permet la mise en lumière de solutions « d'essai » d'une façon rarement vue avec le processus judiciaire. Un bon exemple de cette constatation a déjà été présenté à la section 3(A).

C. MISE EN GARDE

Certes, l'étude réalisée amène à croire que les résultats négociés par le biais du processus collaboratif établissent un compromis entre des intérêts divergents et permettent de faire des concessions, en somme que les résultats sont satisfaisants pour les deux parties. Il n'empêche que le processus comporte certains risques dont il faut être au fait. Le plus évident a d'ailleurs déjà été mentionné — à savoir que la partie qui n'est pas en position de force peut se voir contrainte d'accepter une solution qui ne tienne pas compte de ses besoins. Ce risque se trouve vraisemblablement amplifié lorsque l'engagement de l'avocat au processus collaboratif — c'est-à-dire s'assurer que les parties arrivent à une entente sans avoir recours au processus judiciaire — prend le pas sur son engagement envers son client, comme dans l'exemple suivant :

J'accorde peu d'importance au résultat en termes de dollars et de sous, ce qui m'importe, c'est que les principes de collaboration entre moi et mon client aient été respectés (*Étude de cas n° 11, avocat 2, entrevue de conclusion, unité 57*).

Cette attitude soulève une question d'importance : quels besoins sont plus importants dans le processus collaboratif — ceux de l'avocat ou ceux du client? Tout en reconnaissant que les avocats pratiquant le droit collaboratif devraient adopter ces « principes de collaboration », cela ne doit pas être fait au détriment des intérêts du client (voir la discussion précédente sur les conseils à donner au client).

Le risque que les inquiétudes pour la sécurité personnelle nuisent aux concessions ou aux ententes conclues dans le processus collaboratif doit continuer de figurer en haut de la liste des priorités dans les recherches et les études à venir. Cette question est directement liée à une sélection adéquate des causes dès le départ (voir la discussion à ce sujet plus loin dans le rapport, à la section 9(C)). Dans un cas sous étude, on s'inquiétait que la femme accepte d'abandonner certains droits dans un effort pour accélérer les formalités du divorce et ne plus vivre sous le même toit que son mari — qui abusait d'elle émotionnellement. Pour en arriver à une conclusion satisfaisante pour toutes les parties, les pressions qui s'exercent sur quiconque passe par un divorce se trouvent amplifiées lorsqu'il y a un risque d'intimidation ou d'abus. Les avocats du droit collaboratif doivent donc être extrêmement vigilants. Pour revenir au cas d'abus, la solution avancée qui soulevait ces inquiétudes se rapprochait des normes habituelles et a été acceptée volontairement et sans pression aucune de la part des deux parties.

Enfin, il ressort de quelques cas à l'étude que le niveau de satisfaction émotionnelle atteint grâce au processus collaboratif n'a pas été aussi élevé que ce à quoi les avocats s'attendaient, ou espéraient, initialement — ni n'a été aussi profond qu'ils le croyaient de prime abord. Dans un cas (*Étude de cas n° 13*), tant les clients que les avocats ont entrepris le processus de dialogue dans l'intention d'établir de solides assises à une relation durable entre les enfants et le beau-père ou la belle-mère. Ça s'est révélé difficile dans un processus à quatre. Finalement, compte tenu du fait que la garde n'entraîne pas en ligne de compte, l'accent a été mis sur la conclusion d'une entente financière. Même si le processus a permis de conclure une entente et de trouver une solution à la question épineuse du soutien financier, ce cas nous a montré que le processus collaboratif avait ses limites. Comme un client — dont la cause, qu'il croyait réglée au moyen du DFC, a été portée devant les tribunaux — l'a indiqué :

La confiance est un problème important et profond dans une relation qui s'est échelonnée sur 20 ans, un élément probablement trop complexe pour être réglé dans le cadre de procédures judiciaires [DFC] (*Étude de cas n° 12, client 1, entrevue de mi-parcours, unité 14*).

8. LES RESSOURCES : UNE QUESTION CENTRALE

A. POURSUIVRE SUR LA LANCÉE

Il a déjà été mentionné que la structure du DFC permettait de commencer les négociations officielles un peu plus tôt que dans les causes familiales réglées par la voie du litige, les rencontres à quatre débutant le plus tôt possible au cours du processus au lieu d'attendre une date de comparution. Il n'empêche que l'absence des pressions liées à un calendrier de comparution imposé par le tribunal a d'autres répercussions. Les négociations étant exemptes des exigences de gestion de cas, des contraintes imposées par le tribunal ou des requêtes antérieures au procès de l'autre partie, le processus a tendance à s'éterniser, parfois même plus que l'une ou les deux parties l'auraient souhaité. D'ailleurs, les avocats pratiquant le DFC reconnaissent dans l'ensemble que le processus collaboratif « procède à la vitesse imposée par le participant le moins pressé » (*Étude de cas n° 12, avocat 2, entrevue initiale, unité 249*). Ainsi, la partie qui repousse sans cesse l'issue — il s'agit la plupart du temps de la partie la moins préparée émotionnellement au divorce — ne subit aucune pression extérieure, autres que les pressions que l'avocat de la partie opposée choisit d'imposer. Ce genre de situation peut soulever des questions de droit problématiques dans les cas où la garde des enfants entre en ligne de compte et où la partie qui use de moyens dilatoires souhaite établir un horaire de garde, ou lorsque la date de la conclusion du divorce est retardée pour les besoins du calcul de l'actif. De façon plus générale, une telle situation peut susciter un fort sentiment d'impuissance chez la partie qui voudrait que le processus progresse plus rapidement, et l'une des parties peut ressentir de plus en plus de frustration dans un processus qui semble à la merci de la partie la moins désireuse d'arriver à une décision finale. Ce client peut avoir l'impression de devoir faire toutes les offres, sans toutefois pouvoir imposer des délais à l'autre conjoint :

Je ne voulais pas jouer le rôle du méchant, mais il a bien fallu que je m'y résolve. Je voulais... un conseiller vers lequel me tourner et qui me dirait : « [D.], que veux-tu vraiment? » ou « C'est ce que tu m'as dit », de manière à ce que (...) ma femme, qui n'est pas capable de dire clairement ce qu'elle veut, ait de l'aide en ce sens et dise ce qu'elle veut. Le problème, c'est que je n'ai rien eu de tout cela. Il a fallu probablement trois séances de plus pour arriver à une décision. Je présentais une proposition, pour laquelle je recevais un « peut-être », puis nous nous séparions pour réfléchir et attendre, et lorsque nous revenions, le « peut-être » se révélait être un « non ». Ensuite, je faisais une autre proposition. Ce fut une dynamique absolument horrible (*Visite sur le terrain, client 11*).

De fait, un certain nombre d'autres clients du DFC ont exprimé leur frustration à l'égard des rencontres à quatre qui semblent donner peu, voire pas du tout, de résultats. Plus précisément, des clients du DFC ont manifesté de l'impatience en raison du temps et de l'énergie inutilement consacrés à expliquer les dimensions procédurales du DFC, à revoir l'entente de participation et à instaurer un climat de négociation sain. Ils voulaient passer le plus rapidement possible aux discussions importantes. Pour illustrer ce fait, un client a déclaré : « Je suis frustré du rythme auquel le processus avance (...). Nous avons passé beaucoup de temps sur le processus en tant que tel au lieu d'aborder directement les questions importantes et de trouver une solution » (*Étude de cas n° 3, client 1, entrevue initiale, unité 437*).

Toutefois, il faut bien comprendre qu'il faut du temps pour instaurer un climat de confiance entre des conjoints opposés l'un à l'autre pour qu'ils collaborent et négocient. Mais à la lumière des commentaires reçus, il faudrait peut-être que les avocats du DFC avertissent clairement leurs clients que les premières rencontres à quatre ne donneront probablement pas de résultats probants.

En l'absence d'échéances imposées par les tribunaux — contraintes que nombre d'avocats et de clients qualifient d'oppressantes et d'astreignantes — les avocats du DFC devraient envisager d'autres moyens de faire avancer le processus de négociation à un rythme minimal satisfaisant pour les deux parties. Lorsqu'en butte à l'indécision ou à l'intransigeance, les clients ont tendance à conclure que le processus du DFC est trop ouvert et à devenir de plus en plus réticents, alors que le DFC exige un niveau de collaboration élevé.

B. COÛTS ET FRAIS

La promotion du DFC à titre de solution de rechange moins coûteuse que le litige et la négociation devrait, au fil du temps, s'avérer juste. Il est logique de prévoir que l'élimination d'étapes procédurales, des frais de cour et d'un rituel de négociation désynchronisé aura pour effet de réduire les coûts pour le client. Seulement, à ce jour, trop peu de causes résolues par le DFC ont été étudiées pour confirmer cette assertion.

La situation est la même pour la médiation. Il reste nombre de difficultés méthodologiques à régler. En premier lieu, il est difficile d'établir un coût « moyen » pour une cause de divorce, celle-ci étant unique et ayant ses caractéristiques propres (tant prévues qu'imprévues). En deuxième lieu, le type d'expertise requis dans un processus collaboratif influence directement sur le coût final, et il y en aura toujours pour mettre en doute l'utilité de cette expertise pour éviter les problèmes qui surviennent dans la négociation. En troisième lieu, la qualité du résultat — par exemple, sa durabilité et, en particulier, la relation future entre les deux parties — est très difficile à évaluer pour déterminer la « valeur » potentielle du résultat comparativement aux coûts.

Dans quelques-unes des causes étudiées, la question des frais a été source de conflits attribuable principalement aux attentes vagues ou à des hypothèses non expliquées. Une pratique susceptible de soulever bien des conflits est la facturation, au client, de toutes les discussions qui ont lieu entre les membres de l'équipe collaborative, y compris les conversations entre les avocats et les guides en matière de divorce. C'est pourquoi il importe de clarifier dès le départ avec le client la méthode de facturation ainsi que les limites qui doivent être imposées lorsqu'il s'agit de facturer des démarches dites « de communication ». Il va de soi que des frais plus élevés que prévus sont directement liés à des délais plus longs que prévus pour en arriver à un règlement (voir la discussion précédente). Par conséquent, il pourrait être avantageux de faire un suivi des coûts tout au long du processus et d'examiner d'autres options en cours de route lorsqu'une cause traîne en longueur. Le client ne peut faire autrement que de se sentir pris au piège lorsqu'une entente de désistement a été conclue et qu'il doit tout reprendre du début, avec un autre avocat et par la voie du litige. Il ne peut qu'avoir l'impression d'avoir « gaspillé » tout l'argent dépensé jusque-là (*Étude de cas n° 8, client 2, entrevue de mi-parcours*).

9. QUESTIONS ÉTHIQUES DANS LA PRATIQUE DU DROIT COLLABORATIF

A. GÉNÉRALITÉS

Les nouvelles procédures de consultation, de négociation et de consultation avec le client requises par le DFC placent les avocats dans une position nouvelle et inconnue où ils doivent exercer un jugement personnel sur ce qui représente un comportement « éthique » approprié, sans pour cela disposer de précédents clairs ou d'expériences personnelles pour se guider. Le sens du mot « éthique » utilisé ici est à la fois plus global et moins technique que la signification qui prévaut dans un contexte de règles comportementales officielles. Pour les besoins de la présente étude, les dilemmes « éthiques » sont définis comme toute décision liée à différentes stratégies — qu'elles touchent la consultation, la négociation ou la consultation avec le client — qui soulève des questions de jugement moral personnel sur l'attitude professionnelle à privilégier. L'étude porte tout d'abord sur la mesure dans laquelle de tels dilemmes sont anticipés par les avocats du DFC et, ensuite, sur la manière dont ces derniers exercent leur jugement lorsque ces situations se présentent. En d'autres mots, quels types de choix stratégiques et pratiques les avocats du DFC sont-ils appelés à faire dans la réalité pour résoudre ces dilemmes éthiques?

Dès le départ, l'étude prévoyait une gamme de dilemmes éthiques potentiels auxquels seraient confrontés les avocats du DFC. Ainsi, une longue liste des « dangers » éthiques potentiels a été dressée en consultation avec un petit groupe d'avocats du DFC expérimentés. La première liste comprenait les éléments suivants : le DFC devrait-il être proposé à tous les clients en instance de divorce et, en particulier, aux clients vulnérables, que ce soit émotionnellement ou physiquement, face à l'autre conjoint? Comment, dans la pratique, s'acquitter de l'obligation de divulguer toute l'information « pertinente » et que fait-on du secret professionnel? Quels moyens devrait-on prendre pour s'assurer que les enfants ou d'autres tierces parties importantes sont pris en compte dans le processus du DFC? Dans quelles circonstances les avocats du DFC devraient-ils juger nécessaire de se retirer d'une cause? Quand les avocats du DFC devraient-ils encourager leurs clients à continuer la négociation au lieu d'engager une poursuite (et quelles pressions devraient être exercées sur les clients dans ces circonstances)?

Exception faite d'un petit groupe d'avocats chevronnés, les questions éthiques ont trouvé peu d'écho chez les avocats pratiquant le DFC. Parmi les avocats qui ont suivi la formation condensée (habituellement d'une durée de deux jours) sur le DFC et dont l'expérience pratique est très limitée, peu semblent se préoccuper des dilemmes éthiques potentiels. Lorsque les avocats du DFC ont été invités en entrevue à soulever des dilemmes éthiques réels ou potentiels posés par le DFC, selon la définition du mot « éthique » donnée ci-dessus (toute situation qui pourrait donner lieu à un choix ou une décision difficile sur la « bonne » chose à faire dans les circonstances), peu d'exemples ont été donnés. Si le fait de passer en revue la liste a parfois suscité une discussion approfondie lors des entrevues, il demeure que la réponse de plusieurs avocats du DFC à la question des dilemmes éthiques était pour le moins superficielle. Plusieurs ont fait savoir qu'ils avaient une expérience pratique limitée et n'avaient pas encore été confrontés à de tels problèmes. Une autre réaction relativement fréquente consistait à donner une

réponse mécanique inspirée des documents de formation, et non d'une expérience réelle⁷⁵. Fait peut-être plus important encore, un certain nombre d'avocats du DFC ont répondu à cette question en disant qu'ils ne prévoyaient aucun dilemme éthique.

Le tableau brossé à partir des entrevues avec les clients est toutefois plus complexe. Des avocats et des groupes du DFC plus expérimentés sont de plus en plus conscients de la gamme de nouveaux dilemmes éthiques posés par la pratique du DFC. Il y a malheureusement une tendance, chez les professionnels qui adoptent des processus informels et novateurs de résolution de conflits, soit à minimiser soit à simplifier les choix nouveaux et complexes qu'ils sont appelés à faire dans leur pratique lorsque ces processus font l'objet de critiques. Il serait avisé de la part des professionnels pratiquant le DFC d'éviter de répéter ces erreurs⁷⁶. À l'heure actuelle, les avocats du DFC gèrent la dynamique au jour le jour et rencontre par rencontre en bénéficiant d'une liberté d'action pratiquement sans limite au plan professionnel. Cette liberté est la conséquence inévitable d'un processus privé et officieux régi par les parties plutôt que par un ensemble de règles externes. Lorsqu'ils sont appelés à exercer un jugement professionnel pour toute question pouvant soulever un problème « d'éthique », les avocats pratiquant le DFC doivent être conscients de l'examen dont fera l'objet leur nouveau processus et se préparer à résoudre les problèmes pouvant survenir. L'aptitude des acteurs du DFC à définir ce territoire inexploré sera essentielle pour asseoir la légitimité et la crédibilité de cette nouvelle pratique.

B. CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ

Les données recueillies dans le cadre de cette étude et de discussions avec des avocats du DFC indiquent que la question éthique centrale associée à la pratique du DFC est la qualité et la profondeur du consentement éclairé à l'égard des valeurs procédurales, et peut-être fondamentales, du DFC. Du reste, la majorité des éléments de la liste originale était associée à cette question — par exemple, l'explication initiale fournie sur les exigences en matière de divulgation, les limites de la consultation privée entre l'avocat et le client et l'acceptation de toutes les conséquences découlant d'une entente de désistement. En théorie, le consentement éclairé est demandé et accordé dans toutes les nouvelles causes. Tous les avocats du DFC informent leurs clients des conséquences liées au choix d'un avocat collaboratif, passant en revue avec eux une entente de participation qui comprend (entre autres dispositions) une clause de récusation dans l'éventualité où le client déciderait de procéder par la voie du litige, un engagement à divulguer, sur une base volontaire, toute l'information pertinente et un engagement à une approche « d'équipe » collaborative. Le problème, c'est que ces dispositions sont dans l'ensemble abstraites aux yeux des clients, qui ne comprennent pas nécessairement tout ce qu'elles supposent. Mais ce n'est pas là le seul problème. En effet, certains avocats du DFC

⁷⁵ Par exemple, que feriez-vous si votre client vous révélait de l'information en privé qui devrait selon vous être divulguée à l'équipe du droit collaboratif? La réponse la plus fréquente était qu'il se retirerait de l'affaire s'il n'arrivait pas à convaincre son client de divulguer l'information. Dans la pratique toutefois, il est plus probable que l'avocat et le client négocieraient la manière de présenter l'information à l'autre partie, sur sa pertinence et ainsi de suite. En outre, il peut arriver dans certains cas que l'avocat pratiquant le droit collaboratif ne soit pas au courant de l'information non divulguée par son client. Aucun cas répertorié dans cette étude ne comprenait le retrait de l'avocat pour ce motif.

⁷⁶ Pour un parallèle dans la pratique de la médiation, consulter l'article de Julie Macfarlane, « Mediating Ethically: The Limits of Codes of Conduct and the Potential of a Reflective Practice Model », (2002) *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 40, p. 49.

inexpérimentés n'arrivent pas toujours à anticiper toutes les questions qui se poseront en cours de route pendant le processus, ou encore tout ce que suppose la participation à un processus de négociation extrajudiciaire et volontaire. Cela donne lieu à des plaintes de la part des clients, qui avancent que les procédures ne se déroulent pas comme ils l'espéraient. De telles plaintes portent sur un éventail de questions procédurales, notamment les exigences régissant la divulgation de renseignements (comme la possibilité de tenir des discussions privées avec son avocat et le secret professionnel), le rythme auquel les négociations procèdent, la conformité (soit les limites qui entravent le suivi de l'application des ententes ou des engagements provisoires dans les rencontres à quatre), et le calcul des honoraires.

Nombre d'avocats du DFC font savoir qu'ils consacrent beaucoup plus de temps à expliquer les éléments du processus à leurs clients qu'ils ne le font avec l'autre avocat dans une cause de divorce traditionnelle. S'il n'y a pas de raison de douter de cette affirmation, il faut toutefois comprendre que l'important dans le mouvement collaboratif — lorsqu'on le compare avec d'autres mécanismes novateurs de résolution de conflits — n'est pas tant le fait que les avocats concernés font un meilleur travail que les avocats optant pour la voie traditionnelle, mais le fait qu'ils vivent en accord avec leurs propres normes en matière d'intégrité de service. Un certain nombre de causes examinées donnent à penser qu'il y a des motifs de s'inquiéter du fait que certains clients ne comprennent pas clairement ce que suppose un engagement en DFC. Le tour de force consiste donc à évaluer avec quelle efficacité les avocats du DFC font bien comprendre aux clients naïfs (surtout ceux qui s'engagent pour la première fois dans ce processus) en quoi se traduira le langage officiel de l'entente de participation dans la réalité. Ainsi, le client est-il prêt à divulguer une relation antérieure ou nouvelle si son avocat juge essentiel de le faire? À discuter avec son partenaire de sujets qui ont été évités au sein du couple pendant des années? À attendre des semaines que l'autre partie réfléchisse à une proposition? À accepter la participation d'un évaluateur indépendant ou d'un médiateur recommandé par l'avocat? À mettre fin à sa relation avec l'avocat actuel et à accepter les coûts matériels et émotionnels associés à la communication de tous les faits pertinents à un autre avocat si lui-même ou l'autre partie décide de lancer des procédures judiciaires? Évaluer si les clients comprennent bien ces possibilités est d'autant plus difficile du fait que la majorité des avocats pratiquant le DFC n'ont résolu que peu de causes au moyen de ce processus jusqu'à maintenant et que par conséquent, ils ne sont pas en mesure d'anticiper ces possibilités eux-mêmes, comme l'ont démontré les entrevues. L'exercice d'un jugement personnel, auquel s'ajoute des variations régionales dans la façon dont les principes de base du DFC sont interprétés et appliqués, vient compliquer d'autant cette tâche. Pour illustrer ce fait, il suffit de demander quelles sont les limites d'une discussion privée avec un client pour les avocats du DFC et quels renseignements divulgués lors de ces rencontres seront communiqués à l'équipe du droit collaboratif, ou encore si le client doit attendre des conseils juridiques détaillés de la part de son avocat ou si celui-ci ne lui donnera qu'une orientation générale. À la lumière de ces faits, il semble que l'établissement de pratiques individuelles claires dès l'étape de la signature du contrat soit plus important que l'établissement d'approches normalisées pour répondre à ce genre de questions.

C. CHOIX DES CAUSES ET QUESTIONS DE SÉCURITÉ

Une autre question liée au consentement éclairé du client se rapporte à la pertinence du DFC dans des causes de nature particulière. Nombreux sont les avocats du DFC qui encouragent tous leurs clients familiaux potentiels à privilégier le processus collaboratif. Certains vont même plus loin en affirmant aux clients potentiels que leurs services sont conditionnels à l'engagement envers le processus collaboratif. Si un avocat a sans conteste toute latitude de limiter sa pratique de cette façon et que la sincérité de ses motifs n'est pas mise en doute, il n'en reste pas moins que cette approche laisse peu de choix à certains clients (par exemple, un client de longue date de cet avocat ou un nouveau client qui veut à tout prix être représenté par ce dernier) autre que le DFC⁷⁷. D'autres avocats plus expérimentés pratiquant le DFC adoptent une approche plus subtile qui consiste à établir un processus de sélection fondé sur les qualités du client, comme son caractère raisonnable et son ouverture d'esprit, et à la suite duquel sont rejetés les clients pour qui la collaboration n'est pas l'option la plus avantageuse. D'autres avocats du DFC, toutefois, sont si impatients de connaître une première expérience du DFC qu'ils ne procèdent à aucune évaluation de ce genre.

Il convient de noter que quelques avocats du DFC ont exprimé leurs préoccupations à l'égard de clients vulnérables pour qui le processus ne convient peut-être pas en raison du climat de peur et d'intimidation qui existe entre les conjoints. Il est vrai qu'il n'existe encore aucun tri systématique des causes où la violence conjugale entre en ligne de compte, et ce n'est pas faute, pour les avocats du DFC, d'avoir émis des réserves sur la question. Dans certains groupes plus expérimentés, des discussions ont été lancées afin de mettre sur pied des protocoles efficaces dans de tels cas. Si on leur pose la question, la plupart des avocats du DFC reconnaissent qu'ils n'accepteraient pas une cause présentant des antécédents de violence conjugale, mais le fait est qu'ils se fient sur bien peu de moyens autres que leur instinct et quelques questions pour les détecter. Dans l'une des causes de l'étude, malgré des antécédents de violence verbale et d'intimidation, la femme a été en mesure de faire connaître ses besoins par le biais du processus collaboratif, et certains ont été satisfaits en bout de ligne.

Cette cause est révélatrice de la complexité qui entoure le choix des causes de violence conjugale. Ce n'est pas seulement une question de « s'il y a de la violence conjugale, n'utilisez pas le DFC ». Tout un éventail de facteurs doit être pris en ligne de compte. Un récent inventaire des questions préalables met en relief l'importance de normaliser la violence conjugale comme un phénomène courant et de poser des questions initiales plus approfondies afin de déterminer dans quelle mesure un client peut se sentir intimidé et incapable de négocier librement dans une rencontre face à face⁷⁸. Il est impératif pour l'expansion du processus de droit collaboratif que des critères de sélection bien conçus et détaillés pour déceler la violence conjugale soient établis, et que les avocats du droit collaboratif soient formés pour les appliquer dès le départ. À cette fin, il existe nombre de modèles utilisés en médiation familiale qui pourraient être modifiés, au

⁷⁷ Dans la ville de Medicine Hat, en Alberta, la quasi-totalité des membres du barreau local en droit de la famille offrent désormais l'approche collaborative comme première option aux clients, ce qui soulève la question du choix du client.

⁷⁸ Sherri Goren Slovin et Mary Triggiano, *The Importance of Screening for Domestic Violence in the Collaborative Family Law Case*, Legal Action of Wisconsin, Inc. Également, adapté de l'American Medical Association, *Diagnostic and Treatment Guidelines on Domestic Violence* (1992).

besoin, et appliqués au droit collaboratif. L'étape suivante pourrait être d'étudier quelles modifications, s'il y a lieu, pourraient être apportées au processus afin de permettre aux parties victimes d'abus ou de violence qui souhaitent néanmoins avoir recours au processus de droit collaboratif de le faire en toute sécurité (par exemple, remplacer les rencontres à quatre par des ateliers de groupe et prévoir des mesures de protection entre les rencontres).

Plusieurs autres critères minimaux semblent importants pour évaluer le succès probable d'une cause dans le processus collaboratif. L'un d'eux est le niveau de confiance de base. Nous n'entendons pas par là que les deux parties doivent se faire confiance sur chaque point abordé au cours du processus — en fait, de telles attentes seraient fort irréalistes étant donné le point où en est rendue la relation. Il est tout à fait normal de ressentir un certain niveau de crainte et d'anxiété à la perspective de devoir s'exposer dans toute négociation de conflit, mais cela ne devrait pas constituer un motif d'éviter la collaboration. Comme un client l'a indiqué :

La collaboration dans la situation actuelle est un véritable paradoxe. Vous collaborez avec une personne avec qui vous n'arrivez plus à vous entendre et de qui vous voulez divorcer (*Étude de cas n° 11, client 1, entrevue de mi-parcours, unité 356*).

Il faut savoir toutefois qu'une longue relation marquée par la méfiance et la déception, surtout lorsqu'un seul partenaire gérait les biens financiers et où la méfiance s'étendait aux questions financières, a de fortes chances de paralyser le processus, un processus qui ne fait peut-être qu'accentuer un sentiment de trahison. Ce type de méfiance (au sujet de l'argent et des comportements) semble avoir été présent avant même le lancement du processus collaboratif dans un cas de l'étude, que vient attester une déclaration de la conjointe comme quoi elle avait enregistré des conversations du couple au sujet de règlements possibles du divorce à l'insu de son conjoint (*Étude de cas n° 7, client 1, entrevue initiale, unité 22*). Ce cas n'a d'ailleurs pas été résolu au moyen du processus collaboratif.

D'un autre côté, les sentiments de méfiance et de confiance sont toujours subjectifs et peuvent être reconsidérés. Dans un autre cas (*Étude de cas n° 12*), le couple a négocié un règlement complexe concernant ses avoirs financiers, y compris la dissolution de leur entreprise, dans une période de temps très courte en raison d'une faillite imminente. Pendant le processus de négociation, on a diagnostiqué chez la femme un cancer du sein, et le mari a avoué avoir une relation avec l'une de ses amies. En dépit de ces rebondissements qui auraient dû à première vue briser toute confiance, le cas a été réglé. Toutefois, moins d'un mois plus tard, le mari intentait des procédures judiciaires pour obtenir une modification de l'entente. En somme, où il y avait apparence de confiance, il n'y en avait en réalité aucune. Par conséquent, le moyen le plus efficace pourrait être qu'en présence d'un ensemble de facteurs susceptibles de mettre en péril la confiance et de susciter un sentiment de trahison, les avocats et les autres collaborateurs professionnels usent de leur jugement et recommandent à ces clients d'éviter le processus collaboratif.

Un autre critère minimal de la collaboration pourrait être la volonté et l'aptitude des parties à participer à des discussions à quatre. Exception faite du risque d'intimidation (voir à ce sujet la discussion plus haut dans cette section), il existe d'autres circonstances où l'une des parties est tout simplement incapable de contribuer au dialogue de manière constructive, comme l'illustre le cas (*Étude de cas n° 4*) où l'une des parties est demeurée pour ainsi dire silencieuse pendant

toutes les rencontres à quatre. Par conséquent, une volonté et une capacité minimales à participer au processus peuvent constituer des critères importants pour l'admissibilité d'une cause au DFC.

Finalement, il y a eu quelques discussions sur l'efficacité du processus collaboratif dans les cas hautement conflictuels. Ces discussions ont principalement servi de tribune pour exprimer les opinions sur l'aptitude supposée des avocats collaborateurs à diriger des rencontres à quatre avec des couples aux prises avec des conflits graves⁷⁹. Certains clients n'avaient pas donné l'heure juste à leurs avocats quant à leur habileté à maîtriser les hauts niveaux de tension et d'émotion qui caractérisent les rencontres à quatre. Examinons la déclaration suivante :

La première rencontre à quatre s'est résumée à des disputes, rien que des disputes. Les avocats n'ont rien pu faire d'autre que de rester assis, complètement ahuris (...). De toute évidence, les critères du début ne les ont pas préparés adéquatement, sinon ils auraient su ce dans quoi ils s'embarquaient. Pourtant, il me semble que les avocats ont été formés pour gérer ce genre de processus non? (...) Les avocats avaient l'air étonnés que leurs clients traînent un tel bagage émotif — mais à quoi s'attendaient-ils donc d'un mariage qui avait duré 24 ans? (*Étude de cas n° 7, client 1, entrevue initiale, unités 56 à 61*)

Des commentaires similaires ont été formulés par l'un des clients dans les études de cas n^{os} 8 et 11. Tout indique donc que sans une formation spécialisée, la majorité des avocats ne sont pas prêts pour gérer un haut niveau de conflit émotionnel. Un autre problème consiste à déterminer comment, sans outil de diagnostic, les avocats peuvent repérer les cas de dynamique familiale complexe pouvant mener à des conflits chroniques. Cette étude visait clairement les cas moyennement conflictuels (par opposition à faiblement ou hautement conflictuels), qu'on tenterait de résoudre par la voie collaborative. Or, on dénombre quatre cas sur les seize sélectionnés qui sont devenus de véritables champs de bataille, alors qu'une sélection initiale ne laissait rien supposer de tel aux avocats. Deux de ces quatre cas étaient toujours en cours de processus collaboratif à l'issue de la période visée par l'étude, ce qui donne à penser que les cas hautement conflictuels que l'on tente de résoudre par voie collaborative peuvent nécessiter davantage de temps que prévu initialement. Un cas a été résolu et un autre a été clos sans en venir à un règlement.

Nombre d'avocats du droit collaboratif réalisent qu'un guide pourrait être d'une grande utilité, tant pour eux-mêmes que pour leurs clients. Certains avocats se sont demandés si, dans l'optique de résoudre leur cause par la voie collaborative, ce qui serait hors de question sans cela, l'une ou les deux parties à une cause hautement conflictuelle ne devrait pas collaborer avec des guides. Les guides pourraient en outre aider à poser le diagnostic (voir la discussion à ce sujet plus haut dans cette section), lorsqu'une telle aide semble s'imposer. À tout le moins, les avocats collaborateurs devraient apprendre à reconnaître certains signes avant-coureurs de ces cas hautement conflictuels.

⁷⁹ Voir aussi la section 4(C).

D. SECRET PROFESSIONNEL

Dans tout mandat de représentation en justice conclu dans le cadre du DFC, les clients renoncent à leur droit à une procédure formelle de communication. Cependant, les dispositions relatives à l'étendue de la communication requise, lorsqu'elles peuvent être établies, et au partage de l'information visée généralement dans le secret professionnel, varient d'un extrême à l'autre. Certaines de ces dispositions peuvent même avoir pour effet d'annuler le secret professionnel, ce qui va plus loin que l'approche traditionnelle à la divulgation d'information jugée satisfaisante par un tribunal.

Afin d'illustrer les différentes approches, voici trois exemples tirés de mandats de représentation en justice selon le processus collaboratif :

Les parties et avocats s'engagent à divulguer de façon complète, honnête et ouverte toute l'information pertinente, qu'elle ait été demandée ou non⁸⁰.

Vous acceptez de divulguer tous les renseignements liés à la nature, à l'étendue, à la valeur et à l'accroissement de vos revenus, biens et obligations. Vous m'autorisez à divulguer toute l'information que je jugerai nécessaire à votre conjoint et à l'avocat qui le représente⁸¹.

Les quatre parties s'engagent à collaborer en toute bonne foi et à produire sans délai toute l'information pertinente jugée raisonnable y compris, en ce qui concerne les clients, celle liée à tous leurs biens, revenus et dettes⁸².

Certes, les différences entre ces trois approches peuvent paraître subtiles de prime abord. Il reste qu'elles peuvent susciter une certaine confusion dans l'esprit du client, à un point tel qu'elles peuvent attaquer les bases du consentement éclairé à la renonciation au secret professionnel⁸³. La décision de se fier à ce que Carrie Menkel-Meadow décrit comme des « faits ayant une incidence sur le règlement », et non à une interprétation strictement légale de ce que le tribunal pourrait exiger⁸⁴, donne inévitablement lieu à une certaine incertitude et à une manière différente de pratiquer. Plus précisément, la manière dont les avocats du droit collaboratif interprètent l'engagement parallèle contenu dans la majorité des mandats de représentation en justice exigeant d'agir en toute bonne foi détermine souvent quel type d'information ils considèrent pertinent. Pour illustrer ce fait, référons-nous à l'étude de cas n° 3, où on a demandé à la conjointe d'apporter ses relevés de carte de crédit à une rencontre à quatre afin que son mari puisse constater les dépenses qu'il croyait être remboursées par son nouveau conjoint. Les avocats ont convenu que les chances que cette information soit pertinente sur le plan légal pour régler la question du soutien financier étaient très minces, mais le mari était à un point tel préoccupé par cette nouvelle relation qu'on en a conclu que cette information aiderait

⁸⁰ *Cincinnati Collaborative Family Lawyers Participation Agreement* <www.collablaw.com/cincinnati>.

⁸¹ Tiré de la lettre de représentation en justice originale de Stu Webb versée au dossier de l'auteur.

⁸² Collaborative Family Association of Ontario, Toronto Group, proposition d'une disposition typique à l'adresse suivante : <www.collaborativefamilylawassociation.com>.

⁸³ Voir Lande, *supra* note 58, aux pages 1 341 et 1 342.

⁸⁴ Carrie Menkel-Meadow, « Ethics in Alternative Dispute Resolution: New Issues, No Answers from the Adversary Conception of Lawyers' Responsibilities », *South Texas Law Review* (1997), vol. 38, p. 407 à 423.

probablement les négociations. Comme un participant l'a indiqué : « En termes pratiques, [X] a besoin de connaître cette information pour aller plus loin » (*Étude de cas n° 3, avocat 2, entrevue de mi-parcours, unité 35*). La femme, toutefois, a eu l'impression que sa vie privée était envahie sans motif valable. Il s'agit là du type de décision au sujet de la communication d'information qu'il est difficile de prévoir pour les avocats du droit collaboratif qui ne peuvent, du coup, avertir leurs clients à l'avance. En fait, les clients acceptent de laisser cette question entre les mains de leur avocat et risquent de voir leur avocat se retirer du dossier s'ils ne respectent pas cette entente⁸⁵.

Parmi les différences du droit collaboratif, mentionnons le fait que certains mandats de représentation en justice exigent une déclaration sous serment qui engage son signataire à divulguer toute l'information pertinente⁸⁶. Une autre différence est l'importance accordée aux rencontres à quatre, qui constituent pour ainsi dire la seule tribune de discussions pour arriver à un règlement et qui réduit de beaucoup les occasions de discussion confidentielle entre l'avocat et son client. Par exemple, les avocats du groupe de Medicine Hat (*Visite sur le terrain, avocat 3*) et du groupe de Tampa Bay⁸⁷ préféreraient ne pas rencontrer leurs clients en dehors des rencontres à quatre, bien que ce ne soit pas la norme dans la pratique collaborative. Encore une fois, les clients doivent être informés de ce fait et en comprendre les répercussions potentielles sur le secret professionnel afin de donner un consentement éclairé.

E. PRESSIONS EXERCÉES POUR POURSUIVRE LE PROCESSUS COLLABORATIF

On peut à juste titre se demander si un tel investissement dans le processus collaboratif — que ce soit au chapitre du temps, de l'argent, de l'énergie émotionnelle ou de l'établissement de relations de travail avec l'avocat — constitue une forme de piège qui décourage les clients de se retirer du processus. Certains clients ont commenté les efforts déployés par leurs avocats pour faire en sorte que le processus donne des résultats. Par exemple :

Je crois que les avocats ne peuvent être objectifs puisqu'ils veulent que le processus fonctionne. [Mon avocat] m'a dit que je pouvais me retirer du processus lorsque je le voulais. En fait, cela ne m'a pas été très utile! (*Visite sur le terrain, client 7*).

⁸⁵ Voir, à titre d'exemple, le mandat de représentation en justice de Nancy Cameron, du groupe collaboratif de Vancouver, de nature relativement générale et qui affirme : « Je me réserve le droit de me retirer du dossier si vous (...) donnez de faux renseignements ou ne divulguez pas les faits ou si vous refusez de suivre mes conseils ».

⁸⁶ Voir, par exemple, l'entente de participation du groupe de droit collaboratif de Tampa Bay à l'adresse <www.collaborativedivorce.homestead.com/Agreement>, qui indique que « Les parties seront tenues de signer une déclaration financière sous serment en vertu de laquelle elles s'engagent à divulguer de manière complète et exacte leurs revenus, leurs biens et leurs dettes ».

⁸⁷ Selon l'entente de participation du groupe de droit collaboratif de Tampa Bay, « Dans l'optique d'assurer un processus de règlement objectif et constructif, les parties devront discuter des motifs de leur séparation seulement lors des rencontres aux fins de résolution ». Consulter le document affiché à l'adresse <www.collaborativedivorce.homestead.com/Agreement>.

Dans un dossier d'étude de cas, un des clients a affirmé sans détour s'être senti pris au piège :

Au point où nous en sommes, il est difficile de se retirer. J'ai dépensé à ce jour approximativement [X\$] et après tout ce temps — qu'avons-nous accompli? (*Étude de cas n° 8, client 2, entrevue de mi-parcours, unité 42*)

Tout processus de résolution de conflits qui va au-delà d'une courte rencontre suppose un investissement et donne l'impression d'un blocage à un certain moment, mais il ne s'agit pas d'un problème exclusif au DFC. Les clients du DFC sont toutefois aux prises avec un fardeau additionnel, celui de devoir reprendre le processus du début avec un nouvel avocat (voir la discussion ci-dessus dans la section 4 E). Il importe que l'avocat et le client revoient sur une base continue les progrès réalisés et les différentes options qui se présentent, à tout le moins pour éviter que le client ne se sente forcé de poursuivre le processus de droit collaboratif.

F. RELATIONS ENTRE LES AVOCATS

L'interaction entre les avocats participant à une cause de droit collaboratif diffère dans une grande mesure de la relation distante conventionnelle qui prévaut dans plusieurs causes familiales (quoique pas dans toutes). Sans s'attarder à cette dimension du processus collaboratif, l'étude a toutefois permis de relever quelques commentaires formulés par des clients, chez qui la relation étroite qui existait entre leur avocat et celui de l'autre partie, ou même entre leur avocat et leur conjoint, suscitait un sentiment de malaise. Une cliente a même dit de son avocat « qu'il voulait converser avec mon mari et apprendre à le connaître » (*Étude de cas n° 7, client 1, entrevue initiale, unité 35*). Quoique rare, ce type de commentaire démontre l'importance de s'assurer que les clients comprennent le type de rapport que les avocats du DFC peuvent chercher à établir avec l'autre conjoint.

À l'opposé, d'autres clients ont reconnu l'importance de la relation de confiance qui s'est tissée entre les deux avocats et les résultats qu'elle a permis d'atteindre (*Étude de cas n° 13, clients 1 et 2; Étude de cas n° 9, clients 1 et 2*). Il reste que cette question doit se voir accorder une attention particulière afin de s'assurer que les clients n'ont pas l'impression que les avocats participant au dossier « se liguent contre eux », ou qu'ils ne se sentent pas mal à l'aise face à la relation qui existe entre leur avocat et leur conjoint.

10. RELATION AVEC LA MÉDIATION

A. RELATION ENTRE DROIT COLLABORATIF ET MÉDIATION

Le scepticisme que suscite le DFC provient en grande partie non seulement des avocats, qui mettent en doute « l'idéologie » sous-jacente à ce mécanisme de règlement, mais également des intervenants du domaine de la médiation familiale. Une opinion généralisée est qu'au mieux, le DFC ne reconnaît pas, comme il conviendrait de le faire, ses racines dans la négociation raisonnée et la médiation participative et qu'au pire, il sert de prétexte pour camoufler la tendance trop familière des avocats à prendre le contrôle d'un nouveau processus de règlement extrajudiciaire. Il se peut également que les médiateurs non juristes soient préoccupés du fait que les avocats du droit collaboratif ont accès à une clientèle familiale potentielle plus importante, ce qui leur laisse toute latitude pour tenter de dissuader les clients de faire appel à un médiateur et de les détourner du processus de médiation au profit du DFC. Rarement exposée au grand jour, cette lutte de pouvoir dans le vaste domaine de la résolution des conflits suscite de nombreux débats, notamment en ce qui touche à trait aux qualifications des formateurs du DFC — devraient-ils être des avocats du DFC ayant reçu une formation en médiation ou des formateurs reconnus en médiation sans réelle expérience du DFC? Une autre question débattue est la suivante : les avocats du droit collaboratif « véritablement qualifiés » sont-ils ceux qui ont reçu une formation en médiation ou les avocats chevronnés du DFC qui acquièrent au fil du temps un ensemble de compétences unique aux avocats en droit de la famille?

On ne peut éviter, dans le cadre de l'étude, d'examiner les attitudes des avocats du droit collaboratif à l'égard de la médiation. À cette fin, nous avons posé les questions suivantes : ont-ils recours à la médiation? La jugent-ils utile pour leurs clients? Que disent-ils à leurs clients au sujet de la médiation? Parallèlement, les clients du processus collaboratif devaient décrire les raisons pour lesquelles ils avaient choisi le DFC au détriment de la médiation.

B. CE QUE LES CLIENTS DU DROIT COLLABORATIF DISENT DE LA MÉDIATION FAMILIALE

Certains clients avaient essayé la médiation avant d'opter pour le DFC et ont clairement indiqué que la médiation n'avait pas répondu à leurs besoins. La critique la plus fréquente à l'égard de la médiation était que les parties avaient l'impression de ne pas faire de progrès réels dans leurs négociations et, dans certains cas, de répéter les mêmes comportements dysfonctionnels qui entravaient les communications au sein de leur mariage⁸⁸. Qu'ils aient raison ou non, ces clients étaient d'avis que leurs médiateurs n'étaient pas en mesure de casser cette dynamique et d'instaurer un climat de négociation constructif et équitable, d'où leur perte de confiance en la médiation. Il pourrait être important de mentionner que chaque client qui avait tenté la médiation avant de se tourner vers le DFC avait participé au processus sans qu'un avocat soit présent ou agisse à titre de conseiller.

⁸⁸ La même observation est souvent formulée par les clients et les avocats à l'issue des premières rencontres du processus collaboratif. Il importe de prendre note qu'un nombre important de clients du DFC se sont plaints à un moment ou à un autre au cours du processus de progrès insuffisants. Pour voir un exposé sur l'autonomie et le paternalisme, consulter l'ouvrage de Kronman, *supra* note 5, aux pages 121 à 134.

Un deuxième groupe de clients avait pesé le pour et le contre de la médiation et du DFC avant d'opter finalement pour les services d'un avocat du droit collaboratif. Les motifs à la base de leur préférence pour le DFC étaient pour la plupart décrits ainsi : « processus plus efficace », notamment parce qu'il comportait moins de risques, pour les parties, d'arriver à une entente insatisfaisante ou de finir tout simplement par devoir donner plus que ce à quoi ils seraient tenus légalement, et parce qu'il contribuait à rendre équitable un processus vu autrement comme une négociation inégale. Par exemple, un client a affirmé ceci : « Ma crainte était que je ne bénéficieras pas d'une aide juridique dans la médiation, un domaine que je ne connaissais pas beaucoup — contrairement à mon mari, qui est plus expérimenté que moi, d'abord parce qu'il a déjà été marié, ensuite parce que la négociation est son gagne-pain » (*Étude de cas n° 13, client 2, entrevue initiale, unités 9 et 10*).

Il s'agit là d'une crainte parfois très bien comprise par la partie considérée en position de force. Un client disait : « Il était clair que la médiation (...) nécessitait des deux parties qu'elles se sentent toutes les deux à égalité, notamment en ce qui a trait aux questions financières, afin qu'elles aient l'assurance de ne pas se faire avoir. Connaissant ma femme, qui est loin d'être ignare à ce sujet soit dit en passant, elle aurait abordé ce processus avec un sentiment d'insécurité et en ayant l'impression que j'en savais plus qu'elle » (*Étude de cas n° 11, client 2, entrevue initiale, unités 71 à 74*).

Si certains médiateurs familiaux demandent régulièrement à des avocats d'assister aux séances de médiation, la pratique la plus répandue — et sans aucun doute la perception partagée par la plupart des clients du DFC — consiste à tenir des séances de médiation auxquelles seules les parties sont présentes, les avocats étant consultés entre les séances ou à l'issue de celles-ci⁸⁹. Aucun des clients du DFC ayant participé à l'étude ne semblait être au courant qu'il était possible de collaborer à la fois avec un médiateur et leur avocat. Il se peut, bien entendu, que certains clients du DFC aient envisagé cette approche, mais qu'ils l'aient jugée trop coûteuse, quoique, dans les faits, elle ne devrait pas l'être plus que le modèle d'équipe du DFC.

Il est difficile de savoir dans quelle mesure les raisons d'opter pour le DFC au lieu de la médiation découlent de l'influence des avocats; il reste que ces raisons étaient les mêmes pour un nombre étonnamment élevé de participants. On a en outre constaté chez la plupart d'entre eux le sentiment qu'ils seraient mieux protégés émotionnellement par le DFC que par la médiation. Pour citer un client : « La médiation m'apparaissait comme un processus très solitaire » (*Étude de cas n° 13, client 1, entrevue initiale, unité 15*). Une cliente a exprimé son sentiment d'une manière plus explicite : « J'avais besoin d'avoir [R.] [son avocate] à mes côtés. J'avais besoin qu'elle parle pour moi car j'en étais incapable. Si on avait opté pour la médiation, mon mari m'aurait harcelée sans relâche. Avec [R.] à mes côtés, je ne me sentais pas aussi intimidée » (*Visite sur le terrain, client 8*). De toute évidence, ces clients se sentaient plus en confiance avec

⁸⁹ Pour voir une description du contraste entre un État qui encourage la participation des avocats au processus de médiation et à titre de médiateurs (Maine) et un État qui décourage la participation des avocats au processus de médiation (New Hampshire), voir Mather et coll., *supra* note 11, aux pages 75 et 76. Pour en savoir davantage sur la contribution des avocats au processus de médiation, voir l'article de Susan W. Harrell intitulé « Why Attorneys Attend Mediation Sessions », *Mediation Quarterly* (été 1995), à la page 369; l'article de Craig McEwen et coll., « Bring in the Lawyers: Challenging the Dominant Approaches to Ensuring Fairness in Divorce Mediation », *Minnesota Law Review* (1995), vol. 79, page 1 317; et l'ouvrage de McEwen et coll., *Divorce Practice*, *supra* note 41.

leur propre défenseur, qui pouvait intervenir au même titre qu'eux dans le processus au lieu de rester à l'extérieur de la salle et d'agir simplement à titre d'avocat consultant.

Un troisième groupe de clients étaient incapables de nous dire pour quelle raison ils avaient choisi le droit collaboratif au lieu de la médiation. Ces clients du DFC ne savaient apparemment pas qu'ils pouvaient avoir recours à la médiation comme solution de rechange au droit collaboratif. Certains d'entre eux semblaient penser que les avocats du DFC allaient dans les faits agir à titre de « médiateurs » dans le dossier :

Q. : Avez-vous envisagé la médiation comme solution de rechange?

R. : Non. Ils [les avocats] ont abordé la question très brièvement, mais c'était plutôt pour dire « Nous allons nous rencontrer pour passer ces questions une à une et trouver une solution. Il s'agit d'une forme de médiation, nous sommes ici (...) à titre de médiateurs afin de vous aider et de vous donner des conseils individuels » (*Étude de cas n° 3, client 2, entrevue initiale, unités 464 à 466*).

Il est donc clair que les impressions qu'ont les clients du DFC à l'égard de la médiation familiale leur sont inculquées entièrement, ou en grande partie, par le biais de l'information transmise par leurs avocats. Par conséquent, que disent les avocats du DFC au sujet de la médiation familiale?

C. CE QUE LES AVOCATS DU DROIT COLLABORATIF DISENT DE LA MÉDIATION FAMILIALE

Les avocats du DFC sont très partisans de la collaboration comme processus de règlement extrajudiciaire à privilégier dans les causes de divorce, il est donc naturel qu'ils la vantent auprès de leurs clients. Les avocats du DFC s'entendent dans l'ensemble pour dire que si la médiation constitue un processus constructif pour certains clients confiants, sûrs d'eux et qui ont la parole facile, le DFC est plus efficace pour une plus grande gamme de clients et niveaux de conflit. Pour citer un avocat : « Le DFC peut se révéler très utile pour quiconque, et il faut vraiment faire exprès pour que le processus échoue » (*Visite sur le terrain, avocat 13*). Dans le modèle de médiation décrit par ces avocats, le seul rôle assumé par l'avocat est celui de conseiller, et il n'y a aucune possibilité de discussion pour une formule plus souple, dans laquelle les avocats participeraient directement ou contribueraient par un autre moyen aux négociations⁹⁰. Les avocats du DFC ont relevé, dans ce modèle, les mêmes faiblesses que les clients, quoique pour ce qui est de ces derniers, ces faiblesses leur ont peut-être été soulignées par les avocats. L'une de ces faiblesses est que les parties ne bénéficient pas de l'aide et du soutien directs de leurs avocats dans la médiation, ce qui n'est pas le cas en droit collaboratif, qui laisse toute latitude à l'avocat de jouer ce rôle tout au long du processus. C'est ce rôle effacé de l'avocat dans le processus de médiation qui incite nombre de répondants à le qualifier d'incomplet.

⁹⁰ Ce modèle particulier de médiation familiale est également illustré dans Internet et dans divers documents portant sur le droit collaboratif. Par exemple, le site Web de la Collaborative Divorce Lawyers Association (Connecticut), dont l'adresse est <www.collaborative-divorce.com> (dernière visite le 18 janvier 2004), sous la rubrique *Collaboration and Mediation Compared*, indique ce qui suit : « Dans la médiation, les parties se représentent elles-mêmes, tout en ayant souvent recours aux services d'avocats conseillers (...) à l'extérieur des séances de médiation (...). Dans le modèle collaboratif, les parties ne sont jamais laissées à elles-mêmes et sont chacune représentée en bonne et due forme par un avocat tout au long du processus ».

Il y a deux volets à cette critique. Le premier, c'est l'affirmation selon laquelle l'apport réel des avocats au processus de négociation est limité par la structure de la médiation. De fait, plusieurs avocats du DFC estiment qu'ils possèdent de bonnes aptitudes en matière d'encadrement et d'arbitrage qu'ils pourraient mettre à profit dans le processus de négociation. Pour eux, leur contribution « complète » le processus et est à la base de la capacité du droit collaboratif à répondre aux besoins de la clientèle là où la médiation échoue la plupart du temps. Pour illustrer ce fait, un avocat a affirmé que « Les gens abordent souvent la médiation en toute bonne foi, mais sans les compétences requises — les guides et les avocats apportent les compétences nécessaires » (*étude de cas n° 8, avocat 1, entrevue initiale, unités 5 et 6*). Le deuxième volet de la critique des participants du DFC à l'égard de la médiation est que la structure du processus familial relègue les avocats à un rôle qui est tout sauf constructif et les tient à l'écart des « moments de grâce » importants qu'offre la médiation (*Visite sur le terrain, avocat 39*). Lorsque les avocats n'entrent en scène que pour évaluer les résultats de la médiation, c'est un peu comme leur faire jouer le rôle d'un « tireur d'élite payé » (*Visite sur le terrain, avocat 39*). Un avocat a décrit la préparation d'un client au processus de la médiation ainsi :

J'ai moins confiance en l'avocat de l'autre partie en médiation (...). Je sais que, lorsque je recommandais la médiation à mes clients, je les préparais en insistant sur la position qu'ils devaient tenir, même si se tenir sur ses positions n'est pas censé avoir sa place en médiation (*étude de cas n° 4, avocat 1, entrevue initiale, unité 557*).

Les avocats du DFC ont également souligné que le fait de leur demander leur contribution à la toute fin du processus pour évaluer les aspects juridiques d'une entente leur enlevait l'impression d'avoir contribué à la réussite du processus. Comme le dit une avocate du DFC, également médiatrice familiale expérimentée : « La médiation peut être un processus merveilleux (...), elle peut faire naître de l'espoir pour l'avenir. Le problème, c'est l'aspect juridique qui lui échappe. Dès que les avocats entrent en scène, les choses vont de mal en pis » (*Étude de cas n° 16, avocat 1, entrevue initiale, unités 4 et 5*). Pour arriver à avoir un contrôle sur l'aspect juridique, les avocats devraient pouvoir participer directement aux discussions (cette avocate-médiatrice faisait participer les avocats aux séances de médiation), ce qui contribuerait à leur faire sentir qu'ils contribuent au processus et jouent un rôle prépondérant⁹¹.

Comme on pouvait s'y attendre, la conviction avec laquelle les avocats du droit collaboratif recommandent la médiation à titre de solution de rechange au DFC varie considérablement. Lorsqu'on leur pose la question, pratiquement tous les avocats du DFC affirment expliquer la médiation à leurs clients, mais que la compréhension qu'en ont les clients semble varier. En outre, il est manifeste que les avocats du DFC préfèrent, donc préconisent le processus collaboratif. Une avocate a déclaré envisager la médiation comme « une solution de premier et non de dernier recours » (*Visite sur le terrain, avocat 2*), une opinion qui n'est cependant pas partagée par la majorité des avocats du DFC. Certains d'entre eux ont même admis en toute franchise ne plus envisager la médiation comme solution de rechange. En outre, il arrive que la médiation soit expliquée en des termes comparatifs par les avocats, qui s'attendent à ce que le processus collaboratif l'emporte sur la médiation dans un centre en particulier. De façon plus

⁹¹ Le fait d'enlever aux parties tout contrôle sur le processus au profit de leurs avocats est toutefois le principal danger du processus collaboratif selon certains médiateurs. Voir Gary Friedman, « Commentary on Mediators and Collaborative Lawyers », *Collaborative Review* (automne 2002), à la page 14.

générale, certains avocats du DFC semblent trouver la médiation à peu de chose près inutile, convaincus que le droit collaboratif est un processus supérieur à tous les égards.

Si l'on insiste, certains avocats du DFC admettront voir une certaine utilité à la participation d'un médiateur aux causes de droit collaboratif qui sont dans une impasse. Fait intéressant, les problèmes qui doivent être réglés entre avocats sont l'exemple le plus fréquemment cité. Pauline Tesler a récemment écrit un article sur l'utilité potentielle d'un médiateur dans les causes du DFC qui sont dans une impasse ou dans lesquelles les négociations sont au point mort⁹². Certains avocats du DFC semblent comprendre que le peu de valeur ajoutée qu'ils attribuent au rôle du médiateur découle du fait qu'il ne sont pas favorables à leur participation. Par exemple, un avocat chevronné du DFC considérerait l'apport d'un conseiller expert à l'équipe du droit collaboratif (p. ex. un spécialiste du bien-être de l'enfance) comme équivalent à celui d'un médiateur, le « titre » étant la seule différence (*Visite sur le terrain, avocat 39*). Si certains avocats du DFC possèdent une bonne expérience de la médiation, d'autres ont peut-être une compréhension limitée du rôle qu'un médiateur peut jouer. À preuve, je n'ai entendu aucun avocat du DFC suggérer qu'un médiateur pourrait être utile dans un dossier où les tensions et les émotions sont très fortes⁹³. De la même façon, il semble y avoir bien peu de reconnaissance à l'égard des habiletés de conciliation qu'un médiateur peut apporter dans une rencontre. Les avocats du DFC estiment que leur apport est équivalent, voire supérieur, à celui d'un médiateur. Aucune des causes de cette étude ne bénéficiait des services d'un médiateur.

Une hypothèse avancée par certains experts au sujet des raisons de l'essor du droit collaboratif est peut-être ce qu'ils décrivent comme « la nouvelle menace à l'hégémonie des avocats que pose la médiation »⁹⁴. À la question de savoir si le DFC est un moyen pour les avocats en droit de la famille de reprendre le contrôle sur les médiateurs — qui les ont souvent exclus en plus de minimiser leur rôle — les avocats du DFC sont évidemment réticents à l'admettre, encore qu'un certain nombre d'entre eux aient expliqué leur intérêt envers le droit collaboratif par leur déception envers la médiation, qui semblait de prime abord un processus prometteur, et par leur aspiration à mettre à profit les habiletés acquises dans le cadre de programmes de formation en médiation, parfois suivis dix ans auparavant. Dans l'ensemble, les médiateurs non juristes semblent plus inquiets à l'égard du DFC que les avocats du DFC à l'égard de la médiation. Cela dit, cette différence est probablement le reflet du pouvoir professionnel relatif des deux groupes.

Quoiqu'il en soit, on remarque des signes indiquant que les acteurs du DFC commencent à voir d'un mauvais œil la « rivalité fraternelle » qui se dessine entre le DFC et la médiation. Par conséquent, des efforts sont en cours pour établir une meilleure communication et des relations plus harmonieuses⁹⁵. Il reste à espérer que ces efforts permettront d'éviter un schisme inutile et stérile entre deux domaines étroitement liés qui auraient tant à gagner à s'aider et à se faire connaître.

⁹² Voir Pauline Tesler, « Mediators and Collaborative Lawyers: The Top Five Ways That Mediators and Collaborative Lawyers Can Work Together to Benefit Clients », *Collaborative Review* (automne 2002), à la page 12.

⁹³ À l'opposé, cette suggestion a été formulée par au moins un médiateur travaillant régulièrement avec des avocats du droit collaboratif. Voir Diane Chambers Shearer, *Mediators as Part of the Collaborative Family Law Process* (versé au dossier de l'auteur).

⁹⁴ Mather et coll., *supra* note 11, page 75.

⁹⁵ Voir, par exemple, l'édition spéciale de *Family Mediation News*, publiée à l'été 2003 par l'Association for Conflict Resolution, qui se consacre à l'étude des relations entre droit collaboratif et médiation.

11. CONCLUSIONS

Le mouvement du DFC réussit à faire lentement mais sûrement sa place dans un milieu de négociation qui fonctionne souvent sur fonds de non-collaboration et d'opposition. Les tentatives pour modifier le climat compétitif de la négociation juridique par la voie de réformes procédurales ou d'engagements collégiaux ou institutionnels envers la coopération, n'ont eu qu'un succès mitigé. Il est vrai que le DFC ébranle les paramètres conventionnels des rôles joués par les avocats et les clients eux-mêmes dans la résolution des conflits, sans compter qu'il fait appel à l'expertise d'autres professionnels. Le DFC se veut un moyen plus digne et constructif que la « contentiation » (« litigotiation »)⁹⁶; il permet aux clients d'être les maîtres d'œuvre du règlement de leur séparation et aux avocats d'harmoniser leurs buts personnels et professionnels dans la pratique du droit. Une question se pose donc : dans quelle mesure le DFC permet-il d'atteindre ces buts?

A. LES RÉALISATIONS DU DROIT DE LA FAMILLE COLLABORATIF

La présente étude démontre que, dans l'ensemble, le DFC remplit ses promesses, non sans problème toutefois. La preuve la plus évidente de cette réussite réside dans la satisfaction — pour ne pas dire la joie — avec laquelle les avocats en droit de la famille adoptent le droit collaboratif comme solution de rechange au litige. L'étude a permis de constater que la principale motivation des avocats qui pratiquent le DFC est une harmonisation de leur pratique et de leurs valeurs personnelles — en d'autres termes, ils ont trouvé une façon de pratiquer le droit qui correspond davantage à leurs convictions et à leurs valeurs que le modèle traditionnel. Au nombre des autres motivations qui sont ressorties de l'étude, mentionnons un meilleur service aux clients et une solution plus efficace que la médiation familiale.

L'étude a permis de rassembler suffisamment de données pour corroborer l'hypothèse selon laquelle les rencontres collaboratives à quatre permettent d'éviter la dynamique d'une négociation réactive-défensive du dilemme du prisonnier; d'instaurer et d'entretenir un climat de négociation coopérative; et de donner des résultats tant équitables sur le plan juridique que satisfaisants pour les parties. Il semble exister un consensus selon lequel le DFC réduit le bluff et les tactiques caractéristiques des négociations traditionnelles entre avocats, y compris les propositions exagérées dans un sens ou dans l'autre. Les intéressés reconnaissent aussi négocier encore parfois par prises de position, surtout lorsqu'ils sont dans une impasse, habitude difficile à changer pour bon nombre d'avocats chevronnés. Cependant, lorsqu'on en vient à « couper la poire en deux », les parties disposent généralement de plus d'informations et le font dans un esprit beaucoup plus constructif que ce que l'on observe souvent à la fin d'une négociation traditionnelle entre avocats.

L'engagement idéologique profond à l'égard de la négociation coopérative a une incidence importante sur les conditions de la négociation, phénomène renforcé par l'esprit de « club » des groupes de DFC ainsi que par la conviction d'avoir des valeurs communes. Les groupes tiennent beaucoup à donner une impression de coopération, et toute négociation difficile nuit à ces efforts.

⁹⁶ Il s'agit d'une expression inventée par Marc Galanter pour décrire la négociation selon le modèle du litige : « la poursuite stratégique d'un règlement par la mobilisation du processus judiciaire », Marc Galanter, « Worlds of Deals: Using Legal Process to Teach Negotiation », *Journal of Legal Education* (1984), vol. 34, p. 268.

Outre ces considérations d'ordre philosophique, les avocats de DFC font valoir des considérations pragmatiques : lorsqu'il faut en arriver à une entente à l'amiable, la négociation fondée sur la prise de position ne donne rien.

Il n'est ressorti de cette étude aucune preuve réelle que les causes de droit collaboratif aboutissent à un affaiblissement des parties, dans le sens où celles-ci font fi de ce à quoi elles ont droit sur le plan légal pour arriver à une entente. Au contraire, dans l'ensemble des causes, au demeurant peu nombreuses, ayant fait l'objet de cette étude et qui ont été résolues (11 au total), les clients ont obtenu ce à quoi ils avaient droit et même plus à bien des égards. En outre, nombres d'ententes comprenaient des clauses à valeur ajoutée, notamment des plans détaillés et créatifs pour favoriser la contribution continue des deux parents aux décisions touchant leurs enfants et faciliter les relations quotidiennes, différents arrangements pour le versement de la pension alimentaire et une meilleure communication entre les parties opposées (un facteur tout particulièrement important lorsque celles-ci veulent continuer à partager les responsabilités parentales). Autre avantage à ne pas négliger, le processus collaboratif permet de trouver des solutions « sans précédent », qui seraient virtuellement impossibles avec le litige.

Bien entendu, un échantillon plus important de causes résolues s'impose pour confirmer cette conclusion provisoire, fondée sur un petit échantillon. Il est impératif d'exercer une vigilance continue afin d'éviter que le DFC ne devienne un forum où les parties sont désavantagées et atteignent des résultats pires que ce qu'elles auraient pu obtenir par la voie légale officielle. Plus particulièrement, il importe de procéder à une sélection efficace des causes afin de s'assurer que les parties vulnérables ne renoncent pas à leurs droits au profit de la sécurité personnelle.

Un autre facteur qui nécessite d'être approfondi, peut-être à l'aide d'un groupe témoin, est l'incidence de l'entente de désistement sur la dynamique de chaque dossier et plus précisément sur son processus de négociation. Les données recueillies à la suite de cette étude, dans laquelle toutes les causes comportaient une entente de désistement, laissent deviner que le processus collaboratif favorise un esprit d'ouverture, de coopération et d'engagement à trouver une solution différente sur le plan qualitatif, du moins dans la majorité des causes, de l'atmosphère créée par les négociations traditionnelles entre avocats — même celles abordées dans un esprit de coopération. Il est cependant difficile de dire si cette conclusion justifie la nécessité d'avoir une entente de désistement, au lieu d'une entente qui engage les parties à une période donnée de négociation sans le recours au litige. La plupart des avocats ayant participé à cette étude s'entendent pour dire que sans une entente de désistement, ils n'auraient pas pu négocier de la même manière. Il convient de noter toutefois que cette affirmation n'a pas été directement vérifiée dans le cadre de la recherche.

L'entente de désistement comporte sans conteste des inconvénients, comme ces clients qui se sont sentis pris au piège après avoir consacré beaucoup de temps et d'argent au processus collaboratif. En revanche, l'un des résultats les plus importants et intéressants de cette entente est probablement la naissance d'un « groupe » de professionnels juridiques spécialisés en négociation. D'autres recherches devraient être menées pour examiner l'importance de ce niveau de spécialisation comme levier du droit axé exclusivement sur le règlement.

Le niveau de satisfaction des clients à l'égard du DFC est dans l'ensemble élevé. Nombre de clients sont sortis du processus traumatisant du divorce avec une forte impression que le processus collaboratif leur avait permis de se comporter d'une manière honorable envers leur ancien partenaire et leur famille. La plupart d'entre eux ont qualifié leur relation avec leur avocat de positive — certains sont même allés jusqu'à la qualifier de très positive. De la même façon, les clients qui ont bénéficié des services d'autres collaborateurs professionnels sont dans l'ensemble — quoique pas toujours — satisfaits de l'apport de ces spécialistes. Le modèle d'équipe peut offrir une gamme de services qui dépasse de beaucoup celle de la pratique traditionnelle du droit. Pour les clients qui en ont les moyens et qui sont conscients de la valeur d'un plan de transition complet pour leur famille sous sa nouvelle forme, le modèle d'équipe est des plus prometteurs.

Les données recueillies à l'issue de cette étude montrent hors de tout doute l'incidence du DFC et ses réalisations jusqu'à ce jour. Toutefois, plusieurs ajustements restent à faire pour que le DFC soit reconnu et accepté comme un processus associant intégrité et efficacité, au lieu d'être vanté principalement comme une solution de rechange plus humaine et digne que le litige, douloureux et pénible.

B. DÉFIS À RELEVER POUR LE DROIT DE LA FAMILLE COLLABORATIF

La présente étude a fait ressortir un certain nombre de préoccupations qui doivent être examinées par les acteurs du droit collaboratif et par les gouvernements qui pourraient offrir un soutien institutionnel au DFC.

i. Gérer les attentes des clients en ce qui concerne la rapidité, l'efficacité et les coûts

Nombreux sont les clients en instance de divorce qui optent pour le DFC en nourrissant de grandes attentes quant à la rapidité et les coûts relativement peu élevés du DFC. Certes, certains avocats sont plus créatifs que d'autres pour susciter et gérer des attentes, mais les acteurs du DFC devraient dans l'ensemble faire preuve de prudence lorsqu'ils énoncent ce qu'ils entendent accomplir et en particulier lorsqu'ils se servent de ces affirmations pour obtenir le consentement du client au DFC (voir à ce sujet la section 8 du présent rapport). Il ne faut pas oublier que nous ne disposons encore d'aucune preuve établie — par exemple au moyen d'une étude auprès d'un groupe témoin — selon laquelle les causes résolues par le DFC sont moins coûteuses que celles résolues par la voie du litige et de la négociation, quoiqu'il serait logique qu'elles le soient. En réalité, on a constaté une certaine déception chez des clients à l'égard du coût final du processus — particulièrement dans les causes où les négociations ont traîné en longueur et où l'on a fait appel à l'expertise d'autres professionnels — qui tire probablement son origine d'attentes irréalistes formulées initialement. C'est pourquoi les avocats du DFC doivent se montrer prudents et clarifier et gérer ces attentes. Ils doivent également garder à l'esprit que

l'argent consacré par les clients au processus collaboratif de divorce peut devenir à un certain point la seule raison pour laquelle ils poursuivent le processus.

En l'absence des contraintes de temps imposées par les tribunaux — contraintes souvent qualifiées d'inutiles et de stressantes par les avocats et les clients — les avocats du DFC doivent trouver d'autres moyens de faire en sorte que le processus de négociation se déroule à un rythme minimal qui satisfait les deux parties. Lorsque les parties sont en butte à l'indécision ou à l'intransigeance, elles ont tendance à conclure que le processus du DFC n'est pas assez directif et à flancher dans leur engagement à collaborer, essentiel au bon fonctionnement du DFC.

Un soin particulier doit également être apporté pour expliquer aux clients les questions relatives aux honoraires dans les causes de divorce résolues selon le modèle d'équipe afin qu'ils comprennent parfaitement ce à quoi ils s'exposent et consentent aux coûts associés aux séances que tiennent les membres de l'équipe pour s'informer mutuellement du travail fait avec les clients.

ii. Garantir au client une représentation efficace

Peu importe le modèle de représentation individuel offert par les avocats du DFC à leurs clients — il y a sans doute autant de variations au sein du DFC que dans le processus traditionnel de divorce — il importe d'expliquer dès le début aux clients ce à quoi ils doivent s'attendre. Au nombre des questions importantes à aborder, mentionnons le rôle joué par les avocats du droit collaboratif dans la prestation de conseils juridiques; l'étroitesse des relations que l'avocat veut avoir avec son client comparativement au reste de l'équipe collaborative; la possibilité de conversations privées et privilégiées entre l'avocat et son client; et le soutien thérapeutique offert par un professionnel en santé mentale ou par l'avocat, quoique sous une forme différente. La grande diversité présente dans la pratique en lien avec chacune de ces questions a été expliquée en détail dans le présent rapport. Bien que l'objet du rapport ne soit aucunement de décourager une telle diversité, il est impératif que les clients comprennent bien ce dans quoi ils s'engagent au-delà de la dynamique du processus collaboratif du mandat de représentation en justice. La prochaine étape dans l'évolution du DFC pourrait bien être d'offrir aux clients le choix entre différentes approches au droit collaboratif, selon le type et la forme de soutien professionnel auxquels ils aspirent. De cette façon, les clients auraient l'impression d'avoir leur mot à dire dans le processus, et le risque de confusion entre les attentes du client et les hypothèses de l'avocat une fois le processus lancé s'en trouverait diminué.

D'autre part, les avocats du droit collaboratif doivent fixer les limites des types de service qu'ils veulent offrir à leurs clients et des types de cause pour lesquels ils possèdent les compétences requises. La nécessité d'établir des protocoles de sélection plus stricts et reconnus sur le plan de l'efficacité ne fait aucun doute afin de faire en sorte que seules les causes appropriées — et non toutes les causes — soient orientées vers le DFC et qu'un soin particulier soit accordé aux causes présentant un potentiel d'abus ou d'intimidation. En effet, le DFC pourrait avoir pour effet de rendre encore plus vulnérables les clients déjà sous l'emprise d'un conjoint abusif, à moins de mettre en place une planification et des mécanismes de protection adéquats pendant le processus. En outre, il serait avisé de la part des avocats du droit collaboratif d'évaluer leurs propres habiletés à assumer leur mandat dans une cause hautement conflictuelle sans avoir à demander l'aide d'un autre spécialiste. En effet, on remarque une tendance à trop s'attarder sur la structure

du processus, au détriment de l'évaluation des habiletés et des techniques que les avocats devront déployer pour gérer efficacement ce genre de cause, ou les causes qui se trouvent dans une impasse et ne progressent plus. Dans certaines de ces causes, il serait peut-être avisé de la part des avocats de faire signer au client un engagement l'autorisant à avoir recours à l'expertise de guides.

L'affirmation selon laquelle les avocats du DFC imposent une « perspective d'harmonie » et, par conséquent, privilégient et encouragent certains types de résultats — des résultats qui réduisent ou évitent tout conflit — est la critique pouvant porter le plus préjudice au DFC. Pour éviter de donner cette impression, les avocats du DFC doivent se montrer très critiques envers eux-mêmes et être conscients de leurs propres préjugés dans les solutions familiales à un divorce. Cette affirmation découle peut-être de l'hypothèse non fondée selon laquelle la négociation axée sur les droits est une question de valeur, tandis que la négociation basée sur les intérêts est relativement « neutre ». Or, le fait d'arriver à des solutions à un divorce qui soient basées sur les intérêts au lieu des droits légaux n'est pas moins un jugement normatif que le fait de présenter un argument fondé sur les droits. Tandis que la négociation axée sur les droits décrit explicitement la base normative d'une position, la négociation axée sur les intérêts dissimule des notions sous-jacentes non moins normatives. La norme dominante à laquelle adhèrent les avocats du droit collaboratif est leur engagement à élaborer des transitions familiales constructives avec un minimum de conflits et de confrontation. Cet objectif louable peut servir implicitement à élaborer d'autres décisions relatives aux responsabilités parentales et aux ententes financières qui doivent être claires pour les clients afin qu'ils puissent en débattre. Les avocats du droit collaboratif doivent donc jouer leur rôle de conseiller et de défenseur d'une manière qui englobe tout ce que nous avons appris au cours des décennies au sujet de l'incidence sur les enfants du rôle joué par leurs parents à la suite d'un divorce — un contact continu avec les deux parents et ainsi de suite — mais sans imposer un ensemble de croyances ou de valeurs à leurs clients. L'atteinte de cet équilibre relève du tour de force, et c'est une difficulté avec laquelle chaque avocat et chaque professionnel des services familiaux est aux prises. Cependant, si l'on veut qu'intégrité aille de pair avec DFC et que celui-ci devienne un processus de choix pour les transitions familiales — et un processus reconnu pour prôner la prise de décisions autonome par le client — il est essentiel d'effacer toute trace d'idéologie dès maintenant.

L'étude a démontré que les motifs des clients traduisent un ensemble de priorités — soit des coûts moins élevés et des résultats plus rapides — qui diffère de celui des avocats. Si l'on peut s'attendre à ce que les clients adoptent une approche plus pragmatique au DFC que leurs avocats — qui préfèrent décrire des buts plus réalistes qui, pour certains, frisent l'engagement idéologique — ce contraste met en relief les préoccupations soulignées dans ce rapport relativement à la façon dont les avocats et d'autres collaborateurs professionnels abordent le DFC sous un angle « idéologique ». Du fait de ce contraste, il y a un risque que les avocats du DFC assument au nom de leurs clients un engagement idéologique qui n'existe pas réellement, voire même imposent leurs propres motivations à leurs clients, qui eux cherchent seulement à conclure rapidement leur divorce de la manière la moins coûteuse qui soit. Il est donc à craindre que cette approche donne lieu à des problèmes particuliers dans des causes conflictuelles qui nécessitent des compromis importants de la part des deux parties. C'est pourquoi les avocats du DFC doivent se montrer transparents envers leurs clients au sujet de leurs valeurs et objectifs, et prendre garde de ne pas peindre un portrait irréaliste du processus dans leur enthousiasme à l'égard du DFC.

Les acteurs de la pratique collaborative devraient prendre le temps d'analyser la profondeur de leur engagement personnel envers ce processus de résolution des conflits familiaux et les raisons sous-jacentes à cet engagement. Cet engagement personnel devrait en outre être expliqué sans équivoque aux clients, sans toutefois leur être imposé. Lorsqu'ils optent pour le processus collaboratif, les clients n'optent pas nécessairement pour une idéologie collaborative — cette étude a démontré que les motifs des clients en instance de divorce tendent à être beaucoup plus pragmatiques que ceux de leurs avocats. Au-delà des engagements procéduraux, les clients devraient pouvoir choisir l'ensemble des valeurs véhiculées par le droit collaboratif, et les avocats ne devraient pas présumer de leur adhésion. Les avocats doivent constamment se rappeler qu'il est assez difficile de négocier une solution collaborative à une relation brisée sans en plus demander aux clients de devenir « l'exemple parfait d'une transition familiale saine ». Comme un client l'a clairement dit : « Il est beaucoup plus facile de prendre des décisions dans un modèle hiérarchique. C'est un processus beaucoup plus familier et réconfortant » (*Visite sur le terrain, client 11*).

Les avocats du DFC ne sont pas les seuls à devoir redéfinir leur rôle à titre de conseillers et de représentants dans un processus collaboratif. Les avocats agissant au nom de leurs clients dans le cadre du processus de concertation qui passe de la médiation à des rencontres préalables à l'instruction se trouvent confrontés aux mêmes difficultés. Le débat sur une représentation efficace des clients dans un modèle orienté vers le règlement devrait se poursuivre, les avocats étant de plus en plus informés et au courant de ces processus pour échanger des idées, des solutions et des expériences.

iii. Le modèle d'équipe pour le règlement d'un divorce

Le modèle d'équipe, s'il est très prometteur (voir la section précédente), comporte toutefois nombre de problèmes interprofessionnels complexes qui retiendront l'attention des acteurs de ce domaine pendant les prochaines années. Au nombre de ces problèmes, mentionnons l'établissement de paramètres fixes entre les divers rôles des professionnels, la rationalisation des pratiques de facturation et l'évaluation de la mesure dans laquelle chaque membre de l'équipe doit être informé de chaque aspect de la cause au fil du processus. Le modèle d'équipe pourrait également tirer profit d'un « gestionnaire d'équipe ».

iv. Questions professionnelles et éthiques

Nombreuses sont les questions d'éthique soulevées par l'étude auxquelles doivent être sensibilisés tous les acteurs du DFC. En particulier, des efforts persistants devraient être déployés pour s'assurer, en des termes concrets et non abstraits, que les clients comprennent bien tout ce que suppose leur choix du DFC. En effet, à l'exception d'un petit groupe d'avocats chevronnés, l'étude a révélé que peu d'avocats du DFC étaient sensibilisés aux questions d'éthique. Cette constatation est pour le moins préoccupante lorsqu'on considère que les nouvelles pratiques de consultation, de négociation et de représentation rendues nécessaires par le DFC placent fréquemment les avocats dans des situations nouvelles et inconnues qui les obligent à faire preuve de jugement sur le comportement « éthique » à privilégier, sans pour cela disposer de précédents ou d'expériences personnelles claires pour se guider.

Certaines de ces questions sont liées à la gestion d'un dossier collaboratif. À titre d'exemple, les avocats doivent déterminer la procédure d'évaluation de l'admissibilité des causes de divorce au DFC afin de rejeter les causes où le DFC pourrait être plus préjudiciable qu'avantageux (voir la section précédente). Il y a également la question de s'assurer que le client donne un consentement éclairé à sa participation au DFC. Dans plusieurs études de cas, il semble que les clients ne comprenaient pas parfaitement tout ce que supposait un engagement au DFC (par exemple, le temps nécessaire pour négocier une entente, l'engagement à financer une solution mutuellement acceptable et l'exigence liée à la divulgation de tous les renseignements pertinents). Les avocats doivent ensuite déterminer, lorsque le processus a peu, voire pas de chances de mener à une résolution par la voie de la négociation, à quel moment ils devraient conseiller aux clients de se retirer du processus collaboratif et la façon de le faire. Enfin, une autre question éthique possible est la nécessité d'assurer une relation professionnelle cordiale entre les avocats travaillant sur un même dossier, surtout dans les régions où les réseaux du DFC comportent relativement peu de membres et que les avocats sont appelés à collaborer régulièrement.

v. Rapport entre la médiation familiale et d'autres modes de résolution de conflits

La relation entre le DFC et d'autres processus de résolution de conflits — en particulier la médiation familiale — est source de controverses et nécessite par conséquent une attention particulière. Afin d'offrir une gamme complète de services aux clients du droit familial, les avocats devraient envisager de leur présenter clairement la médiation et le droit collaboratif comme deux options possibles, et leur laisser le soin de prendre la décision finale. Bien entendu, les avocats ont droit à leurs préférences (clairement exprimées ou non), mais doivent aux clients de leur laisser le choix. Après tout, il existe suffisamment de conflits familiaux pour accommoder chacune des deux approches. En outre, les avocats du DFC devraient envisager de faire appel à une tierce partie, en l'occurrence un médiateur, lorsque le processus collaboratif se trouve dans une impasse. Il importe de garder à l'esprit que la souplesse et la réceptivité aux besoins des clients devraient constituer les assises de la pratique collaborative, qui peut s'adapter à une gamme de styles et de combinaisons de processus. Les avocats devraient régulièrement revoir l'option relative à l'entente de désistement dans les dossiers de droit collaboratif afin de déterminer si certains d'entre eux pourraient progresser aussi efficacement s'il y avait une plus grande ouverture aux options futures pour la résolution du dossier si la négociation échouait.

Il est logique qu'une nouvelle forme de pratique apporte son lot de pressions relatives à l'uniformité, de craintes au sujet des normes et de situations pour lesquelles il n'existe aucune règle et, parfois, aucun précédent pour se guider. Ces mêmes pressions peuvent parfois donner lieu à une forme de zèle dans l'adhésion à cette forme de pratique nouvelle et encore peu élaborée. Les avocats du droit collaboratif doivent voir à ce que leur forme de pratique s'impose de plus en plus à titre de processus de résolution de conflits crédible, sans toutefois devenir une forme de culte. Dans cette optique, il leur faudra encourager le débat et la diversité et s'engager explicitement à apprendre d'autres secteurs de la résolution des conflits et des services familiaux. Il serait avisé de la part des avocats du DFC et d'autres collaborateurs professionnels de voir leur domaine comme faisant partie intégrante du domaine général de la résolution des conflits, duquel eux-mêmes et leurs clients peuvent tirer profit.

C. QUESTIONS LIÉES AUX POLITIQUES RÉGISSANT LA PRESTATION DE SERVICES EN DROIT DE LA FAMILLE COLLABORATIF

Un certain nombre de questions entourant l'établissement du DFC reste à résoudre par les responsables des politiques et des règlements. Bien que cette étude ne visait pas spécifiquement à répondre aux questions que pourraient avoir des responsables des politiques, certaines d'entre elles sont ressorties de l'étude et font l'objet de quelques commentaires dans la section qui suit.

i. Financement provincial (par l'aide juridique) pour le DFC

Au moment de la rédaction du présent rapport, deux provinces (l'Alberta et la Saskatchewan) lançaient des projets pilotes afin d'offrir l'option du DFC dans leur système d'aide juridique. Des discussions similaires étaient en cours en Ontario, et d'autres provinces pourraient emboîter le pas. Ce type d'initiative mettra en relief deux questions abordées dans ce rapport : les compétences et l'expérience des avocats du droit collaboratif, et la mesure dans laquelle ils offrent aux clients des conseils juridiques conventionnels et la possibilité de conversations privilégiées. À l'heure actuelle, il n'y a aucune accréditation officielle pour ces avocats (voir la prochaine section). Une telle procédure d'accréditation ne revêt peut-être pas d'importance dans les systèmes d'aide juridique, qui peuvent en théorie établir et appliquer leurs propres normes (notamment une expérience d'au moins cinq ans dans les causes collaboratives). Toutefois, le débat sur le type de pratique collaborative établi par un avocat (voir, par exemple, la section sur les « types idéaux » ci-dessus) — et, en particulier, si cette pratique peut être qualifiée, du point de vue conventionnel, de « services juridiques » — peut être difficile. Il semble donc préférable que les administrateurs provinciaux de l'aide juridique veillent à établir une pratique claire et cohérente à cet égard s'ils prévoient offrir le DFC en tant que « services juridiques familiaux » et s'ils veulent être clairs au sujet des services professionnels qui seront financés. Cette initiative pourrait requérir des administrateurs de l'aide juridique qu'ils clarifient le rôle de conseiller juridique, le caractère confidentiel de certains aspects de la relation avocat-client et l'identité du « client » de l'avocat de l'aide juridique.

ii. Accréditation des avocats du droit collaboratif

La nature d'une « spécialisation » en droit collaboratif commence à susciter un débat parmi les responsables de la réglementation et le grand public. À l'heure actuelle, seuls les avocats membres de groupes du droit collaboratif peuvent être qualifiés « d'avocats collaboratifs ». Pour y adhérer, il faut avoir suivi la formation qu'ils offrent et, dans certains cas, avoir renouvelé cette formation sur une base régulière. Il faut dire que ces groupes ont une bonne raison d'exiger cette norme de leurs membres — leur réputation, qui est leur principal atout de marketing, en dépend.

Il n'empêche qu'on est en droit de se poser des questions sur le rôle d'un responsable de la réglementation dans un domaine de services spécialisés tel que le DFC, et il est fort à parier que ce débat s'amplifiera au cours des prochaines années. Par exemple, l'association provinciale du droit pourrait inclure le « droit collaboratif » dans son programme de désignation spécialisée et se charger de la formation requise.

On ne sait toutefois pas si ces mesures donneraient lieu à une protection accrue du public. Dans la pratique, deux situations tendent à occasionner des problèmes à l'heure actuelle : lorsqu'un

client est engagé dans le processus collaboratif avec un avocat chargé de son premier dossier collaboratif et qui n'est par conséquent pas assez expérimenté pour être très compétent; ou lorsqu'un client travaille avec un avocat du droit collaboratif qui a pris en charge une cause hautement conflictuelle pour laquelle il ne possède pas les compétences requises. Ces deux situations constituent déjà une source de préoccupation, et les responsables de la réglementation devraient concentrer leurs efforts à les régler avant de s'attaquer à la question plus générale de l'accréditation. En outre, ce travail pourrait être mené en collaboration avec les chefs de file du droit collaboratif, qui sont conscients qu'il est dans l'intérêt du mouvement collaboratif d'établir des mécanismes crédibles — comme des systèmes de suivi et de supervision — afin d'assurer la satisfaction de la clientèle et de protéger le DFC de la « mauvaise presse » que de telles causes suscitent facilement.

iii. Codes de déontologie

Cette étude visait à décrire l'expérience des avocats, des clients et d'autres collaborateurs professionnels du DFC, et ne portait aucunement sur la possibilité d'une violation des codes de déontologie régissant la pratique des avocats et d'autres collaborateurs professionnels. Toutefois, ce sujet prend de plus en plus d'ampleur dans les sphères où les administrateurs s'inquiètent du fait que la pratique collaborative pourrait contourner les règles de déontologie — par exemple en ce qui touche les obligations de représentation, les compétences et le désistement. Je ne suis pas en position de commenter le risque d'une violation de ces obligations dans la pratique collaborative, mais de plus en plus de documents sont publiés sur la question⁹⁷. Je dirai simplement qu'il s'agit d'une question « à suivre » et qu'elle sera vraisemblablement évaluée par différents intervenants dans les mois et les années à venir.

Les règles de déontologie des spécialistes en santé mentale sont également touchées par la pratique du droit collaboratif et par le rôle de guide en matière de divorce joué par les thérapeutes. Encore une fois, cette question ne fait pas l'objet de cette étude, mais elle ne saurait être ignorée encore longtemps à la lumière de l'ampleur que prendra le modèle d'équipe de la pratique collaborative.

⁹⁷ Voir Lande, *supra* note 58, et Terry, *supra* note 58.

POSTFACE

Les décideurs, avocats et clients des services juridiques familiaux ont toutes les raisons de voir l'essor du DFC avec optimisme. Le droit collaboratif offre l'occasion aux conjoints en instance de séparation de négocier des solutions durables, réalistes et novatrices qui leur paraissent à tous deux « équitables ». Véritable tribune pour les dialogues francs, il offre la possibilité de mettre fin à une relation en toute dignité. Les avocats en droit de la famille se tournent vers le DFC parce qu'il répond à leur besoin de travailler dans un processus de résolution de conflits efficace et empreint d'intégrité, qui responsabilise les clients et aide les familles à réussir ces transitions difficiles.

De nombreux défis restent toutefois à relever. Loin de craindre ces défis, les acteurs du DFC devraient se montrer empressés à s'y attaquer et reconnaître qu'il reste beaucoup à apprendre. De cette manière, les clients potentiels et les futurs partisans institutionnels du DFC seront confiants que le processus collaboratif offrira d'excellents résultats pour nombre de clients familiaux.

Les défis qu'il faudra relever dans la pratique du droit collaboratif décrits dans le présent rapport laissent entrevoir quatre valeurs fondamentales pour atteindre l'excellence dans le DFC. Il s'agit de l'engagement (trouver le juste équilibre entre l'engagement à l'égard du processus et l'engagement envers un client et envers ses collègues); la transparence (auprès de ses clients au sujet de ses valeurs fondamentales, des problèmes qui peuvent survenir en cours de route et à chaque étape du processus); la souplesse et la réceptivité (respecter les différents styles de pratique du DFC et adapter le plus possible sa propre pratique aux besoins du client); et l'acceptation des limites du modèle et de la pratique du DFC (le DFC n'est pas la solution à toutes les causes, et ce ne sont pas tous les avocats qui possèdent les compétences requises pour chaque cause potentielle du DFC). L'importance de ces quatre valeurs ressort clairement à la lumière des expériences nombreuses et diversifiées des avocats, clients et autres collaborateurs professionnels observées au cours de cette étude de trois ans. Si nous gardons à l'esprit ces valeurs fondamentales et que nous poursuivons notre auto-examen, en plus des évaluations d'observateurs externes, il est certain que nous contribuerons à l'essor du DFC.

ANNEXE A

QUESTIONS DE L'ENTREVUE INITIALE

► *Pour les avocats*

Données démographiques

Homme/femme

Année d'admission au barreau

Nombre de causes du DFC/années de travail dans le DFC

Questions générales sur la pratique du droit

1. Pourquoi avez-vous choisi le droit collaboratif?
2. Que considérez-vous comme le fondement de votre rôle dans une cause de droit collaboratif?
3. Comment la représentation d'un client dans une cause de droit collaboratif nécessite-t-elle qu'un avocat fasse quoi que ce soit qui change le fondement de son rôle traditionnel en matière de représentation?
4. Qu'est-ce que cela signifie de représenter un client dans une cause de droit collaboratif?
5. Avez-vous en tête un « profil » précis du client lorsque vous recommandez l'option du droit collaboratif?

NÉGOCIATIONS DANS UN MODÈLE COLLABORATIF

6. D'après l'expérience que vous avez acquise à ce jour, de quelle manière les rencontres à quatre du droit collaboratif diffèrent-elles du modèle traditionnel de la négociation entre avocats dans une cause de litige?
 - du point de vue de la dynamique?
 - du point de vue des échanges qui ont lieu?
 - du point de vue du climat et de la teneur des échanges?

Avez-vous d'autres observations à formuler à cet égard?
7. Comment vous préparez-vous en vue d'une négociation collaborative? Qu'est-ce qui diffère de la négociation dans un contexte de contentieux traditionnel?
8. Dans quelle mesure les méthodes de résolution de problèmes globales sont-elles utilisées dans les négociations collaboratives? Dans quelle mesure les avocats du droit collaboratif sont-ils enclins à revenir à un mode de négociation sur positions? Par exemple, selon votre expérience :

- le rituel des offres exagérées et des contre-offres sous-évaluées est-il toujours présent dans les négociations du droit collaboratif?
 - les négociations ayant cours en droit collaboratif aboutissent-elles à des solutions de type « couper la poire en deux » ou y a-t-il des discussions et des solutions fondées sur les intérêts?
9. Constatez-vous des tensions entre la culture dominante de dissimulation et de non-divulgaration dans les négociations et l'engagement à des échanges ouverts de l'information dans le paradigme du droit collaboratif? De quelle manière comprenez-vous cet engagement par rapport à votre rôle de représentation?
10. Quelles attentes nourrissez-vous concernant les rôles que joueront l'avocat et le client respectivement dans les rencontres à quatre? Quelle a été votre expérience de la participation du client? Quelles sont vos attentes précises relativement à cette cause et sur quoi sont-elles basées?

Résultats

11. De quelle manière mesurez-vous le « succès » dans une cause de droit collaboratif? Par exemple, que qualifieriez-vous de « résultat satisfaisant »? Cela diffère-t-il de la manière dont vous mesurez le « succès » dans un litige traditionnel?
12. Les résultats atteints grâce à ces approches diffèrent-ils, du point de vue qualitatif, des résultats atteints au moyen de négociations traditionnelles « officieuses »? (Veuillez donner des exemples d'autres causes.)
13. Que qualifieriez-vous de « résultat satisfaisant » dans cette cause?

QUESTIONS ÉTHIQUES

14. Votre pratique du droit collaboratif soulève-t-elle l'une ou l'autre des questions d'éthique suivantes :
- représenter un client vulnérable, tant sur le plan émotionnel que physique, face à son partenaire (quel choix faites-vous)?
 - décider quand il faut encourager le client à poursuivre la négociation au lieu de se tourner vers le litige?
 - divulguer toute l'information à l'équipe collaborative?
 - accepter de se récuser si votre client ou l'autre partie ne respecte pas son engagement à divulguer toute l'information pertinente ou un autre engagement?
 - voir à ce que tous les enfants soient pris en considération dans le processus du DFC, y compris envisager une représentation séparée?
 - encourager vos clients du DFC à prendre les moyens nécessaires pour arriver à une entente de leur propre chef?

Avez-vous noté d'autres questions éthiques?

15. Croyez-vous que l'une ou l'autre de ces questions se posera dans la présente cause?

Variations dans le processus (s'il y a lieu)

16. Quel rôle attribueriez-vous aux professionnels non juristes dans cette cause (thérapeutes, guides, planificateurs financiers, spécialistes du bien-être de l'enfance)?
- De quelle façon ce rôle affecte-t-il celui des avocats?
 - Voyez-vous des problèmes de compétence se dessiner?
 - Prévoyez-vous — ou avez-vous constaté dans des causes antérieures — des problèmes posés par l'approche d'équipe?
17. Quelle est selon vous la principale différence entre l'approche du droit collaboratif et la médiation faisant appel à une tierce partie?
- Quels sont les avantages et les inconvénients de chacune de ces deux approches?
 - Comment expliqueriez-vous le DFC et la médiation afin de permettre au client de choisir le processus qu'il juge le plus approprié?
 - Comment voyez-vous la relation dans la pratique entre ces deux approches — par exemple, quand pensez-vous qu'un médiateur doit intervenir dans le processus et pourquoi?
18. Quelles sont les questions faisant l'objet de négociations dans cette cause? (Par exemple, la garde, le droit de visite, les biens matrimoniaux, la pension alimentaire, le soutien financier, etc.)
19. Dans l'ensemble, quelles sont vos attentes relativement aux progrès dans cette cause?
20. Avez-vous d'autres observations à formuler?

► *Pour les clients*

Données démographiques

Homme/femme

Premier mariage/divorcé

Durée du mariage

Enfants

Revenus

Études

Aide juridique

1. Dans quelles circonstances avez-vous entendu parler du droit collaboratif la première fois?
2. Pourquoi avoir pris la décision d'opter pour le droit collaboratif dans cette cause?
3. Quelles sont vos attentes à l'égard du processus du DFC?
 - Instauration d'une relation de confiance
 - Ouverture
 - Relation future avec l'ancien conjoint
 - Coûts généraux moins élevés
 - Résolution plus rapide
 - Processus plus bénéfique pour les enfants
 - Autres facteurs
4. Quelle sorte d'ententes familiales avez-vous? Quelle est la nature de votre relation avec votre conjoint? Y a-t-il des points que vous voudriez changer?
5. Dans la situation actuelle, que qualifieriez-vous de solution satisfaisante à votre divorce?
6. Comment décririez-vous votre relation de travail avec votre avocat — s'agit-il d'un partenariat, d'une relation expert-client ou d'un autre type de relation?
7. Si vous avez déjà connu un litige (un divorce ou autre), quelle comparaison établissez-vous entre votre expérience antérieure et celle-ci?
8. Consultez-vous d'autres professionnels à l'heure actuelle? Quel doit être leur rôle selon vous et pourquoi avoir choisi de procéder de cette façon?
9. Y a-t-il un aspect du modèle collaboratif qui vous préoccupe? Êtes-vous enthousiaste quant aux résultats potentiels ?

- *Pour les autres professionnels collaborateurs* **Données démographiques**
Homme/femme
Compétences professionnelles
Nombre de causes de DFC/années de travail en DFC

Questions générales sur la pratique du droit

1. Pourquoi avoir choisi le droit collaboratif?
2. Que considérez-vous comme le fondement de votre rôle dans une cause de droit collaboratif?
3. Dans cette cause, collaborez-vous avec un des conjoints ou les deux?
4. De quelle façon, s'il y a lieu, la collaboration avec un client dans une cause de droit collaboratif nécessite-t-elle que vous preniez des décisions qui auront pour effet de changer le fondement de votre rôle traditionnel, voire même qui iront à l'encontre de celui-ci?
5. Avez-vous en tête un « profil » précis du client lorsque vous recommandez l'option du droit collaboratif?

Négociations dans un modèle collaboratif

6. Comment préparez-vous vos clients aux négociations du processus collaboratif?
7. Avez-vous pris part à au moins l'une des rencontres à quatre tenues dans le cadre de cette cause? Est-ce votre manière de procéder habituelle?
8. Avez-vous rencontré des problèmes d'éthique professionnelle relativement à la divulgation et au caractère confidentiel de l'information au cours de votre participation à une cause de divorce selon le modèle d'équipe collaborative?

Résultats

9. De quelle manière mesurez-vous le « succès » dans une cause de droit collaboratif? Par exemple, que qualifieriez-vous de « résultat satisfaisant »?
10. Que qualifieriez-vous de « résultat satisfaisant » dans cette cause?

QUESTIONS D'ÉTHIQUE

11. La pratique du droit collaboratif soulève-t-elle des questions d'éthique selon vous?
12. Prévoyez-vous que l'une ou l'autre de ces questions se posera dans la présente cause?

Questions liées à la méthode d'équipe

13. Comment le rôle joué par les différents partenaires professionnels s'agence-t-il dans cette cause?
 - Voyez-vous des problèmes de compétences se dessiner?
 - Y a-t-il des problèmes de statut professionnel/relation?
 - Prévoyez-vous — ou avez-vous constaté dans des causes antérieures — des problèmes posés par la formule d'équipe?
14. Dans l'ensemble, quelles sont vos attentes à l'égard de cette cause?
15. Avez-vous d'autres observations à formuler?

ANNEXE B

QUESTIONS DE L'ENTREVUE DE MI-PARCOURS

► *Pour les avocats*

1. Évaluation générale (comment les choses se déroulent-elles dans cette cause collaborative?).
2. À quoi s'est résumé votre rôle jusqu'à maintenant dans la représentation de votre client?
3. Combien de rencontres à quatre (et à six) avez-vous tenues jusqu'à maintenant?
4. Pouvez-vous décrire de manière globale la dynamique et le climat de ces séances?
5. Quel est le rapport approximatif entre le nombre d'interventions faites par les avocats et celles faites par les clients pendant ces séances? Lors de la dernière séance?
6. Dans quelle mesure utilisez-vous des méthodes de résolution globales de problèmes dans cette cause de DFC? Dans quelle mesure revenez-vous aux styles de négociation sur positions? Les discussions et les solutions envisagées à ce jour sont-elles fondées plutôt sur les intérêts ou sur les droits?
7. Quelle est l'incidence de « l'ombre de la loi » dans ces négociations collaboratives?
8. L'engagement à divulguer toute l'information pertinente a-t-il provoqué des tensions, notamment sur l'aspect de la représentation axée sur le client, jusqu'à maintenant dans cette cause? Si oui, quelle était la nature de ces tensions et comment avez-vous résolu la situation?
9. Dans la situation actuelle, que qualifieriez-vous de résultat satisfaisant? Croyez-vous que vous atteindrez ce genre de résultat dans la présente cause?
10. Avez-vous été confronté à des questions « éthiques » jusqu'à maintenant dans cette cause (veuillez définir, à votre façon, les aspects de cette cause qui ont évolué d'une manière qui ont fait naître chez vous un dilemme quant à la manière d'agir honorablement et selon les principes d'éthique)? Le cas échéant, quelles étaient ces questions et comment les avez-vous résolues?
11. Si vous collaborez avec d'autres professionnels non juristes (thérapeutes, guides, planificateurs financiers, spécialistes du bien-être de l'enfance), pouvez-vous décrire leur rôle jusqu'à maintenant dans cette cause? Cela vous a-t-il posé des problèmes à titre de conseiller juridique?

12. Y a-t-il un aspect du processus du DFC qui vous a posé problème jusqu'à maintenant dans cette cause?

► *Pour les clients*

1. De façon générale, comment les choses se déroulent-elles pour vous dans cette cause de droit collaboratif?
2. Comment qualifieriez-vous votre relation avec votre conjoint à l'heure actuelle? Cette relation a-t-elle changé depuis la dernière fois (que nous nous sommes parlé)? Le processus du DFC est-il pour quelque chose dans cette évolution de la relation? Le cas échéant, comment?
3. Comment décririez-vous votre relation de travail avec votre avocat? Êtes-vous satisfait de votre niveau de participation dans la gestion de votre cause et dans le processus? Aimerez-vous intervenir moins ou davantage qu'à l'heure actuelle?
4. Ressentez-vous un sentiment de satisfaction ou de contrôle relativement à votre rôle dans le processus? Quels sont vos sentiments à cet égard?
5. Croyez-vous que vos problèmes avec votre conjoint se résoudront grâce au processus collaboratif (par opposition aux tribunaux)?
6. Y a-t-il eu des moments particulièrement difficiles ou tendus dans les rencontres à quatre jusqu'à maintenant? Pouvez-vous les décrire et dire ce qui s'est passé? Êtes-vous satisfait de la manière dont votre avocat a réagi?
7. Quel est le rapport approximatif entre le nombre d'interventions faites par les avocats et celles faites par les clients pendant ces séances? Lors de la dernière séance?
8. Si vous travaillez avec d'autres professionnels, pouvez-vous décrire leur contribution au processus et votre satisfaction à l'égard du processus jusqu'à maintenant?
9. Avez-vous l'impression que les deux parties agissent honorablement en ce qui concerne la communication de renseignements?
10. Êtes-vous confiant et sûr que votre avocat défend vos intérêts dans ce processus?
11. Le processus se déroule-t-il à un rythme qui vous satisfait?
12. Y a-t-il d'autres aspects du processus que vous n'aimez pas jusqu'à maintenant ou que vous aimeriez voir se dérouler différemment?

► *Pour les autres collaborateurs professionnels*

1. De façon générale, comment les choses se déroulent-elles dans cette cause de droit collaboratif?
2. Pouvez-vous commenter de manière générale la dynamique et le climat de ces séances?
3. Dans la situation actuelle, que qualifieriez-vous de résultat satisfaisant? Croyez-vous atteindre ce genre de résultat dans la présente cause?
4. Veuillez décrire la relation entre vous-même et les autres collaborateurs professionnels qui travaillent dans cette affaire.
5. Y a-t-il des aspects du processus du DFC qui vous préoccupent à l'heure actuelle relativement à cette cause?
6. Avez-vous des observations à formuler à cette étape?

ANNEXE C

QUESTIONS DE L'ENTREVUE DE CONCLUSION

► *Pour les avocats*

1. Veuillez décrire en détail l'issue de la cause.
2. Dans quelle mesure l'issue de cette cause répond-elle à vos attentes initiales? Y a-t-il des choses qui se sont passées différemment de ce à quoi vous vous attendiez?
3. Quelle a été la partie du processus la plus difficile ou hasardeuse?
4. Quelle est la leçon la plus importante que vous avez tirée de cette cause?
5. Dans quelle mesure l'issue de la cause diffère-t-elle de celle d'un litige?
6. Quels sont les avantages, pour les clients, d'opter pour le DFC?
7. Si vous avez fait appel à d'autres professionnels (guides, thérapeutes) dans cette cause, quel a été leur rôle et avez-vous l'impression que leur aide vous a été utile?
8. Qu'est-ce qui a été le plus difficile pour vous dans cette cause?
9. Avez-vous d'autres observations à formuler?

► *Pour les clients*

1. Maintenant que votre divorce est réglé, veuillez décrire votre réaction au processus de droit collaboratif.
2. Quel conseil donneriez-vous à quelqu'un qui décide d'avoir recours au droit collaboratif?
3. Dans vos propres mots, veuillez décrire le type de relation que vous aviez avec votre avocat. Avez-vous déjà été impliqué dans un litige auparavant, et si oui, comment ce processus différait-il du processus collaboratif?
4. Avez-vous l'impression que le droit collaboratif a eu une influence quelconque sur votre relation avec votre ancien conjoint (ancienne conjointe)?
5. Avez-vous l'impression que le droit collaboratif a eu une influence quelconque sur votre relation avec vos enfants?
6. Veuillez décrire les résultats positifs du droit collaboratif qui s'appliquent à votre situation.

7. Quels résultats négatifs, s'il y a lieu, le processus a-t-il eus?
8. Si vous étiez en mesure d'apporter des changements au processus collaboratif, quels seraient-ils?
9. Si vous avez fait appel à d'autres professionnels (guides, thérapeutes) pendant votre divorce, quel a été leur rôle et avez-vous l'impression que leur aide vous a été utile?
10. Avez-vous d'autres observations à formuler?

► ***Pour les autres collaborateurs professionnels***

1. Quel est votre sentiment général sur la manière dont s'est déroulée cette affaire? Dans quelle mesure croyez-vous que votre client et l'autre client ont atteint leurs objectifs?
2. Est-ce que l'issue de cette affaire correspond à vos attentes initiales? Sinon, qu'est-ce qui suscite votre insatisfaction?
3. Quelle a été la partie la plus difficile du processus pour vous et pour votre client?
4. Que considérez-vous comme des résultats positifs du droit collaboratif pour votre client?
5. Quels résultats négatifs, s'il y a lieu, le processus a-t-il eus pour vous et pour votre client? En rétrospective, qu'est-ce que vous ou les autres professionnels participant au processus auriez pu faire différemment dans cette cause?
6. Quel type de répercussion le processus collaboratif a-t-il eu sur la relation entre le mari et la femme dans cette affaire?
7. Selon vous, le processus collaboratif a-t-il eu une influence sur l'ensemble des relations dans la famille, plus particulièrement les relations entre votre client et ses enfants? Le cas échéant, pouvez-vous décrire cette influence?
8. Dans quelle mesure la relation entre vous et l'avocat de votre client a-t-elle été harmonieuse? Y a-t-il eu des problèmes et, le cas échéant, quels étaient-ils (par exemple, divergences quant aux champs de compétence, méthodes différentes)?
9. Si vous étiez en mesure d'apporter des changements au processus collaboratif, quels seraient-ils?
10. Si d'autres professionnels (comme des spécialistes du bien-être de l'enfance et des conseillers financiers) ont participé à cette cause, quel a été leur rôle et avez-vous l'impression que leur aide vous a été utile, à vous et à votre client?
11. Avez-vous d'autres observations à formuler?