
Une justice de la seconde modernité : proposition de principes généraux pour le prochain Code de procédure civile

Jean-Guy Belley*

La révision du *Code de procédure civile* du Québec nécessite non seulement un examen des règles relatives à l'organisation des tribunaux et à la conduite des procès, mais également une réflexion critique sur les principes fondamentaux du système général de la justice civile.

L'histoire, l'analyse économique et la sociologie du droit révèlent les changements considérables de la justice civile au *XX^e* siècle : une nouvelle dynamique des rapports entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs étatiques ; l'accentuation des revendications pour une justice à la fois plus efficace et plus symbolique ; la multiplication des modes d'exercice légitime du rôle judiciaire ; le développement d'une conception moins aristocratique de l'institution judiciaire ; et une gestion de plus en plus bureaucratique et technocratique de l'organisation judiciaire.

Comme la société en général, la justice civile est parvenue au stade de la modernité avancée ou seconde. Elle requiert de nouveaux principes fondamentaux qui découleront d'une théorie générale favorisant un droit sociétal et réflexif, en rupture avec le droit purement étatique et souverain de la première modernité. L'auteur préconise une configuration générale du système de la justice civile basée sur la décentralisation (développement de la justice non étatique), la coordination (interdépendance des procédés de négociation, de médiation et d'adjudication) et le contrôle principalement procédural de la qualité des procédés de justice. Cette proposition est exposée sous la forme d'une liste de principes pouvant être intégrés à une éventuelle codification.

The revision of Quebec's *Code of Civil Procedure* requires not only an examination of the rules governing the jurisdiction of the courts and the trial process, but also a critical reflection on the underlying principles of the general system of civil justice.

History, economic analysis, and legal sociology reveal considerable changes in civil justice during the twentieth century, notably, a new dynamic of relations between judicial power and other state powers; contradictory claims for a more effective judicial system and a more symbolic function of adjudication; the multiplication of legitimate models of the judicial role; the development of a less aristocratic conception of the judicial function; and an increasingly bureaucratic and technocratic management of courts.

Like society in general, civil justice has reached the stage of advanced or second modernity. This requires new fundamental principles stemming from a general theory favouring a societal and reflexive legal system, a break from the purely state and sovereign law of the first modernity. The author argues for a reorientation of the system of civil justice based on decentralization (the development of non-state justice), coordination (the interdependence of processes of negotiation, mediation, and adjudication), and mainly procedural control over the quality of justice processes. He sets out this argument in a list of principles that could be included in a future codification.

* Professeur titulaire d'une chaire Sir William Macdonald, Faculté de droit, Université McGill. Cet article est la version remaniée d'un document de réflexion remis en octobre 1999 au Comité de révision de la procédure civile, en exécution d'un contrat de services professionnels avec le ministère de la Justice du Québec. Je remercie les autorités du ministère d'en avoir permis la publication. Il va de soi que les opinions émises et la proposition qui en découle n'engagent que ma responsabilité personnelle et ne prétendent aucunement exprimer le point de vue du ministère ou du Comité. Par ailleurs, je remercie mon collègue le professeur Roderick A. Macdonald (Faculté de droit, Université McGill) pour ses commentaires très pertinents sur la première version de ce texte.

© Revue de droit de McGill 2001

McGill Law Journal 2001

Mode de référence : (2001) 46 R.D. McGill 317

To be cited as: (2001) 46 McGill L.J. 317

Introduction

I. L'évolution de la justice civile

- A. *Un pouvoir étatique*
- B. *Des services à la société*
 - 1. La résolution des conflits
 - 2. L'affirmation des valeurs
- C. *Une institution sociale*
 - 1. Le modèle judiciaire classique
 - 2. L'expérience du XX^e siècle : trois modèles de juges
 - 3. Certaines tendances actuelles
 - a. *La justice désacralisée*
 - b. *La justice négociée*
 - c. *La justice mobilisée*
 - d. *La justice critiquée*
- D. *Une organisation formelle*

II. La justice de la seconde modernité

- A. *La théorie juridique de la première modernité : le droit étatique et souverain*
- B. *La théorie juridique de la seconde modernité : le droit sociétal et réflexif*
 - 1. La critique du paradigme classique
 - 2. La promotion de l'autonomie, de la réflexivité et de la rationalité procédurale
- C. *Les principes généraux d'une justice sociétale et réflexive*

Conclusion

Introduction

Cet article se veut une contribution utile à la révision du *Code de procédure civile* du Québec. Il vise plus particulièrement à énoncer et justifier des principes qui expliciteraient la conception générale du système de justice civile et la place des tribunaux judiciaires au sein de ce système.

Formellement, le *Code de procédure civile* du Québec n'a que trente-trois ans. Épistémologiquement, c'est-à-dire du point de vue des idées générales qui en ont inspiré la conception et l'ordonnancement, le code a toutefois des racines qui plongent beaucoup plus loin dans l'histoire. Peu de temps après sa mise en vigueur, le Doyen Louis Marceau constatait que les principes directeurs de la procédure civile n'avaient pas changé, même si les modalités de leur mise en œuvre étaient significativement modifiées :

Le nouveau code reste profondément enraciné dans l'ancien [...]. On est même étonné de voir à quel point la pensée des codificateurs de 1966 diffère peu, au fond, de celle de leurs prédécesseurs de 1896 [...]. Le code de 1966 n'a nullement altéré le caractère essentiellement libéral et individualiste de notre procédure civile [...]. Dans la conception qui est la nôtre depuis pour ainsi dire toujours, la solution judiciaire du litige, parce qu'elle vise d'abord à satisfaire des intérêts privés, doit être assurée dans le respect de la liberté individuelle et de l'autonomie juridique des parties, auxquelles doivent être laissés en tout temps le pouvoir et le soin d'exercer leurs droits subjectifs comme elles l'entendent, sous réserve des seules limites déterminées par l'ordre public. Ce que l'on vise, c'est la paix ; l'application du Droit est un moyen, non une fin en soi¹.

Dans un texte plus critique publié en 1998, un avocat, M^e Jacques Marquis, soutenait pour sa part que le système judiciaire du Québec repose encore aujourd'hui sur des fondements vieux d'au moins trois siècles :

Le système judiciaire reproduit un modèle d'organisation emprunté au régime féodal : la hiérarchie, le duel, le passé. De vrais juges, formés et expérimentés, remplissent maintenant les fonctions autrefois assumées par le roi, les sénéchaux, les maréchaux, les seigneurs, les juges de camp. Les fondements de ce pouvoir reposent sur les mêmes présomptions : il faut mâter les instincts belliqueux ; on tient pour acquis que les justiciables sont incapables à résoudre leurs différends, ou estime que les positions des parties sont irréconciliables. Au nom de l'ordre public, on assure le contrôle des sujets-citoyens par l'exercice de l'autorité. [...] Le processus judiciaire consacre l'apologie de la théorie de la compétition (*the sporting theory of justice*) [...]. Son existence se

¹ L. Marceau, «Le nouveau code de procédure civile : ses principes et son esprit» (1967) U.B.C. L. Rev. - C. de D. 365 aux pp. 366-68.

nourrit de la sève qui monte dans le tronc de l'arbre géant qu'est l'ordonnance de 1667 [...]².

Il n'est pas nécessaire de souscrire à ces opinions ni d'en vérifier l'exactitude historique pour se convaincre de l'utilité d'une réflexion sur les principes généraux de la justice civile. Personne ne niera que la société et le système judiciaire ont considérablement changé depuis 1896. Bien peu de juristes et de citoyens se diront absolument convaincus de la suffisance des conceptions juridiques classiques pour aborder le XXI^e siècle.

La réflexion proposée ici fut entreprise avec le sentiment que le temps était venu de réviser non seulement les règles particulières du *Code de procédure civile*, mais aussi ses principes implicites et surtout la conception générale de la justice civile. Elle fut menée avec la conviction que le simple fait de réfléchir aux fondements et de les expliciter dans le code impulserait une dynamique positive, quelle que soit l'ampleur de la révision quant au fond.

Pour que cette réflexion soit utile, trois exigences s'imposent. Il importe, premièrement, de prendre la mesure des caractéristiques et transformations du système de justice actuel. Ce sera l'objet de la première section. Il faut ensuite s'interroger sur la théorie générale du droit susceptible de convenir à la société contemporaine et de fournir à l'effort de codification la cohérence intellectuelle qui lui est indispensable. Enfin, il faut formuler les principes anciens ou nouveaux dans un langage qui en facilite la discussion et permette leur introduction éventuelle dans le prochain *Code de procédure civile*. La seconde section énoncera les principes proposés après avoir exposé la théorie générale dont ils se réclament.

I. L'évolution de la justice civile

Même si les principes généraux d'un système de justice civile ont vocation à durer plus longtemps que les règles particulières d'un code de procédure, il serait naïf et déplorable d'imaginer que l'on puisse les énoncer dans l'absolu, abstraitement, au nom d'exigences prétendument universelles et intemporelles de la justice considérée comme entité métaphysique. Pour exercer adéquatement les fonctions qui justifient leur création et leur financement, les tribunaux civils doivent pouvoir se réclamer de principes auxquels les citoyens d'un État donné à une époque particulière adhèrent substantiellement. Cette adhésion n'est possible que si les principes invoqués par les acteurs du système judiciaire paraissent pertinents aux yeux de leurs contemporains, au regard des valeurs partagées, des besoins éprouvés, des aspirations tenues pour légitimes. Cette adhésion n'est renouvelable que si les principes semblent susceptibles

² J. Marquis, «Pourquoi réformer la justice civile ? Le problème n'est pas uniquement d'ordre juridique» *Le Journal du Barreau* (15 mars 1998) 21.

de conduire à des pratiques qui soient des moyens efficaces et efficients d'atteindre les objectifs visés. La légitimité publique, la pertinence sociale et la rationalité économique exigent, en somme, que les principes généraux soient conçus pour un système judiciaire contextualisé dans le temps et dans l'espace. Ces principes doivent être élaborés avec la conscience très nette que les choix à faire devront l'être en tenant compte des particularités historiques, sociologiques et économiques de la justice civile à consolider et à renouveler.

L'histoire, la sociologie et l'analyse économique de la justice seront convoquées ici pour fournir une connaissance réaliste des caractéristiques de la justice civile contemporaine et du contexte dans lequel devront s'insérer les principes à poser. Il s'agit d'éclairer scientifiquement la réflexion sur les principes, et non de l'ensevelir sous une masse de faits. Il s'agit de contribuer au processus de décision publique, et non de dicter des solutions en invoquant des contraintes objectives qui rendraient illusoire ou néfaste toute prétention de privilégier des objectifs et de choisir des moyens. Ce recours à l'information scientifique sera sélectif d'un double point de vue. D'abord, en ce qu'il ne prétend pas fournir une synthèse complète des informations pléthoriques que procureraient dans leur ensemble l'histoire, la sociologie et l'analyse économique de la justice. Sélectif, en deuxième lieu, parce que le résumé mettra l'accent sur les phénomènes et tendances de fond considérés plus ou moins intuitivement comme des points de repère utiles, voire indispensables, pour guider une réflexion qui doit déboucher sur des positions de principe aussi nettement définies que possible.

Bien qu'orientée en fonction de la révision du *Code de procédure civile* du Québec, l'information utilisée proviendra en grande partie de recherches, études et travaux théoriques réalisés en dehors du Québec, dans les pays occidentaux (les États-Unis, l'Allemagne, la France, l'Angleterre, la Belgique, etc.) où la majeure partie des connaissances empiriques et théoriques de la justice contemporaine sont produites. Pour une réflexion qui se veut contextualisée, il n'y a là ni contradiction, ni anomalie. Même si le Québec avait d'ores et déjà produit dans les trois disciplines visées beaucoup plus de connaissances que ce n'est le cas actuellement, il serait encore pertinent, sinon nécessaire, de se référer aux informations produites ailleurs, parce que le type de justice civile qu'il faut avoir en vue pour élaborer les principes recherchés n'est pas celui qui singularise le système judiciaire québécois, mais celui, plus général et plus fondamental, qui correspond le mieux aux caractéristiques des sociétés occidentales parvenues au stade de la modernité avancée. Ma conviction personnelle est qu'au stade de l'information scientifique, et à celui de la compréhension théorique globale, nous avons tout intérêt à considérer la justice civile québécoise à travers son appartenance au type général de la justice occidentale contemporaine plutôt qu'en fonction des particularités qui tiennent à son histoire et à son contexte propres. Dans leurs prémisses fondamentales, le droit positif et le système judiciaire du Québec ont été jusqu'à aujourd'hui tributaires de l'expérience de la modernité occidentale, et tout indique qu'ils en resteront solidaires. Les lecteurs pourront apprécier la validité de cette thèse en se demandant si et dans quelle mesure les phénomènes généraux soulignés ici sont également représentatifs de l'expérience québécoise.

S'agissant de comprendre l'évolution contemporaine de la justice civile, les connaissances de l'histoire, de la sociologie et de l'analyse économique peuvent être résumées autour de quatre grandes perspectives d'analyse. La justice civile sera successivement considérée en ses qualités de «pouvoir étatique», «service à la société», «institution sociale» et «organisation formelle». Chacune de ces perspectives révèle une tension fondamentale entre des conceptions différentes des fonctions de la justice civile et de son mode d'organisation souhaitable. Chacune permet d'observer que la justice civile occidentale a évolué d'un pôle à l'autre de ces antinomies depuis les débuts de la modernité (XVI^e au XVIII^e siècle) jusqu'à aujourd'hui.

A. Un pouvoir étatique

Dans la culture politique moderne, l'État exerce une souveraineté de principe en vertu de son monopole de la contrainte inconditionnée. Les individus et les groupes ne peuvent échapper à l'autorité des règles et des décisions étatiques en renonçant à leur citoyenneté. À la différence de tous les autres pouvoirs sociaux, l'État peut légitimement imposer le respect de ses injonctions, au besoin, par le recours à la violence physique. Depuis le XVI^e siècle au moins, la justice civile a entretenu un lien privilégié avec cette prérogative de l'État. Elle s'est démarquée des autres instances de justice (celles des communautés locales, ecclésiastiques, commerciales, professionnelles, internationales, etc.) à la faveur des moyens de coercition exceptionnels que l'État a mis à sa disposition pour garantir le respect de ses ordonnances et jugements. En contrepartie, la justice civile s'est définie socialement et politiquement comme une des formes d'expression du pouvoir général de l'État.

Envisagée du point de vue de la dynamique interne du fonctionnement de l'État, l'évolution de la justice civile a oscillé entre les périodes de confusion et d'autonomisation vis-à-vis des autres pouvoirs étatiques. La doctrine de la séparation des pouvoirs énoncée notamment par Montesquieu ne s'est vraiment matérialisée qu'au XIX^e siècle. L'expérience du XX^e siècle a fourni des signes contradictoires de rapprochement et d'éloignement entre les institutions judiciaires et les instances exécutives et législatives de l'État.

Bien qu'on l'ait oublié depuis longtemps, la justice civile a été à l'origine, depuis la fin du Moyen Âge jusqu'aux révolutions républicaines, étroitement associée aux efforts de l'État pour s'imposer comme institution politique dominante. Les premiers détenteurs des commissions judiciaires, d'extraction noble ou jouissant du statut de notables au sein des communautés locales, ne faisaient pas simplement office de juges appelés à dire le droit. Ils devaient jouer un rôle composite dont les différents aspects mèneraient graduellement à autant de fonctions plus spécialisées : officier de l'état civil, représentant local du Roi, agent de police, procureur de la Couronne, percepteur

des impôts et douanes, etc. Pour qualifier la gestion de l'État avant que ne s'imposent les assemblées législatives et l'administration publique centrale, un auteur a suggéré le concept d'*adjudicative government*³. Ce concept exprime très bien le rôle central exercé alors par le pouvoir judiciaire dans l'élaboration et la mise en œuvre du droit et des interventions de l'État.

Au XIX^e siècle, en particulier pendant les décennies 1840-1870 au Québec, la confusion des pouvoirs étatiques s'estompe incontestablement dans les esprits et dans les pratiques. Le paradigme général du positivisme juridique⁴ clarifie le statut de l'État comme instance autonome par rapport à la société civile (son droit est distinct et supérieur à toutes les autres normativités sociales) et donne son assise à la nouvelle constitution interne de l'État : le pouvoir législatif adopte les lois que le pouvoir exécutif administre et que le pouvoir judiciaire applique aux litiges privés. Cette séparation conceptuelle des pouvoirs confère aux tribunaux étatiques une autonomie institutionnelle qui trouve au surplus un puissant renfort idéologique dans l'affirmation concomitante du libéralisme économique et politique. L'autonomie de la justice civile ne se justifie pas seulement au nom d'une division plus efficace des fonctions étatiques. Elle se conçoit également comme la condition première d'un État de droit au sein duquel le pouvoir judiciaire se porte garant des droits et libertés fondamentaux des citoyens, même à l'encontre des lois du Parlement et des actes de l'Administration. Les tribunaux se trouvent ainsi investis de la mission d'interpréter et de sanctionner, au bénéfice de la société civile, éventuellement à l'encontre du droit positif de l'État, une sorte de droit naturel qui n'a plus le statut d'un droit divin, mais qui reste fondateur d'un ordre des choses auquel l'État ne saurait porter atteinte arbitrairement.

Si les doctrines positiviste et libérale ont conféré à la justice civile un statut éminent au sein de la société et par rapport aux autres pouvoirs étatiques, l'expérience du XX^e siècle n'a cessé de complexifier les choses, au point qu'il devient impossible d'interpréter unilatéralement une évolution générale qui paraît contradictoire. Le système de la justice étatique s'est formellement diversifié par l'ajout de nombreuses juridictions spécialisées dont les compétences d'attribution sont, ou bien des compétences autrefois assumées par les tribunaux de droit commun, ou bien des compétences nouvelles apparues avec la mise en place du système de sécurité sociale et l'affirmation du dirigisme économique de l'État. Harry Arthurs a vu dans le

³ Voir W.T. Murphy, *The Oldest Social Science? Configurations of Law and Modernity*, Oxford, Clarendon Press, 1997 à la p. 77 et s.

⁴ Sur l'évolution du positivisme juridique au Québec, voir B. Melkevik, dir., *Transformation de la culture juridique québécoise*, Ste-Foy (Qc.), Presses de l'Université Laval, 1998, en particulier les contributions de S. Normand, «Une culture en redéfinition : la culture juridique québécoise durant la seconde moitié du XIX^e siècle», *ibid.*, 221, et de J.-G. Belley, «La pensée juridique positiviste et ses tourments», *ibid.*, 237.

développement d'une justice administrative parallèle à la justice civile la version contemporaine d'un pluralisme judiciaire qui, avant le XX^e siècle, s'exprimait dans la coexistence des cours de droit commun et des tribunaux locaux appliquant diverses espèces de droit spécial⁵. La réforme récente de la justice administrative québécoise⁶ inaugure une ère nouvelle qui aura vraisemblablement pour effets d'accroître l'unité philosophique et procédurale de la justice administrative et de consolider son autonomie d'ensemble vis-à-vis de la justice de droit commun. Comme son nom l'indique bien, la justice administrative restera néanmoins une forme de pouvoir judiciaire s'exerçant à proximité ou dans le sillage de l'action gouvernementale, comme c'était le cas pour la justice civile à ses débuts, même si cette relation de proximité la confine à un rôle d'instance tierce ou à une fonction critique, comme c'est le cas pour toute institution judiciaire digne de ce nom.

À l'inverse de ce rapprochement, la justice civile paraît avoir accru, tout au long du XX^e siècle, sa distanciation vis-à-vis des pouvoirs législatif et exécutif de l'État. Ce fort mouvement d'autonomisation, attesté notamment par la mise en question récurrente du «gouvernement des juges», a été favorisé, paradoxalement, par l'expansion considérable de l'activité législative, réglementaire et administrative de l'État. Devant la menace réelle ou appréhendée d'«inflation législative», voire d'État totalitaire, le contrôle de constitutionnalité des lois et la protection judiciaire des droits fondamentaux des citoyens semblent s'être imposés comme des prérogatives qu'il convient d'attribuer au système judiciaire de droit commun, pour mettre sa puissance à niveau avec celle des autres pouvoirs étatiques. La crise de confiance dans les vertus de la modernité politique (la centralité d'un État souverain est-elle souhaitable ?) et juridique (la réduction du droit au volontarisme formel et performatif du droit étatique est-elle bénéfique ?), ainsi que les aspirations plus affirmées des groupes et des individus à l'autonomie civile en même temps qu'à la reconnaissance publique de leur identité et de leurs valeurs, ont poussé encore davantage dans le sens de l'autonomisation du pouvoir judiciaire au sein de l'organisation étatique. La justice civile n'aura peut-être jamais autant mérité son nom qu'en ce moment où l'évolution politique et culturelle semble l'inviter à se concevoir comme une justice des citoyens ou une justice de la société fortement autonome, voire indépendante, à l'égard de l'État.

Ici encore, l'autonomie croissante de la justice civile a trouvé un point d'appui dans l'évolution des autres pouvoirs étatiques. Selon la thèse avancée de façon très convaincante par Tim Murphy, l'ère de l'*adjudicative government*, où les juges et la culture juridique étaient étroitement mêlés au fonctionnement législatif et exécutif de l'État, a commencé à s'estomper au XIX^e siècle à la faveur du recours de plus en plus

⁵ Voir H.W. Arthurs, *Without the Law: Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth-Century England*, Toronto, University of Toronto Press, 1985.

⁶ Voir *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q. c. J-3.

systématique aux experts des sciences sociales (économistes et sociologues principalement) et à leur culture scientifique fondée sur les statistiques. En dépit des apparences qui tiennent à la surexploitation de tous les instruments juridiques formels, la rationalité propre du droit n'exerce plus qu'une influence marginale sur le contenu de la législation et sur les choix stratégiques de l'État. La légalité des règles et des politiques n'est plus qu'une considération parmi d'autres qui trouvera ultérieurement sa réponse ou son test à l'occasion d'un recours devant les tribunaux. À toutes fins utiles, la primauté du droit ne reste un principe fondamental qu'au sein de l'ordre judiciaire où sa domination se trouve toutefois assortie de plus en plus du devoir d'interpréter le droit formel en fonction d'objectifs, de résultats et de contextes d'application pour la connaissance desquels les juristes et les juges sont invités à entendre les experts des sciences sociales⁷.

Dans une société où le droit, comme la religion avant lui, a perdu sa prééminence épistémique sur les autres façons de voir le monde et d'organiser l'action publique, la justice civile risque fort d'osciller entre deux tendances contradictoires. La première est celle de l'adaptation à la nouvelle culture générale de l'organisation étatique au prix d'un mélange de la pensée et du langage du droit avec ceux des autres sciences ; l'autonomie de la justice s'exerce dans ce cas selon une logique et un vocabulaire relativement proches de ceux des autres pouvoirs étatiques. La seconde tendance est celle d'un raidissement de la culture judiciaire dans une rationalité juridique dominée par un réflexe de protection contre le risque d'inféodation aux points de vue et aux critères des autres sciences. La justice civile tend dans ce cas à s'éloigner des modèles d'action de l'État pour se rapprocher des valeurs, des aspirations et des connaissances intuitives qui ont cours dans la société sans vraiment trouver grâce auprès des instances de l'État et des communautés scientifiques. Le pouvoir judiciaire en vient ainsi à se concevoir comme le refuge privilégié des valeurs morales et du sens commun dans une société gouvernée de façon trop technique et incompréhensible⁸. La mission fondamentale de la justice civile devient alors de rendre service à la société plutôt qu'à l'État en exerçant un pouvoir essentiellement symbolique.

B. Des services à la société

Chaque décision judiciaire comporte normalement un dispositif et sa motivation en droit. Les parties en litige s'intéressent prioritairement au premier. Les juristes et la société en général se préoccupent surtout du sens et de la portée qui ont pu être conférés à cette occasion aux règles de droit en vigueur. En ordonnant les mesures d'exécution qui lui semblent s'imposer, le tribunal inscrit son intervention dans la logique instrumentale de la résolution des conflits. En motivant juridiquement ses

⁷ Voir Murphy, *supra* note 3 à la p. 109 et s.

⁸ Voir *ibid.* aux pp. 186-210.

conclusions, il exprime la vocation de sa décision à faire jurisprudence ou à exercer la fonction symbolique de dire le droit, de préciser la compréhension publique des normes et valeurs officielles. Bien qu'elles soient formellement associées et interdépendantes dans chaque décision judiciaire, la fonction instrumentale de résolution des conflits et la fonction symbolique de dire le droit répondent à deux besoins fondamentaux que l'analyse économique du droit enjoint de distinguer pour mieux comprendre la dynamique duale du marché des services judiciaires. La sociologie et l'histoire de la justice montrent, en outre, que les mouvements de centralisation ou de décentralisation des institutions répondant à chacune de ces fonctions ne sont pas forcément coordonnés.

1. La résolution des conflits

Les économistes de l'école classique ou néoclassique analysent la justice selon le paradigme du marché, comme un bien dont le bénéfice peut faire l'objet d'une appropriation privée, dont le prix peut fluctuer selon les variations de la demande sociale, dont l'offre peut être diversifiée et soumise à la dynamique de la concurrence⁹. L'histoire des justices communautaires, commerciales et ecclésiastiques enseigne que la fonction judiciaire a échappé pendant longtemps au contrôle de l'État. Le dynamisme actuel de l'arbitrage commercial national ou international et des instances judiciaires périétatiques, comme l'arbitrage des griefs ou la justice disciplinaire des professions, confirme la pertinence des théories qui ne préjugent pas du caractère étatique ou même public de la justice, à plus forte raison lorsque les services judiciaires sont envisagés comme une façon de répondre au besoin social de résolution des conflits.

Rien n'interdit en principe d'imaginer un régime au sein duquel des juges agissant comme entrepreneurs indépendants, comme concessionnaires ou franchisés d'un groupe corporatif ou comme mandataires d'une collectivité de personnes, offriraient leurs services professionnels moyennant rémunération assumée par les parties. Ces juges seraient en concurrence entre eux et avec les professionnels offrant aux mêmes clients des substituts non judiciaires comme la médiation, la conciliation ou la négociation assistée. On ne devrait pas prendre pour acquis que les attributs actuels de la justice étatique lui confèreraient un avantage décisif sur une éventuelle industrie privée des services judiciaires. L'impartialité de juges privés pourrait être assurée par la logique même du marché ; une instance judiciaire dont les décisions favoriseraient systématiquement une catégorie de plaideurs au détriment d'une autre en viendrait à tarir sa clientèle puisque le recours à la justice privée suppose normalement le consentement des deux parties. La force obligatoire des jugements privés n'aurait pas nécessairement à envier celle des décisions judiciaires si les juges

⁹ Voir W.M. Landes et R.A. Posner, «Adjudication as a Private Good» (1979) 8 J. Legal Stud. 235.

privés jouissent d'une crédibilité suffisante, si leurs décisions sont susceptibles de publicité et, surtout, si leur mandat s'exerce dans le cadre d'une association dont les dirigeants et les membres feront pression en faveur du respect des décisions rendues.

L'incertitude la plus sérieuse à l'égard de la justice privée concerne davantage la fonction symbolique de production de règles de conduite ou de précédents judiciaires. Soumis au régime de la concurrence et rémunérés sur la base du volume de litiges résolus, les juges privés seront logiquement enclins à ne motiver leurs décisions que par des critères assez vagues pour inciter tous les plaideurs potentiels à tenter leur chance ; une jurisprudence trop bien établie ou une trop grande cohérence dans les décisions d'un juge ou d'une instance collective serait susceptible d'infléchir à la baisse le nombre des dossiers soumis et, par conséquent, la rémunération des juges. Or, le bénéfice social que représente la clarification des règles collectives pour l'ensemble d'un groupe ou pour la société entière est incontestablement une ressource économique dont les parties immédiates répugneront à assumer tout le prix, puisqu'elles n'y ont pas un intérêt privatif, mais pour laquelle il est souhaitable qu'un investissement collectif soit fait.

Si la justice étatique a considérablement accru son importance dans la société moderne, ce serait beaucoup moins en vertu de ses avantages du strict point de vue de la résolution des conflits qu'en raison du fait qu'elle procure des économies d'échelle en répondant simultanément aux besoins de régler des litiges et de dire le droit. Cette expérience historique montre que les fonctions instrumentale et symbolique de la justice peuvent fort bien se soutenir et s'enrichir mutuellement. Il faut toutefois s'empresse d'ajouter, ce qui est fondamental pour la présente réflexion, que l'exercice simultané des deux fonctions doit s'envisager à l'échelle d'un régime de justice considéré dans son ensemble, et non pas nécessairement au niveau de chacune des institutions faisant partie de cet ensemble. Même si elles ne sont pas antinomiques, les fonctions instrumentale et symbolique font appel à des ressources et à des logiques d'action différentes. Cela crée une tension inévitable et entraîne à terme une hiérarchisation implicite ou explicite entre des objectifs dont la compatibilité sera peut-être mieux assurée s'ils sont poursuivis de manière autonome ou, en tout cas, différenciée.

La spécialisation fonctionnelle et la hiérarchisation des instances à l'intérieur du système de la justice étatique expriment la conscience de la dualité des fonctions sociales de la justice et la difficulté de répondre concurremment à leurs exigences respectives. La distinction entre les juridictions de première instance et les juridictions d'appel, entre les tribunaux spécialisés et les tribunaux de droit commun, entre la justice administrative et la justice civile, entre les procédures sommaires et les procédures ordinaires, peut s'interpréter comme une architecture institutionnelle qui confère à certaines instances les attributs facilitant la résolution des conflits à plus ou

moins grande échelle et à d'autres instances les moyens qui leur permettront de se consacrer plus systématiquement à la fonction de dire le droit à partir d'un nombre restreint de litiges¹⁰.

Le regain d'intérêt qui s'est manifesté depuis deux ou trois décennies pour les modes non judiciaires de résolution des conflits, dans le secteur privé et au sein de la justice étatique, offre une nouvelle occasion de s'interroger sur la dualité des fonctions de la justice et leur partage institutionnel à l'intérieur du système de la justice étatique ou, mieux encore, dans le cadre de ce que l'on pourrait désigner comme un régime sociétal de justice où les interactions entre les instances publiques et privées, judiciaires et non judiciaires, seraient expressément prises en compte et harmonisées.

Comme leur désignation l'indique bien (*alternative dispute resolution*), l'arbitrage, la médiation, la conciliation ou la négociation assistée sont généralement perçus et promus sous un mode en quelque sorte négatif, comme des alternatives qui ne seraient pas affublées des défauts de la justice étatique classique (coût excessif, lenteur, inaccessibilité financière, psychologique et culturelle). La mise en valeur des avantages comparatifs de ces modes non judiciaires de résolution des conflits est apparue souvent comme un vecteur d'évolution vers «une justice civile plus rapide, plus efficace et apaisante, moins coûteuse en temps, en énergie et en argent tant pour le justiciable que pour le système de justice lui-même»¹¹. Cette façon de voir les choses s'explique historiquement comme une réaction contre la survalorisation du procès présidé par un juge étatique dans le discours moderne sur la justice. Mais, comme toutes les distinctions conceptuelles où l'un des termes de comparaison n'est défini que négativement par rapport à l'autre, l'opposition des modes judiciaires et non judiciaires de résolution des conflits recèle des lacunes qui apparaissent de plus en plus clairement au fur et à mesure que s'améliore la connaissance théorique et pratique des différents procédés de justice.

La vision spontanée des choses fait oublier que l'arbitrage, la médiation, la conciliation et la négociation assistée ont des qualités et des exigences qu'il faut reconnaître à leur mérite propre, indépendamment des avantages comparatifs qu'ils peuvent avoir ou ne pas avoir. Par exemple, le fait d'assumer soi-même la responsabilité du processus de règlement d'un conflit exige un investissement émotionnel et des habiletés qui inciteront des individus à préférer confier leur sort à un gardien de leurs intérêts ou à un «protecteur» privilégiant une solution plus

¹⁰ Voir E. Serverin, «Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice» (1993) 25 *Droit et Société* 339.

¹¹ J.-K. Samson, «La réforme de la procédure civile», Notes pour une allocution lors du Congrès du Barreau, Québec, 18 juin 1998 à la p. 2 [non publiées]. L'auteur était alors sous-ministre associé au ministère de la Justice du Québec.

conflictuelle que coopérative... D'autre part, l'insistance sur la distinction entre les modes judiciaires et non judiciaires, souvent couplée avec l'opposition implicite de la justice étatique ou publique et de la justice non étatique ou privée, tend à faire oublier et obscurcir la distinction à mon avis plus fondamentale entre les fonctions instrumentale et symbolique de la justice. Si l'on accorde la priorité à cette dernière distinction dans la réflexion sur l'architecture souhaitable d'un système général de justice civile, on s'aperçoit très vite du caractère contingent des distinctions entre modes judiciaires ou non judiciaires, justice publique ou privée, justice étatique ou non étatique.

S'agissant d'organiser la fonction générale de résolution des conflits, les méthodes disponibles se répartissent entre celles dont le principe de fonctionnement est la recherche coopérative (même s'il s'agit d'une coopération conflictuelle) d'une solution entre les parties et celles qui s'organisent autour de la décision autoritaire d'un tiers se réclamant du droit (juge) ou de tout autre ordre normatif reconnu (arbitre). Le système général des institutions disponibles pour la fonction de résolution des conflits ne saurait se priver d'aucun des modes actuellement connus, mais devrait au contraire tirer profit des vertus propres de chaque méthode sans s'embarrasser des évidences qui vont souvent de pair avec la vision spontanée des choses. L'évolution actuelle prouve que l'on a tort d'associer la justice étatique au seul mode judiciaire puisque la tendance dominante est non seulement d'encourager le recours aux modes non judiciaires offerts à l'extérieur du système de justice étatique, mais aussi d'intégrer ces modes alternatifs au sein même de ce dernier. Les services de médiation greffés à la Cour supérieure du Québec ne sont à cet égard que les précurseurs d'une tendance qui pourrait fort bien s'amplifier. Inversement, rien ne justifie que l'on confonde justice non étatique et modes non judiciaires de règlement des conflits. L'arbitrage commercial et l'arbitrage des griefs nous forcent à prendre conscience de ce que certains conflits, où qu'ils se manifestent, ne doivent pas, pour des raisons d'efficacité, ou ne peuvent plus, du fait de l'hostilité des parties, se régler autrement que par le recours à un tiers disposant du pouvoir et de la légitimité qui lui permettront d'imposer par la force un règlement ou un déblocage, puisque la recherche d'une solution coopérative est devenue impossible ou inefficace.

Ce dernier constat permet d'écarter une autre évidence trop fréquente, celle qui voit dans les modes coopératifs de règlement des conflits des méthodes a priori plus efficaces, plus rapides et moins coûteuses que les modes autoritaires comme l'arbitrage ou la décision judiciaire. Ainsi qu'on le constate de mieux en mieux avec l'expérience de la médiation ou de la négociation, la pratique authentique de ces procédés exige beaucoup de temps, d'argent et de disponibilité psychologique. Leur vertu propre ne réside peut-être pas d'abord dans les économies qu'elles peuvent faire réaliser pendant le processus de résolution, mais dans les bénéfices que les parties tireront du fait d'avoir appris à surmonter leurs tensions conflictuelles pour relancer leur coopération sur une base nouvelle.

Les coûts et l'efficacité économique d'une instance de justice fonctionnant sur la base de telle ou telle méthode de résolution dépendent davantage de ses conditions d'opération (lieu de rattachement institutionnel, qualité du personnel, volume d'activité, attentes qualitatives et quantitatives de performance, importance conférée

au centre ou à la périphérie du système général de résolution des conflits) que des caractéristiques spécifiques du mode de résolution privilégié. Un régime qui privilégie systématiquement les méthodes coopératives parce qu'elles sont jugées indispensables au bon fonctionnement d'une unité sociale donnée (par exemple la famille ou l'entreprise) peut s'avérer très coûteux même si efficient, tandis qu'un régime privilégiant les solutions d'autorité (par exemple les décisions sans appel des arbitres-experts dans les litiges sur la qualité de marchandises périssables) peut fort bien se révéler le moins coûteux et le plus expéditif.

Il en va de même pour la distinction entre la justice étatique réputée plus coûteuse et la justice non étatique considérée moins coûteuse. L'association d'idées paraîtra fondée d'un simple point de vue conjoncturel plutôt que structurel si l'on admet que l'offre des services publics peut se déterminer en tout ou en partie sur la base de critères de marché, et si l'on prend acte du fait que bien des instances de la justice privée n'obéissent qu'accessoirement à des principes marchands ou ne se distinguent pas fondamentalement des tribunaux étatiques du point de vue organisationnel. Les coûts et le rendement comparés des instances de justice dépendent moins de leur rattachement institutionnel à l'État ou à l'organisation privée que des objectifs prioritaires qui leur sont assignés.

L'importance accordée respectivement aux fonctions de résolution des conflits et d'interprétation des normes collectives est certainement, à cet égard, un facteur significatif. Une instance à qui ne serait dévolue aucune mission symbolique pourra fonctionner sur des bases différentes, éventuellement mais pas nécessairement moins coûteuses, de celles dont le mandat prioritaire sera de dire le droit en se souciant de besoins sociaux plus impérieux que ceux des parties immédiatement en présence. Une autre instance, à qui serait imposée l'obligation de tenir en équilibre les fonctions instrumentale et symbolique, se verra quant à elle contrainte d'adopter un mode d'opération ambivalent, qui risque de lui attirer aussi bien les critiques des clients demandeurs d'un service compétent du point de vue de la résolution des conflits que celles des auditoires externes en quête d'une sagesse sublime.

2. L'affirmation des valeurs

Le juriste américain Thurman Arnold, qui a joué un rôle significatif dans la victoire du progressisme sur le conservatisme pendant la période du *New Deal*, concevait le droit comme un réservoir de symboles ou de croyances collectives dont l'affirmation, la promotion et la réinterprétation incombaient en bonne part aux tribunaux¹². Les valeurs dont les juges se font les gardiens et les interprètes s'expriment dans le vocabulaire privilégié par la communauté des juristes : la

¹² Voir T.W. Arnold, *The Symbols of Government*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 1935.

primauté du droit, l'égalité juridique, les garanties procédurales, les droits fondamentaux à la liberté, à la sécurité ou à la dignité, etc. Pour les juristes et pour l'ensemble des citoyens, du moins quand ils ne sont pas personnellement et directement concernés par l'issue d'un procès, l'affirmation des valeurs à travers l'exercice de dire le droit conserve toute son importance sociale, qui est d'ordre symbolique, même s'il s'avère que les principes réaffirmés énoncent des aspirations dont la réalisation concrète reste bien en deçà des espoirs entretenus. Les symboles et les croyances dont le droit se veut une expression aussi forte et cohérente que possible ont, en effet, pour fonction de reconforter la psychologie collective dans l'image idéale qu'elle s'est faite d'elle-même et qu'elle souhaite conserver, parfois en l'adaptant au changement de la réalité sociale, le plus souvent peut-être en réprimant les cyniques, les subversifs ou les nihilistes à qui viendrait l'idée intolérable d'en dénoncer l'irréalisme ou la valeur. À l'encontre de ces empêcheurs de penser et de croire en rond, les juges doivent faire profession d'artisans soucieux de préserver la mythologie collective, dans la continuité ou le changement de ses énoncés particuliers, mais toujours dans l'intégrité de ses convictions fondamentales.

Les politologues spécialisés dans l'étude de la justice américaine n'ont pas manqué de souligner à quel point la répartition de cette fonction symbolique s'effectue inégalement dans l'organisation judiciaire globale¹³. Les instances inférieures, qui traitent beaucoup de dossiers dans l'anonymat, sont bien davantage des lieux de marchandage, de routine et de raideur bureaucratique que de débat sur les valeurs. Dans les instances supérieures, la gravité du cérémonial judiciaire est mise au service des discussions de principe et de la recherche du sens avec un zèle qui croît proportionnellement à la visibilité publique de leurs séances et des conclusions de leurs délibérations¹⁴.

Les recherches de sociologie du droit révèlent contradictoirement la dysfonctionnalité d'une justice qui tantôt impose l'intangibilité des principes traditionnels du droit au mépris de leurs inconvénients pratiques démontrés (par exemple la réaffirmation de la responsabilité civile de droit commun dans un domaine — les accidents d'automobile — où son inefficacité comme régime de réparation des dommages a été prouvée¹⁵), tantôt se montre outrageusement conciliante vis-à-vis d'arrangements négociés en privé par des justiciables peu respectueux des valeurs collectives et de l'institution judiciaire elle-même (par exemple l'encouragement judiciaire au divorce négocié ou à une déconstruction

¹³ Voir J. Eisenstein, *Politics and the Legal Process*, New York, Harper & Row, 1973 ; H. Jacob, *Urban Justice: Law and Order in American Cities*, Englewood Cliffs (N.J.), Prentice-Hall, 1973.

¹⁴ Voir Eisenstein, *ibid.* aux pp. 309-37.

¹⁵ Voir J. Commaille, «Contribution à une approche sociologique de la pratique judiciaire : les accidents de la circulation» (1976) 27 *L'Année Sociologique* 197.

désordonnée de l'institution du mariage¹⁶). L'important n'est pas ici de donner raison aux uns ou aux autres — il faudrait pour cela se référer à des critères d'évaluation eux-mêmes controversés, comme on s'en doute bien —, mais plutôt d'y reconnaître une tension irréductible entre l'invocation du pragmatisme, au nom d'un réalisme conscient des conséquences concrètes sur la vie et sa préservation, et la réaffirmation des principes, au nom de l'idéalisme vertueux par lequel une culture donnée invite à s'arracher au déterminisme des faits. Si l'on ajoute à cela que toute culture est un lieu de tension entre la cohérence et la contradiction, entre les principes d'ordre et ceux de changement, entre la vision du réel et celle du possible, on réalise à quel point l'exercice de la fonction symbolique relève d'un art complexe, apparemment magique parce que mal connu, susceptible de prendre des formes qui ne sont pas toujours et pas uniquement celles du droit, tantôt assumé au grand jour par des instances reconnues publiquement et expressément pour cela, tantôt réalisé en sourdine et concurremment à d'autres fonctions par des instances qui ne gèrent pas la culture officielle d'un groupe ou d'une société, mais qui en préparent peut-être le renouvellement.

Pour la fonction symbolique de la justice, comme pour la fonction de résolution des conflits, il faut se méfier de la représentation conventionnelle qui s'est imposée dans les mentalités contemporaines. Gardons-nous d'abord de la concevoir comme une fonction dont l'État assumerait le monopole en fait et en droit. Quant on y réfléchit bien, on s'aperçoit au contraire que la vision moderne du droit assigne à la justice étatique la mission d'affirmer non pas toutes les valeurs sociales, mais seulement celles que l'État entend garantir et dans la mesure précise, généralement limitative, où il entend le faire. La séparation républicaine du droit et de la religion, la distinction positiviste des règles juridiques et des normes morales ou sociales, la réception sélective de l'ancien droit naturel dans le droit positif national, disent assez clairement que la mission symbolique des juges étatiques est d'affirmer spécifiquement les valeurs de la Cité, les principes et les symboles de la culture civique. À l'encontre d'un État qui se voudrait totalitaire, l'État de droit reconnaît ainsi qu'il ne lui appartient pas d'exprimer et de garantir la culture d'une société dans toute son ampleur. Le partage de la fonction symbolique globale est pour ainsi dire inscrit dans la constitution même de l'État moderne¹⁷.

Même s'il n'était pas protégé par la philosophie politique, ce partage s'imposerait pragmatiquement, tant il semble évident que bien des instances non étatiques, anciennes comme les autorités religieuses ou les sages des communautés locales,

¹⁶ Voir I. Théry, *Le démariage*, Paris, Odile Jacob, 1993.

¹⁷ Ce qui ne l'empêche pas, à certaines époques imprégnées de la passion du droit, de nourrir des ambitions normatives ou symboliques démesurément confiantes en les vertus de la juridicité étatique, comme le montre J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 1996.

nouvelles comme les *mass media* ou les vulgarisateurs des sciences et des techniques, ont assumé et continuent d'assumer une part importante de cet immense discours quotidien de la société sur elle-même. Le brassage fluide ou aérien d'idées, d'images, de croyances, d'intuitions, de mots et de symboles laisse dans les esprits la conviction plus ou moins forte et plus ou moins répandue d'être partie prenante d'un ordre social qui sait d'où il vient et où il va, pourquoi et comment il est ce qu'il est et non quelque chose d'autre.

Le contrôle de la fonction symbolique n'échappe pas seulement à l'État et à l'ensemble des autorités constituées. Il est aussi au-delà du pouvoir d'influence des institutions de type judiciaire qui prétendent affirmer d'autant mieux les valeurs qu'elles prononcent des jugements qui font autorité. Une longue tradition dogmatique que l'Occident a reçue en héritage et conservée sous des formes plus ou moins déguisées nous incite à croire d'emblée que les procédés de décision autoritaire, accompagnés ou non d'une forme de débat comme le procès judiciaire, sont les vecteurs les plus efficaces de la fonction symbolique parce qu'ils disposent des attributs de la puissance qui entretient la peur des sanctions comme ressort fondamental de l'adhésion aux valeurs affirmées. Dans cette vision millénaire des choses, l'éducation aux valeurs passe par la pédagogie paradoxale de la violence symbolique¹⁸. Les sujets désarmés ou incapables de concilier leurs interprétations des normes et des valeurs sont censés avoir le réflexe de requérir et d'accepter la parole des autorités qui décident de ce qu'il faut savoir et croire pour prétendre légitimement à la qualité de chrétien, citoyen, membre de la profession...

Cette représentation autoritaire ou dogmatique de la culture s'effrite aujourd'hui d'une façon suffisamment prononcée pour que l'on en tienne compte dans une réflexion sur la fonction symbolique de la justice et pour que l'on accorde une certaine crédibilité aux philosophies spirituelles alternatives et aux procédés qu'elles valorisent pour affirmer les valeurs. Les revendications autonomistes des individus au sein de leurs collectivités d'appartenance ou celles des groupes et des secteurs spécialisés à l'intérieur des entités plus englobantes expriment des aspirations à la participation qui ne se limitent pas à la régulation des conduites et à la résolution des conflits. La remise en question des procédés autoritaires, au nom de la dignité, de la responsabilité et de l'authenticité des sujets, s'exprime aussi dans les sphères de la connaissance, de la normativité et de la représentation générale du monde. La demande sociale de droit, de religion ou plus globalement de sens ne s'accompagne plus forcément d'une attitude de soumission à l'autorité, à son expertise et à sa décision finale¹⁹. Elle manifeste chez un nombre croissant de croyants, de justiciables

¹⁸ Voir P. Legendre, *L'amour du censeur : essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Seuil, 1974.

¹⁹ Voir E. Le Roy, «Un droit peut en cacher un autre» (1992) 22 Informations sociales 10. Dans la religion chrétienne, le passage d'une attitude dogmatique à une attitude empreinte d'autonomie et d'authenticité pourrait se traduire par la substitution de la mentalité d'obligation rigoriste de l'Ancien

ou d'adhérents le besoin et le désir d'entrer en dialogue avec le détenteur de l'autorité officielle pour entendre sa compréhension des choses, en discuter les raisons, en influencer l'évolution. Du coup, la capacité qu'ont les autorités d'affirmer efficacement les valeurs qu'elles représentent repose sur des habiletés et des prédispositions qui n'avaient qu'une importance secondaire dans les procédés anciens de type dogmatique : la capacité d'empathie, l'habileté à convaincre rationnellement, la conviction authentique manifestée par l'exemple vécu, la connaissance large et profonde dans le temps et l'espace, la sérénité de l'expérience acquise et l'ouverture d'esprit, etc.

La non-violence de ces derniers procédés ne sera synonyme de non-influence que pour des esprits trop habitués à mesurer l'efficacité dans le court terme, à travers les marques extérieures de soumission et au besoin dans l'annihilation physique ou morale des résistances. L'histoire montre pourtant que la dynamique de la vie symbolique ne se laisse pas arrêter et enfermer dans l'accumulation des hauts faits militaires, des condamnations pénales, des jugements de cour ou des gestes de police. L'expérience des démocraties modernes suffit à convaincre tous les détenteurs d'autorité qu'ils doivent aussi pratiquer l'art de convaincre pour bénéficier de la légitimité que les dirigeants les plus cyniques reconnaissent au moins comme source d'économie d'énergie violente. Le sens commun enseigne plus fondamentalement que l'ordre et le changement, la paix et la guerre elle-même, ne sont jamais mieux assurés que par l'adhésion rationnelle et émotionnelle aux valeurs qui les fondent. C'est bien pourquoi, aujourd'hui autant qu'hier, dans la société comme au sein de l'État, les institutions qui prétendent faire œuvre de justice ne se cantonnent pas à la fonction instrumentale de résolution des conflits, mais consacrent aussi une part importante de leurs énergies à la fonction symbolique d'affirmation des valeurs.

L'importance de cette dernière est telle qu'aucune instance n'aura jamais l'exclusivité de son exercice. S'il est indéniable, par exemple, que la *Charte* de 1982²⁰ a accru considérablement la portée symbolique des décisions de la Cour suprême du Canada, il est tout aussi évident que d'autres instances ont également vu leur stature symbolique s'accroître très significativement : les institutions du type *ombudsman*, les comités d'éthique ou de déontologie, les commissions d'enquête indépendantes, les bureaux de traitement des plaintes, les vérificateurs comptables ou autres experts de l'*audit*, qui se sont multipliées au cours des dernières décennies, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'État, ont pour caractéristique commune de miser bien davantage sur l'influence morale et l'appel à l'opinion publique que sur la contrainte ou les solutions imposées. Il en va de même pour l'intervention des médias lorsqu'elle se réclame de

Testament à l'esprit de libération du Nouveau Testament : voir B. Pruche, *Mentalité d'Exode*, Montréal, Fides, 1965.

²⁰ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

la mission de faire justice dans des situations où la puissance symbolique de l'opinion publique permet d'obtenir des résultats inaccessibles aux procédés de la justice institutionnalisée (par exemple le plénonène «J.E.» au Québec)²¹.

Ces phénomènes traduisent bien l'importance de la fonction symbolique dans la société contemporaine et la grande diversité des institutions judiciaires ou non judiciaires, publiques ou privées, qui prétendent offrir ce service à la société. On peut y voir une contrepartie du matérialisme et du technicisme qui poussent les individus à se tourner vers des institutions susceptibles de donner encore du sens à la vie, ne serait-ce que du sens commun ainsi que le craint Murphy dans l'ouvrage précité²². On peut y lire *a contrario* la preuve d'une société devenue si puissante à contrôler les esprits qu'elle peut relâcher considérablement l'emprise des anciens procédés répressifs, comme le prétendait Michel Foucault²³ et comme Nietzsche²⁴ le suggérait avant lui. On peut encore y trouver la confirmation du caractère fondamentalement communicationnel de la société parvenue au stade de la modernité avancée. Dans un contexte où la culture, y compris celle des scientifiques, se conçoit comme une vaste entreprise de construction sociale de la réalité, on ne s'étonne pas que toutes les instances de pouvoir, toutes les forces qui se mobilisent pour ou contre le changement, et notamment toutes les institutions qui se définissent par la mission de justice, accordent une importance capitale à leur place dans le grand jeu de la communication sociale, aux stratégies de communication qui les font participer à la production symbolique d'une société plus consciente de son image que de ses mécanismes opérants.

Sur le front symbolique comme sur le front instrumental, la demande et l'offre de justice s'expriment donc de façon diversifiée. La justice civile de l'État gagne pour cette raison à se définir des objectifs, des procédés et des modes d'organisation qui tiennent compte des deux besoins fondamentaux de la société et de l'existence d'institutions multiples qui prétendent y répondre. Depuis le XIX^e siècle, la justice québécoise, à l'instar des autres justices étatiques occidentales, s'est définie institutionnellement en prenant pour modèle central voire exclusif celui de l'institution de type judiciaire et, pour mode d'organisation formelle, le modèle de type libéral. Ce double héritage de la première modernité a connu depuis une transformation profonde qu'il convient maintenant de résumer.

²¹ Voir à ce sujet le dossier «Justice et médias» publié à (1994) 26 Droit et Société 9.

²² Voir Murphy, *supra* note 3 aux pp. 186-210.

²³ Voir M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

²⁴ Voir P. Valadier, *Nietzsche. Cruauté et noblesse du droit*, Paris, Michalon, 1998 aux pp. 62-69.

C. Une institution sociale

La notion d'«institution sociale» désigne une manière établie de concevoir et d'exercer une activité donnée au sein d'une collectivité et de sa culture dominante. L'institution définit un modèle idéal et obligatoire qui prescrit comment organiser une fonction sociale pour réaliser la valeur poursuivie, en l'occurrence la fonction et la valeur de justice. Ce modèle devient une référence cognitive et normative admise communément pour juger l'authenticité, la qualité et la légitimité des instances qui se réclament de la valeur de justice, mais dont les pratiques concrètes se révéleront éventuellement plus ou moins conformes ou déviantes au regard du modèle institutionnalisé.

Comme c'est le cas pour les autres valeurs sociales (l'éducation, la santé, la science, l'art, etc.), une institution moderne de la justice s'est affirmée depuis le XVI^e siècle et présente aujourd'hui des signes d'effritement. Le modèle triomphant peut être considéré comme un élément central de la culture juridique au stade de la première modernité. Le modèle émergent pourrait correspondre à une transformation culturelle plus globale commodément désignée comme celle de la postmodernité (un mélange des visions moderne et traditionnelle), de la modernité avancée (les conséquences de la modernisation poussées à leurs limites) ou de la seconde modernité (un modèle institutionnel dont on se contente d'affirmer qu'il vient après le premier et s'en distingue de façon significative).

1. Le modèle judiciaire classique

L'institution moderne de la justice comporte cinq attributs principaux. Il s'agit d'abord d'une justice judiciaire, c'est-à-dire qui emprunte les formes du procès et se ramène à deux composantes obligatoires : le débat contradictoire des parties suivi de la décision d'un juge appelé à se faire une opinion décisive quant à l'issue de la contestation. L'exercice de cette justice repose, en deuxième lieu, sur le mécanisme de la représentation professionnelle : celle des parties par les avocats, celle de la société par le juge, le jury ou le procureur de la Couronne. Le déroulement du procès obéit, troisièmement, aux exigences de la spécialisation fonctionnelle et de la division du travail : les statuts, les rôles, les modalités d'intervention, les obligations, droits et prérogatives de tous les acteurs sont fixés d'avance et définis les uns par rapport aux autres en vue d'un objectif commun, celui de disposer du litige en respectant les exigences du modèle institutionnel.

Au terme d'un très long processus historique dont les racines plongent aussi loin que les XII^e et XIII^e siècles, la vision moderne de la justice a rattaché celle-ci à l'État, perçu comme l'instance sociopolitique la mieux placée pour organiser, garantir et promouvoir l'exercice de la justice conformément à l'idéal convenu. Qu'on l'envisage comme une conquête réalisée par l'État absolutiste ou comme une délégation réfléchie de la société civile à l'État libéral, le fait le plus important pour notre propos est que, dans la culture politique, dans l'opinion publique éclairée, dans la vision républicaine de la société, il est apparu normal que la mission de justice relève de l'État souverain, en matière civile autant que criminelle. Sans aller jusqu'à préconiser le monopole de l'État, la doctrine politique dominante n'a pas hésité à considérer la

justice dispensée par l'État national comme l'instance souveraine, à compétence générale, habilitée à imposer son pouvoir de contrôle et de surveillance sur toutes les autres instances sociales susceptibles de prendre des décisions ou de rendre des jugements affectant les citoyens. C'est le quatrième attribut de la justice moderne.

Ce rattachement de principe à l'État va de pair avec une cinquième composante de l'institution moderne de la justice, son autonomisation ou sa différenciation du reste de la société. Dans les esprits, il allait désormais de soi que la justice s'exerce dans un lieu spécial (le Palais de justice), dans un temps spécifique (celui du procès, méta-conflit dans et sur le conflit global ; celui du calendrier judiciaire et de ses vacances particulières), selon un rituel propre (celui d'un code de procédure, des règles de pratique, etc.) et sur la base de critères de fond et de forme purement juridiques, c'est-à-dire conformément au droit plutôt qu'à toute autre référence normative y compris l'équité.

Cette dernière caractéristique a un lien direct avec le phénomène de professionnalisation de la justice moderne. Elle peut en apparaître comme la cause, si l'on considère que les avocats, juges et autres spécialistes de la justice n'ont fait que répondre à la demande de la société et de l'État, ou, au contraire, comme la conséquence, si l'on pense que les professionnels de la justice étatique ont gagné contre leurs concurrents directs (les artisans des justices locales, communautaires ou spéciales) la lutte idéologique pour la définition de ce que devrait signifier l'exercice de la fonction de justice dans une société moderne²⁵. Il est en tout cas certain que la vision de la justice comme institution autonome dans l'espace, dans le temps, dans son rituel et dans ses critères de référence, appelle logiquement l'intervention d'acteurs ayant la compétence reconnue voire certifiée de se mouvoir efficacement dans les arcanes d'une instance censée s'abstraire de la vie ordinaire et du sens commun pour mieux réaliser l'idéal de la justice.

L'histoire nous enseigne qu'en matière de justice, comme pour n'importe quelle autre institution sociale, tout n'est pas égal et rien n'est définitivement acquis. Au XIX^e siècle, une vision particulière de la justice, celle que nous venons de décrire, s'est imposée aux autres. Ces dernières n'en sont pas forcément disparues ; elles ont pu continuer d'être pratiquées de façon non négligeable. Mais, dans la culture officielle et dominante, elles ont cédé la place à la conception dite moderne comme représentation éminente de la justice.

À son tour, l'institution moderne de la justice est aujourd'hui soumise à la dynamique du changement social et culturel. Des alternatives se pratiquent plus et mieux qu'avant. Le soutien idéologique et organisationnel au modèle institutionnel

²⁵ Voir R.L. Abel, dir., *The Politics of Informal Justice*, vol. 1, *The American Experience*, New York, Academic Press, 1982.

faiblit à l'intérieur comme à l'extérieur de l'État. Les composantes de l'institution sont discrètement ou officiellement reconsidérées, réaménagées, abandonnées. De même que les incarnations historiques de la langue universelle (latin, français ou anglais), de la paix mondiale (vaticane, anglaise ou américaine) ou de la connaissance (théologique, philosophique ou scientifique) ont changé et changent encore, de même l'institution moderne de la justice semble aujourd'hui en processus de déclin ou de transformation. Il importe moins de chercher à savoir si les changements en cours vont dans le sens du meilleur ou du pire que d'identifier les ligues de force de ces changements et leur point d'appui dans les modifications de la culture et des structures sociales. Au demeurant, les acteurs principaux de la justice moderne (juges, avocats, gestionnaires, politiciens) peuvent fort bien contribuer eux-mêmes, consciemment ou non, par leurs discours ou leurs pratiques, à une transformation qui a peut-être atteint désormais le stade ultime où l'esprit prend conscience des changements déjà réalisés en pratique, où l'adhésion à l'ancien modèle s'est suffisamment effritée pour rendre possibles la conception et la formalisation d'une institution nouvelle.

2. L'expérience du XX^e siècle : trois modèles de juges

Dans un texte imagé et d'une rare densité, François Ost soutient que la transformation actuelle de la justice étatique atteint le cœur même de l'institution, c'est-à-dire la conception idéale du rôle judiciaire²⁶. Depuis le XIX^e siècle auraient successivement émergé trois modèles de juges qui coexistent aujourd'hui au sein de l'organisation judiciaire et qui rendent beaucoup plus complexe la compréhension des attentes institutionnelles pour les juges eux-mêmes, pour les autres professionnels de la justice et pour les citoyens.

Le premier modèle est celui du juge jupitérien. Il s'impose au stade de l'État libéral et va de pair avec la conception du droit comme une pyramide de normes dont le faite est la Constitution. La logique fondamentale de l'ordre juridique est la hiérarchie ou la transcendance : l'autorité normative vient d'en haut plutôt que d'en bas, du pouvoir politique plutôt que de la société civile, du code ou de la loi dont les règles sont souveraines en ce qu'elles prévalent en cas de conflit avec les autres normes sociales et président aux décisions de dernière instance. Dans ce régime constitutionnel, le juge exerce un ministère sacré : spécialiste des écritures juridiques, il décide en appliquant le droit et dicte au besoin la bonne interprétation des textes. Il est «la bouche de la Loi», le «bras vengeur de l'État», l'arbitre des controverses doctrinales. Comme Jupiter, il est un dieu sévère et ferme (*dura lex, sed lex*) qui ne

²⁶ Voir F. Ost, «Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge» dans P. Bouretz, dir., *La force du droit*, Paris, La Découverte, 1991, 243.

pactise pas avec les humains parce qu'il a partie liée avec l'ordre impersonnel et quasi intemporel du droit.

Avec la montée de l'État interventionniste depuis le début du XX^e siècle s'estompent de plus en plus les résidus de droit naturel et divin qui conféraient encore un caractère sacré à l'ordre juridique libéral malgré ses prétentions républicaines et laïques. L'image d'un droit positif que l'on peut et que l'on doit réformer périodiquement pour l'adapter à la société, pour répondre aux revendications des groupes et aux aspirations des individus, participe d'une vision plus globale de l'État comme puissance capable d'exercer une fonction générale d'ingénierie sociale au soutien du Progrès sinon du Bonheur. Le modèle judiciaire devient dans cette perspective celui du juge herculéen. Personnage aux mille travaux et aux multiples talents, il se tient à l'écoute des citoyens, juge leurs intérêts opposés, hiérarchise leur aspirations, réinterprète les règles à la lumière des réalités et des sensibilités nouvelles et prend des décisions qui se veulent ajustées à l'état de la société. Au sein d'un système juridique conçu comme un entonnoir recueillant les revendications sociales dans toute leur diversité, le juge exerce une fonction de filtre assurant la production continue d'un droit nouveau et multiforme qui reste compatible avec les valeurs fondamentales et les exigences de cohérence minimale. La jurisprudence devient une source de droit plus dynamique et moins esclave de la loi. La pesée judiciaire des intérêts et des valeurs acquiert une légitimité spéciale du fait qu'elle apparaît plus soucieuse de continuité et de cohérence que la réponse législative aux sollicitations de la société. En comparaison du modèle de Jupiter, le juge herculéen n'en reste pas moins un adaptateur du droit, un décideur spécialisé, un juriste pragmatique. Comme Hercule, c'est un juge demi-dieu qui traite et pactise avec les humains quitte à trahir les dieux.

Le premier modèle judiciaire s'incarne assez bien dans le personnage du juge de droit commun, exécutif du code en pays de droit civil, grammairien des précédents judiciaires dans les juridictions de common law. Le juge administratif, à travers la diversité des compétences matérielles et des niveaux décisionnels qu'on lui connaît, correspond *grosso modo* au modèle du juge herculéen. Le troisième modèle judiciaire identifié par Ost s'illustre plus difficilement parce que son émergence est plus récente et surtout parce qu'il désigne moins un nouveau statut institutionnel au sein de l'organisation de la justice que l'accentuation d'une composante du rôle judiciaire que l'on trouve dans les autres modèles, mais qui devient prédominante dans la pratique du juge de type Hermès. Le juge du tribunal de la famille est peut-être la figure qui convient le mieux pour ce modèle où le rôle judiciaire se conçoit comme organiquement lié à un réseau d'instances et d'acteurs professionnels se réclamant d'une pluralité d'approches disciplinaires, mais cherchant à se coordonner en vue de la mission commune qui leur incombe (par exemple le tribunal de la protection de la jeunesse et le réseau des affaires sociales). Plus généralement, le juge Hermès se caractérise comme un dieu messager dont la fonction première est d'assurer la communication entre les multiples instances où se créent et s'appliquent les normes, entre les agents des services dispensés par l'État et leurs usagers.

L'accentuation de la fonction communicationnelle de l'institution judiciaire se comprend mieux si l'on interprète l'évolution contemporaine du système juridique

comme une tendance lourde vers la production plurielle et décentralisée des règles de droit et de leurs modifications. Dans un régime de postmodernité juridique, le pouvoir d'énoncer, d'interpréter et d'appliquer le droit se répartit entre plusieurs instances officielles dont l'intervention s'imbrique à l'intérieur des processus de décision où s'exerce leur fonction respective, d'un côté et de l'autre de la frontière de plus en plus poreuse qui sépare les activités de l'État et celles de la société civile. Qu'il s'agisse de promouvoir la déontologie professionnelle, de garantir les droits individuels au sein des entreprises à travers les mécanismes prévus par une convention collective, d'assurer le respect des droits fondamentaux dans la gestion des services publics, de contrôler l'opportunité ou la légalité des décisions d'une régie gouvernementale, de sanctionner les droits constitutionnels des citoyens au sein de l'appareil administratif, judiciaire et policier de l'État, deux prémisses concourent à l'émergence du modèle judiciaire de type Hermès : 1° les processus d'action et de décision qui assurent le fonctionnement de la société contemporaine sont trop nombreux et complexes pour que le pouvoir d'énoncer les règles et de contrôler les résultats soit assumé par une seule instance centrale ; la qualité et l'efficacité des interventions requises exigent la concertation constante des acteurs et l'articulation dynamique des normes ou des règles dont ils se réclament ; 2° dans ce régime juridique polycentrique, les juges doivent faire équipe avec les autres acteurs du sous-système auquel tous participent ; il leur incombe d'assumer un rôle d'instance critique et de communication pour rappeler à tous les « intervenants » leurs obligations internes et externes au réseau, pour juger de la qualité procédurale des opérations et des décisions du sous-système sans se substituer aux agents qui doivent prendre les décisions matérielles, pour dire le droit et rendre la justice dans des lieux souvent fort éloignés du Palais de justice, selon une procédure mieux articulée au rythme de la vie ordinaire qu'au rituel du procès classique.

Liés organiquement aux opérations des réseaux sociaux et à la vie quotidienne de leurs acteurs, les messages émis par le juge Hermès gagnent en pertinence communicationnelle. Mais, parce qu'il lui faut renoncer dans cette mesure même à revendiquer l'autorité qui vient de la proximité d'un pouvoir central prétendument souverain ou de la familiarité avec un ordre normatif commun à toute la société, le juge Hermès perd la rigueur dogmatique qui lui permettrait de se prémunir contre l'envahissement de la logique du droit par d'autres logiques scientifiques ou techniques et de faire prévaloir plus efficacement la fonction symbolique de ses décisions sur leur fonction gestionnaire. Descendu dans la mêlée, Hermès risque de finir intermédiaire du commerce entre les hommes plutôt que messenger des valeurs auxquelles on voudrait croire encore. François Ost conclut son texte par cette mise en garde qui fait écho aux transformations contemporaines de la justice civile et à leurs enjeux.

3. Certaines tendances actuelles

La réalité présente de la justice étatique nous apparaît singulièrement complexe parce que les modèles judiciaires de types jupitérien, herculéen et Hermès coexistent contradictoirement dans les instances différentes de l'organisation judiciaire globale et peut-être même dans l'esprit et la pratique de juges qui ne savent plus trop bien quelles sont les attentes de l'État et de la société à leur égard. Puisqu'aucun de ces

modèles ne peut se réclamer d'une supériorité évidente sur les deux autres, l'impression d'une crise de la justice vient facilement à l'esprit. L'inconfort psychologique et organisationnel qui en résulte est d'autant plus vif que rien ni personne ne peut convaincre quiconque du caractère purement transitoire de cette complexité en faisant la preuve d'une évolution fondamentale vers le triomphe d'un de ces modèles ou vers une nouvelle institution unitaire qui serait une synthèse harmonieuse de traits empruntés aux trois modèles.

Il ne saurait donc être question d'entreprendre une argumentation dont le propos serait de prouver l'existence d'une évolution historique linéaire vers tel modèle judiciaire dominant ou de démontrer une unité profonde, déjà là mais mal perçue, sous la diversité actuelle des modèles et des pratiques. Au risque d'affaiblir cette mise en garde et d'en faire une précaution de pur style, on peut néanmoins se servir à des fins heuristiques de l'hypothèse d'un déclin relatif du modèle judiciaire classique (représenté par le juge jupitérien et par le juge herculéen lorsqu'il préside un processus d'adjudication *quasi* judiciaire) et d'une importance croissante du modèle communicationnel illustré par le juge Hermès qui s'affirme dans des instances récentes (par exemple une commissaire aux relations avec les usagers qui «juge» les plaintes et fait rapport), mais perceptible aussi dans les façons nouvelles d'exercer un rôle judiciaire ancien (par exemple une Cour suprême qui donne des indications au législateur pour l'adoption d'une loi dont la constitutionnalité serait mieux assurée²⁷ ou qui dénonce les préjugés dont devraient se départir les agents de l'État et les citoyens pour respecter la primauté du droit)...

L'hypothèse d'une justice postmoderne est celle d'un régime au sein duquel la figure éminente du juge ne serait plus celle d'un dieu imposant et lointain qui prononce des châtements, ni même celle d'un demi-dieu ingénieur social qui détermine la juste mesure entre les besoins exprimés et les ressources disponibles, mais celle d'un humain communicateur opérant dans un réseau d'activités où son rôle spécifique est de ranimer la conscience morale et critique des acteurs chaque fois qu'elle fléchit. Traditionnel par ses références plus morales que techniques, moderne par son rattachement institutionnel au monde de l'action plutôt que de l'esprit (le domaine de l'éthique appliquée), le juge animateur correspond bien à cette postmodernité qui s'institue dans l'amalgame des valeurs et des procédés que l'idéologie du Progrès avait enjoint de séparer radicalement au XIX^e siècle, mais que le désenchantement tragique du XX^e siècle incite à réunir.

Cette hypothèse ne saurait fournir une explication de l'évolution générale de la justice dont elle est elle-même une partie prenante et non un facteur externe. Elle permet toutefois d'envisager quelques tendances observables dans le fonctionnement actuel de la justice sous un angle d'où résulte une compréhension particulière de la

²⁷ Voir A. Lajoie, *Jugements de valeurs*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997 à la p. 97 et s.

réalité. Cette compréhension ne prétend pas constituer *la* vérité de ce qui se passe sous nos yeux, mais plutôt *une* connaissance utile qu'il reste loisible à quiconque de faire servir ou non à l'élaboration d'un projet d'intervention dans le cours des choses. Quatre tendances seront soulignées sommairement, celles de la justice désacralisée, négociée, mobilisée et critiquée. Dans la mesure où elles confirment l'affaiblissement du modèle judiciaire classique, ces tendances peuvent se lire comme des attestations de l'avènement d'une justice plus communicationnelle. Parce qu'elles mettent en évidence les transformations du rôle judiciaire qui vont de pair avec son intégration quasi organique aux différentes sphères de l'action et de la communication sociales, ces tendances révèlent aussi les contraintes nouvelles d'une justice qui se veut aujourd'hui humaine au risque de se juger demain trop humaine...

a. La justice désacralisée

Le juge jupitérien siège le plus souvent dans un lieu physique imposant où l'on s'adresse encore à lui dans un langage respectueux et châtié. Mais, l'architecture des palais de justice s'est modernisée selon des paramètres plus fonctionnels qu'avant et, même à la Cour suprême du Canada, les avocats peuvent désormais s'adresser aux juges en utilisant «Monsieur le juge» ou «Madame le juge» plutôt que «Votre Honneur» ou «Votre Seigneurie»²⁸. Ces indices, qui ne tiennent qu'à la forme de l'activité judiciaire, expriment précisément par cela même le chemin parcouru depuis l'époque où il allait de soi que la rencontre avec les représentants de la justice devait être une expérience édifiante, vécue dans l'asymétrie des statuts et dans une communication où les exigences d'impersonnalité, de neutralité et d'abstraction contraignent le langage ordinaire à une portion congrue ou à un statut inférieurisant²⁹. Les lieux où siègent aujourd'hui les juges, en particulier les juges administratifs et les juges animateurs, de même que le langage dans lequel s'expriment les acteurs et participants, répondent davantage aux besoins d'une communication efficace et au souci de rendre l'expérience judiciaire plus accessible, plus simple, plus humaine. Les formes de l'activité judiciaire ont une finalité plus fonctionnelle que symbolique, un accent plus démocratique qu'aristocratique.

L'important n'est pas de s'en féliciter ou de le déplorer, mais de constater que cette justice désacralisée est en rupture avec le modèle dominant de la première modernité, une rupture qui tout à la fois augmente le confort des acteurs à la recherche de résultats concrets et diminue l'émotion ressentie par ceux qui aspirent à une compréhension supérieure des choses. La justice nouvelle accueille mieux les demandes expresses de ses visiteurs et y répond plus simplement. Mais, elle n'a plus

²⁸ Voir Cour suprême du Canada, «Avis aux avocats» dans le *Bulletin des procédures* (6 octobre 2000), en ligne : <<http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/bul/2000/texte/00-10-06.bul.txt>>.

²⁹ Voir A.-J. Arnaud, *Clefs pour la justice*, Paris, Seghers, 1977 à la p. 113 et s.

la hauteur de vue qui lui ferait reformuler les questions dans une optique ignorée ou négligée par les acteurs. Pour la recherche du sens profond ou du sublime à atteindre, elle renvoie ses visiteurs à eux-mêmes.

b. La justice négociée

Le nouveau partage des responsabilités dans l'exercice général de la fonction de justice se constate très éloquemment dans la faveur accrue dont bénéficient les procédés de négociation aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur du système judiciaire. La conscience des interactions entre négociation et procès, règlement hors cour et décision judiciaire, intérêt privé des parties et intérêt public dans la décision de poursuivre ou non le recours judiciaire engagé, est aussi ancienne que la mise en place des premiers tribunaux étatiques. Dans l'optique libérale classique, la prédominance des règlements négociés sur les procès menés à terme était jugée normale et souhaitable sur la base de deux prémisses : 1° dans un régime de liberté contractuelle, le contrat de transaction, comme toute autre convention privée, doit être présumé juste puisque les parties immédiatement concernées sont les mieux placées pour apprécier correctement l'enjeu de leur conflit et pour choisir librement la solution qui protège le mieux leurs intérêts respectifs dans les circonstances ; 2° dans un système juridique où les professionnels du droit offrant leurs services aux justiciables ont pris une importance sans précédent dans l'histoire et agissent le plus souvent comme premiers acteurs des négociations privées, il faut présumer que la négociation s'effectue normalement «à l'ombre de la loi»³⁰ et tient compte de la jurisprudence. Bien que ses interventions directes dans la solution finale des conflits ne couvrent qu'un petit nombre des litiges potentiels, la justice étatique se trouverait ainsi à exercer une influence indirecte sur un grand nombre de règlements négociés dont les termes sont présumément conformes aux exigences de l'ordre public puisque les avocats et les notaires s'en portent garants par leur serment d'office.

Ces présupposés, comme tous ceux qui se réclament fondamentalement de la philosophie libérale classique, ont été sérieusement mis en doute au cours des premières décennies du XX^e siècle : la liberté contractuelle n'est souvent que formelle pour la partie économiquement ou socialement désavantagée ; beaucoup de justiciables ne sont pas représentés par des juristes professionnels pour des raisons financières, psychologiques ou culturelles ; bien souvent, les avocats et notaires négocient sans se référer véritablement à l'état du droit parce que l'enjeu financier ne justifie pas une réelle sophistication juridique ou, au contraire, parce que l'ampleur des intérêts privés en cause dicte la complaisance, la compromission ou l'oubli de l'éthique professionnelle dans l'exercice des mandats confiés. Les annexes ajoutées au

³⁰ Voir L.A. Kornhauser et R. Mnookin, «Bargaining in the Shadow of the Law: the Case of Divorce» (1979) 88 Yale L.J. 950.

système judiciaire classique (par exemple la Régie du logement, la Commission des normes du travail et les tribunaux des petites créances), les programmes d'assistance judiciaire et d'aide juridique, le renforcement de la justice disciplinaire et son ouverture aux «représentants du public», se sont tour à tour réclamés d'une philosophie social-démocrate pour laquelle l'accès à la justice passait plutôt par l'accroissement des procès que par la confiance dans les vertus de la négociation.

Depuis deux décennies, la problématique s'est renouvelée encore sous l'influence de courants de pensée qu'il serait abusif de réduire à l'idéologie du néolibéralisme même si elle a pu y jouer le rôle central. La négociation bénéficie d'une nouvelle faveur comme alternative préférable au procès, mais il s'agit d'un soutien plus circonspect, consenti pour des motifs d'intérêt collectif autant sinon davantage qu'individuel et conféré dans le cadre d'une politique publique poursuivie de façon proactive. Cette nouvelle philosophie peut se réclamer à la fois du réalisme (il est impossible de régler judiciairement tous les conflits de la société), de la gestion efficiente des finances publiques (les procédés de négociation sont moins coûteux pour le système de justice étatique et peuvent procurer des résultats meilleurs pour les parties), du néo-corporatisme (l'État lui-même donne l'exemple en privilégiant la négociation de «contrats sociaux» avec ses partenaires des secteurs corporatif, syndical et coopératif plutôt que de leurs imposer des lois ou des jugements de cour), des vertus de l'autogestion collective (la négociation organisée de façon décentralisée fait partie, comme les autres modes de résolution des conflits, des attributs d'une collectivité capable de surmonter ses tensions internes, comme l'a montré l'expérience nord-américaine des relations industrielles depuis cinquante ans) et, finalement, des aspirations individuelles à la liberté (la responsabilité de conclure les ententes qui affectent l'existence et l'identité individuelles est un attribut essentiel de la personne libre).

La promotion de la négociation comme alternative au procès se réalise aujourd'hui de façon ouverte, officielle et normative dans l'administration de la justice comme dans la jurisprudence des tribunaux supérieurs. On ne se limite plus à constater la simple fréquence des procédés de négociation avec pragmatisme ou méfiance. On cherche à prendre la mesure précise des avantages et inconvénients de ces procédés pour en institutionnaliser des formes plus satisfaisantes, avec l'objectif avoué de réduire le recours au procès. Cette évolution des mentalités est très nette dans le domaine de la justice criminelle où la négociation des plaidoyers de culpabilité devient un procédé reconnu, balisé, légitimé et encouragé institutionnellement après avoir été pendant longtemps une pratique habituelle dont les acteurs immédiats se gardaient bien de revendiquer une reconnaissance officielle

puisque les juges n'y faisaient pas obstacle³¹. La promotion expresse de la négociation s'est également manifestée en droit matrimonial. Les conventions de divorce ou de séparation y sont devenues pratique courante. Leur validité et leur portée ont été soumises à des règles plus ou moins contraignantes ou limitatives, mais la position de principe des tribunaux reste celle de l'encouragement institutionnel, comme en témoigne l'affirmation suivante de l'ex-juge Bertha Wilson :

Il me semble que lorsque les parties ont d'elles-mêmes, librement et après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants, négocié une convention sur la façon de régler leurs affaires financières au moment de la rupture de leur mariage, et que cette convention n'est pas lésionnaire au sens du droit positif, elle devrait être respectée. Les gens doivent être encouragés à assumer la responsabilité de leur propre vie et de leurs propres décisions ; ce devrait être le souci d'ordre public prédominant³².

Si les administrateurs de la justice et les juges se font ainsi les promoteurs de la négociation dans des domaines aussi sensibles que le traitement de la criminalité et le règlement des conséquences du divorce, on est facilement conduit à penser que l'évolution profonde des mentalités érode plus largement la culture juridique de la première modernité, qui tendait à faire du procès en bonne et due forme le moyen par excellence de réaliser la justice. Cette association d'idées n'a plus cours aujourd'hui dans un système général de justice où l'on se préoccupe d'organiser plus efficacement les procédés de négociation qui existaient déjà dans l'appareil judiciaire, d'y aménager de nouveaux mécanismes de négociation assistée (par exemple les services de médiation facultatifs ou la médiation obligatoire en matière familiale) et d'encourager à l'extérieur du système judiciaire le règlement amiable des litiges.

En somme, on ne se contente plus aujourd'hui de reconnaître, en le déplorant ou non, que le procès devant un juge ne peut être qu'une justice de dernier ressort. On soutient activement d'autres procédés de règlement des conflits ou de traitement des litiges parce que l'on y voit des alternatives légitimes et à certains égards préférables au procès. La justice judiciaire se conçoit désormais comme un moyen parmi d'autres de réaliser la justice. Soit à l'intérieur même du système judiciaire, soit à l'extérieur du Palais de justice dans les cabinets d'avocats où se rédigent les conventions de règlement, la justice négociée est encouragée bien qu'elle entraîne un effacement significatif du rôle judiciaire. Comme si le procès devait être de plus en plus un recours de dernier ressort, comme si ce procédé central de la modernité juridique devait désormais trouver sa vocation spécifique au-delà d'une fonction de résolution des conflits pour laquelle des substituts anciens et nouveaux ont prouvé ou prouveront leur supériorité technique. Démobilisée sur ce front, la justice judiciaire semble en

³¹ Voir B. McMahon, «Le franc-jeu est une composante essentielle du *plea bargaining*...» *La Presse juridique* (18 septembre 1998) 6.

³² *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801 à la p. 850, 38 D.L.R. (4^e) 641.

contrepartie de plus en plus mobilisée pour des fonctions d'ordre politique et culturel que l'on ne considère plus extérieures ou antinomiques au domaine du droit et à l'expertise des juges.

c. La justice mobilisée

Dans une société caractérisée par le «mouvement plus l'incertitude»³³, le juge n'est pas forcément considéré comme l'oracle auquel des acteurs désorientés auraient recours pour trouver un apaisement de l'âme dans la révélation des vérités intemporelles du droit. Ceux qui mobilisent le plus efficacement la justice — ses «clients les plus réguliers»³⁴ — sont plutôt les gestionnaires d'entreprises privées à la recherche de paramètres de calcul mieux assurés (par exemple une compagnie d'assurance-vie testant la validité juridique d'une clause du contrat-type imposé aux assurés), les concepteurs et administrateurs d'une politique publique dont la mise en œuvre requiert la définition circonstanciée des exigences d'une norme floue («l'intérêt de l'enfant», «la protection publique», «le contenu canadien»), les politiciens sollicitant le soutien officiel du droit à la poursuite de leurs stratégies au risque de recevoir une réponse circonspecte qui cadre mal avec la logique inaltérable et guerrière du combat politique (les renvois constitutionnels...), les militants réclamant réparation d'une injustice collective ou prônant un changement des mœurs qui espèrent obtenir à travers un jugement de cour le gain symbolique qui leur manque encore pour que les idéaux publics de justice et d'égalité soient réconciliés avec les souffrances privées de leurs vies et de leurs convictions identitaires (les revendications des femmes, des minorités ethniques et culturelles, des «enfants de Duplessis», des couples gais, etc.).

Malgré leurs différences incontestables, tous ces demandeurs qui mobilisent la justice au soutien de leurs objectifs économiques, technocratiques, politiques, idéologiques ou culturels ont au moins deux choses en commun : 1° ils ne sont pas dépourvus de moyens d'action autres que judiciaires (financiers, administratifs, exécutifs, législatifs, tactiques, d'opinion publique, etc.), mais sont conscients de l'avantage stratégique de pouvoir se réclamer d'une légalité officiellement reconnue par une instance qui peut encore se prétendre au-dessus de la mêlée ; 2° ils ne doutent pas de la justesse de leur action, de leur mission ou de leur cause et ne perdront pas la conviction qui les fait agir même si l'interprétation judiciaire devait aujourd'hui les décevoir.

Ceux qui font ainsi appel à la justice ne sont plus d'humbles justiciables confiant leur sort entier à la sagesse des juges, en attente d'une décision irrévocable, professant

³³ Voir G. Balandier, *Le désordre. Éloge du mouvement*, Paris, Fayard, 1988 à la p. 161.

³⁴ Voir M. Galanter, «Why the "Haves" Come Out Ahead? Speculations on the Limits of Legal Change» (1974) 9 L. & Soc. Rev. 95.

une foi absolue dans la prééminence du droit positif et dans l'infailibilité de ses interprètes officiels. Soit qu'ils se réclament d'idéaux aussi grands à leurs yeux que celui de la légalité (le progrès économique et social, l'intérêt supérieur de la nation, etc.), soit qu'ils invoquent une «légalité» supérieure (les droits fondamentaux de la personne, le droit international et humanitaire, etc.), soit qu'ils conçoivent le jeu du droit et de la justice comme un processus sans fin où la légalité d'aujourd'hui n'est ni celle d'hier ni celle de demain (le droit moderne obéit lui-même à la dynamique du mouvement plus l'incertitude), ces justiciables d'ores et déjà mobilisés et idéologisés intentent une action en justice pour donner du relief à leurs prétentions, pour avancer leurs arguments, pour entrer en dialogue avec l'adversaire et le juge lui-même concernant la réalité des faits allégués et l'interprétation correcte ou souhaitable des textes pertinents. Le jeu du droit et du procès vaut certainement la peine d'être joué sérieusement, dans le respect des personnes et de l'institution. Mais, la justice que l'on mobilise n'est jamais celle à laquelle on s'abandonne. Le procès n'empêchera pas d'agir et de discourir ailleurs. Le jugement rendu ne sera pas le dernier acte du combat engagé ni le dernier mot du débat. Il sera pris en compte comme une morale civique avec laquelle il faut aussi compter. Il sera contourné en pratique si l'on ne peut continuer d'avancer autrement. Il sera critiqué, dans les voies formelles de l'institution ou dans la cacophonie du débat public, parce que les mobilisateurs de l'instance judiciaire n'ont jamais abdiqué leur propension à interpréter eux-mêmes les exigences d'un droit qui se veut ouvert sur la société ; ils n'ont jamais renoncé à se réclamer d'un idéal de justice que plus personne n'accepte de confier en exclusivité au système judiciaire.

d. La justice critiquée

Ramenée à une dimension plus terrestre que sacrée, insérée dans une logique de négociation plus respectueuse de la dynamique des intérêts que de l'intangibilité des principes, mobilisée stratégiquement plutôt qu'attendue passivement, comment la justice étatique contemporaine pourrait-elle échapper à la critique ? Plus précisément, comment pourrait-elle rester à l'abri d'une critique sociale dont le mode d'expression déborde souvent intempestivement les procédures de critique institutionnalisées par le droit : débat contradictoire, appel, évocation, recours en nullité ? Plus que jamais peut-être, la critique de la justice se fait publique voire populiste, politique sinon étroitement idéologique, dirigée vers la personne des juges aussi bien qu'à l'encontre de l'institution judiciaire, substantive autant que procédurale, référée à des critères de jugement autres que ceux de la légalité ou même de l'équité, se réclamant d'expertises scientifiques aussi souvent que du simple bon sens.

Il arrive aujourd'hui que des juges aient recours aux services d'avocats pour riposter judiciairement et devant l'opinion publique aux critiques dont leur exercice

du rôle judiciaire a été l'objet. Les facteurs invoqués pour s'expliquer l'ampleur — voire la férocité — du phénomène sont nombreux : crise générale de l'autorité, perte de crédibilité de toutes les institutions publiques, manque de sensibilisation de la magistrature au changement des valeurs sociales³⁵, incompétence de certains juges³⁶, pensée magique de justiciables aussi prompts à invoquer leurs droits qu'à oublier leurs devoirs³⁷, propagation des idéologies militantes qui infusent dans l'air du temps une ambiance de rectitude politique qui fait marcher sur des œufs tout personnage public, perte généralisée de la capacité de jugement³⁸...

L'intérêt de cette liste, que l'on pourrait sans doute allonger, réside moins dans la vraisemblance des différents facteurs invoqués que dans la constance de leur tonalité négative. En dépit de leur diversité, toutes ces hypothèses donnent à penser que la critique sociale de la justice est un phénomène indésirable, anormal, qui appelle des mesures correctrices et, plus souvent qu'autrement, un changement des mentalités au sein de l'appareil judiciaire ou dans son environnement social.

Le phénomène de la justice critiquée peut pourtant être abordé dans une optique radicalement différente comme contrepartie normale de l'évolution générale des mœurs ou de la culture des sociétés occidentales contemporaines. On peut y voir l'expression des transformations majeures qu'y a connues l'organisation judiciaire et des nouvelles attributions qui échoient à la justice dans le fonctionnement du système social. Dans cette optique, la justice n'est pas critiquée parce qu'elle a refusé ou refuse de se transformer, mais plutôt parce qu'elle s'est transformée et se transforme encore dans une direction qui appelle la critique de la justice au même titre que sa promotion.

La critique de la justice participe selon cette dernière hypothèse d'un changement fondamental de la culture politique et juridique. L'idéal démocratique qui fonde le droit à l'expression publique du mécontentement, de l'opinion et de la dissidence, en somme le droit à la critique, a maintenant rejoint l'institution judiciaire qui fut peut-être le dernier bastion de l'ethos aristocratique. La promotion des aspirations individuelles et collectives dans une culture juridique qui n'entend plus se restreindre à la seule affirmation des devoirs ou des obligations ne pouvait pas ne pas modifier les attentes à l'égard de la justice et renouveler l'évaluation de ses performances, dès lors qu'était réaffirmée au plus niveau de l'ordre juridique interne (les chartes des droits et

³⁵ Voir «L'Association du Barreau canadien estime qu'il faut revoir la formation des juges» *Le Devoir* (29 janvier 1998) A8 ; M. Cloutier et S. Truffaut, «La Couronne en appelle de la sentence» *Le Devoir* (29 janvier 1998) A1.

³⁶ Voir M. Lachance, «Les juges au banc des accusés» *L'Actualité* 21:10 (15 juin 1996) 18.

³⁷ Voir J. Grand'maison, *De quel droit ?*, Ottawa, Leméac, 1980.

³⁸ Voir J. Grand'maison, *Quand le jugement fout le camp*, Montréal, Fides, 1999.

libertés) et du droit international (*Déclaration universelle des droits de l'Homme*³⁹) la primauté des besoins humains fondamentaux. Ces changements d'ordre culturel rendaient prévisibles et légitimes l'exacerbation des attentes publiques envers la justice et, par voie de conséquence, celle des critiques qui lui seraient désormais adressées.

La critique de la justice peut d'autre part s'interpréter comme le reflet normal de l'évolution interne de l'organisation judiciaire. La justice critiquée aujourd'hui de façon parfois véhémement n'est plus la justice d'hier. Si elle s'attire des critiques nouvelles qui ne la ménagent pas davantage que les autres institutions de la modernité, c'est qu'à l'insu ou non de ses acteurs professionnels elle a pris graduellement des caractéristiques qui la rendent plus vulnérable à la critique sociale, notamment à celle qui dénonce les dérives bureaucratique et technocratique des organisations du XX^e siècle.

D. Une organisation formelle

Nous venons de voir qu'il existe une version moderne de l'institution judiciaire centrée sur l'idéal d'un procès contradictoire présidé par un juge professionnel dont la décision motivée en droit disposera du litige. À partir du moment où cette conception idéale de la justice devient la norme officielle et qu'un système judiciaire («moderne») est construit sur cette base — ce qui advient au Québec dans la seconde moitié du XIX^e siècle — trois questions générales se posent. Elles renvoient à trois types différents d'analyse sociologique.

Premièrement, dans quelle mesure la culture juridique de la population s'accorde-t-elle avec la culture juridique officielle du point de vue du modèle idéal de justice ? Si la première reste substantiellement attachée à des références traditionnelles (une justice communautaire et participative plutôt que fondée sur la représentation professionnelle des parties ; un juge respectueux des usages et connu pour son sens de l'équité plutôt que des juristes experts en légalité ; une conception plus substantive que procédurale de la justice à rendre), il ne faut pas s'étonner des critiques sociales que s'attirent les acteurs de la justice du fait même qu'ils se conforment à un modèle officiel qui ne s'est pas encore imposé dans la culture juridique populaire. Les études sociologiques portant sur la conception de la justice idéale chez les justiciables tendent à révéler un écart substantiel entre les cultures officielle et populaire ; cet écart varie selon les groupes sociaux et la nature des problèmes envisagés⁴⁰.

³⁹ Rés. AG 217(III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71.

⁴⁰ Une enquête d'opinion publique réalisée en France en 1970 révélait par exemple que dans la liste des cinq qualités jugées les plus importantes pour «être un bon juge», «le sens de l'humain» venait au premier rang et «une connaissance parfaite des lois» au dernier rang : voir J. Carbonnier, «Sociologie

En supposant qu'une telle dissonance culturelle s'estompe, soit parce que la population adhère désormais au modèle officiel, soit parce qu'elle en admet la pertinence sous bénéfice d'inventaire, une deuxième interrogation surgit : la mise en œuvre concrète des nouveaux attributs de la justice est-elle à la hauteur des prétentions de ses promoteurs (représentants de l'État, professionnels du droit ou intellectuels modernistes) ? Procure-t-elle le bénéfice d'une justice réellement conforme au droit, impartiale, favorable à la paix sociale ? L'accès différentiel des citoyens aux tribunaux étatiques⁴¹, les écarts entre le modèle officiel et les procédés qu'emprunte en pratique le traitement quotidien des divers types de litiges (notamment le phénomène de la justice négociée évoquée plus haut), le succès inégal des justiciables dans la mobilisation de la justice étatique au soutien de leurs intérêts⁴², ont fait l'objet d'études sociologiques et économiques qui démontrent pour le moins les difficultés incontestables d'atteindre l'idéal de justice officiellement recherché.

Avant de se lancer vers de nouvelles réformes et de nouvelles études qui en mesureraient l'efficacité, une troisième question s'impose : le modèle de justice adopté officiellement au XIX^e siècle demeure-t-il encore aujourd'hui, cent cinquante ans plus tard, celui que l'État et les spécialistes de l'organisation judiciaire entendent promouvoir pour l'avenir ? La question n'est plus alors de savoir si l'organisation judiciaire a convaincu son environnement (ses clients externes) des vertus du modèle classique de justice, ni celle de savoir si elle livre des résultats conformes aux attentes créées, mais plutôt celle de savoir si l'organisation judiciaire n'a pas elle-même changé de modèle de référence et abandonné des attributs importants de son idéal du XIX^e siècle. L'analyse pertinente devient celle d'une sociologie de la justice considérée comme une organisation formelle dont le mode de fonctionnement a pu évoluer d'une culture organisationnelle à une autre sous l'effet conjugué de facteurs internes et externes, à travers des périodes de crise ou de rupture. Les procédés concrets et quotidiens de l'organisation judiciaire ne s'analysent plus dans cette optique comme des déviations potentielles par rapport au modèle officiel. Ils s'observent comme les indices cumulatifs d'une culture organisationnelle en transformation dont les acteurs immédiats prennent une conscience de plus en plus

juridique», Notes de cours, Université de Paris II, 1973-74 [non publiées]. Concernant le sens de la justice ou le sentiment d'injustice et ses variations sociales, voir notamment le numéro spécial dirigé par J. Kellerhals dans (1995) 45 *L'Année sociologique* 263, intitulé «Le juste : normes et idéaux».

⁴¹ Sur cette question et la littérature pléthorique qu'elle a suscitée, voir le rapport du Groupe de travail sur l'accessibilité à la justice présidé par le professeur R.A. Macdonald, *Jalons pour une plus grande accessibilité à la justice*, Québec, Ministère de la Justice, 1991.

⁴² Outre l'article de Galanter, *supra* note 34, voir C. Wanner, «The Public Ordering of Private Relations. Part One : Initiating Civil Cases in Urban Trial Courts» (1974) 8 *L. & Soc. Rev.* 421 et «Part Two : Winning Civil Cases» (1975) 9 *L. & Soc. Rev.* 306.

nette et qui n'attend peut-être que le moment d'une réforme pour s'exprimer plus ouvertement et plus systématiquement.

Deux spécialistes de la sociologie des organisations ont soutenu que l'évolution du système de justice américain au cours du XX^e siècle traduit bien une transformation majeure du modèle de référence dominant⁴³. La culture organisationnelle serait graduellement devenue moins libérale, plus bureaucratique et désormais technocratique. La crise budgétaire de l'État depuis le début des années 1970 aurait accéléré cette évolution et favorisé une promotion de plus en plus ouverte de procédés anciens ou nouveaux qui appelleraient une reconfiguration du système de justice et une redéfinition correspondante du modèle idéal de la justice. Il vaut la peine de s'arrêter plus longuement à la thèse des auteurs, car elle est riche d'enseignements au moment où l'État québécois, dans un contexte budgétaire difficile, envisage de réformer son *Code de procédure civile* et par conséquent de s'interroger sur le modèle de justice qu'il entend promouvoir juridiquement.

Heydebrand et Vallet se réfèrent à l'histoire de la justice américaine pour conclure qu'à la fin du XIX^e siècle, l'organisation judiciaire fonctionnait selon le mode dit de l'autorité professionnelle et se réclamait primordialement d'une conception libérale de la justice. La finalité expresse de l'organisation judiciaire était de produire des services professionnels, des marchandises typiquement juridiques, sous forme d'actes de procédure, de plaidoiries et de jugements. Le temps et le lieu du tribunal étaient ceux du procès auquel se ramenait l'essentiel de l'activité organisationnelle. Du fait de son rôle éminent dans le processus judiciaire, le juge exerçait un ascendant et un pouvoir de direction administrative que les autres catégories d'acteurs, y compris les avocats, ne pouvaient guère lui contester. Chaque juge tendait à contrôler l'ensemble des opérations d'un tribunal qu'il lui arrivait de désigner comme «sa cour». Quand ce type d'organisation judiciaire connaissait des difficultés de fonctionnement, notamment des problèmes aigus d'encombrement et de délais, il semblait aller de soi que la solution à privilégier ne pouvait être qu'une augmentation du nombre de juges puisqu'ils étaient les pivots professionnels de chaque tribunal.

Au cours de la première moitié du XX^e siècle, l'organisation judiciaire de type libéral a fait place au développement d'une organisation de type bureaucratique. Cette transformation s'est opérée à la faveur d'une dissociation de plus en plus nette entre les fonctions judiciaires et les fonctions administratives. Les juges ont graduellement perdu le contrôle de la gestion administrative des tribunaux, d'abord au profit de personnages hybrides, les juges-administrateurs, puis au bénéfice d'administrateurs professionnels formés aux sciences de la gestion plutôt qu'en droit. La préoccupation principale des administrateurs du système de justice fut d'établir des règles détaillées

⁴³ Voir W. Heydebrand et B. Vallet, «Technocratie et indépendance du pouvoir judiciaire» (1981) 23 *Sociologie du travail* 66.

dont la finalité était d'organiser formellement le fonctionnement de l'organisation judiciaire et l'usage des ressources humaines et matérielles disponibles. La gestion du temps, des locaux et des budgets, la répartition des responsabilités entre les divers types de personnel, l'informatisation des dossiers, des procédures et des modes de contrôle ont dicté de plus en plus directement le mode d'opération du système de justice avant, pendant et après le procès. La justice étatique est devenue une organisation formelle, distincte des autres organisations publiques et privées par la nature de ses produits et par son statut sociopolitique, mais fondamentalement conforme aux caractéristiques générales de toutes les organisations bureaucratiques (structure hiérarchique d'autorité, spécialisation fonctionnelle, réglementation impersonnelle, logique de conformité aux règles et procédures formellement établies, etc.). En dépit de leur statut professionnel et au-delà du strict exercice de leur rôle judiciaire, les juges sont justiciables des contrôles exercés par les nouveaux professionnels de l'administration judiciaire. La solution aux crises éventuelles du système de justice passe désormais par une meilleure gestion administrative et non par l'ajout de personnel proprement judiciaire.

L'évolution du modèle organisationnel de la justice ne s'est pas arrêtée là. Au cours de la deuxième moitié du XX^e siècle s'est progressivement affirmée une logique technocratique. Elle fut difficile à distinguer au départ de la logique bureaucratique parce que promue par les mêmes administrateurs professionnels. Mais, on la reconnaît clairement aujourd'hui sous la forme de politiques dont l'ambition va bien au-delà de la simple gestion administrative. Comme les autres organisations formelles, la justice étatique se voit analysée sous l'angle de la planification stratégique et jugée à l'aune du critère d'efficacité. Il ne suffit plus de rationaliser administrativement l'exercice de la fonction judiciaire en prenant pour acquis que seuls les moyens et non les objectifs peuvent être discutés. Profitant des informations statistiques et autres qui permettent d'analyser globalement les opérations internes du système de justice et les sollicitations d'un environnement changeant, il faut s'interroger sur les objectifs mêmes à poursuivre, sur leur ordre de priorité et sur le rendement comparé des procédés anciens et des innovations possibles comme moyens d'atteindre les objectifs privilégiés.

Dans la mesure où l'organisation judiciaire obéit à cette logique technocratique, la manière même de rendre la justice n'est plus une donnée intangible. Le modèle classique de la justice fondé sur la primauté du procès peut être légitimement modifié ou même écarté au nom des objectifs poursuivis et des coûts d'opportunité des divers moyens possibles. Toutes les solutions sont envisageables, celles qui reposent sur une conception plus interventionniste du rôle judiciaire (la conférence préparatoire ou les petites créances sans la présence d'avocats), celles qui délèguent des attributions autrefois strictement judiciaires à de nouvelles catégories d'acteurs institutionnels (les juges administratifs, les protonotaires ou les médiateurs rattachés à la cour), celles qui imposent la procédure contradictoire là où elle n'existait pas (judiciarisation des procédés publics ou privés de décision) comme celles qui organisent les alternatives au procès. Le système de la justice devient ainsi une mosaïque d'instances et de procédés opératoires dont la complexité et la bigarrure s'accroissent au rythme des exercices de planification stratégique et de réingénierie organisationnelle.

Cherchant à déceler les tendances lourdes d'évolution de cette justice étatique aux procédés multiples et contradictoires, Heydebrand et Vallet ont cru y voir l'émergence d'un système judiciaire à deux vitesses se réclamant ouvertement de deux rationalités différentes. La première justice est celle des juridictions d'appel entendues au sens large (appel de la décision d'un tribunal inférieur à un tribunal supérieur ; appel d'une décision administrative à une instance quasi judiciaire ; appel d'une décision privée à une instance publique de contrôle, etc.). Son rythme donne la préséance aux exigences procédurales et à la logique de l'enquête judiciaire plutôt qu'aux impératifs quantitatifs. Sa rationalité reste foncièrement éthique et juridique. Elle peut encore se réclamer de la fonction symbolique de dire le droit, à partir des cas particuliers, au bénéfice de tous ceux qui souhaitent ou doivent se réclamer de la légitimité du droit.

La seconde justice est celle de toutes les autres juridictions où les dossiers se règlent par des procédés qui n'ont plus que les apparences du procès, ou mieux, qui se réclament de philosophies d'intervention alternatives. Justice de traitement routinier ou non judiciaire, ses modalités extrêmement variées ont pour caractéristique commune d'obéir à une rationalité technique ou pragmatique. Le cas soumis est un problème à régler d'une façon satisfaisante en considérant les divers intérêts en cause, ceux des parties immédiates, ceux des tiers, ceux de l'instance de règlement elle-même dont les ressources sont comptées. La logique d'opération est gestionnaire plutôt que symbolique, attentive aux faits saillants du problème à résoudre plutôt qu'aux valeurs fondamentales en cause.

La mise en place et la sophistication subséquente des divers procédés de cette seconde justice n'ont pas manqué de s'attirer les critiques de tous ceux qui y voient un abandon inadmissible du modèle libéral et des garanties qu'il offre aux plaideurs ou à l'ensemble des justiciables (droit à l'égalité devant la justice, droit à une défense pleine et entière, droit au procès⁴⁴, etc.). Mais, comme le soulignaient eux-mêmes Heydebrand et Vallet, les considérations pratiques (accessibilité, efficacité, célérité) et les philosophies nouvelles (participation des justiciables, approche holiste des problèmes) dont elle se réclame ouvertement ont reçu un écho favorable à l'intérieur et à l'extérieur du système de justice, y compris au sein de la magistrature. L'évolution des mentalités est telle que les technocrates de la justice ne sont plus les seuls à envisager la reconfiguration du système de justice civile dans une optique de complexité où la centralité de la procédure judiciaire classique n'est plus un impératif catégorique.

⁴⁴ Voir H. Lafont et P. Meyer, *Justice en miettes. Essai sur le désordre judiciaire*, Paris, Presses Universitaires de France, 1979.

II. La justice de la seconde modernité

L'histoire, la sociologie et l'analyse économique convoquées dans la section qui précède ont fourni quelques points de repère pour la connaissance de la justice civile comme on l'a voulue et comme elle a évolué. Cette connaissance, même schématique, était indispensable à toute entreprise de révision, qui manquerait fatalement de pertinence si elle n'était pas informée des caractéristiques du système de justice auquel s'adressera le prochain *Code de procédure civile*. Mais, cette connaissance empirique n'est pas suffisante. Elle ne dit pas ce qui doit être privilégié à l'avenir comme modèle de justice. Voulons-nous d'une justice civile plus autonome ou moins autonome à l'égard des autres pouvoirs de l'État, plus sensible aux attentes de la société qu'à celles de l'État ? Voulons-nous d'une justice qui réponde aux besoins de résolution des conflits ou à ceux d'affirmation des valeurs ? Si le système de justice doit concurremment fournir ces deux services fondamentaux, quel partage fonctionnel et quelles priorités convient-il d'envisager ? Voulons-nous que le procès soit réaffirmé comme pierre angulaire du système de justice civile et de son code de procédure ? Le rôle judiciaire confinera-t-il à une fonction de censure legaliste, d'ingénierie sociale ou d'animation éthique ? Entendons-nous confirmer et promouvoir les procédés inspirés par la vision technocratique de l'organisation judiciaire ou, au contraire, favoriser un redressement organisationnel au nom de la vision libérale du XIX^e siècle ?

La réponse à chacune de ces questions ne saurait découler de la seule connaissance des faits. Elle appelle des jugements normatifs et des choix de valeurs, éclairés sans doute par les études empiriques, mais de nature infailliblement politique. Pour que ces choix ne soient pas arbitraires, pour qu'ils reposent sur des justifications susceptibles d'emporter l'adhésion générale et de leur conférer une indispensable légitimité, ils doivent se réclamer ouvertement d'une vision plus générale des rapports à établir entre le droit et la société contemporaine. Il leur faut s'appuyer sur une théorie générale du droit.

Les principes qui ont inspiré jusqu'à aujourd'hui les codes de procédure civile du Québec reposaient sur une théorie générale typique de la première modernité : l'État souverain, et par conséquent son système de justice, devait être au centre et au sommet des opérations de maintien de l'ordre social. Après une brève analyse de cette vision des choses, nous verrons comment le passage des sociétés contemporaines à la seconde modernité requiert une nouvelle théorie générale du droit basée sur une exigence de réflexivité sociétale à laquelle l'État doit apporter son soutien, notamment en partageant l'exercice de la justice civile avec d'autres instances de la société.

A. La théorie juridique de la première modernité : le droit étatique et souverain

Imaginons, pour résumer une vision théorique immense, le discours suivant d'un chef d'État du XIX^e siècle à ses compatriotes : «La nation que nous voulons promouvoir a besoin d'asseoir son unité sur des règles qui soient les mêmes sur tout le territoire de l'État. L'intérêt général de la nation requiert un droit commun qui soit appliqué uniformément par des tribunaux dont la procédure soit la même dans tous les

districts. L'histoire a déjà montré tout le profit que retire la société de la prise en charge de la justice criminelle par l'État et de la substitution du procès pénal aux procédés arbitraires de la vengeance privée. Il convient maintenant de réaliser une semblable prise en charge pour la justice civile et de confier cette mission à des instances étatiques modernisées dont la procédure commune sera de type judiciaire. Désormais, tout citoyen, quelles que soient sa localité de résidence et la nature du litige qui l'oppose à autrui, pourra en appeler à la justice de l'État et exiger que ses prétentions soient jugées en droit au terme d'un procès en bonne et due forme. Tous les litiges ainsi confiés à l'autorité de l'État seront traités conformément aux règles du *Code de procédure civile* à instituer pour servir de complément procédural au *Code civil*. Dieu nous vienne en aide pour réaliser l'idéal d'une justice égale pour tous».

Imaginons maintenant, pour résumer la perplexité d'un comité auquel serait confié aujourd'hui le mandat de réviser le *Code de procédure civile*, les doléances suivantes : «Au cours du dernier siècle et demi, les mentalités, les façons de faire et les valeurs ont beaucoup changé dans la société et, ce qui est particulièrement troublant pour nous, au sein même de l'État peut-être davantage qu'ailleurs. Après avoir proclamé bien haut la primauté du droit commun et l'idéal du procès judiciaire, l'État s'est mis à adopter des lois spéciales de plus en plus nombreuses et ambitieuses en les assortissant de procédés d'application souvent très éloignés du modèle judiciaire. Des pans entiers d'activités économiques et sociales où l'État a cru devoir intervenir directement ont été soustraits au régime du droit commun et à la juridiction des tribunaux judiciaires. Qui plus est, dans la sphère même de compétence qui reste dévolue à ces derniers, l'État est intervenu pour limiter le recours des justiciables au procès (lois favorisant ou imposant la conciliation, le règlement sommaire des petits litiges, la médiation, etc.). Les administrateurs du système de justice ne se gênent plus pour vanter les mérites des méthodes alternatives de résolution des conflits en invoquant tout aussi bien l'intérêt des justiciables en une justice simple, rapide et accessible que celui de l'État en une gestion efficiente des finances publiques. En parallèle, les chartes des droits et libertés de la personne ont confié une mission inédite aux juges comme interprètes des valeurs sociales. Elles ont fait du processus judiciaire un forum privilégié de débats sur la légitimité des lois et l'opportunité des décisions privées ou publiques de toute nature. En somme, l'État a multiplié tout au long du XX^e siècle les pratiques et les discours contradictoires. Entre la rationalité libérale et la rationalité technocratique, la justice formelle et la justice matérielle, le procès et ses substituts, le juge esclave de la loi et le juge interprète des valeurs, le droit commun et les droits spéciaux, on ne sait plus où va la préférence de l'État, on ne voit plus de plan d'ensemble, on ne sent plus le souffie d'un projet intégrateur. L'État a-t-il encore *un* idéal de justice ?»

Du point de vue de la révision du *Code de procédure civile*, la différence la plus importante entre ces deux discours imaginaires tient au fait que le premier se réfère à une théorie d'où l'on pouvait tirer l'idée générale d'une codification, tandis que le second exprime la perplexité de codificateurs forcés de constater l'ambivalence foncière des dirigeants et gestionnaires de l'État.

Le problème premier de la codification d'aujourd'hui ne réside pas dans l'écart entre la théorie et la pratique de la justice. Cet écart existait au XIX^e siècle, mais n'a

pas paralysé les révisions de 1896 et de 1965 parce que l'idéal de la première modernité du droit, un droit commun, et de l'État, un État souverain, restait une utopie sociale et politique dominante. La reconstruction d'un État national fort sur la base d'une territorialité contrôlée de façon souveraine, après l'émiettement médiéval du politique, fournissait encore les paramètres intégrateurs de la vision juridique et politique du monde, au Québec comme ailleurs en Occident.

Le défi angoissant d'une codification contemporaine de la procédure civile est de l'asseoir sur une idée générale qui lui donne de la cohérence au moment où la pensée juridique et politique ne fournit aucune théorie intégratrice, dans un contexte où l'on ne croit plus vraiment à l'utopie de la première modernité sans disposer encore d'une utopie de remplacement. Nous bricolons et nous expérimentons sans renoncer au rêve d'une codification qui mettrait de l'ordre et du sens, sinon dans les pratiques multiformes de la justice civile, du moins dans l'idéal qui devrait malgré tout les inspirer. La justice civile, comme le droit, comme l'État, comme la société, cherche le portrait d'ensemble de sa seconde modernité.

Cette mutation culturelle ne se fera pas en une seule étape. Nous n'en sommes toutefois plus à la première phase puisque nous avons déjà une conscience assez nette du fait qu'un grand nombre des changements opérés au XX^e siècle et des expériences en cours ne peuvent pas logiquement se réclamer du modèle de la première modernité. La mutation culturelle ou la vision globale des choses qui leur donnera après coup une cohérence encore incertaine n'advient pas comme un *deus ex machina* qui en livrerait magiquement une recette d'ores et déjà cohérente et convaincante. La révision d'un code de procédure civile fournit une occasion parmi d'autres d'avancer d'un pas dans cette mutation culturelle en s'autorisant d'une théorie nouvelle du droit et de la justice civile, celle du «droit sociétal et réflexif», comme nous la désignerons par convention.

B. La théorie juridique de la seconde modernité : le droit sociétal et réflexif

La théorie du droit sociétal et réflexif ne prétend pas fournir tous les paramètres intellectuels d'une utopie convaincante. Elle ne manque d'ailleurs pas de contradicteurs. Mais, elle a le grand mérite de prendre acte de l'évolution contemporaine de la société et du droit qui rend illusoire et dysfonctionnelle la reproduction même bien intentionnée des schèmes de pensée typiques de la première modernité. Elle a surtout le courage de proposer quelques principes généraux d'action qui offrent une alternative à la reconduction mécanique des solutions du passé ou des procédés disparates du présent. La thèse soutenue ici est que la révision du *Code de procédure civile* du Québec sera un pas dans la bonne direction et fera une meilleure œuvre de codification si elle s'inspire de cette nouvelle théorie générale du droit.

1. La critique du paradigme classique

La théorie du droit sociétal et réflexif s'est élaborée au cours des trois dernières décennies dans les cercles de la pensée sociologique et juridique d'Allemagne de l'Ouest. Elle a été stimulée par la conscience d'une crise de l'État social et par la

construction concomitante de l'Union européenne. Elle s'est nourrie des réflexions et des oppositions provoquées par deux courants de pensée dont les sociologues Jürgen Habermas et Niklas Luhmann ont été les figures de proue respectives.

Au risque de schématiser abusivement, nous dirons que le premier courant s'est préoccupé de la crise de la démocratie au stade de la modernité avancée. Comment restaurer un espace public véritablement démocratique dans une société caractérisée, d'une part, par la disproportion des pouvoirs entre les organisations et les individus, et d'autre part, par la disparition d'une culture homogène ? La théorie communicationnelle d'Habermas propose de fonder le nouvel espace public sur des procédures de délibération que le droit organiserait en imposant non plus des normes substantives, mais des exigences procédurales reposant sur une éthique générale de la discussion. Dans une société qui ne peut se référer à une conception unique de la vérité ou de la rationalité, le maintien de la démocratie ou la survivance de l'idée même d'une régulation politique ne peut désormais reposer que sur l'adhésion de tous aux exigences procédurales de la communication à travers laquelle s'affrontent et se réconcilient des points de vue opposés par leurs intérêts, leurs informations et leurs valeurs.

Le second courant de pensée se réclame de la théorie générale des systèmes et des sciences cognitives pour se préoccuper de la régulation fonctionnelle des sociétés parvenues au stade de la modernité avancée. Comment la société considérée globalement peut-elle éviter l'entropie, la paralysie ou des problèmes comme l'épuisement des ressources alors qu'elle se trouve fragmentée en multiples sous-systèmes (par exemple ceux de la politique, de l'économie, de la santé, de l'éducation, de la science, de la communication ou du droit) dont l'autonomie respective est telle que les décisions internes s'y prennent selon des modes d'opération et des critères substantifs qui n'obéissent plus directement ou fidèlement à aucune détermination externe ? Chaque sous-système social entretient sa vision spécifique du monde, la traduit dans son langage propre, la fonde sur une science particulière, la reproduit dans ses opérations internes, reçoit et traite les demandes ou les chocs de l'environnement à sa manière, en somme agit et décide comme un système clos sur lui-même. Le défi régulateur de la modernité avancée est d'assurer la survie d'une société devenue une tour de Babel, qui ne peut plus fonctionner sans se référer à une grande diversité de langages spécialisés, c'est-à-dire sans une différenciation fonctionnelle croissante, mais qui doit néanmoins parvenir à surmonter minimalement les problèmes de cohérence posés par la fermeture opérationnelle de ses sous-systèmes. Le défi sociétal est la coordination de tous les sous-systèmes, ceux de l'État et du droit au même titre par exemple que celui de l'économie ou de la science, au nom d'une vision d'ensemble alertée par leur interdépendance objective et cherchant les conditions minimales de résolution des conflits intersystémiques.

Les juristes se sont sentis directement interpellés par le défi régulateur constitutif de la modernité avancée pour au moins deux raisons majeures. D'abord, parce que les ruptures idéologiques et techniques entre le droit libéral du XIX^e siècle et le droit interventionniste qui l'a submergé de toutes parts au nom de l'État keynésien ou social-démocrate étaient on ne peut plus évidentes à la face même du droit positif qu'on leur demandait de comprendre et d'appliquer. D'autre part, parce que les

juristes ont été appelés à jouer un rôle important dans le processus de construction de l'Europe qui se voulait de plus en plus politique et juridique tout en accentuant son intégration économique⁴⁵. Il n'en fallait pas plus pour que les spécialistes du droit, universitaires et praticiens, s'intéressent aux débats des philosophes ou sociologues autour des nouveaux défis de la régulation sociale et se montrent particulièrement intéressés par les travaux des théoriciens du droit qui cherchaient à transposer les idées nouvelles dans le domaine de la pensée juridique. Des auteurs allemands, comme Gunther Teubner⁴⁶ et Helmut Willke⁴⁷, ou belges, comme Jacques Lenoble⁴⁸ et Jean de Munck⁴⁹, ont notamment contribué à cette transposition. La synthèse offerte ici au titre de la théorie du droit sociétal et réflexif s'inspire principalement, mais librement, de leurs écrits.

Au stade de la première modernité, la théorie générale du droit et de l'État reposait sur un paradigme que l'on peut résumer de la façon suivante. L'État exerce un pouvoir central et souverain au sein de la société. Il assure l'ordre, la justice et le progrès en créant le droit et en gérant l'administration publique au bénéfice général de la société. Les tribunaux étatiques contrôlent la légalité des actes privés ou publics et arbitrent les litiges entre citoyens, ou entre l'État et les citoyens, en appliquant les règles du droit en vigueur. Au-delà des interprétations politiques fort divergentes, allant du minimalisme libéral au maximalisme communiste, voire totalitaire, ce

⁴⁵ Voir A.-J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991.

⁴⁶ Voir G. Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989 ; G. Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Diegem (All.) et Paris, Story Scientia et Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994 ; G. Teubner, dir., *Autopoietic Law : a New Approach to Law and Society*, Berlin, de Gruyter, 1987 ; G. Teubner, dir., *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, de Gruyter, 1985 [ci-après *Dilemmas of Law*] ; G. Teubner et A. Febbrajo, dir., *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems : Regulation and Autonomy in a New Perspective*, Milan, Giuffrè, 1992 ; G. Teubner, «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», (1983) 17 L. & Soc. Rev. 239.

⁴⁷ Voir H. Willke, «Diriger la société par le droit» (1986) 31 Archives de philosophie du droit 189 ; H. Willke, «Three Types of Legal Structure : the Conditional, the Purposive and the Relational Program» dans *Dilemmas of Law*, *ibid.*, 280.

⁴⁸ Voir J. Lenoble, *Droit et communication. La transformation du droit contemporain*, Paris, Éditions du Cerf, 1994 ; J. Lenoble, *La théorie de la loi et l'hypothèse de la procéduralisation contextuelle*, Université Catholique de Louvain, Les Carnets du Centre de philosophie du droit, n° 70, juillet 1999 ; J. Lenoble et A. Berten, «L'espace public comme procédure» (1992) 3 Raisons pratiques 83.

⁴⁹ Voir J. de Munck, «Normes et procédures : les coordonnées d'un débat» dans J. de Munck et M. Verhoeven, dir., *Les mutations du rapport à la norme. Un changement dans la modernité?*, Bruxelles, De Boeck Université, 1997, 25 ; J. de Munck, *Déformalisation, dérégulation et justice procédurale. Notes de synthèse*, Université Catholique de Louvain, Les Carnets du Centre de philosophie du droit, n° 10, s.d. ; J. de Munck, *La médiation en perspective*, Université Catholique de Louvain, Les Carnets du Centre de philosophie du droit, n° 15, juillet 1993.

paradigme reposait sur une triple confiance collective : confiance en l'existence d'une société suffisamment homogène pour entretenir une vision consensuelle du bien commun ; confiance en la puissance d'un État capable de contrôler et de diriger du centre la société ; confiance dans une rationalité permettant d'énoncer des règles de droit supérieures aux autres normes sociales en précision et en validité puis d'en assurer une application neutre et systématique par les fonctionnaires de l'État et par les juges.

Les transformations de la culture (pluralisme), de l'organisation sociale (fragmentation en sous-systèmes fonctionnels très autonomes), de l'État (croissance exponentielle de l'administration puis crise des finances publiques), de l'économie (capitalisme de planification et de concentration plutôt que concurrence des petits entrepreneurs) et du savoir scientifique (éclatement positiviste des anciens savoirs généraux comme la théologie ou la philosophie puis critiques des excès du positivisme au nom du constructivisme, de l'interdisciplinarité et de la pensée complexe) ont eu raison de cette triple confiance au sein de la population dans son ensemble (la perte de crédibilité des institutions modernes en est l'indice général) et chez les élites (la critique des modèles classiques d'action, de gestion et de pensée en atteste). L'homogénéité de la société, la toute-puissance de l'État et les garanties offertes par les règles de droit contre les partis pris et l'arbitraire ne sont plus crédibles. Des principes d'organisation nouveaux qui traduiront mieux les modes de fonctionnement réels de la société et qui répondront mieux au scepticisme contemporain semblent de plus en plus nécessaires.

2. La promotion de l'autonomie, de la réflexivité et de la rationalité procédurale

La théorie du droit sociétal et réflexif s'inspire d'une vision idéale de la société qui repose sur trois grands principes d'organisation. Chaque sous-système social exerce de façon autonome la fonction qui lui revient en propre. Cette activité autonome fait l'objet d'une régulation basée sur la réflexivité interne, c'est-à-dire la capacité du sous-système d'observer lui-même son fonctionnement, d'en faire une évaluation critique au regard des exigences de compatibilité avec les autres sous-systèmes et l'environnement global et de prendre les mesures correctrices qui s'imposent. Le contrôle externe des activités de chaque sous-système prend appui sur cette autonomie régulée de l'intérieur et n'intervient qu'indirectement en se préoccupant de la qualité procédurale des mécanismes de réflexivité au nom des exigences de démocratie, de coordination intersystémique et de compatibilité sociétale.

Qu'il se réclame de la politique, de la morale, du droit ou de la science, ce contrôle externe ne prétend plus dicter les solutions, la substance des décisions et les résultats matériels à atteindre. Il entend réaliser un guidage sociétal en contrôlant la qualité des processus de régulation et d'apprentissage internes. Cette régulation procédurale et indirecte se conçoit comme une solution mitoyenne entre l'idéal libéral d'autonomies individuelles obéissant à une hypothétique main invisible et l'idéal technocratique d'une régulation directe des activités individuelles et collectives par une autorité centrale dont les directives établissent les résultats substantiels à atteindre.

Le retour à la régulation juridique formelle du XIX^e siècle et la fuite en avant vers l'accentuation d'une régulation matérielle devenue pléthorique au XX^e siècle sont des voies régressives ou sans issue pour une société dont les besoins contradictoires de spécialisation et de coordination requièrent l'aménagement d'un système général d'autonomies régulées procéduralement.

Les prémisses objectives de ce système général existent déjà. Dans tous les secteurs de la société, la régulation principale s'exerce aujourd'hui par des entités collectives (les organisations à but lucratif et non lucratif, les associations professionnelles et autres, les administrations publiques, les partis politiques, les institutions transnationales, etc.) dont la réflexivité interne n'a pas cessé de se développer au cours du XX^e siècle à la lumière des sciences de l'organisation et sous l'impulsion des luttes de pouvoir ou des conflits d'intérêts. La conscience même du besoin de contrôle externe au nom de la «responsabilité sociale», de la «démocratie sociale», de la «protection du public», de l'«internalisation des coûts sociaux», du «développement durable» — voire même de «la survie de l'espèce» — est devenue plus aiguë au fur et à mesure de l'augmentation des pouvoirs organisationnels et de l'accroissement des enjeux.

Tout cela n'a pas manqué de se traduire en débats politiques et en innovations institutionnelles. Les organismes de surveillance, de contrôle ou d'accréditation, les mécanismes de consultation, d'enquête publique ou de médiation morale (du type «protecteur du citoyen»), les instances de concertation, la sensibilisation de l'opinion publique à travers la mobilisation militante des techniques de communication, font désormais partie de la dynamique sociale quotidienne. Ces innovations ont souvent trouvé leurs règles constitutives ou un renfort significatif en droit positif. La pratique politique et juridique a donc évolué significativement en direction d'un guidage sociétal des autonomies sociales.

Mais, un saut qualitatif reste à faire dans l'ordre de la pensée politique et juridique générale, celle qui prévaut encore chaque fois qu'il s'agit de concevoir la configuration d'ensemble de la société et du droit, à l'occasion notamment des exercices de codification. Les esprits manquent alors de la force de conviction qui substituerait aux principes directeurs classiques ceux que l'on trouve déjà en germe ou en expérimentation dans les innovations institutionnelles évoquées plus haut. Faute d'un changement de paradigme, les projets de codification réaffirment les anciens principes, relèguent les principes alternatifs au statut de règles secondes, spéciales ou exceptionnelles, réconfortent le sens commun au prix d'une incohérence de plus en plus criante entre les principes généraux et les principes particuliers, entre ce que l'on aime continuer de penser et ce que l'on se résigne de plus en plus à faire.

Ce réflexe découle d'un très profond conditionnement de la pensée qui s'alimente aux sources religieuses, rationalistes et politiques de la culture occidentale moderne : la vision d'une société comportant un centre souverain et au-dessus de la mêlée ; la conviction que l'ordre est impossible en dehors du principe hiérarchique ; la confiance dans la possibilité de contrôler rationnellement l'action des individus, des mandataires, des groupes et des unités internes par des règles applicables sans discrétion ni interprétation ; l'idée que la souveraineté politique et juridique est une, indivisible et nécessairement étatique ; le sentiment que l'autorité et la force plutôt

que la liberté et la persuasion sont les fondements incontournables et ultimes de la justice.

La théorie du droit sociétal et réflexif suppose une rupture avec ce paradigme de la première modernité : la société est une entité sans centre souverain dont toutes les instances, y compris l'État, et tous les sous-systèmes, y compris celui du droit, sont à la fois autonomes et interreliés au point qu'aucun d'entre eux ne peut s'ériger en unité commandante des autres, indépendante et capable de neutralité ; l'ordre est possible, mais dans une mesure nécessairement approximative et toujours changeante, sur la base d'une coordination horizontale et d'une coévolution minimalement lucide des sous-systèmes ; les règles de base d'une régulation satisfaisante, qui ne compromette pas les bénéfices tirés de l'autonomie et de la discrétion des acteurs, doivent être de type procédural et rester ouvertes à l'interprétation dynamique des acteurs ; la régulation de la société est une responsabilité partagée entre l'État et les autres sous-systèmes ; l'apprentissage généralisé et interactif des conditions de fonctionnement du système social et de chacun de ses sous-systèmes est le fondement de la justice aussi bien que des autres aspirations individuelles et collectives.

Vision théorique, idéaliste, utopique ? Sans doute. Mais, ni plus, ni moins, que la vision classique du droit étatique et souverain ! Vision inédite dont aucune application substantielle n'existe à ce jour dans notre système juridique ? Pas autant qu'on pourrait le penser spontanément. En réalité, la philosophie générale du droit réflexif a déjà inspiré dans plusieurs pays occidentaux, y compris le Québec, au moins deux reconfigurations substantielles, en droit du travail et en droit administratif. Dans ces deux domaines, la régulation politique et juridique a été formellement réorganisée selon un schéma général d'autonomie institutionnelle, de régulation réflexive et de contrôle externe procédural. Les règles substantives y sont créées par les premiers intéressés plutôt qu'imposées par la loi. Le contrôle direct des opérations et de l'adaptation

aux changements relève pour l'essentiel de mécanismes internes d'élaboration et d'application des règles. La création du droit applicable et l'exercice de la fonction de justice ne relèvent plus principalement de la loi ou des juridictions de droit commun, mais du régime fortement décentralisé des relations industrielles ou d'une justice administrative fortement autonome. Le contrôle externe est subsidiaire et de type procédural. Il ne s'exerce que pour forcer les premiers intéressés à agir de bonne foi, à tenir compte des intérêts des tiers ou à respecter certaines normes générales comme les droits et libertés de la personne.

La théorie du droit sociétal et réflexif se réclame de ces deux précédents pour établir la faisabilité de son projet. Il ne s'agit pas de sous-estimer les particularités des deux précédents. Le système de relations industrielles repose sur un mécanisme d'équilibrage des forces qui n'est pas reproductible dans toutes les sphères sociales. Le régime de la justice administrative offre des garanties procédurales soutenues par une culture juridique dont on trouve peu d'équivalent en dehors de l'État. Le droit ne peut en conséquence devenir sociétal, c'est-à-dire créé et mis en œuvre dans l'ensemble de la société plutôt que par les seules instances de l'État, qu'à la condition que soient découvertes les multiples formes de réflexivité et de rationalité procédurale requises pour exprimer adéquatement la diversité des fonctions et des modes d'opération des

sous-systèmes. La découverte et l'expérimentation d'un design institutionnel adéquat pour chaque sphère d'activités et offrant des garanties suffisantes du point de vue de la coordination sociétale impliquent un apprentissage social au moins aussi considérable que celui qu'a exigé le paradigme de la première modernité. Il y aura forcément des tâtonnements, des problèmes et des échecs, mais ils seront ceux d'une stratégie progressiste et proactive plutôt que d'une orientation régressive ou attentiste.

Quelle fonction la théorie du droit sociétal et réflexif assigne-t-elle au droit de l'État et à son système de justice ? Elle leur enjoint d'abord d'exercer leur autonomie en satisfaisant aux exigences de réflexivité interne et de rationalité procédurale qui incombent à tous les sous-systèmes de la société. Le contenu du droit étatique et le fonctionnement de ses instances doivent se rendre compatibles avec les principes fondamentaux des autres sous-systèmes et avec certaines valeurs générales de l'ensemble sociétal. Cet apprentissage de la coordination intersystémique et sociétale a été puissamment favorisé au sein de l'État du fait de la centralité que le paradigme de la première modernité lui assignait dans l'exercice de la régulation sociale. L'État a acquis de la sorte une culture juridique et un savoir-faire qu'il lui incombe désormais de transférer aux autres sous-systèmes et qui le rendent particulièrement apte à exercer la fonction spécifique qui lui revient dans un régime réglementaire fortement décentralisé.

Cette fonction spécifique consiste à organiser la définition des attentes générales de la société et à soutenir leur diffusion dans tous les sous-systèmes sociaux. L'État doit revoir son fonctionnement interne à la lumière de cette fonction primordiale, se délester des opérations normatives et matérielles qui relèvent de l'autonomie des autres sous-systèmes, renforcer et développer, y compris dans le sens d'une plus grande politisation, tous les mécanismes internes qui contribuent directement à la définition et à la diffusion des attentes générales de la société. Les tribunaux de droit commun sont parmi les plus importants de ces mécanismes internes.

C. Les principes généraux d'une justice sociétale et réflexive

La théorie du droit sociétal et réflexif contribue à guider de façon cohérente les choix à exercer à l'égard des avenues et potentialités souvent contradictoires que révèlent les transformations contemporaines de la justice analysées dans la première section. Les trois idées fondamentales énoncées plus haut, à savoir la décentralisation du système de justice civile, la coordination d'une pluralité de modes de règlement des différends et leur contrôle procédural exercé par les tribunaux étatiques peuvent être traduites en douze principes, qui seront commentés dans la mesure où leur fondement n'a pas déjà été exposé. Dans l'optique proposée ici, ces principes seraient énoncés au tout début du prochain *Code de procédure civile* à titre de dispositions générales affirmant les valeurs et les principes d'ordre sur lesquels reposent l'existence et l'interdépendance de tous les procédés de justice, aussi bien ceux de la société civile, où la pratique de la justice serait redynamisée, que ceux de la justice administrative et de l'organisation judiciaire dont la gestion incombe à l'État.

Principe 1 : La justice civile est une responsabilité conjointe des citoyens, des personnes morales et de l'État.

Principe 2 : Il est d'intérêt public que les différends interpersonnels, collectifs et sociétaux soient réglés par des procédés adéquats, efficaces et empreints d'esprit de justice.

Les deux premiers types de différends sont déjà reconnus en droit québécois. Le néologisme «sociétal» signifie «relatif à la société, à ses valeurs et à ses institutions» (*Petit Robert*). Le principe établit que la rationalité procédurale (jugée à la lumière de trois critères et adaptée aux types généraux de différends) est l'exigence fondamentale du point de vue de l'intérêt public. La rationalité substantive relève quant à elle de l'autonomie des acteurs et instances de la société civile comme le confirme le principe suivant.

Principe 3 : À l'exception des tribunaux qui sont tenus d'adjudger les litiges conformément au droit, les procédés de règlement des différends peuvent se référer à des normes et critères autres que ceux du droit, sous réserve de respecter les droits et libertés de la personne.

Bien qu'on ne l'affirme pas toujours aussi directement, cette ouverture au pluralisme normatif est traditionnellement protégée par le droit commun (pouvoirs de gestion des propriétaires ; principe de liberté des conventions et contrats ; pouvoirs de réglementation interne des sociétés, associations, administrations publiques, etc.). En droit procédural, les procédés d'amiable composition, d'arbitrage, de conciliation et de médiation sont autant de procédés où le droit substantif cède la place, au moins implicitement, au «non-droit» ou aux autres normativités sociales⁵⁰.

Principe 4 : Les procédés généraux de la justice civile sont :

- a) la négociation entre les premiers intéressés ;
- b) la médiation privée ou publique ;
- c) l'adjudication arbitrale ou judiciaire.

⁵⁰ Voir J. Carbonnier, «Préface» dans J.-G. Belley, dir., *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996 à la p. 4 :

Il n'est pas niable qu'au terme de la recherche, le droit, dans le tourbillon de ses sœurs les normes, se retrouve dépouillé de toute prétention à l'hégémonie. C'est une conclusion qui n'est pas anti-juridique, mais d'une exacte sociologie. J'ai personnellement d'autant moins de mal à y souscrire qu'il m'est bien souvent arrivé de plaider pour le non-droit (qui ne serait pas d'ailleurs le non-normes) auprès de ceux qui, d'en-haut, produisent du droit à satiété. Un peu plus de non-droit à tout le moins, ce serait une saine orientation de politique législative. Si la théorie de l'internormativité peut contribuer à le promouvoir, elle aura été, mieux que vraie, une théorie utile.

L'encadrement juridique de la justice civile ne doit pas se limiter à la seule organisation de la procédure judiciaire⁵¹. La négociation comprend celle qui se réalise à travers la représentation par des professionnels, notamment ceux du droit. Le droit professionnel applicable fait en ce sens partie des mesures d'encadrement juridique de la justice civile et devrait être réexaminé dans cette optique. La distinction entre «médiation privée» (celle qui est organisée à l'interne par une personne morale en application du principe 6) et «médiation publique» (celle qui s'effectue par des professionnels indépendants de toute personne morale visée au principe 6) n'équivaut pas à l'opposition non-étatique/étatique. Elles pourraient relever toutes les deux de la seule société civile ou se retrouver à la fois à l'intérieur et à l'extérieur de la justice étatique comme c'est le cas en ce moment. La médiation visée suppose l'adoption d'une loi dont l'objectif général serait de stimuler le développement de la médiation, sinon de la rendre obligatoire. Il en sera question au principe 9.

Principe 5 : Tout citoyen engagé dans un différend est tenu de participer de bonne foi à sa discussion et à son règlement par la négociation, la médiation ou l'adjudication.

Puisque la qualité de la justice civile est une question d'intérêt public, le principe crée un devoir civique qui est la contrepartie procédurale de l'obligation d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi (article 6 C.c.Q.).

Principe 6 : Toute personne morale est tenue de mettre à la disposition de ses clients ou usagers, employés ou membres, contribuables ou cotisants, un ou des procédés adéquats de règlement des différends.

La qualité procédurale de ces procédés est soumise au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure.

La généralité du principe respecte l'autonomie des instances de la société civile, qui comprend la faculté d'instituer des procédés de négociation, médiation ou adjudication arbitrale qui soient adaptés aux caractéristiques de chaque instance, pour autant que le ou les procédés choisis aient une qualité procédurale satisfaisante. Le législateur pourrait toutefois juger nécessaire d'orienter plus limitativement les choix de procédés pour des catégories déterminées de personnes morales. Ces limites pourraient notamment découler d'une politique publique de promotion de la médiation et d'une loi à cet effet conformément à ce que prévoit le principe 10.

⁵¹ Même avec cette extension, le principe reste loin d'incorporer tous les procédés d'action et de décision que l'on peut légitimement inclure dans une conception large du droit et de la justice. Voir en ce sens R.A. Macdonald, «A Theory of Procedural Fairness» (1981) 1 Windsor Y.B. Access Just. 3. S'agissant de proposer des principes susceptibles de trouver place dans le *Code de procédure civile*, il me paraît néanmoins préférable de ne pas trop s'éloigner de la conception communément admise des procédés de justice auxquels ce code doit raisonnablement s'appliquer.

Principe 7 : Toute personne exerçant une fonction de médiation ou d'adjudication, en vertu d'un mandat privé ou d'une charge publique, doit agir avec impartialité.

L'impartialité du tiers est une condition nécessaire de la qualité procédurale des procédés de médiation et d'adjudication arbitrale autant que des procédés judiciaires. La compétence technique ou professionnelle est, quant à elle, justiciable du droit des obligations (sur la base du mandat ou contrat de service confié au tiers médiateur ou arbitre) ou du droit public (contrôle de l'exercice d'une fonction judiciaire). Une loi sur la médiation pourrait toutefois imposer aux médiateurs des devoirs et obligations distincts du régime de droit commun.

Principe 8 : Au sein du système général de la justice civile, la justice étatique a pour responsabilités exclusives de :

- a) dire le droit ;
- b) pourvoir au règlement des différends entre l'État et les citoyens ;
- c) contrôler la qualité procédurale des procédés privés et publics de règlement des différends.

Considéré en conjonction avec les autres principes généraux de la justice civile, ce principe affirme non seulement que la fonction jurisprudentielle de dire le droit est exclusive aux tribunaux étatiques, mais aussi que, s'agissant des tribunaux judiciaires, cette fonction prime sur la fonction purement juridictionnelle de trancher les litiges. Il en va différemment dans le domaine de la justice administrative où la fonction de règlement des différends, par adjudication ou autrement, a une importance au moins aussi grande que celle de dire le droit. En cette matière, l'État satisfait, en somme, à une obligation générale du même type que celle qui incombe aux autres personnes morales en vertu du principe 6. Dans un système de justice fondé sur la décentralisation du règlement des différends et la responsabilisation des acteurs et instances de la société civile, le contrôle de la qualité procédurale des procédés de règlement a une importance considérable. Il devient une application particulière du pouvoir général de contrôle et de surveillance de la Cour supérieure. L'exercice de cette compétence appelle des dispositions nouvelles annoncées par le paragraphe i) du principe 12, mais qui relèvent des règles particulières du *Code de procédure civile* plutôt que de ses principes généraux.

Principe 9 : À l'égard des différends qui ne relèvent pas de ses responsabilités exclusives, la justice étatique n'exerce qu'une responsabilité subsidiaire. Elle n'intervient que dans les cas où un règlement ne peut être réalisé de manière satisfaisante par des procédés de négociation, de médiation ou d'arbitrage.

Le principe de subsidiarité signifie qu'en matière de règlement des différends, la responsabilité première incombe aux instances de la société civile. La justice étatique ne devrait être responsable que des catégories de différends dont le règlement ne peut être organisé de façon décentralisée. L'intervention en dernier ressort du tribunal étatique, après échec des procédés non judiciaires, est une application de ce principe au niveau des différends individualisés. Pour que ce principe ait une incidence réelle,

il faut responsabiliser les acteurs et instances de la société civile (principes 1 à 7), inciter la justice étatique à se concentrer sur ses responsabilités exclusives (principe 8), lui conférer les pouvoirs institutionnels requis à cette fin (principe 11) et, finalement, mettre en œuvre une véritable stratégie publique de promotion de la médiation (principe 10).

Principe 10 : La justice étatique exerce ses responsabilités conformément au présent code, à la *Loi sur la justice administrative*, à la *Loi sur la médiation civile* et à toute autre loi régissant spécialement un procédé de règlement des différends.

Au moment où il affirme clairement sa responsabilité subsidiaire en matière de règlement des différends, l'État devrait se préoccuper de renforcer l'effet des principes de la justice civile par une nouvelle loi d'intérêt public dont l'objectif serait de promouvoir la médiation comme procédé général intermédiaire entre la négociation des premiers intéressés et les procédés d'adjudication. Le développement de la médiation est amorcé pour certains types de différends (en matière de divorce notamment), mais il ne peut s'appuyer sur des structures institutionnelles aussi favorables que l'arbitrage (arbitrage commercial promu par des instances nationales et transnationales ; arbitrage des griefs) et l'adjudication judiciaire prise en charge par l'État depuis plusieurs siècles. Cette lacune structurelle rend d'autant plus légitime l'adoption d'une loi sur la médiation civile.

Il n'est pas nécessaire de préciser ici le contenu d'une éventuelle *Loi sur la médiation civile* qui favoriserait l'application des principes du *Code de procédure civile* sans que ses dispositions s'y intègrent. Le principe en étant retenu, on tirerait sans doute beaucoup de profit d'une recension des modèles offerts par le droit comparé. Les articles 131.1 à 131.15 du *Nouveau Code de procédure civile* français, relatifs à la médiation, en fournissent un exemple récent. On remarquera que le législateur français est resté fidèle à une conception plutôt centralisée et judiciaire du système général de justice civile. Le recours à la médiation s'exerce en principe après l'introduction d'instance devant un tribunal judiciaire et souvent à l'initiative du juge. Une recherche de droit comparé pourrait révéler des modes d'organisation de la médiation civile moins intégrés au fonctionnement de la justice étatique et réalisant mieux pour cette raison les principes de décentralisation, d'autonomie interne et de contrôle strictement procédural proposés ici.

On peut considérer les questions suivantes comme des matières à envisager pour élaborer le contenu de la *Loi sur la médiation civile* : 1° Le procédé sera-t-il obligatoire ou facultatif ? 2° Le recours préalable à la médiation sera-t-il une condition d'accès à un procédé judiciaire ? 3° La médiation s'exercera-t-elle exclusivement en dehors de la justice étatique et, dans le cas contraire, quel sera le partage de responsabilités entre les deux types de médiation ? 4° L'offre des services de médiation requis sera-t-elle laissée au jeu du libre marché ou réglementée par l'État (accréditation des médiateurs, modes d'affectation, contrôle de l'exercice professionnel, rémunération) ? 5° Comment sera organisé le procédé de médiation qui ne relève pas de la réglementation interne d'une personne morale satisfaisant à l'obligation générale du principe 6 (médiation «publique» d'un différend d'ordre contractuel ou extracontractuel entre deux personnes physiques ou deux personnes

morales) ? 6° En cas d'échec de la médiation, le médiateur sera-t-il tenu de rédiger un rapport et, le cas échéant, quelle en sera la portée juridique, notamment dans le cadre d'un procédé judiciaire ultérieur ?

Les quelques questions qui viennent d'être énoncées, et sans doute plusieurs autres, montrent l'ampleur des enjeux. Il n'est peut-être pas indispensable qu'elles trouvent toutes une réponse dans les dispositions de la loi. On pourrait juger suffisant de s'en remettre à quelques règles majeures et compter pour le reste sur l'adaptation des acteurs et instances de la société civile aux principes généraux qui leur confèrent officiellement la responsabilité d'agir. En tout état de cause, l'application de la loi devrait être confiée au ministère de la Justice qui se verrait de la sorte investi de la double responsabilité de promouvoir la médiation civile et de pourvoir au fonctionnement des tribunaux judiciaires.

Principe 11 : La fonction première des tribunaux judiciaires est de dire le droit au bénéfice général de la société.

Chaque tribunal est investi du pouvoir d'énoncer les règles aptes à garantir la réalisation prioritaire de cette fonction dans le cadre institutionnel qui est le sien.

Ce principe confère aux tribunaux judiciaires les moyens institutionnels d'accorder la préséance à leur fonction jurisprudentielle, ce qui inclut la définition des exigences de qualité procédurale des autres procédés de règlement des différends. La responsabilisation de la société civile en matière de résolution des conflits sera indirectement renforcée par des moyens institutionnels qui aménageraient en faveur de tous les tribunaux judiciaires un pouvoir d'autoriser ou non un recours, pouvoir semblable à celui dont disposent actuellement les tribunaux judiciaires d'appel. En d'autres termes, l'«évocation» d'un différend devant un tribunal judiciaire serait assujettie à une sorte de clause privative reconnaissant l'autonomie des procédés non judiciaires, mais écartée chaque fois que la qualité procédurale de ces derniers est sérieusement mise en doute.

Principe 12 : Les procédés de règlement judiciaire des différends sont :

- a) la procédure ordinaire de première instance ;
- b) la procédure allégée par voie de déclaration ;
- c) la procédure de recouvrement des petites créances ;
- d) la requête conjointe pour décision sur un point de droit ;
- e) la requête individuelle pour jugement déclaratoire ;
- f) le recours collectif ;
- g) le renvoi gouvernemental ;
- h) la procédure d'exercice du pouvoir de surveillance et de réforme de la Cour supérieure du Québec ;

- i) la procédure d'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la qualité procédurale des procédés privés et publics de règlement des différends ;
- j) la procédure de règlement judiciaire des différends relatifs aux droits de la personne ;
- k) l'appel.

Ces modes d'introduction d'instance existent déjà sauf celui du paragraphe i), pour lequel une section nouvelle du *Code de procédure civile* devrait être prévue. En énumérant les divers procédés réglementés par le code (ils devraient l'être préférablement de façon moins disparate...), le dernier principe général indique que la procédure ordinaire d'introduction d'instance par laquelle s'exprime le mieux la philosophie classique ou libérale de la procédure civile n'est pas forcément la voie unique ou privilégiée d'accès à la justice étatique quand on l'envisage du point de vue de sa mission première de dire le droit.

Conclusion

Les principes généraux qui viennent d'être énoncés conduisent à envisager l'avenir de la justice civile sur la base de trois idées fondamentales. Je conclurai ma proposition en résumant ces trois idées et en répondant à certaines objections qui consisteraient à mettre en doute la pertinence de fonder les principes généraux de la justice civile sur la théorie du droit sociétal et réflexif, du moins dans son état actuel.

Il faut concevoir la justice civile comme un système général qui ne se limite pas à la justice étatique. L'État en partage la responsabilité avec les citoyens et les instances de la société. La justice étatique doit coordonner son fonctionnement avec celui des autres instances de justice civile, prendre acte de leur autonomie et se concentrer sur l'exercice de ses responsabilités spécifiques.

La performance du système général de justice civile requiert la mise à profit et la coordination d'une pluralité de procédés de règlement des différends. L'adjudication judiciaire n'en est pas l'instrument privilégié ou central. L'apprentissage social des procédés non autoritaires comme la négociation et la médiation requiert autant d'attention et de ressources.

La responsabilité première de la justice étatique est de dire le droit au bénéfice général de la société. Sa contribution au règlement des différends est subsidiaire à celle des instances de la société civile. Les tribunaux de l'État doivent disposer de l'autonomie décisionnelle requise pour s'assurer que leurs interventions servent prioritairement à la définition des attentes générales de la société, notamment au regard de la qualité procédurale des procédés privés et publics de règlement des différends. L'exercice de cette responsabilité spécifique requiert que soient organisés divers procédés judiciaires et modes d'introduction d'instance pour répondre adéquatement aux caractéristiques de différends qui peuvent être de type sociétal (définition des valeurs) ou collectif (conflit d'intérêts exprimés collectivement) aussi bien qu'interpersonnel.

Une première objection à la mise en œuvre de ces idées fondamentales pourrait être celle du caractère prématuré de la proposition compte tenu du manque de connaissances sur le fonctionnement de la justice étatique et encore davantage sur les modes de règlement qui ont cours dans la société civile. Cette lacune incontestable, due notamment à l'inexistence d'une production systématique et fiable de statistiques sur le volume, la diversité et le rendement des plaintes, recours et règlements de toutes sortes, a été soulignée à très juste titre à l'occasion de réflexions récentes sur les systèmes de justice québécois⁵² et ontarien⁵³.

L'insuffisance de la connaissance empirique serait un obstacle dirimant s'il s'agissait de préciser le design institutionnel de tel procédé particulier de règlement ou s'il fallait juger de sa qualité procédurale. Mais, l'exercice entrepris ici ne vise pas à cela. Il s'opère à un niveau de plus grande généralité et de plus grande abstraction. Son but exprès est de définir les paramètres généraux du système de justice civile québécois sans se préoccuper spécifiquement d'aucun procédé de règlement. Ces paramètres supposent des choix : en faveur de la décentralisation du système de justice civile, de la priorité accordée à l'affirmation des valeurs sur la résolution des conflits au sein de la justice étatique, pour un contrôle externe procédural plutôt que substantif de l'autonomie des sous-systèmes sociaux. Mais, ces options découlent d'une opération normative incontournable dont aucune connaissance empirique, fut-elle exceptionnellement étendue, ne saurait nous dispenser⁵⁴.

Une seconde objection pourrait tenir au fait que le contenu actuel du droit substantif québécois ne relève pas dans son entier, ni même principalement, du paradigme de la rationalité réflexive préconisée par la théorie dite de la seconde modernité juridique. La légalité formelle de type libéral, particulièrement en droit privé, et la rationalité d'interventionnisme direct en droit public inspirent, en effet, une grande partie du droit positif auquel les juges de l'État doivent obligatoirement se référer. Cette objection rappelle à bon droit que la procédure civile et le droit substantif ne sauraient être en dissonance fondamentale. Leurs réformes vont d'ailleurs de pair, comme en attestent l'expérience ancienne et actuelle du Québec ou celle de la France⁵⁵. À cette objection, on peut répondre trois choses. D'abord, la proposition avancée entend réaffirmer précisément que la responsabilité première des tribunaux étatiques est de dire le droit, que la rationalité des règles pertinentes soit de

⁵² Voir Groupe de travail sur l'accessibilité à la justice, *supra* note 41 aux pp. 189-94.

⁵³ Voir R.A. Macdonald, *Study Paper on Prospects for Civil Justice*, Toronto, Ontario Law Reform Commission, 1995 aux pp. 20-23.

⁵⁴ Comme le reconnaît d'ailleurs le professeur Macdonald dans l'étude précitée, *ibid.* à la p. 141.

⁵⁵ Sur l'interaction des réformes du *Code civil* et du *Code de procédure civile* en France, voir G. Cornu, «L'élaboration du *Code de procédure civile*» (1995) 16 *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 241.

type libéral, interventionniste ou réflexif⁵⁶. Ensuite, le droit substantif en vigueur a d'ores et déjà permis sinon suscité une importante évolution de la jurisprudence en faveur d'une politique de respect judiciaire des autonomies décisionnelles et de contrôle plus procédural que substantif. Enfin, si l'on veut éviter que le prochain *Code de procédure civile* soit «taxé d'être vieux en naissant»⁵⁷, il faut se préoccuper de lui donner des principes généraux qui imprimeront à la justice étatique et au système général de la justice civile une orientation progressiste.

Une troisième objection consisterait précisément à mettre en doute l'orientation progressiste de la théorie du droit sociétal et réflexif. Cette théorie s'inscrit dans la mouvance d'une politique de la troisième voie défendue aujourd'hui par les gouvernements sociaux-démocrates du Royaume-Uni et de l'Allemagne. Elle est à ce titre justiciable des critiques de ceux qui considèrent cette troisième voie comme une adhésion déguisée à une logique de marché étendue à l'ensemble des activités sociales ou comme un cheminement accéléré vers un corporatisme social dominé par les grandes organisations traitant avec un État déssaisi des attributs du contrôle politique des choses⁵⁸.

Cette objection appelle deux commentaires. D'abord, les promoteurs de la théorie du droit sociétal et réflexif sont d'autant plus conscients des enjeux politiques en cause qu'ils ont été parmi les premiers à les exposer. Leur théorie vise expressément à concevoir les mécanismes qui permettront de réaliser une régulation qui soit à la fois adaptée à la complexité fonctionnelle des sociétés contemporaines et en continuité fondamentale avec l'idéal démocratique moderne⁵⁹. Leur ambition n'est pas

⁵⁶ La proposition n'implique ainsi aucun jugement de valeur sur l'évolution contemporaine de la fonction juridictionnelle vers des modes d'exercice du rôle judiciaire souvent très différents du modèle libéral classique. Pour un point de vue beaucoup moins accommodant à cet égard, qui considère les modèles interventionniste et «Hermès» comme une dénaturation de la fonction juridictionnelle et non comme des façons contemporaines de dire le droit, voir D. d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994 aux pp. 249-56, 295-314.

⁵⁷ C'est ce que l'on disait en France du *Code de procédure civile* de 1807 qui n'était qu'une «pâle réplique» de l'ordonnance civile de 1667. Le code de 1975 «prenait, en somme, le recul de trois siècles» ! Cornu, *supra* note 55 à la p. 247.

⁵⁸ Voir par ex. la critique de R. Petrella, «La dépossession de l'État : but inavoué de la "troisième voie" sociale-libérale» *Le Monde diplomatique* (août 1999) 3.

⁵⁹ Outre les ouvrages et articles cités plus haut, notes 45 à 48, voir D. Sugarman et G. Teubner, dir., *Regulating Corporate Groups in Europe*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990 ; G. Teubner, «The "State" of Private Networks : the Emerging Legal Regime of Polycorporatism in Germany» [1993] Brigham Young U.L. Rev. 553 ; G. Teubner, «Nouvelles formes d'organisation et droit» (1993) 96 *Revue française de gestion* 50 ; J. Lenoble, *Norme et action. Corporate governance et procéduralisation contextuelle*, Université Catholique de Louvain, Les Carnets du Centre de philosophie du droit, n° 71, juillet 1999.

d'abandonner la régulation sociale au contrôle du marché, des sous-systèmes et des organisations, mais plutôt de prendre acte de leur importance fonctionnelle et de faire servir leur autonomie interne à l'équilibre général de la société en la soumettant à des contrôles externes plus efficaces. S'agissant du droit et de la justice de l'État, leur théorie conduit à réaffirmer l'importance d'un contrôle procédural opérant sur la base d'un droit substantif recentré sur la définition de règles générales ainsi que de procédés judiciaires qui accordent la primauté à la mission de dire le droit. Loin de conduire à un désaisissement complet de l'État, cette perspective ouvre la voie à son ressaisissement autour de fonctions politiques exercées de façon prioritaire et réaliste.

D'autre part, la théorie du droit sociétal et réflexif a été exposée ici non pas en vue de son inscription intégrale dans les principes généraux du *Code de procédure civile*, mais plutôt au soutien d'orientations de base que cette théorie intègre mieux que d'autres sans en avoir ni la primeur ni l'exclusivité. L'idée que la justice civile est une responsabilité sociétale et non une affaire exclusivement étatique a fait l'objet d'un large consensus ici même au Québec⁶⁰. L'opportunité de rehausser l'importance des alternatives au procès pour le règlement des différends est aussi reconnue très largement⁶¹; elle inspire des stratégies de plus en plus articulées, même dans un pays comme la France où l'idéal républicain du procès accessible à tous fait la vie dure à toute promotion d'alternatives réalistes⁶². Enfin, la rénovation de la procédure des tribunaux étatiques pour établir des procédés judiciaires mieux adaptés à la diversité des différends sociaux a pu s'observer dans un grand nombre de pays au cours des trois ou quatre dernières décennies⁶³.

En somme, la théorie du droit sociétal et réflexif doit être reçue comme une perspective générale qui donne une certaine cohérence aux principes proposés. Cela n'implique aucunement que l'on en fasse un dogme ou le critère obligé des orientations normatives auxquelles se rallient bien des acteurs qui n'ont pas attendu la caution des théoriciens du droit pour en reconnaître la pertinence. La théorie du droit sociétal et réflexif est un instrument de pensée auquel on est libre de recourir dans la

⁶⁰ Voir Ministère de la Justice, *La justice : une responsabilité à partager. Actes du Sommet de la Justice tenu à Québec du 17 au 21 février 1992*, Québec, Gouvernement du Québec, 1993.

⁶¹ Outre le rapport du Groupe de travail sur l'accessibilité à la justice, *supra* note 41 aux pp. 175-221, voir C. Nélisse, «Le règlement déjudiciarisé : entre la flexibilité technique et la pluralité juridique» (1992) 23 R.D.U.S. 270; B. Spencer, «Alternative Dispute Resolution» (1999) 23 Can. Law. 33.

⁶² Dans l'article précité, *supra* note 55, Cornu reconnaissait que les ouvertures de principe en faveur des modes non judiciaires de règlement des différends inscrites en 1981 dans le nouveau *Code de procédure civile* français sont restées largement ineffectives. En 1996, comme on l'a souligné plus haut, le code a été amendé pour ajouter une série de dispositions visant expressément à favoriser et organiser le développement de la médiation (art. 131.1-131.15 N.C. proc. civ.).

⁶³ Pensons, par exemple, aux procédés judiciaires de type «recours collectif», «renvoi constitutionnel», «tribunal des droits de la personne»...

stricte mesure de son utilité intellectuelle et de sa compatibilité avec les jugements de valeur des citoyens, des codificateurs et du législateur.
