

La justice est-elle soluble dans la procédure ?

Repères sociologiques pour une réforme de la justice civile

Pierre NOREAU*

L'institution judiciaire a historiquement bénéficié d'une légitimité mieux appuyée que les autres institutions publiques. Or cette légitimité semble de nos jours lui faire défaut. C'est notamment le cas en matière de justice civile, alors que la statistique judiciaire révèle une diminution graduelle du recours aux tribunaux. Si des motifs d'ordre organisationnel peuvent expliquer cet état de fait — on pense à la diminution du nombre de litiges attribuables aux accidents d'automobile —, on évoque plus régulièrement le problème de l'accès à la justice. On pense alors spontanément à ces groupes sociaux qui n'ont qu'un accès théorique aux tribunaux ou au problème du coût et des délais de la justice, problèmes qui justifient que l'on se propose aujourd'hui de réviser le Code de procédure civile. Le problème de l'accès à la justice peut cependant connaître une définition plus large. On peut en effet se questionner également sur la compréhension qu'ont les justiciables du processus judiciaire, sur la capacité du système judiciaire de répondre à la fonction que l'on s'attend spontanément lui voir remplir et sur la méfiance que de nombreux justiciables entretiennent ouvertement à l'égard de l'activité judiciaire. Toute réforme de la justice devra au moins être fondée sur une meilleure correspondance entre les impératifs de la légalité formelle et ceux de la justice telle qu'elle est plus spontanément comprise par les justiciables. Une éventuelle réforme de la justice civile devra par ailleurs tenir compte de l'individualité croissante des justiciables et de la nécessité de redonner aux parties la gestion de leurs propres différends, hypothèse qui ouvre la porte à d'autres modes de résolution que ceux qui sont offerts par l'adjudication.

* Professeur, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal.

From an historic standpoint, the judiciary has enjoyed a more solidly based legitimacy than other public institutions. Yet these days, this legitimacy seems to be showing signs of wear. This is especially the case in civil justice where courts statistics have shown a gradual decrease in court usage. While motives of an organisational order may explain this situation, — the decrease in the number of cases owing to automobile accidents — but more often the problem is one of legal access. Spontaneously, thoughts turn to the social groups that only have one theoretical access to courts, or to the problem of legal costs and delays, issues that justify today's proposal to revise the Code of Civil Procedure. The problem of legal access may, however, be given a broader definition. One may also question the grasp of the judicial process held by the citizenry, also the judiciary system's capacity to rise to the challenges that the public spontaneously expects it to meet, plus the distrust openly displayed by many citizens regarding judiciary activities. Any reform of the court system must be based upon a better understanding of what distinguishes the imperatives of legal formality from those of justice as this is spontaneously understood by citizens. An eventual reform of civil justice should take into account the growing individuality of people before the court and the need to return the management of individual disputes to the interested parties, which opens the door to the hypothesis of favouring other forms of dispute resolution than those traditionally found in adjudication.

1. Le pouvoir judiciaire, institution humaine ou don des dieux : peut-on changer la justice civile ?	35
2. Des problèmes actuels de la justice civile et de ses effets	37
2.1 Les caractéristiques structurales du système judiciaire civil	37
2.2 La distanciation institutionnelle et ses effets.....	41
2.3 Le désengagement à l'égard de l'institution judiciaire	42
2.4 Incompréhension, dysfonctionnalité, méfiance ?	44
2.4.1 Incompréhension ?	44
2.4.2 Dysfonctionnalité ?	45
2.4.3 Méfiance ?	46
3. L'individualité et la prise en charge institutionnelle, le besoin de justice et la justice procédurale : des principes pour une réforme	47
3.1 Joindre la justice et la légalité.....	47
3.2 Le développement de l'individualité et l'autonomie du justiciable	49
4. Les limites de toute réforme institutionnelle	51
4.1 Une réforme parfaitement intégrée ?	52
4.2 Une révision définitive ?	53
4.3 Des limites à l'institutionnalisation judiciaire ?	54

1. Le pouvoir judiciaire, institution humaine ou don des dieux : peut-on changer la justice civile ?

Un mythe tenace est au fondement des sociétés occidentales. On y entretient en effet cette idée simple que notre existence collective est le produit d'une volonté unifiée ; que la société agit sur elle-même et que nous sommes maîtres de notre destinée commune. Et parmi toutes les institutions humaines, le droit est sans doute celle qui nous laisse le plus spontanément y croire, ne serait-ce que parce qu'elle nous procure l'illusion de la décision collective et propose une expression visible du « contrat social ». La société serait ainsi cette maison que nous aurions construite à mains nues. On accepte dès lors plus facilement que le groupe s'impose à l'individu et que, jusqu'à un certain point, les institutions prennent en charge une partie de nos rapports quotidiens, gèrent, balisent, organisent une part de nos relations¹.

L'institution judiciaire tire également de là sa légitimité publique, car elle fait entièrement partie de ces consensus institués et, dans cette mesure précise, elle est autorisée à mettre en forme à la fois nos rapports et nos conflits. Elle n'échappe cependant pas, en contrepartie, à la sacralisation qui entoure l'activité de toutes les institutions, à la mise en forme d'un rituel si ancien que sa raison d'être se perd dans les premiers temps de l'histoire et qui s'exprime tout entière dans la procédure². Ainsi, on a souvent peine à reconnaître l'origine secrète des principes qui fondent cet ordre presque religieux : « La preuve incombe au demandeur », « C'est en vain qu'est prouvé ce qui n'est pas pertinent au litige », « Nul ne peut invoquer sa propre turpitude », « Les exceptions doivent être interprétées restrictivement », « Il n'y a pas de preuve d'un fait négatif », « Les actes en forme authentique font preuve par eux-mêmes », « Le tout inclut la partie », « La chose jugée est tenue pour la vérité ».

Audi alteram partem — Entends l'autre partie... Ces maximes n'ont-elles pas existé de toute éternité ? Leur origine se perd, du moins, dans la nuit des temps juridiques. Sans points de comparaison — prisonniers

-
1. Paradoxalement, cette contrainte est peut-être à l'origine des libertés que nous nous accordons par ailleurs dans les autres sphères de nos vies propres, sachant les limites qu'elle impose à l'initiative des autres. La contrainte est ainsi souvent l'origine de la liberté. Il s'agit là d'un paradoxe — apparent bien sûr —, mais il fonde toute la pensée politique occidentale et consacre le caractère nécessaire et désirable de la contrainte et du droit. C'est du moins la définition *a contrario* que MONTESQUIEU, dans *L'esprit des lois* (L. XI, ch. 3), donne de la liberté personnelle, en tant qu'elle est fondée sur un droit, à première vue, limitatif.
 2. A. GARAPON, « Justice rituelle et justice bureaucratique », *Annales de Vaucresson*, vol. 29, 1988, p. 103, 115.

peut-être de notre propre tradition — mais surtout méconnaissant notre histoire juridique, on a longtemps cru qu'il s'agissait là de règles immuables de la vie collective et que nos institutions ne pouvaient être diminuées en rien de leur sens original et de leurs procédés judiciaires anciens. Toutes ces vérités ne sont-elles pas inscrites dans la nature des choses ? Et si c'est le cas, l'institution judiciaire ne devient-elle pour autant intouchable ? On oublie soudain que la filiation entre le droit romain et le droit moderne n'est pas directe, que le droit canon a longtemps servi à pallier les insuffisances du droit de l'État, que des systèmes judiciaires parallèles ont longtemps coexisté, que la forme l'a longtemps emporté sur le fond ; que les premiers magistrats étaient d'abord des percepteurs d'impôt et que c'est de ces fonctions d'officier du roi qu'ils ont tiré leur légitimité... leur autorité judiciaire. C'était au XII^e siècle³.

Le droit et le pouvoir judiciaire sont des institutions sociales que nous avons édifiées et que, par conséquent, nous pouvons changer. Il convient de rappeler tout cela, car un réflexe spontané nous incite à considérer toute modification d'un rite judiciaire ancien comme la destruction d'une règle absolue dont l'autorité s'avère d'autant plus certaine que ses origines sont incertaines. Le risque est grand de croire tout à coup qu'elle vient de ces temps anciens où les êtres humains disputaient le monde aux dieux. Tout devient dès lors sacré et immuable, un droit fondamental et certain (un principe de justice naturelle) semble toujours protégé par chaque article du *Code de procédure civile*. En prétendant protéger le justiciable, mieux, en se posant comme le défenseur d'une justice absolue, on a tôt fait de se tenir dans ses habitudes. Ces principes sacrés que l'on défend perdent soudain leur origine humaine ; on oublie qu'ils n'ont pas toujours existé et que, lors même que l'on en a perdu l'origine lointaine, ils répondaient souvent à un besoin très ponctuel dont il faut interroger la pérennité. Il se révèle alors fréquemment que telle disposition procédurale a été le fruit d'une improvisation édiflée en système à la faveur d'un rapport de force favorable ou qu'elle a tiré profit d'une pratique iconoclaste, tolérée parce qu'elle était utile, élevée au rang de règle de pratique ou de règle de preuve⁴.

On oublie aussi, ce qui est plus fondamental encore, que les maximes les plus anciennes ne traitent pas de cette procédure sacrée mais de justice : « La justice repose dans l'esprit des justes », « Le droit est l'art du bien et du juste ». Bien sûr, le processus judiciaire doit répondre aux impératifs des

3. Lire, à ce propos, J.R. STRAYER, *Les origines médiévales de l'État moderne*, coll. « Critique de la politique », Paris, Payot, 1979, 25-66.

4. Sur les compromis qui président à l'établissement du *Code de procédure civile*, lire : J.M. BRISSON, *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Éditions Thémis, 1986.

pouvoirs qui le soutiennent : « Il est bon pour la république [l'État] qu'il y ait une fin des litiges⁵. » Cependant, n'a-t-on pas également dit que le « droit le plus absolu peut causer la plus grande injustice » ? Il fut un temps, du moins, où le droit formel et l'équité faisaient meilleur ménage : « L'équité, disait-on, n'est pas autre chose que le droit que la loi n'a pas couché par écrit. » Il ne peut par conséquent être question de justice civile sans que soient posées les limites de sa mise en forme procédurale et que soit repensé le problème dans ses termes premiers ; réfléchir sur la fonction sociale du droit et de la pratique judiciaire : distinguer à nouveau le fond et la forme et, avant toute chose, faire un bilan réaliste de l'activité judiciaire. Reconnaissons déjà que la justice civile a bien changé depuis que l'on ne recourt plus au jury en cette matière et que la contrainte par corps a laissé place à une conception plus moderne des obligations et des responsabilités. On ne s'est pas privé, non plus, d'innover avec l'ajout du jugement déclaratoire, du recours collectif et avec l'établissement de la Division des petites créances à la Cour du Québec. Le droit judiciaire ressemble en cela à la société elle-même, qui n'évolue pas de façon linéaire, et dont l'existence est moins souvent la cause que le résultat de processus sociaux complexes. Aussi, modifiée au coup par coup, la justice procédurale n'a pas (et n'a jamais eu) la stabilité et la cohérence que l'on lui prête généralement ; elle s'adapte au fur et à mesure que se présentent les problèmes et les solutions. La diversité des institutions humaines révèle qu'il n'y a pas telle chose qu'un ordre immuable. Il convient d'être plus modeste et plus ambitieux à la fois, sachant ne pouvoir recourir qu'à nos propres analyses et conclusions. À quels besoins la justice civile doit-elle aujourd'hui répondre ? Ne faut-il pas approfondir cette question avant de forger une énième version des articles d'un code étanche aux attentes d'un justiciable qui cherche simplement à comprendre ce qui lui arrive ? C'est ce que nous tenterons de proposer ici.

2. Des problèmes actuels de la justice civile et de ses effets

2.1 Les caractéristiques structurales du système judiciaire civil

Nous avons écrit plus haut que l'on mesure la légitimité d'une institution au besoin des citoyens d'y recourir dans la mise en forme de leurs rapports courants. La désuétude d'une institution se conclut en contrepartie de sa désertion graduelle par ceux qui devraient y recourir. La force d'une institution tient ainsi à sa manière de traduire dans une forme stable et satisfaisante socialement la réalité mouvante des rapports humains. Il s'agit d'un processus auquel recourent toutes les institutions. Dans le domaine

5. Sur cette question entre autres, lire : J. CHEVALLIER, « Droit, ordre, institution », (1989) 10 *Droit* 19, 22.

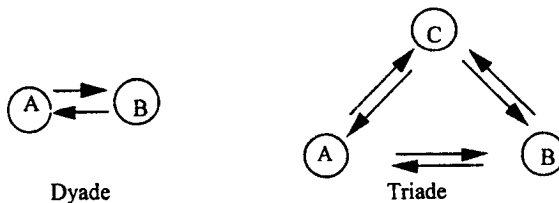
judiciaire, juger, c'est reconnaître le droit applicable dans un cas particulier. C'est aussi appliquer une rationalité particulière (socialement définie) à des réalités multiformes (d'ordre privé et souvent personnel). De même, la procédure remet en forme des conflits sociaux, qui connaissent une grande diversité de nature, de telle manière qu'ils puissent être formulés de façon standardisée et saisissable par l'institution. En les «judiciarisant», le pouvoir judiciaire les institutionnalise. On sait en effet les procédés par lesquels la justice civile s'approprie la réalité sociale, dès lors que survient un conflit.

La structure institutionnelle dans laquelle les parties en conflit se trouvent imbriquées détermine largement les modalités de cette standardisation. S'agissant de la société occidentale, c'est la présence d'un tiers juge qui fonde les conditions de développement de l'institution judiciaire dans le cadre du procès civil. L'intervention judiciaire suppose ainsi le passage d'une structure relationnelle fondée sur le modèle de la dyade (c'est-à-dire sur la relation de deux personnes) à une autre basée sur la triade (trois personnes). C'est cette perspective que suggère Vilhelm Aubert, dès 1963 :

The basic event from this point of view is the transition from the dyad of the conflicting parties to the triad, where an intermediary who stands outside the original conflict has been added to the dyad. The position of the third person and the choices which are open to him furnish the most fruitful starting point for an analysis of the development of conflict resolution within law⁶.

Le passage de la dyade à la triade est un processus déjà bien étudié par les spécialistes de l'analyse structurale qui l'ont graphiquement traduit de la façon suivante :

Figure 1. De la dyade à la triade



6. V. AUBERT, « Competition and Dissensus : Type of Conflict and of Conflict Resolution », *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 7, 1963, p. 26.

Plus particulièrement encore, la fonction adjudicative (contrairement à la médiation) est caractérisée par la capacité du tiers de s'imposer aux parties ($C > A + B$), car dans l'absolu seule cette posture le protège de la nécessité de s'associer à une partie pour imposer sa décision à l'autre. La figure de l'adjudicateur est par conséquent toujours une figure d'autorité⁷. Son rôle étant établi, il détermine également celui des parties. Alors qu'au sein de la dyade la fonction des opposants est spontanément déterminée par l'impératif de la réclamation et de la négociation, elle cède le pas, au sein de la triade judiciaire, à l'obligation de convaincre. Les négociateurs sont devenus des plaideurs⁸. L'identité des parties s'en trouve totalement modifiée, mais également leur relation, la signification première de leur conflit et leur mode d'argumentation : c'est l'origine du débat contradictoire.

La fonction arbitrale suppose cependant la définition de critères d'adjudication extérieurs aux parties et au tiers adjudicateur lui-même. Sans quoi, chacun est justifié de fonder sa prétention sur le système normatif de son choix, ce qui rend l'adjudication impraticable⁹. Le recours à une norme posée, antérieure au conflit, est par conséquent une condition incontournable de l'acte de juger, de sorte que la législation et l'activité judiciaire sont pratiquement indissociables, du point de vue institutionnel. La référence même à des considérations étrangères au droit posé (on pense à l'équité) devient dysfonctionnelle¹⁰. Le recours à une norme d'application universelle imposée ajoute cependant un élément de distanciation supplémentaire entre la réalité des parties et sa traduction juridique et judiciaire. C'est ce

7. C'est également l'opinion de D. BLACK, *Sociological Justice*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1989, p. 5.

8. Il est important de saisir ici que ces rôles sont complémentaires mais essentiellement différents. Ils déterminent des actions très distinctes de la part du juge et de celle des parties. Alors que le magistrat devient le principal gardien de la norme et du raisonnement juridico-rationnel (poussé dans ce sens par les attentes et les caractéristiques internes de la magistrature), les parties sont plutôt dans l'attente d'une décision favorable et cherchent moins à protéger l'esthétique d'une décision fondée sur un principe supérieur qu'à obtenir la reconnaissance d'une prétention personnelle, quitte à ce que celle-ci soit retraduite en fonction des impératifs de cette norme supérieure. Aussi, ce qui constitue « formellement » la principale préoccupation du magistrat n'est souvent qu'une préoccupation secondaire, c'est-à-dire instrumentale, pour les parties. Voir notamment à ce propos : J.-G. BELLEY, *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, Thèse de doctorat de sociologie juridique, Paris, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris 2), 1977, pp. 263-269.

9. V. AUBERT, *loc. cit.*, note 6, 36. En effet, si l'adjudicateur est forcé de donner priorité à la norme d'une partie plutôt qu'à celle de l'autre — ou s'il refuse tout simplement l'utilisation de critères normatifs reconnus par les deux parties —, il s'institue en tant que partie coalisée.

10. J.-G. BELLEY, *op. cit.*, note 8, p. 235.

que Mather et Yngvesson appellent la reformulation (*rephrasing*)¹¹. En effet, la mise en forme raisonnée des conflits — à l'origine de la rhétorique juridique — n'est possible que dans la mesure où l'on reconnaît certains éléments du conflit comme pertinents, à l'exclusion de certains autres — jugés plus accessoires ou inutiles — pour l'application de la norme générale¹². La reformulation impose par conséquent une standardisation, une homogénéisation et, souvent, une réduction (*narrowing*) des éléments et du cadre utile à la résolution du conflit¹³. Le conflit et ses enjeux prennent alors une tout autre forme et une tout autre signification que celle que leur donnent spontanément les parties.

On sait bien sûr que cette mise en forme elle-même n'est jamais parfaite, que la décision judiciaire est largement fonction de la qualification des faits, qu'elle tient à l'élargissement et à l'interprétation de concepts juridiques flous (à un moment précis de l'évolution sociale) et à l'évaluation des conséquences possibles de leur application. Dans la réalité, la motivation des décisions de justice suppose toujours un fragile équilibre entre des critères de légalité, d'équité et de viabilité, même si ces deux dernières notions sont étrangères au raisonnement juridique pur¹⁴. Toutes les études révèlent néanmoins que la judiciarisation a des effets concrets sur la mise en forme des conflits privés, comme on le verra plus loin. Aussi, entre la logique des situations et la logique des institutions, un fossé se crée. Le droit est lentement devenu, pour cette raison, un champ de spécialisation qui justifie la définition d'une fonction intermédiaire entre le tiers adjudicateur et les parties : celle, rendue nécessaire, du procureur. Or son intervention constitue également une nouvelle mise à distance, qui fait que l'institution offre un soutien de plus en plus désincarné à la résolution des différends que lui soumettent les parties. La professionnalisation des fonctions judiciaires accentue cette distanciation

-
11. L. MATHER et B. YNGVESSON, « Language, Audience, and the Transformation of Dispute », (1980-81) 15 *Law and Society Review* 775, 776.
 12. Comme le souligne Belley : « La formulation du jugement requiert par elle-même que le conflit soit rationalisé, que certaines de ses composantes soient dégagées comme dimensions principales du problème à résoudre, que la décision qui en choisit les conséquences souhaitables s'appuie sur des motifs permettant de préférer telle solution à telle autre » ; J.-G. BELLEY, *op. cit.*, note 8, p. 218.
 13. R. ABEL, « A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society », (1974) 8 *Law and Society Review* 217, 288.
 14. Sur toutes ces questions, lire : C. PERELMAN, « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », dans C. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1978, pp. 415-426. Dans la même perspective, Antoine Jamnaud et Évelyne Serverin dénoncent l'entretien d'une conception trop théorique, sinon trop « canonique » du droit et du contentieux judiciaire. Lire : A. JAMNAUD, « La médiation dans les différends du travail en droit français », (1993) 13 *Quaderni di Diritto del Lavoro e Delle Relazioni Industriali* 93, 208.

qui, en la matière, trouve une expression aiguë dans la procédure et les règles de pratique codifiée, consécration de règles de l'art qui rendent l'activité judiciaire plus étrangère encore au sens commun.

2.2 La distanciation institutionnelle et ses effets

Il s'agit là évidemment de modèles théoriques. Nous avons souligné plus haut l'importance de ne pas nous arrêter à ces catégories parfaitement intégrées. Il est cependant difficile d'aborder l'institution judiciaire sans rappeler ces éléments essentiels. N'est-il pas d'ailleurs nécessaire que l'institution judiciaire procède à cette distinction entre la réalité concrète des parties et la gestion juridique de conflits qui peuvent emprunter mille formes ? L'action judiciaire ne commande-t-elle pas forcément cette mise à distance par rapport aux faits et aux émotions qui accompagnent presque inmanquablement les conflits, surtout lorsqu'ils sont d'ordre personnel ? N'est-ce pas précisément la force de l'institution judiciaire d'objectiver des situations qui ne peuvent connaître de dénouement dans l'ordre des attentes subjectives des « personnes » en cause, et peut-on faire mieux ?

Il convient ici de recadrer ces interrogations. Car il est en effet de la nature sociale des institutions d'objectiver (de dépersonnaliser) les rapports sociaux en offrant des formes fixes par lesquelles nos relations peuvent transiter en nous évitant, chaque fois, d'avoir à trop sacrifier de notre personnalité. Le recours à des spécialistes du litige se justifie de la même manière. C'est du moins ainsi que la religion met en forme la spiritualité et l'académisme, les critères du beau en offrant une modalité stable par laquelle peuvent s'exprimer certains besoins fondamentaux. Il ne s'agit donc pas ici de remettre en question ces procédés institutionnels qui structurent nos rapports sociaux et font entièrement partie de la culture. La vie en société n'est en effet possible que parce qu'une partie de nos rapports transitent par des « façons de faire » reconnues et instituées, bref par une procédure précise et valable pour un temps indéterminé. Ainsi les attentes mutuelles sont-elles plus souvent satisfaites parce qu'elle sont codées institutionnellement. Là n'est cependant pas le problème, mais plutôt dans les conséquences que comporte, pour les institutions, cette tendance à restreindre leur activité à leurs procédés et à leur procédure, de sorte que le citoyen n'y voit plus qu'un rituel dont il est davantage l'objet que l'acteur. Il résulte de cet enfermement un désengagement graduel des citoyens au regard d'institutions qui devraient être l'expression du consensus public et ne sont plus que l'expression bureaucratique d'un système autopoïétique et satisfait, bref un champ d'action entièrement contrôlé par les acteurs officiels qui s'y agitent et s'y légitiment mutuellement. L'institution judiciaire en serait-elle rendue là ?

Des études conduites dans de très nombreux cas de figure révèlent du moins les formes diverses que ce phénomène peut prendre et ses effets sur la perception que les justiciables entretiennent par rapport à l'institution judiciaire. La Justice n'est évidemment pas la seule institution à souffrir de cette distanciation. On évoque régulièrement l'insensibilité du milieu hospitalier à l'égard de la souffrance des patients et l'incapacité de l'Église à rejoindre les fidèles dans leurs réalités les plus personnelles et les plus quotidiennes. On sait cependant aussi quel prix ces institutions ont payé pour cette mise à distance. Or, il semble en être de même, aujourd'hui, de l'institution judiciaire.

2.3 Le désengagement à l'égard de l'institution judiciaire

À ce sujet, les données les plus récentes nous viennent de la statistique judiciaire. Elles suggèrent des conclusions tout à fait inusitées compte tenu de ce que l'on savait des tendances passées. Un rapide coup d'œil sur le rapport annuel produit par la Direction générale des services judiciaires (ancienne Direction générale des greffes) du ministère de la Justice suffit à s'en convaincre. En effet, contrairement aux problèmes soulevés par plusieurs observateurs lors du Sommet de la justice ou au cours de la même période¹⁵, le problème de l'engorgement des tribunaux et des délais a paradoxalement fait place actuellement à un autre problème : la désertion graduelle de l'institution judiciaire.

Ainsi, sur le chapitre des dossiers ouverts, si la Cour du Québec enregistrait 96 235 dossiers nouveaux en 1977, ce nombre tombait à 79 871 en 1986 et à 68 550 en 1996, chiffres qui tendent tous à illustrer une forme de désaffection des justiciables quant aux tribunaux civils¹⁶. Cette diminution notable pourrait évidemment s'expliquer par une augmentation des causes relevant de la Cour supérieure, mais la statistique judiciaire révèle que ces

15. Lire : QUÉBEC, *Le fonctionnement du processus judiciaire : état de la situation*, Sainte-Foy, Ministère de la Justice, 1991. Lire, dans la même perspective, les contributions suivantes : P. GARANT, « Le prétoire en folie », *Contact*, vol. 5, n° 3, 1991, p. 37 ; G. ROCHER (dans le cadre d'une entrevue accordée à Clément Trudel), « L'accessibilité à la justice », (1991) 3 (10-11) *Maitres* 5, 11 ; J. DUFRESNE, « Réflexion sur la judiciarisation », dans QUÉBEC, *La responsabilité partagée à l'égard de la justice : l'état de la situation*, Sainte-Foy, Ministère de la Justice, 1991, annexe I, p. 2 ; P. NOREAU « Le fil invisible », *Possible*, vol. 17, n° 1, 1993, pp. 27-45.

16. Ces données, de même que celles qui suivent, figurent dans les rapports d'activité suivants : DIRECTION GÉNÉRALE DES GREFFES, *Rapport annuel 1979-1980*, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 1981 ; DIRECTION GÉNÉRALE DES SERVICES JUDICIAIRES, *Rapport d'activités 1986-1987*, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 1988 ; DIRECTION GÉNÉRALE DES SERVICES JUDICIAIRES, *Rapport d'activités 1993-1994*, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 1995 ; DIRECTION GÉNÉRALE DES SERVICES DE JUSTICE, *Rapport d'activité 1996-1997*, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 1998.

ouvertures de dossier ont elles-mêmes connu des baisses équivalentes au cours des vingt dernières années¹⁷. Le phénomène n'est pas attribuable non plus à un recours plus généralisé aux services de la Division des petites créances, puisque c'est dans cette juridiction que l'on a enregistré les baisses les plus spectaculaires, les dossiers ouverts au cours d'une année passant graduellement de 96 048 en 1977 à 57 387 en 1986 et à 32 802 en 1996. En vingt ans, les petites créances auraient ainsi perdu 66 p. 100 des causes qui, chaque année, auraient dû leur échoir.

Il ne s'agit pas de faits entièrement nouveaux. L'expérience quotidienne nous laisse voir qu'une partie des conflits qui naissent au fur et à mesure de nos rapports journaliers connaissent une issue différente de celle que consacre leur traduction judiciaire. Une étude américaine déjà ancienne révélait que moins de 5 p. 100 des différends personnels débouchaient devant les tribunaux¹⁸. On sait par ailleurs que l'augmentation du contentieux en matière de droit administratif est largement venue compenser (en nombre d'inscriptions au rôle) la baisse graduelle des causes portées devant la juridiction civile, de sorte que le problème de la judiciarisation des conflits sociaux demeure, ici, entier. Cela dit, on doit également reconnaître que les conflits pris en charge par la justice administrative n'apportent pas de solution à un grand nombre de conflits nés dans la foulée des interactions sociales. On peut par conséquent supposer qu'un nombre croissant de citoyens recourent à d'autres modalités que celle qui est offerte par l'adjudication pour la gestion de leurs différends. Le recours de moins en moins fréquent aux services de la Division des petites créances constitue sous ce rapport un important indicateur de tendance.

-
17. Le nombre de dossiers ouverts à la Cour supérieure (au titre des causes civiles générales) passait ainsi de 54 163 en 1977 à 32 302 en 1996, après être descendu à 24 476 en 1986. Au cours de toute la période, le nombre de causes de divorce demeurerait cependant pratiquement le même, se maintenant à près de 20 000 dossiers par année.
18. En effet, un sentiment d'injustice ne peut susciter la naissance d'un conflit que si la transgression de la norme visée est attribuée à la faute d'un tiers. C'est de ce processus que naît le blâme, c'est-à-dire le grief. Empiriquement, on sait que le passage du stade de l'injustice au stade du blâme n'est pas automatique. Une importante étude d'opinion administrée par Miller et Sarat révèle que seulement 41,6 p. 100 des justiciables reconnaissent avoir entretenu des griefs contre un tiers. Dans 71,8 p. 100 des cas cependant, une réclamation (*claim*) a suivi l'attribution d'un blâme (*ask for some remedy*). On doit par conséquent prendre acte de la proximité, sinon de la simultanéité des stades de *grievance* et de *claim*. Il est en effet raisonnable de croire que c'est la reconnaissance d'un tiers fautif qui détermine l'expression d'une réclamation : R.E. MILLER et A. SARAT, « Grievances, Claims, and Dispute: Assessing the Adversary Culture », (1980-81) 15 *Law and Society Review* 525. Consulter également l'*erratum* rédigé par R.E. MILLER, « Erratum for « Grievances, Claims, and Dispute: Assessing the Adversary Culture » », *Law and Society Review* 653.

2.4 Incompréhension, dysfonctionnalité, méfiance ?

2.4.1 Incompréhension ?

Cet état de fait peut sans doute trouver des explications à divers niveaux. Ainsi, on a vu qu'il est de la nature même de l'activité institutionnelle de se mettre à distance des échanges quotidiens et qu'il en résulte une mise en perspective nécessaire à l'intervention sociale, c'est-à-dire à l'activité institutionnelle. Il s'ensuit cependant que le sens même de cette dernière peut échapper aux individus dont elle a vocation à connaître la situation particulière. La pratique du droit révèle au juriste la distance qui sépare son activité (et l'interprétation qu'il en fait) des considérations concrètes qui animent ses clients. C'est une réalité avec laquelle sont constamment aux prises les juges. Cette hypothèse est d'ailleurs partiellement vérifiée dans le cadre de recherches ethnographiques réalisées aux États-Unis par William M. O'Barr et John Conley, sur la dynamique des cours de petites créances (*small claims*). Le cas est particulièrement intéressant parce qu'il met en scène des individus qui comparaissent en cour sans le soutien de juristes professionnels et aussi parce qu'il reconnaît l'importance que les parties accordent au processus judiciaire, c'est-à-dire à la justice procédurale. Dans tous ces cas cependant, les observations des deux chercheurs révèlent que l'ensemble du processus se déroule dans le plus total malentendu. Trois indicateurs conduisent à cette conclusion : 1) on constate d'abord, chez le justiciable, une incompréhension totale des limites imposées par le processus judiciaire ; 2) il y a aussi une incompréhension manifeste de la nature des solutions offertes par le procès civil ; et, enfin, 3) il existe une insatisfaction généralisée des parties en présence, indépendamment du fait qu'elles aient gagné ou perdu leur procès¹⁹. De telles études permettent surtout de constater qu'une partie des justiciables entretient à l'égard de l'institution judiciaire des attentes qui dépassent ce qu'il est peut-être raisonnable de tirer d'une institution humaine.

Selon les observations des deux chercheurs, les parties en présence ne répondent jamais réellement aux questions qui leur sont posées et en définitive chaque partie poursuit son dialogue intérieur : « his fixation on his continuing dialogue²⁰ ». Évoquant la prestation de chaque justiciable en présence, les auteurs suggèrent que « the specific legal problem he brings to

19. W.M. O'BARR et J.M. CONLEY, « Lay Expectations of the Civil Justice System », (1988) 22 *Law and Society Review* 137, 159.

20. J.M. CONLEY et W.M. O'BARR, « Hearing the Hidden Agenda : The Ethnographic Investigation of Procedure », (1988) 51 (4) *Law and Contemporary Problems* 181, 190. Texte repris dans : J.M. CONLEY et W.M. O'BARR, *Rules versus Relationships : The Ethnography of Legal Discourse*, Chicago, University of Chicago Press, 1990, pp. 126-149.

court is symbolic of the larger problems in their relationship²¹ » et qu'en tout état de cause deux conflits se déroulent simultanément : celui plus large et plus complexe qui fait s'opposer les parties et celui, plus restreint, qui est défini par l'institution judiciaire. Il résulte de cette dichotomie une forme de « discontinuity between lay culture and a powerful institution such as the law is significant in its own right [so] we have learned, for exemple, that lay people have ideas about causation, proof, and the structure of adequate accounts that differ markedly from those of the law²² ». Cependant, d'autres problèmes se posent aussi.

2.4.2 Dysfonctionnalité ?

Parmi ceux-ci s'impose une autre conséquence de cette distance qui s'installe inexorablement entre la vie des institutions et la vie des justiciables. Il en va par exemple ainsi du dysfonctionnement même de l'institution judiciaire. Il s'agit sans doute là d'un des phénomènes les plus difficiles à mesurer en dehors de ce que l'on sait du coût de la justice, des délais de cour et de l'engorgement des rôles. Il ne s'agit d'ailleurs pas des indicateurs les plus intéressants de ce dysfonctionnement qui s'exprime surtout dans la difficulté que rencontre l'institution judiciaire à apporter une solution concrète aux problèmes qui lui sont soumis, contournant ainsi la fonction que l'on attribue le plus spontanément au pouvoir judiciaire en matière civile. Des recherches antérieures que nous avons conduites dans le domaine du droit de la famille ont révélé que, contrairement à l'image spontanée que l'on se fait de la rupture de couple, près de la moitié des conjoints en situation de rupture entretenaient de bonnes relations au moment d'entreprendre des procédures de divorce²³. D'ailleurs, près de 40 p. 100 de ces justiciables reconnaissaient être parvenus entre eux à une entente, au cours des procédures, à l'exclusion de leurs procureurs ; et, parmi ceux-ci, 60 p. 100 considéraient le procès comme une formalité. En contrepartie, les deux tiers des personnes en situation de conflit grave reconnaissaient que leurs rapports étaient encore très difficiles après le procès : 41 p. 100 d'entre elles déclaraient que le dépôt des procédures en divorce avait conduit à la dégradation de leurs relations.

Ces constats méritent d'être intégrés dans le cadre d'une réflexion élargie sur les fonctions sociales du pouvoir judiciaire. Ils tendent du moins à faire voir les limites de l'institution dans la résolution des conflits personnels. La chose apparaît plus vraie encore si les parties en cause ont vocation

21. J.M. CONLEY et W.M. O'BARR, *loc. cit.*, note 20, 190.

22. W.M. O'BARR et J.M. CONLEY, *loc. cit.*, note 19, 160.

23. P. NOREAU, « La superposition des conflits : limites de l'institution judiciaire comme espace de résolution des conflits », 1998 (40) *Droit et société*, p. 585.

à poursuivre leur relation à la suite des procédures. Ces conclusions, obtenues dans le cadre très particulier du droit familial, méritent d'être élargies dans leur objet. Des données semblables laissent voir qu'elles s'appliquent à plusieurs autres domaines du droit. Une enquête antérieure dont nous avons déjà rendu compte montrait ainsi que 68 p. 100 des litiges civils impliquaient des justiciables qui se connaissaient antérieurement et que, dans 70 p. 100 des cas, la judiciarisation avait mis fin à leur relation. La même enquête permettait de constater que seulement 30 p. 100 des personnes qui affirmaient avoir vécu un divorce reconnaissaient par ailleurs avoir vécu un procès, ce qui tend à démontrer que l'essentiel du différend s'est déroulé dans d'autres cadres et d'autres dimensions que ceux qui sont offerts par les tribunaux civils.

2.4.3 Méfiance ?

Ces données sont-elles à mettre en rapport avec la méfiance que de nombreux citoyens affichent à l'égard de l'institution judiciaire ? Expliquent-elles l'abandon graduel des recours en matière civile ? Le phénomène mérite d'être mieux étudié. On sait cependant que l'institution judiciaire ne bénéficie plus de la confiance qu'on lui a longtemps accordée dans la concurrence que se livrent inévitablement les institutions « politiques²⁴ ». Selon les données tirées d'une enquête que nous menions en 1993 auprès de 1 009 justiciables, 87 p. 100 des répondants considéraient qu'il y avait trop de procès aujourd'hui, 82,8 p. 100, que les gens n'étaient pas à l'aise devant les tribunaux et 61,6 p. 100, que le recours aux tribunaux conduisait à une perte de contrôle de leur situation par les justiciables. Par ailleurs, 94 p. 100 des répondants estimaient que les tribunaux ne devaient être envisagés qu'en dernier recours et 53,9 p. 100, que les justiciables ne comprenaient généralement pas ce qui se passait au tribunal²⁵. S'agissant toujours des institutions judiciaires, 75 p. 100 des répondants affirmaient que « les riches sont nécessairement favorisés par les tribunaux », 53 p. 100, qu'il était encore possible aujourd'hui « d'acheter un juge » et 63 p. 100, que « le monde n'avait pas le moyen d'aller devant les tribunaux ». Il s'agit de données impressionnistes qui doivent être abordées prudemment, ne serait-ce que parce qu'elles ne distinguent pas la juridiction civile de la juridiction

24. Voir notamment à ce sujet G. CALDWELL, « Normes de conduite », dans S. LANGLOIS (dir.), *La société québécoise en tendances 1960-1990*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1990, p. 275 ; mais également dans le même ouvrage, les rubriques de J.P. BAILLARGEON, « Confiance dans les institutions » (pp. 405 et 409), de G. FRÉCHET, « Arbitrage » (p. 375) et de J.P. BAILLARGEON, « Délinquance » (p. 591).

25. D'autres données tirées de cette enquête peuvent être consultées dans : P. NOREAU, « La scolarité, la socialisation et la conception du droit : un point de vue sociologique », (1997) 38 C. de D. 741.

criminelle. On peut néanmoins reconnaître facilement que quelque chose s'est tari dans les relations des justiciables avec le monde de la justice. Reste à poser le problème dans des termes plus larges, au moment de réformer la justice civile.

3. L'individualité et la prise en charge institutionnelle, le besoin de justice et la justice procédurale : des principes pour une réforme

Faut-il se plaindre de ce que de nombreux conflits sociaux trouvent une expression — et un dénouement — en dehors des tribunaux civils ? Peut-être pas, si c'est là un signe tangible du désir des citoyens de vivre plus pacifiquement. Cependant, est-ce vraiment le cas ? Sans doute le problème est-il ailleurs, car lors même qu'une part grandissante des conflits civils trouve une solution dans d'autres cadres que ceux qui sont offerts par l'institution judiciaire, celle-ci resterait gardienne d'une fonction qui doit être assurée et dont la légitimité semble être tout à coup remise en question. La solution n'est peut-être pas ici dans le droit lui-même, car il ne s'agit pas d'un problème d'ordre juridique, mais d'un problème social : c'est le problème de citoyens qui ne se reconnaissent plus dans leurs institutions. Le phénomène peut sans doute trouver une explication à un niveau moins phénoménologique et mérite que l'on s'y arrête avant de réfléchir à toute révision du *Code de procédure civile*. Comment expliquer en effet — dans une perspective plus sociohistorique — la désertion de la juridiction civile ? Deux éléments sont à prendre en considération : 1) les attentes des justiciables au regard de la justice procédurale ; et 2) le respect de l'autonomie des parties dans la gestion des différends privés.

3.1 Joindre la justice et la légalité

L'observation courante nous révèle en effet que subsiste encore chez le justiciable une grande ambiguïté entre les notions de *justice* et de *légalité*²⁶. L'institution judiciaire est ici victime de ce qui contribue

26. Il s'agit là d'un fait têtù d'autant plus surprenant que cette distinction est au fondement des institutions juridiques occidentales. Ainsi, chez les Grecs, à l'apogée de l'époque démocratique, l'ambiguïté qui subsistait entre la loi des êtres humains et la morale universelle est levée. De sorte que, aujourd'hui encore, « la distinction [établie par Aristote] entre justice *distributive* et justice *corrective* ou *réparatrice* forme toujours la base de toute discussion théorique sur ce sujet » ; elle consacre la nécessité d'une justice formelle et fonctionnelle : W. FRIEDMANN, *Théorie générale du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965, p. 11. C'est essentiellement sur ce principe que le droit romain appuie ultérieurement sa propre compréhension des fondements du droit. La distinction entre ce qui est « Juste » et ce qui est « Légal » s'impose ainsi graduellement jusqu'à devenir la base du système de droit de la période classique (milieu du II^e siècle av. J.-C. jusqu'à 284 apr. J.-C.). N. ROULAND, *L'anthropologie juridique*, coll. « Que sais-je n° 3528 », Paris, Presses universitaires de France, 1990, p. 54.

historiquement à sa légitimité publique : une forme de confusion entre une conception « distributive » de la justice — fondée sur une conception subjective de la justice dont nous sommes tous habités — et la justice formelle telle qu'elle peut (et doit dans certains cas) s'incarner dans les institutions humaines. Il y aurait ainsi une opposition larvée entre les définitions sociologique et juridique de la justice dont toute révision des dispositions en matière procédurale devrait tenir compte.

Bien sûr, la distinction entre légalité et justice, droit et morale, est ancienne. Nous n'avons fait que l'emprunter aux Grecs²⁷. En contrepartie, faut-il le rappeler, les conflits que la justice civile a vocation à connaître naissent souvent du sentiment d'injustice vécu par un justiciable au regard du comportement d'un autre, une injustice pour la réparation de laquelle une réclamation est faite et une compensation semble possible. Dans ce sens, le droit est mobilisé dans sa fonction première, car, même dans les collectivités humaines où l'écriture n'existe pas encore, on compte des normes et des mécanismes de réciprocité qui visent à garantir le respect des engagements et la compensation du dommage causé à autrui²⁸. Il y a par conséquent un réflexe ancien dans la tendance spontanée des justiciables à demander à l'institution judiciaire qu'elle rende la justice, même entendue ici dans sa forme subjective. On sait cependant peu de choses des attentes des citoyens à l'égard du droit judiciaire, encore que l'on doive le reconnaître : le besoin de justice naît du sentiment d'injustice. La question est alors de savoir si l'institution judiciaire, qui mobilise souvent le droit dans ses expressions les plus techniques, peut encore se présenter comme gardienne de justice ; il faut se demander plus métaphoriquement encore si la justice est soluble dans la procédure et, si tel est le cas, s'il nous est toujours possible d'en saisir la présence. On sait en effet l'importance accordée par les individus à la justice procédurale, même si une certaine méfiance subsiste, comme nous l'avons vu, par rapport aux tribunaux civils. Il est tout à fait opportun donc de réfléchir à la révision des mécanismes qui balisent la procédure civile, mais sans doute doit-on le faire dans une perspective qui replace le justiciable au centre du travail des tribunaux, de manière que cette réforme de la procédure civile soit également une réforme de la « justice » civile,

27. W. FRIEDMANN, *op. cit.*, note 26, p. 11. Lire aussi l'ouvrage suivant publié plus récemment : A. RENAUT et L. SOSOE, *Philosophie du droit*, coll. Recherches politiques, Paris, Presses universitaires de France, 1991, p. 255 et suiv.

28. C'est du moins sous cette forme de jonction entre norme et processus que l'anthropologie juridique contemporaine cherche aujourd'hui à analyser le phénomène du droit. N. ROULAND, *op. cit.*, note 26, pp. 37 et 38. Sur l'importance de la justice procédurale proprement dite, on lira : T.R. TYLER, *What is Procedural Justice? : Criteria Used by Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures*, Chicago, American Bar Foundation, 1988.

disposition qui resituerait la fonction des procureurs et des magistrats dans une perspective moins rigide de service public.

3.2 Le développement de l'individualité et l'autonomie du justiciable

Il convient également de bien comprendre les conditions qui justifient (rendent souhaitable et acceptable) l'intervention de la collectivité (ici des tribunaux) au cœur de conflits qui naissent au sein de la société civile. Le problème se pose de façon plus concrète encore dans le cas de rapports entre personnes physiques plutôt qu'entre personnes morales. Le grand sociologue Georg Simmel avait coutume de dire que la société commençait avec le chiffre « trois²⁹ ». Il voulait dire par là que la nécessité de donner des formes stables aux rapports entre individus ne se fait vraiment sentir qu'à compter du moment où les rapports entre deux individus impliquent la destinée d'un tiers. C'est très exactement le cas dans le domaine judiciaire, dont nous avons vu qu'il tirait son sens de l'intervention d'un tiers dans une relation qui ne concerne souvent à l'origine que deux parties liées par un conflit. Or, ce tiers est la métaphore du tout, et sa médiation est celle de l'ensemble de la collectivité touchée par le conflit de deux de ses membres. C'est l'origine des institutions qui témoignent toujours d'un sens et d'un impératif partagés justifiant l'intervention des autres membres de la collectivité. Le choix de ce que l'on entend soumettre ou non à l'intervention collective varie cependant avec le temps et telle relation qui fondait la création d'une institution passe plus tard au domaine privé. Ainsi, les relations affectives entre les hommes et les femmes ont fondé l'institution conjugale jusqu'à ce qu'elles soient à nouveau considérées comme une question d'ordre personnel, faisant basculer le « mariage traditionnel » dans le camp des institutions en voie de désuétude ; on accepte, du moins aujourd'hui, que l'on puisse cohabiter sans que cette forme de *vie commune* soit l'objet d'une expression publique, d'où le retour à l'union libre. De même, il n'y a plus de nos jours de rites uniques pour marquer le passage de l'enfance à la vie adulte, et la spiritualité emprunte des formes moins collectives que par le passé. Tous ces faits sociaux sont passés du domaine public-institué au domaine des relations personnelles-privées³⁰.

Le repli sur la vie privée est également une expression de l'individualité croissante des personnes. Cette expression ne constitue pas une aberration au regard de l'évolution des rapports sociaux, puisqu'elle est postulée par la

29. Lire : K.H. WOLFF, *The Sociology of Georg Simmel*, Glencoe (Illinois), Free Press, 1950, p. 87 et suiv.

30. En contrepartie, on se préoccupe davantage des rapports entre les parents et leurs enfants, qui sont passés au domaine public, susceptibles d'un contrôle institutionnel que n'auraient pas accepté les familles du XIX^e siècle...

tradition philosophique occidentale et s'avère une conséquence presque inévitable d'une modernité (certains diraient d'une postmodernité) qui, en codifiant et en objectivant les rapports que nous entretenons avec les autres, délimite mieux les espaces de la sphère privée³¹. Reste à fixer ce qui relève de chaque sphère. Dans cette perspective, on peut se demander à l'heure actuelle si l'institution judiciaire peut occuper la même fonction (ou constituer le même recours) que par le passé. Pour être plus précis, est-il toujours opportun que l'institution judiciaire soit convoquée pour la gestion de conflits qui naissent dans le cours de la vie quotidienne lors même qu'ils ne menacent plus le maintien du lien social, ni l'ordre public, ni la stabilité de l'État ? Le réflexe des justiciables de recourir de moins en moins au processus judiciaire ne tient-il pas à leur tendance à considérer leurs conflits comme une affaire privée, une affaire que la sphère publique n'a pas raison de connaître et qui ne nécessite pas que les parties en témoignent publiquement ? D'ailleurs, les tribunaux ne sont-ils pas régulièrement tenus de juger de situations qui n'auraient jamais dû connaître de traduction judiciaire ? Bref, ne faut-il pas permettre aux individus — à la dyade — de se réapproprier les conflits qui relèvent entièrement de la sphère privée et que les parties sont en mesure de régler souvent elles-mêmes avec l'aide, s'il le faut, d'un tiers non directif, témoin plutôt que juge ? L'expérience quotidienne nous apprend du moins que l'on respecte plus spontanément les normes que l'on a soi-même établies, même à l'issue d'un conflit, notamment lorsque les parties en cause ont vocation à poursuivre leur relation initiale³². On fait référence évidemment ici au recours à ces modes de résolution dits « alternatifs ». N'y a-t-il pas là une des conditions mêmes par lesquelles l'institution judiciaire peut retrouver sa légitimité, sa fonction d'arbitrage, se recentrant dorénavant sur des situations qui justifient effectivement la mobilisation des institutions publiques ? On comprendra que, si la chose est vraie dans les différends interpersonnels, elle l'est encore davantage dans plusieurs conflits mettant en rapport des personnes morales, comme en rendent compte les travaux de Jean-Guy Belley, dans le monde des entreprises³³. Bref, il faut tirer profit de ce que sont devenus nos rapports sociaux

31. H. ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, coll. Agora/Pocket, Paris, Calmann-Lévy, 1983 (1^{re} éd. : 1958).

32. On peut ainsi distinguer la rupture du conflit, le premier impliquant la fin de la relation et le second, son maintien, même douloureux. Voir à ce propos : G. SIMMEL, *Le conflit*, Saulxures, Circé, 1992. Lire aussi, dans cette tradition, l'ouvrage de J. FREUND, *Sociologie du conflit*, coll. « La Politique éclatée », Paris, Presses universitaires de France, 1983. On distingue également ici une norme extérieure aux individus d'une norme établies par les parties.

33. Lire notamment à ce propos : J.-G. BELLEY, « Le contrat comme phénomène d'inter-normativité », dans J.-G. BELLEY, *Le droit soluble : contribution québécoise à l'étude de l'internormativité*, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 1996, p. 195.

et de la capacité des membres de la société civile à traiter eux-mêmes de leurs différends. Le droit doit donc s'adapter. Dans une perspective équivalente, Louis-Philippe Pigeon écrivait ceci dès 1945 :

Si l'on veut mener à bonne fin ce difficile travail [de réforme du droit], il faut commencer par reconnaître la nécessité de réviser à la lumière des faits et des connaissances actuelles, tous les principes de droit pour leur faire subir les transformations nécessaires. Quand les physiciens ont constaté que les lois de la mécanique classique ne pouvaient plus expliquer les phénomènes observés, ils ont abandonné les hypothèses périmées pour y substituer la théorie de la relativité. Le juriste doit faire de même dans son domaine, en constatant que la société rejette graduellement les vieux brocards de droit et de procédure³⁴.

On sait que des considérations équivalentes ont présidé à la mise au point du *Code de procédure civile* mis en vigueur en 1966. Cependant, ce fut une réforme limitée à la pratique des seuls juristes, une légère révision des règles de l'art. Comment le justiciable — ce profane — aurait-il pu y contribuer ? La chose allait de soi : le règlement des litiges concernait comme par essence l'intervention d'experts consacrés. Elle restait l'affaire des spécialistes. Chaque groupe professionnel parvient ainsi à maintenir l'intégrité — mais assure de même le contrôle — de son champ de pratique³⁵.

Toutefois, le Québec des années 60 n'est plus. Aussi nos institutions doivent-elles à nouveau s'adapter de manière à gagner la légitimité nécessaire à leur maintien, car certains conflits nécessiteront toujours l'intervention de toute la collectivité. Cela dit, la plupart des conflits civils n'exigent pas cette adjudication publique et devront dorénavant trouver une expression au niveau même où ils se sont développés, le conflit cessant dès lors d'être toujours considéré comme l'affaire de toute la collectivité. La négociation succéderait ainsi au débat contradictoire, de même que la décision de justice et la procédure ont pu un jour succéder au « jugement de Dieu³⁶ » ; autres temps, autres mœurs... autre droit, autre justice.

4. Les limites de toute réforme institutionnelle

Il existe une tension continue entre les formes stables que les institutions nous proposent et les formes changeantes par lesquelles nos rapports sociaux transitent quotidiennement. La part de l'invention continue est,

34. L.-P. PIGEON, « Nécessité d'une évolution du droit civil », *Cahier de la Faculté des sciences sociales*, vol. 3, n° 9, 1945, pp. 11-12.

35. C'est du moins sur cette constatation qu'est fondé l'essentiel du travail de Pierre Bourdieu dans le domaine du droit. Lire à ce propos : P. BOURDIEU, « Les juristes gardiens de l'hypocrisie collective », dans F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 1991, p. 95.

36. A. MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 236.

dans l'ordre des rapports humains, un défi pour le monde institué. Bien sûr, les institutions aussi changent, mais l'on doit observer qu'elles conservent toujours quelque chose des formes sociales qui ont conduit à leur constitution. De même, il est dans l'ordre que ces rapports institutionnels se spécialisent jusqu'à devenir la chose de quelques milliers de spécialistes. C'est le cas dans tous les champs de l'activité sociale. Les institutions sociales se maintiennent souvent au prix d'une certaine indifférence à l'égard de l'évolution de nos rapports plus spontanés, évolution parfois incohérente, tous les secteurs de l'activité sociale n'évoluant pas au même rythme. Toutefois, l'étanchéité par laquelle chaque institution assure son équilibre interne et sa cohérence peut lentement devenir la raison même pour laquelle elle se trouve menacée, car le va-et-vient des innovations sociales et des nouveaux besoins ne peut pas toujours connaître une réponse institutionnelle immédiate. L'intégration de ces innovations est cependant, dans beaucoup de cas, la condition des adaptations institutionnelles et l'occasion de consacrer un changement culturel plus vaste.

Concrètement, la réalité des changements institutionnels est cependant plus prosaïque et trois considérations, tirées d'expérience et d'innovations institutionnelles antérieures, doivent être abordées. Elles nous incitent à accepter : 1) la difficulté de garantir une réforme parfaitement intégrée ; 2) l'impossibilité d'une réforme définitive ; et 3) les limites de l'institutionnalisation dans le domaine judiciaire.

4.1 Une réforme parfaitement intégrée ?

Vue de trop près ou de trop loin, chaque institution offre l'image d'un système parfaitement intégré. C'est également le cas du droit et de la justice que certains auteurs proposent d'aborder comme des systèmes cohérents et plus ou moins tournés sur eux-mêmes³⁷. Dans une perspective intermédiaire, on réalise cependant qu'il n'existe pas de système parfaitement cohérent et autopoïétique. Chacun est le fruit de compromis initiaux ou de collages et bricolages ultérieurs³⁸. Aussi, contrairement à l'image qu'il projette (et à l'idée que l'on se fait spontanément de la vie en société), le droit est en constant déséquilibre et sa cohérence interne est toute relative. Il n'y a pas de principe unique au fondement d'une quelconque institution. Ainsi, toute opération visant la mise à jour d'une institution laisse toujours un

37. C'est notamment le cas de Gunther Teubner, voir à ce propos : G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, coll. « Les Voies du droit », Paris, Presses universitaires de France, 1993. Lire également la première partie du texte de M. COUTU, « Contrat et auto-référence en droit suivant Gunther Teubner : une « méprise constructive » », (1998) 40 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1, 46.

38. J.M. BRISSON, *op. cit.*, note 4.

arrière-goût de compromis et d'incohérence, de même que le fonctionnement de l'institution ancienne offrait elle aussi le spectacle quotidien de cette incohérence. Cet état de fait est peut-être plus rassurant que franchement inquiétant, puisque ce « jeu » dans les institutions est également la condition de leur souplesse. On sait en effet qu'aucune organisation humaine ne peut résister longtemps à la trop grande rigidité de ses structures, de ses hiérarchies et de sa normativité interne³⁹. Les refontes périodiques de plusieurs champs du droit et la révision des dispositions procédurales en matière civile ne feront pas l'économie de ces incohérences et de ces compromis. Il faudra par conséquent accepter l'imperfection de toute révision de la procédure civile, en comptant sur le jeu dynamique des pratiques qu'elle abolit ou qu'elle fait naître.

4.2 Une révision définitive ?

Pour la même raison, on devra admettre le caractère temporaire de toute révision de la procédure civile, à la fois parce que l'institution judiciaire se modifie elle-même, avec les années, et à cause des attentes changeantes des justiciables à l'égard de la justice. Tout cela nous convie évidemment à une certaine modestie, mais il s'agit d'une tendance incontournable des organisations et des institutions. Ainsi, il n'y a rien de plus instructif que la lecture des rapports annuels de la Direction des affaires judiciaires du ministère de la Justice. On y constate l'évolution graduelle des critères par lesquelles l'institution judiciaire évalue sa propre capacité à remplir sa mission. Or ces critères changent perpétuellement d'une période à l'autre, l'institution établissant sa propre évaluation sur le nombre des dossiers traités, puis sur la mise au point d'indicateurs de performance susceptibles de faciliter la comparaison entre les districts judiciaires. On se sera par la suite penché sur la fluctuation des délais de cour... On aurait pu tout aussi bien mesurer la proportion des causes portées en appel, la chose eût présenté également un certain intérêt. Peut-être un jour cherchera-t-on en outre à mesurer la satisfaction des justiciables... Tout cela révèle cependant les changements perpétuels qui traversent l'institution, les attentes parfois contradictoires qu'elle engendre. Il ne faut sans doute pas redouter ces adaptations, mais au contraire les favoriser. Cependant, comment ne pas jouer alors aux apprentis sorciers ?

On doit accueillir avec beaucoup d'espoir les expériences pilotes qui ont été conduites à tous les niveaux de l'institution judiciaire, au moment

39. Voir notamment à ce propos les travaux de M. VAN DE KEROVE et F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, coll. « Les Voies du droit », Paris, Presses universitaires de France, 1992.

de l'implantation de nouveaux modes de gestion des litiges civils, parce qu'elles ont permis une évaluation continue de ces innovations⁴⁰. Ainsi, toute révision du *Code de procédure civile* devrait entraîner une évaluation des procédés et des règles internes qu'elle propose. En effet, la sociologie contemporaine nous apprend que chaque mutation, même mineure, de nos valeurs et de nos habitudes engendre des conséquences inattendues et que ces dernières sont souvent plus déterminantes pour l'état des rapports sociaux que les changements prévus⁴¹. Il ne saurait par conséquent y avoir de révision du *Code de procédure civile* sans une forme d'expérimentation de ces innovations et sans que soit assurée l'évaluation concrète de leurs effets attendus et imprévus. Certaines innovations inscrites au *Code de procédure civile* de 1966 n'ont par exemple jamais connu l'engouement auquel on s'attendait : pensons au jugement déclaratoire sur requête (art. 453 C.p.c.) ou aux dispositions prévues en matière de recours collectifs, mises en œuvre en 1978 (art. 999 C.p.c.), et que l'on ne mobilise tout au plus qu'une vingtaine de fois par année, depuis leur établissement, alors qu'elles avaient suscité beaucoup d'espoir. Tout cela aurait nécessité une évaluation plus suivie. De même, il faut expliquer le recours de moins en moins important à la Division des petites créances. Bref, il ne peut y avoir de révision du *Code de procédure civile* sans une évaluation empirique continue des résultats attendus et réels de ces révisions au regard des objectifs que l'on s'était fixés à l'origine. On profiterait là de ce que la sociologie des organisations et la sociologie du droit peuvent apporter à l'évolution des institutions judiciaires⁴². Une évaluation continue présenterait ainsi plus d'intérêt qu'une réforme que l'on pourrait souhaiter définitive.

4.3 Des limites à l'institutionnalisation judiciaire ?

Il faut finalement accepter qu'il en sera de cette révision du *Code de procédure civile* comme il en a déjà été des révisions antérieures. On fait

40. Voir en ce qui concerne la Cour supérieure : G. ROULEAU, « Les tribunaux et les méthodes alternatives », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Les méthodes alternatives de résolution des conflits*, polycopié. Lire également, s'agissant de la Cour d'appel, Y. BOISVERT, « Quand les juges aident les gens à sortir du système judiciaire », *La Presse* [de Montréal] (18 avril 1988) B4.
41. Lire notamment à ce propos l'ouvrage récent de V. DEMERS, *Le contrôle des fumeurs : une étude d'effectivité du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 1996.
42. Des études comparables sont régulièrement conduites en France et au Québec dans le domaine de la justice pénale, et il serait opportun que l'on puisse également compter sur ces apports en matière civile. Lire W. ACKERMANN et B. BASTARD, *Innovation et gestion dans l'institution judiciaire*, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 1993. Lire également : P. NOREAU et al., *Le traitement de problèmes sociaux dans le contexte judiciaire et pénal : perspective professionnelle et organisationnelle*, Montréal, Centre international de criminologie comparée (CICC), 1998.

souvent « du neuf avec du vieux ». Il reste à établir de quel vieux on tire le neuf. Trois voies s'offrent immédiatement à la réflexion. Dans un premier temps, il faut recourir aux expériences déjà tentées avec succès à l'intérieur même de l'institution judiciaire et qui ont fait leurs preuves, en modifiant à la fois les structures organisationnelles, les responsabilités et la répartition des ressources de l'administration judiciaire. On doit également savoir s'inspirer dans un deuxième temps des expériences menées à l'extérieur du champ de la justice civile québécoise, en tirant profit d'expériences effectuées au sein des juridictions administratives (en matière de santé et de sécurité au travail par exemple) ou d'autres ordres juridiques civils ; pensons par exemple à la réforme actuellement en cours en Ontario et aux travaux du sous-groupe de travail sur les systèmes de justice civile de l'Association du Barreau canadien.

Par ailleurs, dans un troisième temps il faudra savoir faire appel aux expériences venant de l'extérieur de l'institution judiciaire, comme ce fut notamment le cas, avec l'adoption du projet de loi 65, du recours à la médiation familiale en matière de divorce et de séparation. Dans ces derniers cas cependant, une préoccupation importante subsiste, car l'intégration de ces pratiques à la faveur d'expériences antérieures conduites dans d'autres champs que celui de la pratique judiciaire ne peut être envisagée que dans la mesure où l'on respecte la nature de ces nouveaux procédés. En effet, les observations antérieures en matière d'innovation institutionnelle tendent à démontrer que les institutions cèdent souvent à la tentation de récupérer superficiellement les pratiques innovatrices qui se sont élaborées à l'extérieur de leurs murs. Leur intégration est, par conséquent, bien imparfaite et il résulte fréquemment de cette situation une forme de perversion de ces pratiques nouvelles que l'on prétendait reconnaître mais qui, évaluées à partir de critères extérieurs à leur propre logique (délai ou garants procéduraux de divers ordres), ne peuvent que décevoir. Ainsi, toute reconnaissance institutionnelle des pratiques conçues en dehors du système judiciaire, et qui pourraient largement contribuer au renouvellement de l'institution, ne peut avoir de sens que si l'on reconnaît à ces pratiques leur propre cohérence et leur logique interne, sans quoi elles risquent de ne pas apporter à l'institution ce que l'on espérait en tirer. Ainsi, la médiation familiale, même intégrée dans le répertoire des pratiques judiciaires en matière matrimoniale (et peut-être surtout du fait de la façon dont elle est intégrée et des motifs pour lesquelles cette intégration s'est imposée), risque de devenir, si l'on n'y prend pas garde, une procédure de plus dans la séquence déjà longue qui conduit parfois à l'audition en cour, ou pire une

simple procédure dilatoire⁴³. Pour s'inspirer d'un exemple tiré d'un autre champ de l'activité sociale, rappelons que les sages-femmes ne sont parvenues à intégrer le milieu hospitalier qu'en revêtant leur pratique de toutes les apparences de la culture médicale institutionnelle. Ainsi, les raisons de leur reconnaissance institutionnelle n'ont plus rien à voir avec ce qu'elles auraient pu autrement apporter au milieu médical, soit une approche plus adaptée aux conditions effectives de la naissance chez l'humain. Dans le domaine du droit, ce fut également la destinée historique de la Cour d'*equity* au XIX^e siècle⁴⁴. Il en va sans doute de même du recours à la médiation en matière civile, qui ne pourra apporter ce que l'on en attend que dans la mesure où l'on ne la soumet pas en même temps à des contraintes institutionnelles sans rapport avec les conditions nécessaires à son apport effectif à la résolution des conflits. À cette condition cependant, elles peuvent sans doute apporter beaucoup, dans une perspective favorable au pluralisme dans le domaine judiciaire.

Cela dit, les impératifs organisationnels resteront les mêmes. Toute institution entend gérer de façon serrée son propre fonctionnement, mais elle souffre difficilement l'évaluation continue de ses propres mécanismes et critères. On peut par conséquent espérer que toute réforme judiciaire s'accompagne d'un système d'évaluation continue (le pouvoir arrêtant le pouvoir, comme l'affirmait Montesquieu) de sorte que l'on ne soit pas tenté de régir la justice civile en vase clos en fonction d'un critère unique (une conception trop formelle ou statique de la justice par exemple) et que l'on accepte l'altérité de la culture juridique et judiciaire, qui est la seule condition de son constant renouvellement.

43. Lire très précisément sur cette question particulière : P. NOREAU, « Pluralisme juridique et institutionnalisation des pratiques sociales : le cas de la médiation familiale », dans B. MELKEVIK, *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1998, p. 41.

44. Lire à ce propos : D. MANAI, « Équité », dans A.-J. ARNAUD *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1993 p. 235.