

La superposition des conflits : limites de l'institution judiciaire comme espace de résolution

Droit et Société 40-1998
(p. 585-612)

Pierre Noreau *

Résumé

L'étude qui suit est une contribution à la théorie des institutions. Elle vise à illustrer en quoi le droit participe à la mise en forme des rapports sociaux. On s'intéressera plus particulièrement ici à la judiciarisation des conflits matrimoniaux. La recherche met notamment en évidence la transformation que le procès impose aux relations entre les justiciables, en superposant à leur conflit initial un mode d'interaction prédéterminé : le litige. Une démonstration empirique exploitant des données de type quantitatif vient compléter un exposé-synthèse. On y révèle que les conflits extrêmes se poursuivent généralement après le procès, alors que les conjoints aux prises avec un conflit de moindre amplitude négocient quant à eux des ententes en marge du cadre juridique.

Conflit - Institution - Litige - Procès - Superposition.

Summary

Superposing Conflicts: Limitations of the Judiciary Process as a Mechanism for Conflict Resolution

In this text we would like to advance the Theory of institutions. We want to show how Law contributes to the shaping of social relations, in particular the judicialization of marital conflicts. This research shows how the trial process modifies the relations between the litigants by adding to the initial conflict a pre-set interaction process : litigation. An empirical demonstration using quantitative data complements our theoretical summary of the question. It shows that, generally, whereas severe conflicts tend to persist after the trial, spouses in a less severe state of conflict continue to negotiate agreements outside the legal process. In both cases, we pose the problem of the limitations of the court trial.

Conflict - Institution - Litigation - Superposing conflict - Trial.

L'auteur

Professeur et chercheur associé au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal. Ses recherches portent sur le procès et la médiation comme modes de règlement des conflits et sur la traduction juridique et le traitement pénal des problèmes sociaux.

Parmi ses publications :

— *Le droit préventif : le droit au-delà de la loi*, Montréal, Thémis/CDPQ, 1993 ;

— « Le droit comme forme de socialisation : Georg Simmel et le problème de la légitimité », *Revue française de science politique*, vol. 45, n° 2, avril 1995 ;

— « Pluralisme juridique et institutionnalisation des pratiques sociales : le cas de la médiation familiale », dans Bjarne Melkevik, *Transformation de la culture juridique québécoise : est-ce la fin de l'hégémonie positiviste ?*, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1998.

* Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal, C.P. 6128, Succursale Centre-ville, Montréal (Québec) H3C 3J7.

P. Noreau

*La superposition des conflits :
limites de l'institution
judiciaire comme espace de
résolution*

C'est la prétention du législateur de fixer la trame des rapports humains. Mais c'est également celle de toutes les institutions, si tant est qu'on puisse leur prêter une intention. On reconnaît en effet aux institutions la « fonction » d'assurer la continuité et la stabilité des rapports sociaux, en imposant un sens – et par là une limite – acceptable aux actions individuelles. La chose apparaît plus nécessaire encore lorsque ces rapports sont de nature conflictuelle. Il en va alors de la stabilité même des rapports sociaux. La judiciarisation des conflits répond à cet impératif et le droit, aurait dit Gurvitch, trouve là une expression comme « œuvre de civilisation »¹.

La sociologie classique a souvent considéré le conflit comme le symptôme d'un dysfonctionnement de l'organisme social, ou comme l'expression d'une déviance ou d'une rupture du lien social. Aussi, les juristes et les sociologues ont-ils longtemps partagé la même conception de la norme et du droit. Dans la foulée des travaux de Georg Simmel (1858-1918), la sociologie s'est cependant à nouveau intéressée au problème du conflit social, en lui donnant une tout autre signification². Graduellement, à la suite des travaux de Lewis A. Coser³, puis de ceux de Vilhelm Aubert⁴ et de Richard Abel⁵, le conflit est apparu comme une des formes possibles de la relation sociale, c'est-à-dire comme une façon particulière d'entrer en rapport avec les autres. Mais il est également apparu évident que ce type particulier de relation ne pouvait échapper au processus d'*objectivation* que connaissent toutes les autres formes de socialisation. C'est ce phénomène d'objectivation qui s'exprime dans le cadre de l'institution judiciaire⁶. On touche ici au problème de l'institutionnalisation des rapports sociaux et, s'agissant du conflit, de leur judiciarisation ; phénomène dont on a graduellement cherché à comprendre la signification sociale et les effets. L'article qui suit se propose ainsi d'étudier l'activité judiciaire en prenant appui sur la sociologie des institutions, et plus particulièrement sur une certaine *sociologie de l'institutionnalisation*. Il propose une perspective théorique de moyenne portée, à mi-chemin entre la sociologie des normes et la sociologie de l'action (ou sociologie du champ juridique).

I. La fonction sociale de l'institution

I.1. L'institutionnalisation des rapports sociaux

Il existe dans la littérature courante un nombre impressionnant de définitions différentes du concept d'*institutionnalisation*. Le terme lui-même est souvent utilisé sans avoir été défini clairement. Cela dit, pour la sociologie générale, l'institutionnalisation a souvent été décrite comme un processus de régulation des rapports sociaux, processus par lequel l'établissement de rôles hiéar-

1. Georges GURVITCH, « Problèmes de sociologie du droit », dans *Traité de sociologie*, tome 2, Paris, PUF, 1963, p. 171-206.

2. Georg SIMMEL, *Le conflit*, Paris, Circé, 1992 (1^{re} édition allemande 1908).

3. Lewis A. COSER, *Les fonctions du conflit social*, Paris, PUF, coll. « Sociologies », 1982 (1^{re} édition américaine, 1956).

4. Vilhelm AUBERT, « Competition and Dissensus : Type of Conflict and of Conflict Resolution », *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 7, n° 1, mars 1963.

5. Richard ABEL, « A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society », *Law and Society Review*, vol. 8, n° 2, 1973.

6. Le texte qui suit doit d'ailleurs être abordé comme la suite d'un texte antérieur, également publié en France. Pierre NOREAU, « Le droit comme forme de socialisation : Georg Simmel et le problème de la légitimité », *Revue française de science politique*, vol. 45, n° 2, avril 1995, p. 56-78

chisés et de modèles précis de comportement conduit à l'élaboration d'un système d'interaction cohérent, qu'on peut appeler *Institution*. L'État et la famille constituent, de ce point de vue, des institutions. On rencontre des exemples équivalents dans tous les manuels. On a cependant voulu tirer ici les conséquences pratiques associées au phénomène. Au cours des dernières années, l'anthropologue Mary Douglas s'est également intéressée aux effets de l'institutionnalisation sociale, en réintroduisant des considérations souvent oubliées au cours des récentes années, alors que la sociologie accordait une plus grande importance au jeu des acteurs et des agents ⁷.

Bien sûr, souligne Mary Douglas, l'institution suppose toujours la constitution d'un groupe social légitime – d'un collectif de pensée – caractérisé par le même *style de pensée* ⁸ et qui fonde sa légitimité en vertu d'une convention formelle et d'un type cognitif particulier ⁹. Pierre Bourdieu parlerait plutôt ici de *raison pratique* ou d'*habitus* professionnel ¹⁰. Ce consensus assure également la stabilité de l'institution et la protège des impératifs strictement utilitaristes ou trop fugitifs. Ce faisant, on favorise cependant une « routinisation » des processus décisionnels, en imposant un mode d'organisation de l'information :

« L'expérience du passé est intégrée aux règles de l'institution de façon à guider les prévisions pour le futur. Mieux, les institutions encodent les probabilités, mieux, elles servent à contrôler les facteurs d'incertitudes, avec en outre le fait que les comportements ont tendance à se conformer aux prévisions institutionnelles : si l'on atteint ce degré de coordination, le désordre et la confusion n'ont plus de place. Schotter présente les institutions comme des facteurs réducteurs d'entropie. Elles ont un fonctionnement empirique et normatif au départ, mais elles finissent bien par stocker toute l'information nécessaire. Quand tout est institutionnalisé, ni l'histoire ni les autres moyens de stockage ne sont plus nécessaires : "C'est l'institution qui dit tout" ¹¹. »

Pour faire image, nous pourrions dire qu'une fois établie, l'institution impose des rôles, des catégories et des modes de classification fondés sur des critères de similitude. Ces critères permettent, pour ainsi dire, la « mise en pilotage automatique de la pensée individuelle ¹² » et servent de « prothèses théoriques à l'individu qui veut exprimer ses pensées sociales les plus profondes, ou sur lesquelles il va simplement se reposer s'il n'a pas la force d'établir une classification indépendante ¹³ ». P. Lascoumes parlerait plutôt ici, après Foucault, de « Régime de Vérité ¹⁴ ». Dans ce processus se créent également des zones d'ombre, parce qu'au sein des institutions « tous les problèmes que nous tentons de

7. Mary DOUGLAS, *Ainsi pensent les institutions*, Paris, Usher, 1989 (1^{re} édition américaine, 1986).

8. Elle utilise l'expression au sens où l'entend Ludwik Fleck, qui rejoint sur ce point la pensée de Durkheim. Cela dit, « Fleck va plus loin que Durkheim dans son analyse de la notion de groupe social. Il introduit plusieurs termes techniques : le « collectif de pensée » (équivalent du groupe social chez Durkheim) et son « style de pensée » (équivalent des représentations sociales chez Durkheim), qui gouverne la perception, la forme, et produit une somme de savoir. Pour Fleck, le style de pensée est la condition d'existence de toute cognition et détermine ce qui peut être considéré comme une question sensée et comme une réponse vraie ou fausse. Il fournit le cadre et définit les limites de tout jugement portant sur la réalité objective. Sa caractéristique essentielle est d'être invisible aux membres du collectif de pensée » (Mary DOUGLAS, *ibid.*, p. 12).

9. *Ibid.*, p. 41-42.

10. Voir à ce propos Pierre BOURDIEU, *Raisons pratiques*, Paris, Seuil, coll.

« Points/Essais », 1996. Lire également Frédéric OCQUETEAU et Francine SOUBIRAN-PAILLET, « Champ juridique, juristes et règles de droit : une sociologie entre disqualification et paradoxe », *Droit et Société*, n° 32, 1996, p. 9-26.

11. Mary DOUGLAS (*op. cit.*, p. 43) cite ici l'ouvrage de Andrew SCHOTTER, *The Economic Theory of Social Institutions*, Cambridge University Press, 1981.

12. *Ibid.*, p. 56.

13. *Ibid.*, p. 58.

14. S'agissant du droit, il parlerait plus spécifiquement de Régime de Vérité juridique. Lire Pierre LASCOUTES, « Foucault et les sciences humaines, un rapport de biais. L'exemple de la sociologie du droit », *Criminologie*, vol. 26, n° 1, 1993, p. 35-50.

penser sont automatiquement traduits dans leurs termes en problèmes institutionnels » et parce que leurs solutions ne proviennent plus que du « domaine restreint de leurs expériences ¹⁵ ». À la limite, les catégories instituées « stabilisent les flux de la vie sociale et créent même, jusqu'à un certain point, les réalités auxquelles elles s'appliquent ¹⁶ ».

Le « Droit » en tant qu'institution fournit une illustration connue de ce qui précède. Il balise par exemple les notions de droit et d'obligation, de responsable et de victime, de légalité et d'illégalité ; il distingue les faits juridiques et non juridiques. L'institution en viendrait ainsi à créer un monde de représentations qui lui est propre, distinct de la réalité sur laquelle porte son action.

1.2. La judiciarisation comme procédé d'institutionnalisation des relations conflictuelles

S'agissant du conflit social, nous avons dit que la judiciarisation (*i.e.* le procès) jouait le même rôle. Elle constitue ainsi une des formes possibles de l'institutionnalisation. Les anthropologues ont consacré, au cours des trente dernières années, une importante partie de leurs recherches à l'étude des mécanismes favorisant l'expression et la résolution des différends. La nature exacte du phénomène accuse cependant des définitions assez diverses. Ainsi, pour V. Aubert, ce qui caractérise surtout le passage du conflit social au conflit judiciaire, c'est la transformation de simples conflits d'intérêts en conflits de valeurs. Alors que le premier se prête au compromis, sinon à la compétition, le second n'offre, toujours selon Aubert, aucun espace de négociation (*dissensus*) et imposerait une logique du tout-ou-rien (*all-or-none*).

« The legal solution, in common with the solution which accident, fate, or ill will may give to a transaction, tends to ignore the mimimax principle and gives all to one party [...]. When a clash of interests has become associated with a dissensus, bargaining and compromise may be harder to achieve, while the conflict has, on the other hand, become amenable to a solution through the intervention of law in the broadest sense ¹⁷. »

Pour l'anthropologue P.H. Gulliver, la référence aux institutions juridiques implique surtout la transformation de conflits purement politiques en conflits judiciaires. Dans le premier cas, l'issue du conflit dépend de la négociation et de l'équilibre des forces en présence, dans le second, il tiendrait plutôt de l'exercice d'une autorité chargée des fonctions d'adjudication en référence à une norme extérieure.

« By a judicial process, I mean one that involves a judge who is vested with both authority and responsibility to make a judgment, in

15. Mary DOUGLAS, *op. cit.*, p. 84.

16. *Ibid.*, p. 90.

17. Vilhem AUBERT, *op. cit.*, p. 28 et 32.

accordance with established norms which is enforceable as the settlement of a dispute ¹⁸. »

Ces normes, ajoute Pospisil, doivent cependant être administrées dans un esprit d'universalité – « *the intention of universal application* » –, c'est-à-dire avec l'intention que leur interprétation soit applicable à tous les cas comparables ¹⁹.

L'idée généralement admise voulant que l'application d'une norme unique ou universelle constitue l'essence du processus judiciaire ne fait cependant pas l'unanimité. Après tout, le conflit, qu'il soit de nature judiciaire ou non, implique toujours un malentendu sur l'état de la norme applicable aux parties impliquées ²⁰. En dernière analyse, souligne Richard Abel – plus proche, ici, de la tradition structuraliste –, c'est moins la référence à une théorique norme universelle qui fixe le caractère particulier des institutions judiciaires différenciées, que la structure et la cohérence des rôles imposés aux parties et aux intervenants par ces institutions. Les normes de portée générale auxquelles on se réfère dans le cours de ces interactions ne seraient pas la cause mais bien le produit de ces rôles imposés. Pour cette raison, les institutions établies en vue de faciliter le règlement des conflits sociaux ont tendance à se distinguer des autres types de relations qui se développent au sein de la société civile. La pérennité de ces institutions serait surtout fonction de la stabilité des rôles qu'elles imposent et de la régularité des comportements qu'elles suscitent. La réalité sociale connaissant de perpétuels changements, l'institution ne peut cependant maintenir sa cohérence interne qu'en renforçant son imperméabilité en regard des autres réalités sociales. C'est l'éternel conflit entre « la vie et la culture » dont parle Georg Simmel ²¹. Les impératifs de la stabilité et de l'objectivation des rapports sociaux impliqueraient par conséquent que l'institution prenne graduellement ses distances vis-à-vis de la société civile dont elle est issue :

« Process can become internally coherent only at the cost of turning away from outside world. The institution develops a carapace, impermeable to external information, prescription, or influence. Behavior grows introverted, preoccupied with its own norms and activities. The problems it handles are the problems defined by the institution, not the society ; the solutions it generates are solutions for the institution, not the society. If carried to an extreme, the dispute process becomes wholly involuted, hermetical, the exclusive domain of specialists, and comprehensible to them alone ²². »

On retrouve encore ici – dans une perspective très spécifique – l'essentiel des considérations abordées par Mary Douglas. Cette fois-ci, elles sont cependant appliquées aux institutions judiciaires. Reste à trouver les causes du phénomène. Pour Richard Abel, comme pour Max Weber, l'institutionnalisation des mécanismes de résolution des conflits est le produit d'une rationalisation crois-

18. P.H. GULLIVER, *Social Control in an African Society : A Study of the Arusha : Agricultural Masai of Northern Tanganyika*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963, p. 297. Cité par Richard ABEL, 1973, op. cit., p. 232.

19. Cité par Richard ABEL, 1973, op. cit., p. 233.

20. Voir à ce propos ce que nous avons écrit ailleurs : Pierre NOREAU, *Le droit préventif : le droit au-delà de la loi*, Montréal, Thémis/C.D.P.Q., 1993. Jean-Guy BELLEY souligne dans le même sens que « l'insatisfaction ressentie par au moins une des parties à l'égard de l'état actuel de ses relations avec l'autre, insatisfaction plus ou moins consciente, est à la base de tout conflit et constitue, avec la tentative de modification du *statu quo* qu'elle suscite, l'objet nécessaire et suffisant de tout conflit ». Voir Jean-Guy BELLEY, *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, Paris, Thèse de doctorat de sociologie juridique (Paris II), mars 1977, p. 170. Voir également p. 195.

21. Georg SIMMEL, *La tragédie de la culture et autres essais* (traduction de Vladimir Jankélévitch), Paris, Petite bibliothèque Rivage, 1988. Consulter également Pierre NOREAU, 1995, op. cit.

22. Richard ABEL, 1973, op. cit., p. 265.

P. Noreau

La superposition des conflits : limites de l'institution judiciaire comme espace de résolution

23. *Ibid.*, p. 264 et 269. Voir également, sur les notions de rationalité et prédictibilité, l'article de Michel COUTU, « Les transformations du droit et l'émergence du capitalisme : le "problème anglais chez Max Weber" », dans Jean-Guy BELLEY et Pierre ISSALYS, *Aux frontières du juridique*, Québec, GEPTUD, coll. « Travaux », 1993, p. 67-109. Lire enfin l'ouvrage de Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 1995.

24. Richard ABEL, 1973, *op. cit.*, p. 285, 290 et 288.

25. C'est, du moins là, le point de vue favorisé par de nombreux chercheurs français, inspirés par les travaux de Pierre Bourdieu.

26. *Ibid.*, p. 288.

27. Sur la ritualisation et l'objectivation, voir notamment Jean-Guy BELLEY, 1977, *op. cit.*, p. 228 et 231.

28. Voir sur cette question l'article souvent cité de William L.F. FELSTINER, « Influences of Social Organization on Dispute Processing », *Law and Society Review*, vol. 9, 1974. Également cité et reproduit dans Lawrence M. FRIEDMAN et Stewart MACAULAY, *Law and the Behavior Sciences* (2^e édition), Indianapolis/New York, The Bobbs-Merrill Cie, 1977 (1^{re} édition 1969), p. 1013-1027.

29. Voir à ce propos Johan GALTUNG, « Institutionalized Conflict Resolution », *Journal of Peace Research*, n° 3, 1965, p. 349-397. Voir également Jean-Guy BELLEY, 1977, *op. cit.*, p. 242.

30. Mary DOUGLAS, 1989, *op. cit.*

sante des rapports sociaux. C'est une caractéristique observée au sein des sociétés complexes. Ce processus de rationalisation implique une série d'adaptations fonctionnelles (le traitement de certains cas plutôt que d'autres) et exige une certaine efficacité de fonctionnement (*efficiency*). Or celle-ci suppose l'élaboration de procédures précises et prédictibles²³. Ces impératifs expliqueraient la spécialisation graduelle des institutions, leur bureaucratization et leur tendance au monopole²⁴. Dans une perspective plus actionnaliste, ce mouvement trouve un puissant ressort dans l'intérêt que les juristes eux-mêmes trouvent à contrôler leur champ d'activité professionnelle²⁵. D'un point de vue plus phénoménologique, elle suppose, au sein de l'institution, une recherche d'uniformisation²⁶, de ritualisation et d'objectivation des problèmes²⁷.

S'agissant des sociétés occidentales (*technologically complexe rich societies*), Felstiner rappelle, dans le même sens, que c'est l'adjudication qui s'est imposée comme fonction de règlement des conflits au détriment des mécanismes de médiation qu'on rencontre plus généralement au sein des sociétés traditionnelles (*technologically simple poor societies*)²⁸. Dans un cas comme dans l'autre cependant, le succès de l'institution réside dans sa capacité à faire accepter ses décisions et à les imposer, ce qui suppose un certain dépassement des rapports quotidiens et une objectivation des actions conduites par l'institution judiciaire²⁹. Le droit et l'institution judiciaire n'auraient ainsi d'utilité que dans la mesure où leur action et leur système de référence transcendent le sens commun.

I.3. Distanciation, dépersonnalisation et méta-conflit

C'est un procédé métaphorique facile de prêter aux institutions une volonté particulière. Derrière l'action supposée des institutions, des acteurs s'agitent ou se sont agités. C'est une remarque déjà faite par Mary Douglas³⁰. Aborder les réalités instituées, c'est étudier le résultat d'une cristallisation. Les angles d'analyse sont donc nombreux. Les sociologues, à la suite de Simmel, se sont ainsi intéressés au processus par lequel se constituent les formes de socialisation, dans la foulée des rapports sociaux. Les anthropologues américains, eux, se sont surtout penchés sur la nature des institutions qui naissent de ces processus et sur leur fonctionnement. Pour notre part, nous nous arrêtons surtout à la transformation que le travail institutionnel fait subir à la réalité mouvante des individus et, plus particulièrement, aux effets de la judiciarisation – du recadrage judiciaire – sur les conflits personnels. Dans cette perspective, plus modeste, les *a priori* épistémologiques des uns et des autres se rejoignent et leurs conclusions également.

Tous reconnaissent en effet que le travail institutionnel se caractérise surtout par la distanciation et la dépersonnalisation qu'il impose aux rapports individuels ³¹. Or, c'est précisément cette particularité qui explique qu'une certaine dichotomie et, partant, qu'une certaine cohabitation est possible entre le conflit original tel qu'il est vécu par les parties et le conflit tel qu'il est traité par l'institution judiciaire. C'est l'hypothèse du *méta-conflit* telle qu'elle a été synthétisée par Johan Galtung :

« *In this case we shall refer to the mechanism as a 'meta-conflict' or 'derived conflict', where the two parties act out some new kind of conflict where they also pursue a scarce value. The participants may be the same as the participants in the underlying or original conflict, or their proxies as in many duels and legal procedure [...]. What the meta-conflict does is to start a new conflict and hence to introduce more disputed values in the total action-system, such as 'to be right', 'to be in the right', 'to win', etc.* ³². »

Il en résulte la possibilité de transférer le conflit d'un niveau à l'autre ou d'exploiter le méta-conflit comme « valve de sécurité » du conflit principal (*safety-valve-mechanism*) ³³. La situation implique potentiellement la cohabitation d'au moins deux processus de résolution parallèles ³⁴. Mais s'agissant du processus judiciaire, la judiciarisation suppose surtout qu'on chapeaute le conflit initial d'un autre conflit, différent du conflit original. C'est l'hypothèse de la *superposition*. C'est du moins dans ces termes que la sociologie judiciaire contemporaine aborde le problème de l'institutionnalisation. Belley, sur les traces de Galtung, ajoute à ce propos :

« L'existence d'une institution judiciaire, éventuellement rattachée à une organisation spécifique, confère au méta-conflit judiciaire une indépendance relative par rapport aux diverses composantes du conflit initial. L'institutionnalisation tend à établir une distance significative entre le conflit initial et le méta-conflit, entre la dynamique du conflit et l'effort de résolution auquel il donne lieu. Le processus judiciaire qui se déroule dans le cadre d'une institution judiciaire se soustrait à l'influence des parties directement impliquées dans la proportion exacte où il obéit aux exigences des règles et des rôles du modèle préétabli ³⁵. »

Il résulte de cette situation qu'une distance peut potentiellement s'imposer entre le conflit original et le modèle de résolution offert par la justice pour le résoudre (cf. le procès) ³⁶. Graphiquement, on pourrait présenter le processus de judiciarisation de la façon suivante :

31. Jean-Guy BELLEY, 1977, *op. cit.*, p. 243.

32. Johan GALTUNG, 1965, *op. cit.*, p. 356.

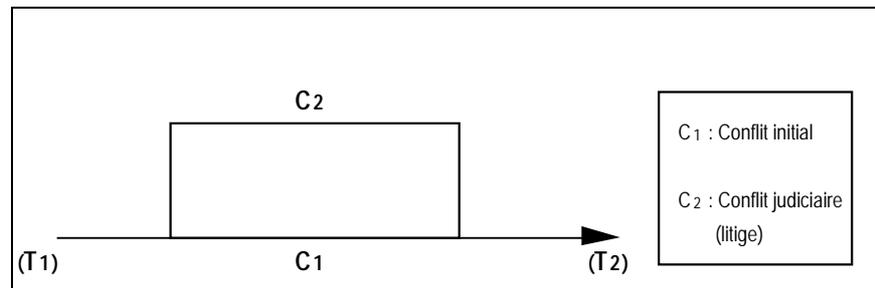
33. *Ibid.*, p. 357.

34. *Ibid.*, p. 157 ; et Richard ABEL, 1973, *op. cit.*, p. 269.

35. Jean-Guy BELLEY, 1977, *op. cit.*, p. 232.

36. *Ibid.*, p. 234 et 304.

Figure 1
Hypothèse de superposition



Au conflit initial (C1) s'ajoute un second conflit (C2) de nature différente et, partant, un second niveau de résolution. L'hypothèse reconnaît implicitement qu'une des difficultés rencontrées dans les sociétés contemporaines tient justement dans la cohabitation difficile de la vie et de la culture – ici des conflits tels qu'ils sont concrètement vécus par les individus et des formes instituées par lesquelles ils sont objectivés (*i.e.* institutionnalisés). Tout cela ne signifie pas que ces deux niveaux de conflit et de résolution soient sans rapport l'un avec l'autre. Chaque niveau déborde vraisemblablement sur l'autre, dans un mouvement continu favorisant l'inter-normativité. C'est ce mouvement que nous avons voulu traduire graphiquement par l'ajout de deux flèches imprimant un mouvement de va-et-vient entre les deux formes de conflit (cf. figures 2 et 3). Cette dialectique suppose cependant l'existence de deux termes et, partant, la construction d'un conflit judiciaire différent du conflit initial.

I.4. L'état des recherches antérieures sur la question

Il s'agit d'une hypothèse de travail souvent reprise et qui a déjà fait l'objet d'illustrations diverses. Elle remet cependant en question l'hypothèse de continuité défendue, un temps, par les chercheurs américains associés au *Civil Litigation Research Project*. On proposait à l'époque (1980-1981) de considérer la mise en forme du litige judiciaire comme le produit d'une suite d'étapes prévisibles : *injurious-grievance-claim-dispute*³⁷. Cette hypothèse devait cependant être ultérieurement reconsidérée dans la foulée de travaux empiriques conduits, notamment, par des anthropologues comme O'Barr et Conley. Les deux chercheurs y démontrent qu'une importante différence existe entre les considérations réelles mobilisées par les parties en présence (*hidden agenda*) et celles des intervenants judiciaires impliqués dans leur dossier. Le procès se conclut ainsi régulièrement sur une série de malentendus sur la na-

37. William L.F. FELSTINER, Richard L. ABEL et Austin SARAT, « The Emergence and Transformation of Dispute », *Law and Society Review*, vol. 15, n° 3-4, 1980-1981, p. 630-654.

ture réelle du conflit initial³⁸. Toujours aux États-Unis, mais dans le domaine plus spécifique des litiges matrimoniaux, la distinction entre deux niveaux d'action est également mise en évidence dans le cadre d'études sur les négociations conduites en cours d'instance entre les ex-conjoints³⁹.

Dans d'autres secteurs du droit, la recherche empirique offre également, en France, quelques travaux sur ce phénomène de dédoublement. Ainsi, de façon générale, les travaux fondés sur la notion de « mobilisation du droit » supposent qu'on considère l'activité judiciaire comme un champ d'action spécifique, différent du cours ordinaire des rapports qu'entretiennent les parties en présence et offrant des ressources particulières⁴⁰. Dans le domaine du droit du travail par exemple, les recherches menées par Francine Soubiran-Paillet conduisent aux mêmes conclusions. Le droit y est souvent mobilisé comme ressource, mais une dichotomie subsiste toujours entre l'espace-temps « entreprise » et l'espace-temps « justice »⁴¹. Ici encore il existe une distance mesurable entre conflit et litige.

Dans une perspective plus proche de la sociologie des organisations, les chercheurs du Centre de sociologie des organisations mettent également en évidence la présence, au sein même du système pénal, de modes d'intervention à plusieurs étages où chaque type d'intervenant entretient un univers de critères et de représentations spécifique. On assiste alors souvent à une superposition et à une concurrence des compétences⁴². Quoique menés dans une perspective différente, les travaux plus anciens de chercheurs comme Évelyne Serverin et Antoine Jeammaud sont fondés sur des postulats équivalents⁴³. L'autonomie relative du droit y est constamment affirmée, celui-ci gardant ses effets quelle que soit la conscience qu'en aient réellement les justiciables⁴⁴.

On retrouve finalement dans les travaux théoriques actuels de André-Jean Arnaud sur la complexité des considérations assez proches de celles sur lesquelles sont construites les hypothèses de notre recherche. À divers titres les travaux de Gunther Teubner sur le droit comme système autopoïétique et ceux de Niklas Luhmann sur le droit comme système social partiel supposent également l'existence de plusieurs niveaux d'action différents, chaque auteur proposant sa propre interprétation des rapports (ou des non-

38. William M. O'BARR, et John M. CONLEY, « Lay Expectations of the Civil Justice System », *Law and Society Review*, vol. 22, n° 1, 1988, p. 137-161 ; John M. CONLEY et William M. O'BARR, « Hearing the Hidden Agenda : The Ethnographic Investigation of Procedure », *Law and Contemporary Problems*, vol. 51, n° 4, 1988, p. 181-187. Lire également John M. CONLEY et William M. O'BARR, *Rules versus Relationship*, Chicago, University of Chicago Press, 1990. Dans une perspective comparable, lire Seana C. MCGUIRE et Roderick A. MACDONALD, « Judicial Scripts in the Dramaturgy of the Small Claims Court », *Revue canadienne Droit et Société*, vol. 11, n° 1, 1996, p. 63-98.

39. Herbert JACOB, « The Elusive Shadow of the Law », *Law and Society Review*, vol. 26, n° 3, 1992, p. 565-590.

40. Lire, dans cette perspective, Pierre LASCOURNES et Évelyne SERVERIN, « Le droit comme activité sociale : pour une approche webérienne des activités juridiques », dans Pierre LASCOURNES (dir.), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 1995, p. 155-177.

41. Francine SOUBIRAN-PAILLET, « De l'entreprise au prétoire : dédoublement du temps et de l'espace », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 20, 1988, p. 1-18 ; ID., « Recours à des catégories juridiques et "judiciarisation" dans un conflit du travail », *Droit et Société*, n° 13, 1989, p. 437-450.

42. Christian MOUHANNA et Werner ACKERMANN, « Une justice à deux : la procédure pénale au quotidien », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, n° 22, 1995, p. 137-147. Lire également Benoît BASTARD et Werner ACKERMANN, « Une coopération conflictuelle : les relations entre les barreaux et les tribunaux de grande instance », *Droit et Société*, n° 23/24, 1993, p. 59-78.

43. Lire notamment, sur la pluralité des « niveaux d'activité », Christiane BEROUJON, Sylvie BRUXELLES et Évelyne SERVERIN, « Cadre procédural et processus de compréhension dans une affaire de consultation », dans Pierre BANGE (dir.), *L'analyse des interactions verbales : la dame Caluire, une consultation*, Actes du Colloque tenu à l'Université Lyon 2 du 13 au 15 décembre 1985, p. 335-359

44. Antoine JEAMMAUD, « Les règles juridiques et l'action », *Recueil Dalloz Sirey*, n° 29, 1993, chronique, p. 207-212. Dans la même perspective, lire Antoine JEAMMAUD, « La médiation dans les différends du travail en droit français », *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, n° 13, 1993, p. 193-208.

rapports) entre la sphère du droit et les autres champs de l'action sociale ⁴⁵.

II. Mode de démonstration et méthodologie

Si cette hypothèse est exacte, la « judiciarisation des différends » suppose la création d'un conflit spécifique, différent du conflit initial, que nous avons appelé, après Galtung : le méta-conflit ⁴⁶. Si ce méta-conflit ne parvient pas à intégrer complètement les dimensions du conflit original, on peut supposer que ce dernier « poursuit sa carrière » sans référence obligée à sa forme judiciarisée. On devrait alors constater la cohabitation (la superposition) de deux conflits de nature différente et par conséquent de deux modes de résolution différents. C'est l'*hypothèse de la superposition*.

Cette hypothèse générale pourrait faire l'objet d'une démonstration pour presque tous les types de conflits civils. Plus modestement, nous étudions pour notre part les conséquences associées à la judiciarisation des conflits matrimoniaux. Il s'agit en effet d'un conflit expérimenté personnellement par près du tiers de la population et qui, pour cette raison, nous fournit un terrain d'investigation très caractéristique des rapports sociaux contemporains. Notre hypothèse prévoit que la judiciarisation des différends transforme les conflits personnels en conflits « formalisés » ; c'est la distinction entre conflits et litiges. Le système judiciaire tendrait ainsi à proposer une solution précise à des oppositions qu'il met en forme lui-même.

Notre hypothèse principale (qui prévoit la superposition du conflit judiciaire et du conflit personnel) peut être mise en lumière à l'aide de nombreuses modalités d'observation. Aussi, on a souvent eu recours, pour cette fin, à l'observation directe, aux entretiens semi-structurés ou à l'analyse de contenu. Comme c'est souvent le cas dans le champ des sciences sociales, l'existence du phénomène de la superposition a cependant été plus souvent illustré que clairement démontré. Or, il s'agit d'une hypothèse de travail suffisamment bien documentée pour justifier la mise au point d'une stratégie de démonstration plus satisfaisante. En effet, si l'hypothèse rend compte d'une réalité forte, ses conséquences se feront sentir sur une assez large échelle. Elle peut par conséquent justifier l'élaboration d'un certain nombre de propositions vérifiables et souffrir les contraintes d'une certaine forme de « falsification ». C'est ce procédé inhabituel que nous avons tenté d'exploiter ici – avec les limites du genre – dans le cadre d'une enquête fondée sur des données quantifiables.

Si le conflit judiciaire double le conflit matrimonial d'un conflit différent du conflit original et d'un mode de règlement spécifique, il est raisonnable de s'attendre à ce que : 1) les parties poursuivent

45. Gunther TEUBNER, « Le droit, un système autopoïétique », Paris, PUF, coll. « les voies du droit », 1993, p. 50-58 ; et André-Jean ARNAUD et Pierre GUIBENTIF (éd.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 1993, p. 115-122 et 132-139.
46. Johan GALTUNG, 1965, *op. cit.*

parallèlement au processus judiciaire des relations visant à résoudre leur différend « entre eux », à l'exclusion des agents institutionnels (avocats et juges) ; et que 2) le conflit initial se poursuive à la suite du procès en divorce (*i.e.* du méta-conflit), qui prétend l'avoir résolu. Étudions maintenant ces deux propositions séparément.

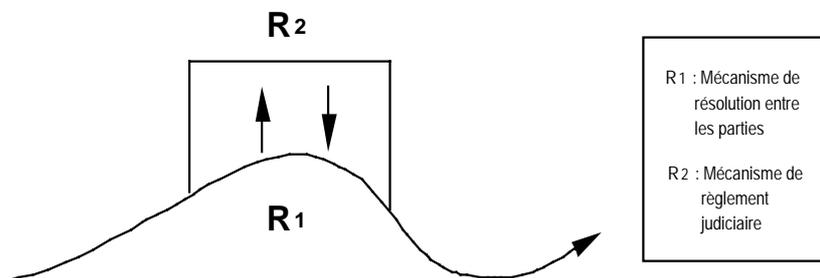
II.1. Proposition 1 : les mécanismes de résolution parallèles

Si l'hypothèse centrale du méta-conflit a quelque valeur heuristique, elle devrait faire du procès en divorce une instance de résolution spécifique, différente des tentatives initiées par les parties elles-mêmes en vue de résoudre ou de régler leur conflit initial. En d'autres mots, il est vraisemblable que, parallèlement au conflit judiciaire, les parties tentent de s'entendre entre elles à l'exclusion des acteurs judiciaires institués. Ainsi, le processus judiciaire ne viendrait pas absorber la totalité du conflit, non plus que les efforts de résolution qu'il suppose. Comme le souligne Belley, dans une critique du monolithisme judiciaire :

« Cette problématique s'avère [...] incomplète et insuffisamment imprégnée du dynamisme inhérent à toute relation conflictuelle et par conséquent à tout processus de résolution. Elle ne tient pas compte des processus de résolution où la recherche d'une interaction nouvelle s'effectue à l'intérieur même de la relation dyadique par les efforts unilatéraux ou conjoints des parties, sans que la conduite des adversaires obéisse aux exigences d'un modèle préétabli et à la progression mécanique qu'il suppose ⁴⁷. »

Ce processus de résolution parallèle (figure 2) apporterait une preuve de l'existence de deux ordres normatifs différents, ou à tout le moins de deux processus de résolution différents (R1 et R2).

Figure 2
Hypothèse de résolution parallèle



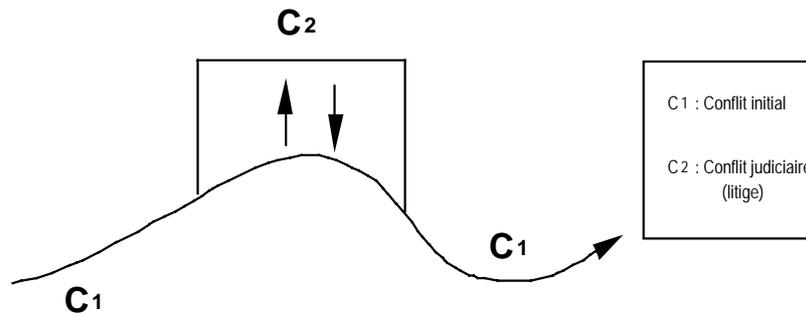
47. Jean-Guy BELLEY, 1977, *op. cit.*, p. 202.

Il est probable cependant que cette hypothèse ne puisse être vérifiée qu'auprès des justiciables qui abordent le procès comme procédure de résolution plutôt que comme simple expression du conflit ; dans le cas contraire, c'est la seconde proposition qui rend le mieux compte de l'hypothèse de superposition, et ce sont moins les processus de résolution qui se superposent alors, que les formes de conflit.

II.2. Proposition 2 : la poursuite du conflit initial à l'issue du procès

En effet, s'il existe une différence de nature entre le conflit initial et le conflit judiciaire, il est raisonnable de croire que la conclusion du conflit judiciaire (sur les dimensions juridiques du problème) ne met pas fin au conflit original. Si tel est le cas, les parties se considéreront encore en conflit bien qu'une solution judiciaire ait pu être apportée au conflit juridique, tel que la justice a pu le mettre en forme (figure 3).

Figure 3
Hypothèse de conflit post-judiciaire



Cette dernière hypothèse n'a cependant sans doute de sens qu'auprès des personnes qui se considèrent en situation de « conflit extrême » au moment des procédures en divorce et c'est chez ces individus qu'on aura le moins de chance de vérifier l'hypothèse précédente (fondée sur la résolution parallèle). Il est raisonnable de croire que la poursuite du conflit après le divorce est due au refus des parties d'accepter ses conclusions comme définitives ou tout simplement satisfaisantes.

Or, pour Galtung, l'acceptation des décisions établies dans le cadre d'une institution est ordinairement la preuve d'une institutionnalisation réussie⁴⁸. Le procès, dans ce cas particulier, ne constituerait pas l'institution sociale (*i.e.* la forme sociale) la plus propre à résoudre les différends matrimoniaux sévères. C'est à la

48. Johan GALTUNG, 1965, *op. cit.*, p. 2.

démonstration de ces propositions que sont consacrées les enquêtes que nous avons réalisées.

II.3. Méthodologie de recherche et caractéristiques de l'enquête

Pour les fins de la démonstration, nous avons conduit une étude sociologique sur l'expérience de personnes ayant vécu un divorce au cours des années antérieures. Il s'agit en fait d'un sondage réalisé au Québec en mai 1994 auprès d'un échantillon représentatif de 548 personnes ayant obtenu un divorce au cours de leur vie. Dans le cas de personnes ayant vécu plusieurs ruptures, le questionnaire concernait le premier divorce obtenu. Ce questionnaire a été administré par la firme Sondagem sous la direction de l'auteur, auprès d'une population représentative des milieux urbains et régionaux⁴⁹. Les personnes interviewées faisaient partie directement de l'échantillon généré par ordinateur (n = 338) ou étaient suggérées par des personnes de l'échantillon qui n'étaient pas personnellement éligibles parce que non divorcées (n = 210). Le taux de collaboration basé sur le nombre de répondants éligibles et non éligibles fut de 66,4 %. Une pondération selon l'âge et le sexe a été appliquée au sous-échantillon référé pour le rendre conforme à l'échantillon principal.

III. Analyse des résultats et vérification des propositions

III.1. Caractéristiques générales de l'échantillon

Les personnes interrogées ont pratiquement été recensées au sein de toutes les cohortes (tableau 1). Ainsi, 2,2 % s'étaient mariées avant 1950, 9,8 % entre 1950 et 1959, 26,4 % entre 1960 et 1969, 40,1 % entre 1970 et 1979, et 21,5 % après 1980. On aura cependant enregistré un fort taux de refus de répondre chez les personnes divorcées depuis moins de cinq ans, ce qui s'explique par la nature même de l'enquête. Dans 89,2 % des cas, nos informateurs s'étaient mariés religieusement et 10,8 % avaient connu un mariage strictement civil. La durée du mariage est assez variable également.

Aussi, si 19,2 % de ces mariages ont connu une durée de moins de 5 ans, 29,3 % des mariages ont duré de 5 à 9 ans, 22,6 % entre 10 et 14 ans, 15,1 % entre 15 et 19 ans, et 8,5 % entre 20 et 24 ans. Dans 5,3 % des cas le mariage aura duré 25 ans et plus. Par ailleurs,

49. Il s'agit plus spécifiquement de répondants vivant dans les villes de Montréal (n = 319), Québec (n = 105), Chicoutimi (n = 53), Trois-Rivières (n = 55) ainsi que dans les autres régions du Québec (n = 16).

Tableau 1
 Caractéristiques de l'échantillon

	nb	%	% cumulés
Année du mariage			
Avant 1949	12	2,2	2,2
1950-1959	54	9,8	12,0
1960-1969	145	26,4	38,4
1970-1979	220	40,1	28,5
Après 1980	118	21,5	100,0
Type de mariage ⁵⁰			
Religieux	484	89,2	89,2
Civil	59	10,8	100,0
Durée du mariage			
1-4 ans	105	19,2	19,2
5-9 ans	161	29,3	48,5
10-14 ans	124	22,6	71,1
15-19 ans	83	15,1	86,2
20-24 ans	47	8,5	94,7
25 ans et plus	29	5,3	100,0
Nombre d'enfants			
aucun	121	22,1	22,1
1 enfant	134	24,4	46,5
2 enfants	173	31,5	77,9
3 enfants et plus	121	22,1	100,0
Services professionnels			
Avec recours à un avocat	435	79,5	79,5
Sans recours à un avocat	113	20,5	100,0
Situation au début des procédures			
Vie commune	133	24,2	24,2
Séparation de fait	415	75,8	100,0
Durée de l'audition en procès (répondants présents)			
1-4 minutes	32	7,9	7,9
5-9 minutes	90	22,3	30,2
10-14 minutes	84	20,7	50,9
15-59 minutes	135	33,4	84,3
Une à trois heures	34	8,4	92,6
Plus de trois heures	30	7,4	100,0

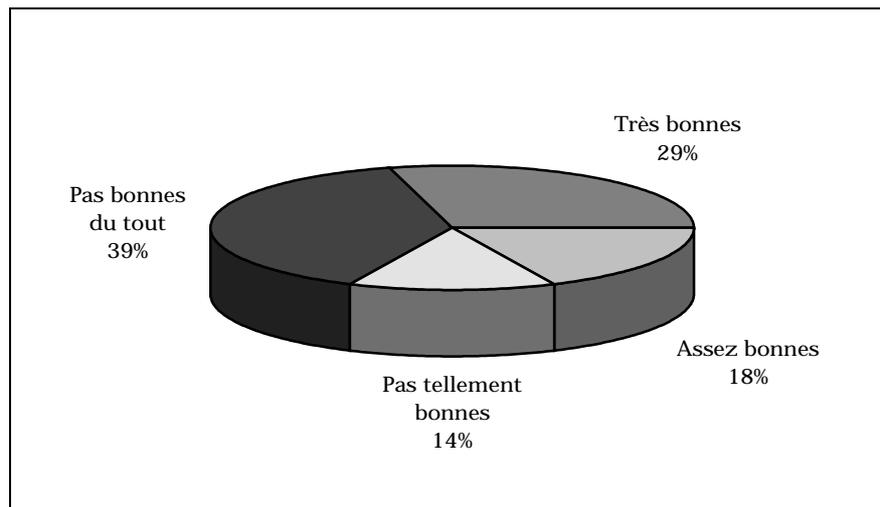
50. Au Québec, les ministres du Culte peuvent également être reconnus par le ministre de la Justice comme officiers d'état civil compétents pour les fins de la célébration du mariage.

si 22,1 % de nos répondants déclarent n'avoir pas eu d'enfants dans le cadre de leur union, 24,4 % d'entre eux n'en avaient eu qu'un, et 31,3 % en avaient eu deux. Dans 22,1 % des cas, nos répondants avaient eu trois enfants ou plus. Plus de 75 % des répondants ne vivaient déjà plus ensemble au début des procédures. Dans plus de 50 % des cas (50,9 %), l'audition à la Cour a duré moins de 15 minutes et, dans près de 16 %, elle a exigé plus d'une heure d'audience. Notons finalement que dans 70,5 % des cas, les femmes ont déclaré avoir pris elles-mêmes l'initiative des procédures.

III.2. Deux types de conflits

L'enquête que nous avons conduite révèle qu'au moment de la judiciarisation on enregistre deux profils de répondants très différents l'un de l'autre. Nous avons en effet voulu d'abord connaître l'état des rapports entre les parties au moment où s'engageaient les procédures en divorce. Deux séries de questions ont pu servir ici d'indicateurs. Dans le cadre d'une première question, nous demandions à nos informateurs quelles étaient, *au moment de leur demande de divorce*, leurs chances d'arriver à un accord à l'amiable avec leur conjoint (figure 4).

Figure 4
Les chances d'arriver à une entente à l'amiable (n = 520)



À cette question, 29,3 % de nos répondants ont répondu que leurs chances d'arriver à une entente étaient très bonnes, 17,9 % qu'elles étaient assez bonnes, 13,6 % qu'elles n'étaient pas tellement bonnes et 39,2 % qu'elles n'étaient pas bonnes du tout. Ces

résultats font voir deux cas de figure différents. Ainsi, si 47,2 % des répondants considéraient que leurs chances d'arriver à une entente étaient réelles (très bonnes ou assez bonnes), 52,8 % considéraient qu'elles étaient plutôt fragiles, sinon nulles. Ces dispositions initiales subdivisent notre échantillon en deux groupes presque égaux.

Dans l'ensemble, et pour des raisons évidentes, la capacité des parties d'arriver à une entente avant le début des procédures est directement fonction de l'état de leur relation. Ainsi, plus les échanges entre les parties étaient faciles *au début des procédures*, plus les parties considéraient très bonnes ou assez bonnes leurs chances de parvenir à une entente à l'amiable (tableau 2).

Tableau 2
État de la relation* et chances d'arriver à une entente (%)**

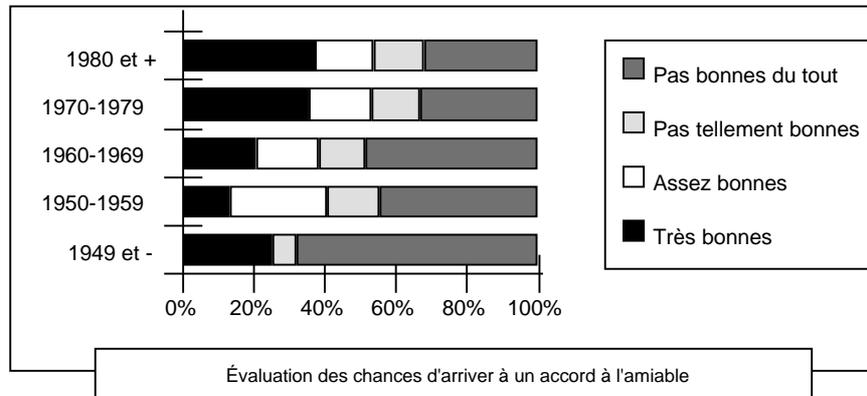
	Très bonnes**	Assez bonnes**	Pas tellement bonnes**	Pas bonnes du tout**
Très facile*	75,8	8,2	8,5	7,6
Facile*	54,1	24,3	4,5	17,2
Difficile*	18,6	21,8	23,2	36,5
Très difficile*	5,2	12,6	15,0	67,2
Total	29,4	18,1	14,0	38,4

($p \leq 0,001$) (n = 506)

Cette constatation presque tautologique révèle surtout la robustesse des indicateurs, la position des informateurs étant cohérente sur les différentes dimensions touchant l'état de leur relation, quelle que soit la forme de la question.

Quelques remarques complémentaires s'imposent par ailleurs ici, et permettent de documenter les études ultérieures sur le sujet. Intuitivement, on aurait pu s'attendre à ce que l'année du divorce soit directement corrélée avec la perception des parties quant à leur capacité d'en venir entre elles à une entente. Cette corrélation existe en effet, mais il est apparu que l'année du mariage reste le facteur le plus significatif parmi ceux qui déterminent l'état de la relation au moment des procédures et la capacité des parties à parvenir à une entente avant le début des procédures (graphique 1).

Graphique 1
Année du mariage et état de la relation
 ($p \leq 0,001$, $n = 520$)



Du point de vue sociologique, cette donnée est particulièrement intéressante parce qu'elle révèle la force des représentations sociales et des processus de socialisation. Le fait de s'être marié à une certaine époque connote plus fortement le sens de l'union que l'année du divorce lui-même. C'est par conséquent l'année du mariage qui détermine le sens attribué par les parties à leur union et les conditions qui y mettent fin. C'est particulièrement évident pour les couples mariés avant 1970 (voir graphique 1), c'est-à-dire à une époque où le divorce demeurait encore une expérience exceptionnelle, réprouvée socialement, et où l'union revêtait un caractère quasi permanent. La capacité des parties d'arriver à une entente y atteint tout juste les 40 %. En contrepartie, les couples mariés après 1970 ou après 1980 ont reconnu, dans près de 53 % des cas, que leurs chances d'arriver à une entente étaient soit assez bonnes, soit très bonnes.

La présence ou non d'enfants issus du mariage constitue apparemment un facteur important pour les fins de l'analyse. On constate ainsi que plus le nombre d'enfants augmente, plus les chances des parties d'établir une entente à l'amiable diminuent, passant de 60 % chez les couples sans enfants à 46,5 % puis 48,2 % et enfin 33,7 % chez les couples ayant eu, un, deux ou trois enfants. Cet état de fait s'explique en partie par la multiplication des facteurs affectifs en cause au moment de la rupture et par la complexité des situations engendrées par le divorce des couples avec enfants. En deuxième analyse cependant, on découvre que les familles comprenant plus de deux enfants se comptent surtout au sein des couples mariés avant 1970. La cause de ce phénomène est par conséquent plus complexe qu'il n'y paraît.

Dernière constatation, concordante avec tout ce que nous avons dit : on remarque, à la lecture des données, que plus les parties croyaient être en mesure de parvenir à une entente à l'amiable avant le début des procédures, plus le divorce à la Cour a été perçu comme une formalité. En contrepartie, les conjoints les moins disposés à s'entendre – ou dont la relation était tout simplement difficile – ont admis plus spontanément que le passage à la Cour était indispensable.

Tableau 3
**Chances d'entente* et caractère formel
ou indispensable du procès ** (%)**

	Indispensable**	Formalité**
Très bonnes*	25,9	74,1
Assez bonnes*	37,2	62,8
Pas tellement bonnes*	61,8	38,2
Pas bonnes du tout*	73,2	26,8
Total	51,1	48,9

($p \leq 0,001$) (n = 493)

On constate ici une forte corrélation entre l'état de la relation (la gravité du conflit) et le caractère utile ou strictement formel du procès. Cette dimension n'est pas sans lien avec ce qui va suivre. Elle nous force à nous interroger sur la fonction sociale de la justice procédurale, qui apparaît dans certains cas comme une simple opération administrative. À long terme, elle pose le problème de l'utilité effective du procès dans un grand nombre de dossiers en droit matrimonial, notamment dans tous les cas où les parties parviennent à négocier entre elles une convention, ou considèrent être en mesure d'en arriver à une entente à l'amiable. Dans tous les cas, cet état de fait révèle la capacité des parties à contourner l'institution judiciaire. Cela dit, quelle conclusion tirer des mêmes données du point de vue de l'hypothèse de superposition ?

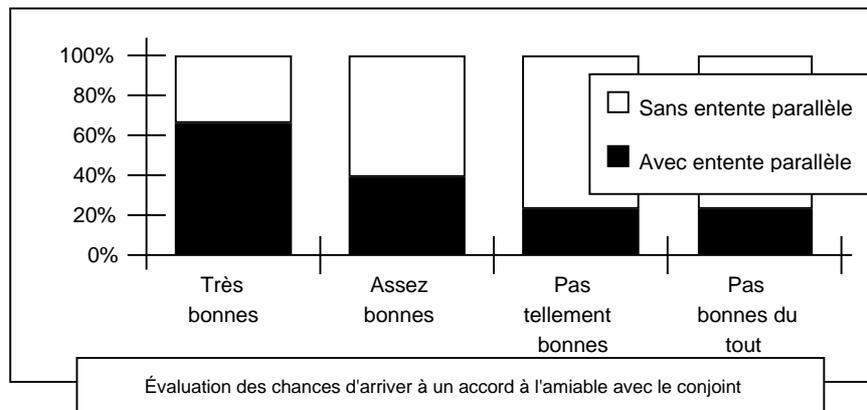
III.3. Vérification de la première proposition : la résolution parallèle

Nous avons souligné dans ce qui précède que la plupart des institutions sociales couvrent les réalités personnelles d'un manteau de significations, jusqu'à forger une situation nouvelle (entièrement institutionnalisée) à partir de la réalité initiale des individus. C'est le cas de l'institution judiciaire, dont nous avons dit qu'elle construisait souvent, à partir du conflit original opposant

les parties, un litige assez différent du conflit initial. La superposition d'un nouveau type de conflit – la mise en forme d'un *litige* – suppose aussi la proposition d'un mode de résolution autre que celui auquel les parties auraient eu spontanément recours dans le cadre premier de leur relation. On doit par conséquent s'attendre à voir cohabiter deux modes de résolution (complémentaires ou en compétition l'un par rapport à l'autre) : l'adjudication d'un côté, et la négociation volontaire et parfois spontanée des parties de l'autre. On rencontre dans tous ces cas au moins deux modes de résolution parallèles.

Pour vérifier la présence de tels mécanismes spontanés, nous avons demandé directement à nos informateurs si, pendant toute la période du divorce, ils avaient pris, avec leur conjoint, l'initiative « de conclure une entente sans l'intervention des avocats ». Les résultats enregistrés ici sont particulièrement intéressants ; en effet, 39,3 % de nos répondants ont reconnu avoir tenté d'établir avec leur conjoint une entente parallèle « à l'exclusion de leurs avocats », dans le cours des procédures menant au divorce.

Graphique 2
Chances d'entente et initiative de résolution parallèle
 ($p \leq 0,001$, $n = 518$)



On constate par ailleurs que plus les conjoints étaient disposés à s'entendre au moment de la demande en divorce, plus ils ont effectivement cherché à conclure une entente en cours de procédure. Cette initiative a donc surtout été prise par les conjoints qui étaient déjà disposés à s'entendre au moment d'engager les procédures (graphique 2). Cela dit, elle a aussi été privilégiée par près de 23 % des répondants qui affirmaient que leurs chances étaient faibles, au départ, d'arriver à une entente à l'amiable. Tous les croisements que nous avons réalisés révèlent des données compara-

bles et démontrent l'existence claire de mécanismes de résolution parallèles, fondés sur la négociation entre les parties.

Cette donnée peut être complétée par d'autres, tout aussi intéressantes. On constate, en effet, que 62,4 % des répondants qui reconnaissent avoir pris eux-mêmes l'initiative de négocier une entente à l'exclusion de leurs procureurs ont abordé le procès comme une formalité, alors que cette proportion tombe à 32,3 % chez les répondants qui n'ont pas pris cette initiative. On remarque ironiquement que les conjoints qui sont parvenus à établir entre eux une entente en dehors des procédures judiciaires sont généralement plus satisfaits que les autres répondants du travail de leurs avocats et de l'attention portée par le juge à leur cause (75 %). Ils sont d'ailleurs significativement plus satisfaits aussi des conclusions du jugement, notamment – mais non exclusivement – au chapitre de la pension alimentaire (tableau 4).

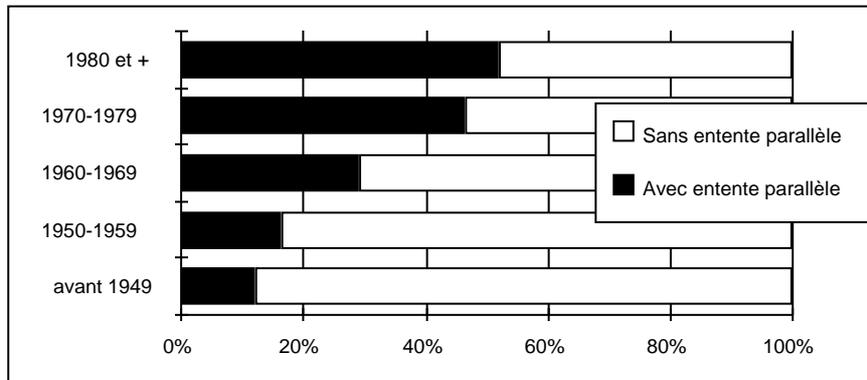
Tableau 4
**Initiative de résolution parallèle* et satisfaction
quant aux dispositions alimentaires** (%)**

	Satisfait**	± Satisfait**	Insatisfait**
Avec entente parallèle*	72,2	10,5	17,3
Sans entente parallèle*	38,9	14,1	47,0
Total	52,0	12,7	35,3

($p \leq 0,001$) (n = 320)

Nos données tendent à révéler que l'initiative d'une entente parallèle n'est pas à la portée de tous. La suite de l'enquête prouve néanmoins qu'il s'agit d'une tendance plus souvent observée au cours des dernières années. Ainsi, on constate chez les couples mariés après 1970 une nette propension à s'entendre à l'amiable pendant le déroulement des procédures, ce qui tend à laisser croire que cette pratique pourrait prendre plus de place à l'avenir (graphique 3).

Graphique 3
Année du mariage et initiative de résolution parallèle
 ($p \leq 0,001$, $n = 545$)



D'une façon complémentaire, compte tenu des évolutions enregistrées au cours des dernières années, on constate que plus le niveau de scolarité est élevé, plus les répondants ont eu spontanément tendance à prendre des initiatives parallèles en vue de résoudre leur conflit (complètement ou partiellement) en marge des procédures d'adjudication. Ainsi, c'est le cas de près de 45 % des personnes bénéficiant d'une formation collégiale ou universitaire (13 années de scolarité ou plus), alors que cette proportion tombe respectivement à 37,7 % et 15,5 % de ceux qui n'ont reçu qu'une formation de niveau secondaire ou primaire.

L'initiative de résolution parallèle n'est qu'une des conséquences possibles de la propension des institutions à couvrir d'une « forme » préétablie des réalités qui continuent néanmoins à répondre à leur logique propre, en marge des modèles institués. Ces données tendent à démontrer que le système judiciaire perpétue sa propre dynamique et maintient sa propre activité en marge de la réalité des parties.

III.4. Vérification de la deuxième proposition : la poursuite du conflit à l'issue du procès

Nous avons également indiqué plus haut que si l'hypothèse de superposition rendait compte de la réalité, il était vraisemblable que la solution offerte aux parties dans le cadre de l'institution judiciaire ne mettrait pas fin au conflit initial. Ce serait notamment le cas pour les personnes qui vivent effectivement un conflit difficile avant le début des procédures (près de 52,8 % des répondants) et dont le différend risque de survivre à l'intervention judiciaire. L'enquête que nous avons réalisée révèle que 45 % des conjoints reconnaissaient que leurs relations restaient difficiles (21,4 %) ou

très difficiles (23,6 %) au lendemain de la décision judiciaire. Or, c'est surtout le cas des personnes qui admettaient que leurs relations initiales étaient déjà difficiles au début des procédures, ce qui tend à révéler que la judiciarisation du conflit n'a pas réglé le différend original et que l'institution judiciaire a surtout répondu à ses impératifs propres. Le tableau 5 qui suit est particulièrement évocateur à ce chapitre. Il révèle que plus les relations des parties étaient difficiles au début des procédures (lecture horizontale), plus elles risquaient de l'être à la suite du procès (lecture verticale).

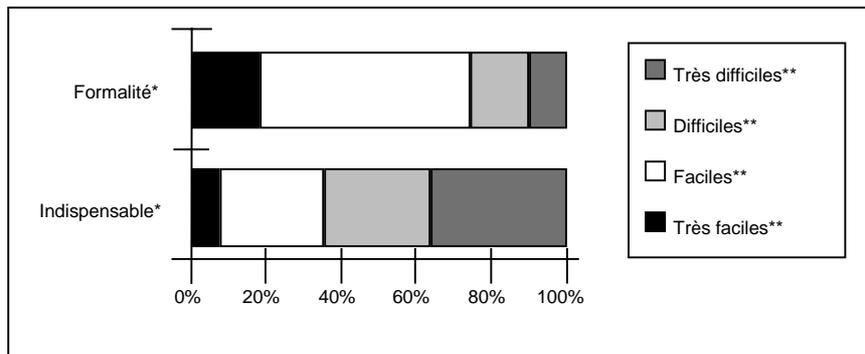
Tableau 5
État de la relation avant* et après le procès (%)**

	Très facile**	Facile**	Difficile**	Très difficile**
Très facile*	91,4	8,6	0,0	0,0
Facile*	7,2	83,2	5,1	4,5
Difficile*	2,2	38,3	51,6	7,9
Très difficile*	1,8	18,1	14,2	65,9
Total	12,5	42,1	21,6	23,8

($p \leq 0,001$) (n = 506)

On trouve des chiffres équivalents lorsqu'on interroge les parties sur leurs chances de parvenir à une entente avant le début des procédures. Moins ces chances existent et plus la procédure judiciaire s'impose, mais moins elles semblent déboucher sur une conclusion satisfaisante pour les parties. Bref, les couples pour lesquels le procès s'impose comme un mode de résolution incontournable sont également ceux qui sont les moins susceptibles de voir leur conflit réglé par l'institution judiciaire. La procédure judiciaire semble en effet passer sur le problème initial sans en affecter le caractère conflictuel, ce qui tend à prouver que si le processus judiciaire a réglé quelque chose, ce n'est pas le conflit lui-même, mais un problème d'ordre juridique différent. Tout cela tend cependant à confirmer le caractère formel (c'est-à-dire extérieur aux parties) de l'intervention judiciaire et confirme l'hypothèse de la superposition institutionnelle en matière de justice. Plus la nature du conflit est sévère, moins la solution judiciaire semble adaptée à la situation des parties. Plus la procédure judiciaire apparaît indispensable aux parties elles-mêmes, moins elle semble apporter de solution au conflit initial, comme en fait foi l'état de leurs relations après l'ordonnance (graphique 4).

Graphique 4
Procès : indispensable* ou formalité*
et relations après l'ordonnance**
 ($p \leq 0,001$, $n = 485$)



On peut tenter de saisir ce qui rend le passage judiciaire si inutile, en apparence. Que se passe-t-il – ou ne se passe-t-il pas – entre le début et la fin des procédures judiciaires ? Un rapide coup d'œil aux données tirées de notre enquête révèle que les conjoints dont les relations sont difficiles sont souvent engagés dans une chaîne causale difficile à démembrer, à laquelle le système judiciaire participe directement. On remarque ainsi que plus les parties entretiennent à l'origine des relations conflictuelles, plus elles ont tendance à recourir l'une et l'autre aux services d'un avocat, moins elles sont satisfaites de la conduite de leur cause et plus leurs relations ultérieures sont difficiles. On constate également que lorsque les relations entre les conjoints sont conflictuelles au départ, elles tendent souvent à se détériorer au moment des procédures (40 %) et apparaissent plus difficiles à la suite du procès. Par ailleurs, comme nous l'avons vu, moins les parties sont disposées l'une envers l'autre au dépôt de la requête, moins elles cherchent à se contacter au cours des procédures. D'ailleurs, plus les conjoints vivent des relations conflictuelles au début des procédures, moins ils ont le sentiment que le juge a pris en considération leurs tentatives personnelles de parvenir à une entente.

De façon concordante avec tout ce qui précède, on constate que plus les relations initiales sont difficiles, plus les parties tendent à aborder l'issue du conflit en termes de gain et de perte – structure de relation également imposée par l'adjudication – et risquent d'entretenir par la suite des rapports difficiles. Le tableau 6 révèle que près des deux tiers des répondants qui considéraient leurs relations initiales comme très faciles (67 %) ou faciles (62,8 %) refusent de considérer leur cause comme gagnée ou perdue (option « ni l'un ni l'autre »), alors que du côté des conjoints qui qualifiaient leurs relations initiales de difficiles ou très difficiles, de

54,5 % à 61,4 % des répondants tendent à considérer leur cause comme « gagnée » ou « perdue ».

Tableau 6
**État de la relation initiale* et qualification de la situation
 à l'issue du procès** (%)**

	Gagné**	Perdu**	Ni l'un ni l'autre**
Très facile*	31,5	1,5	67,0
Facile*	31,8	5,4	62,8
Difficile*	35,8	18,7	45,5
Très difficile*	46,5	13,9	39,6
Total	37,6	11,8	50,6

($p \leq 0,001$) (n = 525)

Comme nous l'avons souligné, les parties qui ont défini leur relation originale en termes antagonistes – et qui avaient par conséquent le plus grand besoin du système judiciaire – tendent également à entretenir par la suite des relations difficiles. Ainsi, 46,7 % des répondants qui disent avoir « gagné » leur procès qualifient néanmoins leurs relations ultérieures de difficiles ou très difficiles. C'est également le cas de 69 % des informateurs qui considèrent avoir « perdu » leur cause, ce qui se comprend un peu mieux... En contrepartie, 63,4 % des conjoints qui considèrent n'avoir ni perdu ni gagné leur procès entretiennent par la suite des rapports qu'ils qualifient de faciles ou très faciles. Mais il s'agit de conjoints qui entretenaient de toute façon des rapports moins conflictuels à l'origine des procédures.

En matière matrimoniale, les couples qui admettent entretenir encore des relations difficiles au lendemain du procès sont par ailleurs ceux qui ont le plus tendance à définir le procès comme une querelle de plus, ajoutée à leur propre dispute (51,5 %). Plus les relations des parties sont difficiles à la suite du procès – signe qu'elles étaient souvent déjà difficiles avant le début des procédures –, plus les répondants tendent à considérer que le divorce « ne règle jamais rien » du conflit original qui se poursuit souvent après le procès (64,5 %) et que les procédures ont rendu difficile la définition d'ententes à l'amiable (56,1 %). Ils sont finalement, nous l'avons vu, plus critiques dans l'évaluation qu'ils font du travail des juges et des avocats.

D'un point de vue diachronique, la nature des relations entre les parties au lendemain du procès détermine largement l'état de leurs rapports ultérieurs. Les données dont nous disposons font très nettement apparaître cette corrélation : plus la relation des parties est présentée comme difficile au lendemain du divorce, plus ces rapports sont présentés comme difficiles encore aujourd'hui.

d'hui. Fait intéressant cependant, contrairement à ce qu'on a pu établir pour d'autres dimensions de la relation, les croisements entre l'année du mariage et l'état actuel de la relation entre les parties (quatre ans ou plus après le divorce) ne sont pas significatifs, ce qui tend à révéler que, dans tous les cas de figure, « c'est le temps qui arrange les choses ». Il est cependant vraisemblable que cet état de fait s'explique aussi par l'incidence moins déterminante des conditions accessoires au divorce, concernant notamment la garde des enfants et le paiement des pensions alimentaires. En effet, les enfants issus de mariages célébrés à une époque antérieure à 1970 s'étaient vraisemblablement déjà affranchis de l'autorité parentale au moment de l'enquête, ce qui suppose une diminution considérable des obligations réciproques des conjoints et, partant, une atténuation des risques de conflit.

Conclusions et discussion

On peut tirer de ce qui précède toute une série de conclusions et apporter quelques nuances. Le fait que la justice procédurale ne réponde pas au besoin des parties ne signifie évidemment pas qu'elle ne remplit aucune « fonction sociale ». Nous avons indiqué plus haut qu'elle permettait de maintenir l'expression des conflits personnels dans un cadre socialement acceptable. Elle le fait cependant en objectivant le conflit et en plaçant les critères de son règlement à un niveau d'abstraction auquel les parties elles-mêmes n'ont pas toujours accès. D'un point de vue plus politique, le droit assure une certaine égalité des parties et les protège des conséquences prévisibles de l'arbitraire politique et de la loi du plus fort. Ces avantages doivent cependant être évalués en tenant compte de la place plus grande que prend l'individualité aujourd'hui et de la capacité des parties d'établir entre elles un règlement satisfaisant. La chose apparaît encore plus nécessaire en matière matrimoniale, du fait de l'intervention obligatoire des tribunaux.

On aura constaté ici qu'il existe au moins deux formes de divorce : le « divorce coopératif » et le « divorce fatalité ». C'est un constat tiré de nos résultats et dont nous n'avons pas mesuré *a priori* l'importance. Dans le premier cas, le procès permet aux justiciables de prendre congé de l'institution, les conjoints ayant déjà pris acte de la dissolution du couple, dans sa forme originale. Dans le second, il permet surtout l'expression du différend. Le recours aux services d'un tiers adjudicateur est alors l'occasion de mettre en forme la difficulté des justiciables à définir les paramètres de leur rupture ou de leur relation ultérieure. Dans les deux cas, la judiciarisation a des effets différents, mais ces effets sont liés au procédé d'objectivation qui accompagne toujours le travail institutionnel. Elle a cependant pour conséquence d'imposer une distance entre la réalité personnelle des individus et la mise en forme qu'en

fait l'institution. Or, par sa nature même, cette mise à distance diminue sensiblement la capacité de l'institution d'influer, concrètement, sur le cours des relations sociales.

L'enquête que nous avons menée révèle en effet que le procès est souvent un détour inutile pour les couples qui s'entendent plutôt bien et qu'il ne règle pas la situation de ceux qui ne s'entendent pas. Ces constats méritent d'être intégrés dans le cadre d'une réflexion élargie sur les fonctions sociales du droit. Ils tendent à faire voir les limites de l'institution judiciaire dans la résolution des conflits personnels. Cela apparaît plus important encore si les parties en cause ont vocation à poursuivre leur relation à la suite des procédures judiciaires, comme c'est le cas en matière matrimoniale, ne serait-ce que parce que les ex-conjoints restent les parents des mêmes enfants. La satisfaction des parties vis-à-vis de l'ordonnance judiciaire constitue alors un élément fondamental de son effectivité, comme en font foi les difficultés souvent rencontrées dans le respect des ordonnances alimentaires et des droits de visite et de sortie.

Autre perspective : en matière matrimoniale, le fait que le divorce soit ou non contesté détermine évidemment l'importance relative du procès dans le conflit des conjoints. L'acceptation ou le refus de la séparation par un des conjoints influent souvent sur la nature de leurs rapports au moment du divorce et déterminent l'importance que prend le procès comme procédé d'expression ou de résolution du conflit. Le fait que le divorce soit contesté ou procède *ex parte* n'est sans doute qu'un effet de cette situation initiale, ce qui tend à confirmer la liaison effective existant entre le conflit initial et le procès⁵¹. Cela dit, le refus de comparaître comme partie défenderesse à une requête en divorce est un phénomène complexe et ne constitue pas nécessairement la preuve d'une absence de conflit. Le procès n'y est tout simplement pas abordé comme lieu d'expression du conflit original. Cette situation n'empêche pas le droit de connaître ses effets. À un autre niveau, il existe sans doute moins de distance qu'on tend à le supposer ici entre conflit et coopération. Lorsqu'un différend survient dans le cadre d'une relation ancienne, les parties partagent évidemment entre elles bien autre chose qu'une pure opposition. Le conflit n'implique pas toujours la rupture et n'existe pas souvent dans sa forme pure. Il constitue une expression possible – et une dimension parmi d'autres – des rapports qu'entretiennent les parties. Mais cet état de fait met davantage en évidence les limites du débat contradictoire et de l'adjudication comme procédés de mise en forme du conflit. Dans sa forme théorique (et idéalement institutionnalisée), le procès suppose en effet la limitation de la relation des parties à une pure et simple opposition. Dans la réalité, il ne prend évidemment pas toujours la forme pure qu'on lui prête, ce qui exige une recherche plus approfondie sur les interactions qui

51. Becky L. GLASS, « No-Fault Divorce Law : Impact on Judge and Client », *Journal of Family Issues*, vol. 5, n° 1, mars 1984, p. 53-54. Glass constate par ailleurs que, même dans les cas de divorce non contesté, les attentes des parties sont souvent déçues (*ibid.*, p. 67).

naissent entre le conflit judiciaire et les autres dimensions de la relation entre les parties.

Il existe par exemple des domaines particuliers de l'activité sociale où le droit balise de façon plus précise les relations courantes entre les parties et où la judiciarisation s'impose plus facilement comme processus de règlement ou de résolution. C'est notamment le cas dans le domaine du droit public, du droit administratif ou du droit commercial. Dans ces trois cas, les relations entre les agents sont largement prédéterminées par les normes juridiques établies et le droit y joue déjà un rôle important comme cadre de référence pour l'action des parties. Aussi, la judiciarisation de conflits ultérieurs est-elle favorisée par la disposition même des parties et l'état de leurs rapports initiaux. La mise en forme judiciaire de leurs différends y impose une distance moins grande que dans beaucoup d'autres domaines de l'activité humaine. Dans le cas, plus courant, où les parties entretiennent des rapports qui ont peu à voir avec la forme supposée que leur reconnaît la loi (comme c'est plus souvent le cas en matière matrimoniale), la mise en forme judiciaire du conflit entre les parties risque au contraire d'imposer une configuration nouvelle, étrangère à leur différend initial. La distance qui sépare le conflit original du conflit judiciaire est alors plus accusée.

Reste le problème, déjà abordé, de la cohabitation, sinon de l'influence réciproque, du litige et du conflit original. Il s'agit sans doute là du principal problème soulevé par l'étude qui précède. Pour des auteurs comme Barbara Yngvesson, qui reconnaît, malgré la judiciarisation, le maintien d'un processus à plusieurs étages, on devrait accepter la complexité du *process of disputing* et remettre en question la notion isolée de *dispute* (litige). Il est en effet évident que la dichotomie entre le conflit judiciaire – le litige – et le conflit initial n'est jamais totale. Il apparaît au contraire, comme nous l'avons souligné plus haut, qu'un échange continu existe entre le conflit initial et le méta-conflit ; une forme d'internormativité :

« I suggest that in discussing legal fora, we consider problems of access and responsiveness and attend to the links between various procedures and levels, rather than focusing on differences between formal and informal or official and unofficial procedures and norms [...]. Rather than indicating the irrelevance and inaccessibility of formal law and official courts, this research may point to the ways in which law and courts shape ongoing relations and are in turn shaped by the disputing process ⁵². »

C'est là un problème qui nécessite une réflexion théorique plus approfondie sur les rapports entre l'institué et l'instituant, et une modélisation reste à développer sur les rapports qui se tissent aux frontières du juridique. Les conclusions de notre étude n'ont pour cette raison de valeur qu'à titre de « vérité provisoire » car, s'agissant du processus judiciaire (c'est-à-dire de l'institutionna-

52. Barbara YNGVESSON, « Re-Examining Continuing Relations and the Law », *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 628.

P. Noreau
*La superposition des conflits :
limites de l'institution
judiciaire comme espace de
résolution*

lisation des conflits sociaux), toute une série de nuances peuvent immédiatement venir atténuer la portée de l'hypothèse de superposition. On a déjà indiqué antérieurement que la cohabitation d'un conflit initial et d'un méta-conflit ne supposait pas nécessairement l'étanchéité parfaite de ces deux formes de conflit. Il s'agit après tout de deux expressions possibles d'un même différend. Aussi, les auteurs reconnaissent-ils généralement l'existence d'une interaction – d'une interstructuration et d'une internormativité – entre le conflit original et le litige. La discontinuité qu'on peut facilement observer entre la réalité matérielle du conflit (*lay culture*) et les formes imposées par le droit (*law*⁵³) ne suppose pas nécessairement l'absence de toute espèce de communication entre les deux mondes. On assiste ainsi à une cohabitation continue et à une forme de perméabilité entre ces deux formes de conflit. Leurs rapports se situent ainsi à mi-chemin entre la confusion et le parallélisme.

Toutes ces nuances étant apportées, l'hypothèse centrale de la superposition reste néanmoins utile à la bonne compréhension du phénomène judiciaire. Car, après tout, l'existence d'une forme d'interstructuration ou d'internormativité confirme la présence d'au moins deux termes, deux univers normatifs, deux formes spécifiques de conflit et de résolution. Cette hypothèse reste donc toujours valable et les réalités complexes dont nous avons rendu compte plus haut constituent des conséquences prévisibles de cette dichotomie dont on devra tenir compte pour la suite de notre compréhension du droit, abordé en tant qu'institution sociale⁵⁴.

53. « The observation of a discontinuity between lay culture and a powerful institution such as the law is significant in its own right », William M. O'BARR et John M. CONLEY, « Lay Expectations of the Civil Justice System », *Law and Society Review*, vol. 22, n° 1, 1988, p. 160.

54. Cette étude a été menée dans le cadre d'une recherche postdoctorale conduite au Centre de recherche en droit public (CRDP) de l'Université de Montréal sous la direction de Guy Rocher (du CRDP) et de Jean-Guy Belley (de l'Université Laval). L'auteur tient à remercier le Conseil de recherches en sciences sociales du Canada et la Fondation de l'Université du Québec en Abitibi-Témiscamingue pour le soutien financier qu'ils ont accordé à cette recherche, de même que le Centre de droit préventif du Québec qui a défrayé les coûts du sondage dont il est question ici.