
McGILL LAW JOURNAL
REVUE DE DROIT DE MCGILL
Volume 39 No 2 *Montréal 1994*

Du formalisme procédural :
une critique de l'article 2 du *Code de procédure civile*

Frédéric Charette*

L'article 2 du *Code de procédure civile* est au cœur du droit procédural québécois. Il édicte le principe qui doit guider l'interprétation de l'ensemble des règles de procédure en enchâssant l'adage «le fond emporte la forme». L'auteur propose une analyse approfondie et critique de l'article 2, la première à avoir jamais été faite.

Dans un premier temps, l'auteur s'intéresse à la sémantique de l'article 2. Il cerne la nature des règles procédurales et analyse leur relation avec les règles de droit substantif pour conclure à l'unité essentielle des règles juridiques, qu'elles régissent la forme ou le fond du droit. L'auteur se penche ensuite sur l'objet de la procédure civile et constate les liens étroits qui l'unissent au rôle du procès dans toute société. L'auteur soutient que l'article 2 inscrit dans le droit québécois une conception du procès soucieuse surtout de la recherche de la vérité et visant à assurer l'hégémonie du droit substantif, au détriment des règles procédurales et de la recherche d'une solution définitive du litige. Cette conception tend à contredire le principe fondamental de la primauté du droit, tel qu'entendu dans sa forme traditionnelle.

Dans un deuxième temps, l'auteur examine la pragmatique de l'article 2, c'est-à-dire ses effets sur le comportement, et soutient que cet article n'est pas en mesure de réaliser les résultats espérés, à savoir la réduction des délais et la suppression des vices de forme. En outre, l'auteur explique pourquoi d'aucuns perçoivent le formalisme procédural comme une entrave potentielle à la justice, cependant que dans le système juridique québécois, l'importance du formalisme procédural est telle que le droit substantif devrait lui être subordonné. Parallèlement à la recherche de la vérité, le législateur québécois a opté pour une conception de la justice essentiellement distributive, où le procès a pour fonction de réaliser un ordre juridique idéal promu par l'État.

L'auteur conclut sur les dangers inhérents à cet idéal, dans la mesure où il tend à l'abstraction et favorise l'accroissement des injustices vécues par les parties aux litiges. En s'attaquant au formalisme de la procédure, le législateur a erré et a négligé les maux bien plus grands encore, nés de l'inflation législative.

Article 2 of the *Code of Civil Procedure* is the cornerstone of Quebec procedural law. It incorporates the adage «le fond emporte la forme» into Quebec's legal system, thus providing a guiding principle for the interpretation of rules of procedure. The author presents an in-depth analysis of article 2 and provides a long overdue critique of this provision.

The author first considers the semantics of article 2. He analyzes the nature of procedural rules and their relationship to the rules of substantive law, and concludes that rules of procedure are in no way different from other legal rules and are, in fact, difficult to distinguish from substantive rules. The author then considers the objectives of civil procedure and notes that they are inherently tied to the social function of a trial. The author argues that by enacting article 2, the Quebec legal system has opted for a trial during which the judge must encourage the search for truth, requiring him or her to ensure the supremacy of substantive law to the detriment of respect for procedural rules and of a definitive resolution of the dispute. This contradicts the fundamental principle of the rule of law, as traditionally understood.

The author then examines the pragmatic aspects of article 2 and attempts to demonstrate how this provision is ill-suited to achieve the anticipated results, such as the reduction of delays and the suppression of defects of form capable of preventing a claim from proceeding on substantive issues. The author also explains why many perceive procedural formalism as a potential obstacle to justice. He emphasizes, however, that in Quebec's legal system, the importance of procedural formalism is such that substantive law should be subordinate to it. The author further asserts that Quebec opted for a system of distributive justice in which the role of the trial is to realize the legislature's ideal juridical order.

In conclusion, the author states that the primary pitfall associated with such an ideal is that it is abstract and can increase the injustices experienced by parties to an action. By concentrating on procedural formalism, the legislature erred and neglected to consider the more serious dangers stemming from an excess of statutory law.

* LL.B. (Montréal). Une version antérieure de ce texte a remporté le premier prix 1991 de la Fondation Rougier, décerné par un jury de la Commission internationale des juristes, présidé par l'honorable juge Claire L'Heureux-Dubé. L'auteur tient à remercier, de l'Université de Montréal, MM. les professeurs Adrian Popovici pour lui avoir suggéré le thème de cet article, Jean-Maurice Brisson pour ses judicieux conseils et Ejan Mackaay pour son appui constant.

Sommaire

Introduction

- I. La sémantique de l'article 2
 - A. *La nature des règles de procédure*
 - 1. La substance des règles de procédure
 - a. *L'aspect matériel des règles de procédure*
 - b. *L'aspect formel des règles de procédure*
 - 2. La relation entre le fond et la forme
 - a. *Le lien indissociable entre le fond et la forme*
 - b. *La primauté de l'injonction procédurale*
 - B. *L'objet de la procédure*
 - 1. La quête de la vérité
 - a. *Le principe inquisitoire*
 - b. *Les erreurs et les coûts*
 - 2. La quête de la justice
 - a. *Le principe du contradictoire*
 - b. *Le rituel judiciaire*
- II. La pragmatique de l'article 2
 - A. *La réforme sans fin : «plus ça change, plus c'est pareil»*
 - 1. L'abandon du formalisme procédural
 - 2. L'émergence spontanée du formalisme
 - B. *La fin des réformes : «quand le problème, c'est la solution»*
 - 1. Les conceptions de la justice
 - a. *La justice commutative*
 - b. *La justice distributive*
 - 2. De la contingence de la justice
 - a. *La justification de l'arbitraire*
 - b. *L'affranchissement de l'utopie d'un ordre juridique idéal*

Conclusion

* * *

Introduction

L'article 2 du *Code de procédure civile du Québec*¹ est le fil conducteur qui doit guider la marche de l'avocat à travers les méandres du procès civil. Il n'est pas exagéré de dire qu'il occupe une place tout à fait centrale dans le système

¹L.R.Q. c. C-25 [ci-après *Code de procédure civile*].

juridique québécois. C'est la méta-règle de la procédure civile, la règle de toutes les autres règles. Son étude présente donc un intérêt pratique indéniable².

L'avènement de la réforme du *Code de procédure civile* en 1965 apporte d'importants changements : du point de vue quantitatif, le *Code* passe de 1450 à 952 articles et surtout, du point de vue qualitatif, l'article 2 oriente de façon tout à fait nouvelle le rôle de la procédure civile. Pour les commissaires, comme pour le législateur de l'époque, l'article 2 est le principe fondamental de la réforme. Ce n'est pas qu'une vague déclaration d'intention insérée dans un préambule, non plus qu'une simple disposition interprétative. C'est véritablement l'idée directrice du nouveau code, celle qui doit s'imposer à tous égards dans l'administration de la justice civile. Le rapport des commissaires s'exprime comme suit à propos de l'article 2 :

Ce texte exprime *formellement* dans quel sens les règles du nouveau code devraient être *appliquées* et interprétées. Cette disposition conforme à l'esprit de la réforme, contribuera, de l'avis des Commissaires, à *donner à la procédure l'orientation nouvelle souhaitée* [nos italiques]³.

Cette orientation nouvelle vise deux objectifs. Premièrement, comme le rapporte le ministre de la Justice de l'époque, la réforme a été conçue dans le dessein de rendre les procédures plus simples et d'accélérer le déroulement de l'instance ; il s'agit d'«assurer une justice plus expéditive et moins onéreuse»⁴. Il y a dans cet objectif l'expression d'une préoccupation pour l'accès à la justice. Deuxièmement, la réforme montre un «souci constant d'éliminer un *formalisme désuet*» [nos italiques]⁵. Il faut entendre ici, et l'article 2 appuie cette constatation, non pas l'intention d'éliminer seulement les formes désuètes, mais bien celle *de rayer tout le formalisme*, lequel serait irrémédiablement désuet,

²La petite histoire de l'article 2 débute en 1945, avec le projet de refondre la procédure civile québécoise, mené sous l'égide du premier ministre de l'époque, Maurice Duplessis. M^e Auguste Désilets est nommé commissaire et M^e Gérard Trudel devient son adjoint. Ils présentent un avant-projet en 1947 — dont s'inspire grandement le code actuel —, mais celui-ci demeure lettre morte jusqu'en 1960. Ce n'est que le 30 mars de cette même année que l'honorable Garon Pratte, juge à la Cour d'appel, l'honorable George Challies, juge en chef adjoint de la Cour supérieure et le bâtonnier Albert Leblanc de Sherbrooke sont officiellement chargés de mener les travaux de réforme à terme. Le rapport des commissaires est adopté par le Projet de loi 20 un peu plus de quatre ans plus tard, en première lecture, le 27 janvier 1965.

Un comité spécial est constitué à la même occasion, avec comme mandat d'évaluer le rapport. Il tient sa première séance le 17 février 1965. Après douze séances, le comité — présidé par le député libéral de Montréal-St-Louis, Harry Blank, et dont fait également partie Jean-Jacques Bertrand, chef de l'Union nationale et de l'opposition officielle et député de Missisquoi, Maurice Majeau, député de Joliette et Paul-E. Allard, député de Beauce — remet un rapport unanime le 13 juillet 1965, lequel est adopté le lendemain en deuxième et en troisième lecture. Il est sanctionné le 6 août de la même année, pour entrer en vigueur le 1^{er} septembre 1966. À l'occasion des débats, seuls M. Wagner, le ministre de la Justice, et M. Bertrand prennent la parole pour souligner le travail admirable de tous ceux qui ont contribué à élaborer le projet et les améliorations notables du nouveau code. D'ailleurs, celui-là ne manque pas de qualifier les conclusions du comité d'historiques «car aucune dissidence ne fut enregistrée sur aucun point» (Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats* (14 juillet 1965) aux pp. 4292-93 [ci-après *Journal des débats*]).

³G. Pratte, A. Leblanc et G.S. Challies, *Projet : Code de procédure civile*, Québec, Assemblée législative de Québec, 1964 à la p. 1a.

⁴*Journal des débats*, supra note 2 à la p. 4294.

⁵*Ibid.*

pour ne conserver à la rigueur que les formes absolument essentielles. Ces deux objectifs se fondent dans l'idéal plus élevé de la réforme, celui qui doit inspirer toute la procédure et que consacre l'article 2 :

En somme, l'idée maîtresse a été de restreindre la procédure à ce rôle qui est vraiment le sien, comme véhicule du droit, de sorte que tout le code est orienté *de façon à ce qu'aucun droit ne soit perdu pour une simple question de procédure* [nos italiques]⁶.

C'est pourquoi il faut, selon les commissaires, «ramener [la procédure] dans son rôle de servante du droit substantif»⁷.

Rappelons ici le texte entier de l'article 2, afin d'apprécier toute l'ampleur de cette orientation nouvelle :

2. Les règles de procédure édictées par ce code sont *destinées à faire apparaître le droit* et en assurer la sanction ; et à moins d'une disposition contraire, l'inobservation de celles qui ne sont pas d'ordre public ne pourra affecter le sort d'une demande que s'il n'y a pas été remédié alors qu'il était possible de le faire. Ces dispositions doivent s'interpréter les unes par les autres et, autant que possible, de manière à faciliter la marche normale des procès, plutôt qu'à la retarder ou à y mettre fin prématurément [nos italiques]⁸.

Trois principes sont donc consacrés. Le premier veut assurer le respect de l'adage «le fond emporte la forme». C'est non seulement le premier énoncé de l'article 2, mais aussi l'axe véritable de la réforme. Le second, qui est la conséquence immédiate du précédent, renvoie à une théorie des nullités pour vices de forme qui exclut le formalisme rigoureux ou même le rigorisme contrôlé, pour adopter un système de nullités dites comminatoires. Dans ce système, le juge doit d'abord vérifier si la règle de procédure est d'ordre public. Si elle ne l'est pas et que la forme est viciée, la nullité sera subordonnée à l'existence d'un préjudice : «nullité sans grief n'opère point». Enfin, le troisième principe entend assurer le respect des délais, pour empêcher que le principe précédent ne soit utilisé à des fins dilatoires.

Parce qu'il constitue véritablement l'essence de la réforme, c'est au premier principe, «le fond emporte la forme» que nous consacrerons toute notre attention. Nous aimerions proposer une critique de l'article 2, celle qui aurait dû être faite au moment de son adoption. On remarque que si la réforme a conservé l'ordre général du *Code* de 1896 et supprimé certaines dispositions devenues désuètes, le législateur n'a pas seulement fait œuvre de codification ou de refonte, il entend donner à la procédure une orientation nouvelle. Ce changement d'orientation est-il tel qu'il tend à modifier la nature des règles de procédure, voire l'objet même de la procédure civile ? C'est la sémantique de l'article 2 (I). Par ailleurs, le législateur peut-il espérer modifier le cours du procès civil sans heurter des pratiques bien ancrées ? Peut-on raisonnablement prétendre que l'article 2 puisse réaliser les objectifs pour lesquels on l'a adopté ? C'est la pragmatique de l'article 2 (II).

⁶*Ibid.*

⁷Pratte, Leblanc et Challies, *supra* note 3 à la p. IIa.

⁸L'article 2 remplace l'article 4 du *Code* de 1896 : «Les règles et dispositions concernant la procédure s'interprètent les unes par les autres et de manière à leur donner tout l'effet requis».

I. La sémantique de l'article 2

On peut envisager la procédure de trois manières. La première sépare radicalement le droit procédural du droit substantif pour attribuer au premier une fonction strictement méthodologique : la procédure indique la marche à suivre et elle est absolument contraignante. La seconde souligne au contraire la nette prépondérance des règles de fond et attribue à la procédure la tâche de réaliser le droit substantif. La troisième, enfin, pose que le fond est indissociable de la forme et que seul un but «mixte» — réaliser les droits subjectifs, confirmer le droit objectif — répond aux besoins de la pratique⁹. Selon Habscheid, c'est cette dernière théorie qui domine aujourd'hui. Par ailleurs, il nous semble que l'article 2 participe directement de la seconde perspective.

L'article 2 édicte que les règles de procédure sont «destinées à faire apparaître le droit [...]». Attardons-nous à ce simple énoncé. En premier lieu, l'emploi des mots «destinées à faire» implique que la procédure est un *outil* dans les mains des juristes. La procédure appliquée strictement ne fait pas apparaître le droit ; il faut que quelqu'un s'en serve et l'utilise *aux fins auxquelles elle est destinée*. C'est là le premier postulat implicite de l'article 2 : on peut utiliser la procédure d'une manière neutre, sans incidence sur le résultat. Cette neutralité prétendue ne peut être réalisée que si les règles de procédure sont d'un type particulier, c'est-à-dire si elles ne sont pas de véritables règles de droit. C'est le problème de la nature des règles de procédure (A).

En second lieu, les règles de procédure doivent «faire apparaître le droit». Cette partie de l'énoncé de l'article 2 renvoie à la fonction de la procédure. Celle-ci semble prétendre à l'objectivité de la méthode scientifique : il y a des lois qu'il faut découvrir, une vérité à atteindre. Mais dès lors que l'on ne s'attache qu'à découvrir ou à révéler un ordre juridique idéal, quelle place reste-t-il pour les parties au litige ? Quelle relation existe-t-il entre cette quête de vérité et celle de la justice ? C'est le problème de l'objet de la procédure civile (B).

A. La nature des règles de procédure

Le désir d'éviter toute influence non maîtrisée de la procédure sur les droits substantifs peut s'apprécier sous deux perspectives distinctes. D'une part, on peut penser que les règles de procédure sont en quelque sorte entachées d'une tare irrémédiable qui compromettrait leur application, qu'elles sont moins «nobles» que les règles de droit substantif. En supposant que l'on puisse facilement distinguer le fond de la forme, il faut éviter que l'accessoire l'emporte sur le principal, que la forme contamine le fond. Mais l'essence des règles de procédure est-elle véritablement moins pure que celle des règles de fond ?

D'autre part, même en admettant que le statut des règles de procédure soit identique à celui des règles de fond, on peut néanmoins envisager la possibilité de mettre en œuvre la procédure sans affecter le droit substantif. La réalisation

⁹W.J. Habscheid, «Les principes fondamentaux du droit judiciaire privé» dans M. Storme et H. Casman, dir., *Towards a Justice with a Human Face : The First International Congress on the Law of Civil Procedure*, Antwerpen, Kluwer, 1978, 29 à la p. 38.

de cette possibilité dépendrait de l'intention de celui qui utilise les règles de procédure. Mais peut-on si facilement dissocier le fond de la forme ? Nous examinerons donc successivement la substance des règles de procédure (1) et leur relation aux règles de fond (2).

1. La substance des règles de procédure

La substance des règles de procédure soulève deux questions. D'abord, en quoi les règles de procédure diffèrent-elles, du point de vue de leur contenu, des autres règles juridiques ? C'est l'aspect matériel des règles de procédure (a). D'autre part, peut-on distinguer *prima facie*, sur la base de critères définis, la forme du fond ? C'est l'aspect formel des règles de procédure (b).

a. L'aspect matériel des règles de procédure

La prépondérance nette des règles de fond sur les règles de forme édictée par l'article 2 a quelque chose de suspect. On sent que cette règle n'est rendue possible que parce que la nature de la procédure serait en quelque sorte viciée. Le droit judiciaire serait moins «noble», moins «digne» que le droit substantif. D'ailleurs, «bien peu de gens [...] jugent la procédure civile digne d'une étude théorique sérieuse»¹⁰. Pourtant, écrit Laurent,

[e]n quoi donc les règles de procédure diffèrent-elles des autres règles juridiques ? Sont-elles scientifiquement inférieures ? Sont-elles, en pratique, inutiles ? Manifestent-elles, chaque fois qu'elles sont invoquées par un plaideur, le désir de se dérober devant une discussion qui le gênerait ? Servent-elles principalement à favoriser la mauvaise foi et à brimer le bon droit ?¹¹

Ce discrédit de la procédure semble ne toucher que les pays anglo-saxons et francophones : l'Allemagne et l'Italie ont développé une véritable science de la procédure, «such a science as, in our terminology, would be properly termed 'procedural jurisprudence'»¹².

Néanmoins, ces développements théoriques demeurent éloignés de nous — par la langue surtout — et la procédure continue d'évoquer de sombres drames. Les Français emploient sans discernement la figure «le maquis de la procédure», cette expression étant devenue un lieu commun qui signifie «tout au plus qu'un défendeur manifeste l'intention vraiment insoutenable de ne pas se laisser tondre sur place, bénévolement et sans protester»¹³. Tout se passe comme si

¹⁰A. Tissier, «Le rôle social et économique des règles de la procédure civile» dans H. Berthelmyet, dir., *Les méthodes juridiques*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1911, 105 aux pp. 105-106, cité dans A. Engelmann, *A History of Continental Civil Procedure*, New York, Augustus M. Kelley, 1969 à la p. 5. Comparer avec J. Thibaut et L. Walker, «A Theory of Procedure» (1978) 66 Calif. L.R. 541 à la p. 542 : «Surprisingly little has been written about procedural theory. In the area of civil procedure, Millar is the only person in American legal scholarship offering a theoretical methodology» ; R.S. Summers, «Evaluating and Improving Legal Processes — A Plea for 'Process Values'» (1974) 60 Cornell L.R. 1 à la p. 4 :

First, modern societies give far less evaluative emphasis to processes than to results. Both in the world of thought and in the world of action, process values fail to get their due. Thus our own scholarly literature on process values is in a primitive state.

¹¹J.-C. Laurent, «Plaidoyer pour la procédure» J.C.P. 1961.I.1646 au n° 12.

¹²Engelmann, *supra* note 10 à la p. 5.

¹³Laurent, *supra* note 11 au n° 6.

l'usage de la procédure civile était légal, mais illégitime, alors que le recours aux chartes ou à tout autre instrument de droit substantif participerait d'une légitimité inébranlable. Cette illégitimité tiendrait à ce que la procédure permettrait de procurer des succès immérités aux plaideurs qui osent s'en servir, qu'elle mènerait à des résultats contraires au droit substantif. Cette véritable accusation est fort grave, puisqu'elle «revient, très exactement, à dire que, dans la loi, il existe certaines dispositions dont l'usage normal, littéral, constitue, en soi, une manifestation d'immoralité ou, tout au moins, de mauvaise foi»¹⁴. La distinction entre les règles de fond et les règles de forme tient du sens commun ; toutefois, faire reposer cette distinction sur le degré de moralité des deux séries de règles, comme le laisse entendre implicitement l'article 2, ne résiste pas à l'analyse. C'est une aberration, une «énormité» écrit Laurent, que de supposer «qu'un législateur mette à la disposition des usagers d'un service aussi fondamental que celui de la Justice des moyens qui, en eux-mêmes, seraient d'une moralité douteuse [...]»¹⁵. D'ailleurs, M. le juge Douglas de la Cour suprême des États-Unis faisait remarquer en 1951 que les dispositions les plus significatives du *Bill of Rights* sont de nature procédurale¹⁶. C'est précisément la procédure qui fait toute la différence entre le règne du droit et celui du caprice.

On rejoint ainsi l'histoire du *due process of law*. N'eut été de considérations politiques qui ont forcé la main du pouvoir judiciaire, jamais cette garantie d'abord strictement formelle ne serait devenue la garantie substantive qu'elle est aujourd'hui. À l'origine, le *due process of law* signifiait qu'aucun État ne pouvait priver une personne de sa vie, de sa liberté ou de sa propriété sans suivre les règles de droit commun — les règles gouvernant les contrats et les transferts de propriété. Ce sont des motifs politiques qui ont conduit à interpréter le *due process of law* comme une exigence de motifs «raisonnables» ou «suffisants» pour s'emparer de la propriété des gens¹⁷.

Cette importance des garanties procédurales et, partant, de la procédure elle-même, est incompatible avec le statut mineur qui lui est réservé. En France, notamment, le pouvoir de réglementer la procédure appartient à l'exécutif (tout le *Code de procédure civile* français provenant de décrets du gouvernement). Cette situation a conduit un juge français à affirmer sa conviction quant à l'importance majeure des textes de procédure :

La manière de saisir une juridiction, le droit d'exercer les voies de recours, les modalités destinées à assurer la contradiction et la loyauté du débat — parfois du «combat» — judiciaire, [...] autant de principes à dégager qui devraient presque avoir valeur de base et de forme constitutionnelle¹⁸.

¹⁴*Ibid.* au n° 24.

¹⁵*Ibid.* au n° 27.

¹⁶*Joint Anti-Fascist Refugee Committee c. McGrath*, 71 S. Ct. 624 à la p. 652, 341 U.S. 123 à la p. 179 (1951), M. le juge Douglas, avec l'appui de l'opinion majoritaire :

It is not without significance that most of the provisions of the Bill of Rights are procedural. It is procedure that spells much of the difference between rule by law and rule by whim or caprice. Steadfast adherence to strict procedural safeguards is our main assurance that there will be equal justice under the law.

¹⁷P. Nemo, *La société de droit selon F.A. Hayek*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988 à la p. 406. Voir aussi *Brinkerhoff-Faris Trust & Savings Co. c. Hill*, 50 S. Ct. 451, 281 U.S. 673 (1930).

¹⁸B. Bacou, «L'État de droit vu par le 'juge judiciaire'» dans D. Colas, dir., *L'État de droit*, Paris,

En attendant que pareille consécration survienne et constatant que d'un point de vue matériel, les règles de procédure ne craignent point la comparaison, il faut se demander si on peut les distinguer du fond du droit d'une manière purement formelle.

b. L'aspect formel des règles de procédure

On sait qu'historiquement, l'action a précédé le droit subjectif. Il en était ainsi en droit romain, où la classification des droits n'apparaît qu'à travers celle des actions. Comme le rappelle Motulsky, on ne dit pas «*ius in rem* ou *in personam*, mais bien *actio in rem* ou *in personam*»¹⁹. Le même phénomène s'est produit en Angleterre. C'est par le développement des *writs* que se sont établies les règles de *common law*²⁰. De la même façon, en France, les anciennes coutumes ne séparent pas les règles de fond de la procédure²¹.

Les efforts modernes pour formaliser la distinction entre procédure et fond du droit semblent devoir rester tributaires de ces origines. Dans l'arrêt *Angus*, M. le juge La Forest écrit que «la distinction qui existe entre les dispositions de fond et celles de nature procédurale est loin d'être claire»²². Le professeur Côté pousse encore plus loin avec la conclusion suivante :

Toute tentative de cerner la notion de loi de pure procédure dans une matière aussi marquée d'empirisme que le droit transitoire anglo-canadien apparaît effectivement vouée à l'échec s'il n'est pas tenu compte de la nature essentiellement jurisprudentielle de cette catégorie et du fait que des considérations pragmatiques ont une influence déterminante sur sa définition. [...] Comme la notion de droit acquis, celle de loi de pure procédure a le caractère d'une notion floue, souple, malléable et qui se plie aux exigences de la pratique. Il est donc périlleux de prétendre la définir dans l'abstrait²³.

Ainsi, le chevauchement du fond et de la forme ne permettrait pas de bien distinguer l'une de l'autre. Plus encore, on pourrait penser que non seulement cette distinction est difficile à opérer, mais encore que le droit judiciaire est inséparable du droit substantif. Pour vérifier cette hypothèse, il faut s'interroger sur la relation qui unit le fond à la forme.

2. La relation entre le fond et la forme

L'idéal de l'article 2 est d'éviter toute interférence entre la procédure et le fond du droit. Nous verrons que, même si la procédure ne sert qu'à découvrir le droit, sa mise en œuvre crée néanmoins un lien indissociable entre le fond et la forme (a). Par ailleurs, nous irons jusqu'à dire que c'est le droit substantif qui

Presses Universitaires de France, 1987, 125 à la p. 129.

¹⁹H. Motulsky, «Le droit subjectif et l'action en justice» (1964) 9 Arch. phil. dr. 215 à la p. 215.

²⁰R. David, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Paris, Sirey, 1948 aux pp. 38-70.

²¹R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1949 à la p. 7.

²²*Angus c. Sun Alliance Compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256 à la p. 262, 25 D.L.R. (4^e) 639, cité dans P.-A. Côté, «L'application dans le temps des lois de pure procédure» (1989) 49 R. du B. 625 à la p. 633.

²³*Ibid.*

devrait, en théorie, être subordonné à la procédure, puisque l'injonction procédurale précède la description du droit substantif (b).

a. *Le lien indissociable entre le fond et la forme*

Une procédure parfaitement neutre doit comprendre un postulat qui permette de distinguer le fond de la forme. Nous venons de voir que l'établissement d'une telle distinction est illusoire. Les règles de procédure sont des règles de droit au même titre que les règles de fond. Et, comme les règles de fond, les règles de procédure doivent être générales et impartiales. De ce fait, la procédure ne peut pas être neutre si cela signifie qu'elle doive être sans incidence sur le résultat, qu'elle ne doive pas trancher. En effet, l'impartialité, c'est la non-parité. L'*umpire* de la langue anglaise, c'est celui qui n'est pas parmi les pairs : c'est un étranger pour la communauté. Or, cet arbitre, c'est celui qui tranche, qui décide de façon arbitraire, comme l'indique son titre. En d'autres termes, l'arbitraire, dans son sens premier, s'identifie au libre exercice de la volonté, à la conventionnalité et, ultimement, à l'impartialité.

Précisons ici l'emploi du mot «arbitraire» : dans son sens premier, il se rapporte au «libre arbitre». S'il est vrai que la décision judiciaire dépend de la seule volonté de l'arbitre ou du juge, cela ne signifie pas qu'elle relève systématiquement du caprice. En fait, plus les règles de procédure seront contraignantes, plus l'exercice de la discrétion humaine sera limité. L'arbitraire est inévitable, mais l'arbitraire d'un ensemble de règles procédurales élaborées au cours des siècles est sans aucun doute préférable à celui trop temporel du juge. Affirmer la neutralité de la procédure s'inscrit dans une pensée contradictoire qui d'un même mouvement admet le pouvoir créateur du juge, pour le récuser aussitôt en raison de son extrême contingence. Dans cette mesure, vouloir que la procédure elle-même ne soit pas arbitraire, c'est refuser qu'elle soit impartiale.

C'est par cet arbitrage que le droit nous est connu. La connaissance du droit n'est jamais si sûre que dans la décision judiciaire. De la même façon, que serait la procédure si elle n'avait pas le droit pour objet ? Cette double corrélation entre le droit procédural et le droit substantif est incontournable. «En effet, une procédure sans la présence d'un droit substantif perd sa raison d'être, et d'autre part le droit matériel se réalise et se concrétise en cas de litige par le jugement à obtenir, celui-ci étant le résultat d'une procédure civile»²⁴. Ainsi, ce qu'il faut craindre, c'est précisément que la procédure soit sans conséquence — c'est pourtant l'idéal promis par l'article 2. La procédure est profondément associée au droit lui-même et sa survie est une condition de celle du droit lui-même²⁵.

Il est une évidence qu'on ne peut se contenter d'énoncer un ordre de droit théorique, de dire le juste et l'injuste, sans se soucier de sa mise en pratique. Ainsi, l'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec* a dû être retardée, notamment en raison des nombreuses modifications que l'on a dû apporter au

²⁴Habscheid, *supra* note 9 à la p. 45.

²⁵Voir les commentaires de M. le juge LeBel dans *Boisclair c. Guilde des employés de la Cie Toastess*, [1987] R.J.Q. 807 à la p. 813 (C.A.), cité dans Côté, *supra* note 22 à la p. 635.

Code de procédure civile. L'esprit civiliste participe d'une philosophie de la liberté. L'accomplissement de cette liberté ne peut être achevé sans forme et sans procédure²⁶.

b. La primauté de l'injonction procédurale

L'article 2 pose qu'une procédure qui n'est pas efficace — qui ne parvient pas au résultat recherché — ne doit pas être effective — elle ne doit pas être appliquée. Le lien indissociable qui unit le fond à la forme exige que la procédure soit effective pour que l'on parvienne à un résultat, quel qu'il soit. Maintenant, qu'en est-il de l'efficacité de la procédure, qu'en est-il du résultat recherché, à savoir «faire apparaître le droit»? Peut-on suspendre l'application d'une règle de procédure lorsqu'on anticipe un résultat contraire à celui qui est recherché?

L'étymologie révèle que «procédure» veut dire «avancement»: cela évoque l'idée d'une marche à suivre²⁷. Dès lors, la procédure judiciaire présente une analogie au moins formelle avec la méthode scientifique: toutes deux proposent un mode d'investigation des données qui leur sont propres. Or, la collecte de données valables dans l'un ou l'autre domaine se fonde sur trois composantes essentielles: 1) une injonction instrumentale: «si tu veux savoir ceci, fais cela»; 2) une perception intuitive: en réponse à l'injonction, une perception immédiate de données; 3) une confirmation collective: la vérification des résultats de la perception avec d'autres personnes ayant respecté les phases précédentes. Un exemple concret de ce processus nous est fourni par la recette de cuisine par laquelle «le goût d'un gâteau, quoique littéralement indescriptible, peut être communiqué à un lecteur sous la forme d'un ensemble d'injonctions» [nous traduisons]²⁸.

La procédure civile consiste donc moins à servir l'administration de la justice (notamment à assurer l'ordre devant les tribunaux et à contrôler les coûts du système judiciaire) qu'à permettre à chacune des parties de soumettre au juge la façon dont elles perçoivent le conflit, aussi bien quant aux faits qu'au droit, afin que l'une des perceptions soit confirmée (et qu'une partie l'emporte). Pour qu'intervienne la description du conflit (et celle de la solution privilégiée par chaque partie), il faut d'abord obéir aux injonctions de la procédure. «[L]a description dépend d'abord de l'obéissance à une série d'injonctions, et reste secondaire par rapport à elles» [nous traduisons]²⁹.

La procédure présente donc l'avantage, d'une part, de forcer les parties à présenter leurs prétentions d'une manière telle qu'elles puissent être conçues dans un cadre juridique. Autrement dit,

si l'on impose une action à quelqu'un — si on lui ordonne un comportement — on peut lui faire expérimenter et lui faire saisir certains aspects de la réalité qu'on

²⁶R. Wiethölter, «Materialization and Proceduralization in Modern Law» dans G. Teubner, dir., *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, European University Institute, 1988, 221 à la p. 221.

²⁷B. Fossier et J.-F. Le Petit, «Pour une justice rapide» *Gaz. Pal.* 2^e sem. 1980. Doctr. 369 à la p. 369.

²⁸G. Spencer Brown, *Laws of Form*, New York, Bantam Books, 1973 à la p. 77.

²⁹*Ibid.* à la p. 78.

n'aurait pas pu lui communiquer si l'on s'était contenté de descriptions ou d'explications [...]»³⁰.

D'autre part, la procédure s'appliquant aux parties comme au juge, elle permet de comparer à la fois les solutions auxquelles parviennent les parties, entre elles, et la décision judiciaire à ces solutions.

Par conséquent, l'injonction est indispensable à toute collecte de données valables et elle intervient préalablement à toute description intelligible : *on ne peut pas agir sans obéir à une règle*. Si on suspend l'application d'une règle de procédure écrite, ce sera toujours pour y substituer une autre règle, sinon écrite, au moins tacite. Un tribunal qui omet de suivre la règle prescrite par la procédure («la pièce doit être produite dans les dix jours»), suivra fatalement une autre règle («la pièce doit être produite dans un délai laissé à la discrétion du tribunal»). La difficulté consiste à apprécier si le résultat demeure inchangé. Est-ce que la décision obtenue par une procédure modifiée engendre un résultat que l'on peut qualifier de semblable à celui que l'on aurait obtenu sans la modification ? Autrement dit, est-ce que la substitution d'un ingrédient à un autre (modification de la procédure) change le nom de la recette (transformation de la qualification du résultat obtenu) ? Tout dépend de l'objet de la procédure.

B. L'objet de la procédure

Toutes les législations modernes — et même certaines anciennes, comme le *Codex Hammurabi* — tendent à vouloir humaniser le droit judiciaire privé³¹. Par exemple, la réforme française entend réaliser la triple idée «qui veut que l'audience de plaidoiries vienne 'dans un délai raisonnable', qu'elle soit 'utile' et 'consacrée aux vrais problèmes'»³². À l'instar de notre droit, le droit français envisage le plus souvent la procédure comme étant donnée, gratuite. La modification des règles de procédure ne serait qu'une question de technique. Pourtant, le droit procédural

est porteur de «valeurs», autant et peut-être plus qu'un autre. On ne peut isoler ses mécanismes des finalités sociales qu'ils sont destinés à réaliser ; et l'on ne peut honnêtement débattre de leur(s) opportunité(s) en faisant abstraction du résultat souhaité³³.

C'est dire que l'objet de la procédure civile n'est pas indépendant de la fonction du procès dans nos sociétés. La matière du litige peut être de nature à susciter l'intervention de l'État ou de groupes d'intérêt. Le procès suit alors la voie de la confirmation d'un ordre juridique objectif, il tend à protéger les institutions juridiques plutôt qu'à résoudre le conflit entre deux parties. On assiste alors à une quête de la vérité (1). Plus généralement toutefois, le litige n'intéresse que les parties. Le procès sert à protéger des droits privés subjectifs. Dans la mesure où seules les parties seront affectées par la décision, il paraît souhaitable de s'assurer dès lors qu'il s'agit d'une décision qui soit reconnue par elles. C'est la quête de la justice (2).

³⁰P. Watzlawick, *Le langage du changement*, Paris, Seuil, 1980 à la p. 137.

³¹Habscheid, *supra* note 9 à la p. 34.

³²P. Estoup, «Déclin et renouveau de la procédure civile» D.1987.Chron.105 au n° 2.

³³R. Martin, «Le fait et le droit ou les parties et le juge» J.C.P. 1974.I.2625 au n° 1.

1. La quête de la vérité

La procédure comme quête de la vérité repose sur la prémisse que la décision judiciaire va influencer le comportement futur, non seulement des parties, mais également de l'ensemble des membres de la communauté³⁴. La cohérence et la prévisibilité du résultat auquel on parvient au terme de la procédure revêtent dès lors une grande importance, au-delà de la résolution immédiate du conflit. Il faut s'assurer que la décision place chaque partie devant les coûts réels de son action. Pour cela, deux éléments sont nécessaires. Premièrement, le juge doit participer activement à la recherche de la vérité : on reconnaît un principe inquisitoire dans la procédure (a). Deuxièmement, parce que le système judiciaire ne fonctionne pas gratuitement et que les risques d'erreurs ne sont pas nuls, et pour que la vérité triomphe dans le plus grand nombre possible de conflits, il faut minimiser à la fois le coût des erreurs et les coûts de fonctionnement (b).

a. Le principe inquisitoire

La nécessité du principe inquisitoire dans un procès en quête de vérité se vérifie aisément sur la base du raisonnement suivant. Si le juge est absolument passif, se contentant de vérifier la régularité du déroulement du procès et de rendre jugement, près de la moitié des efforts investis (ceux de la partie qui a tort) sont consacrés à tenter de l'induire en erreur. Si, par contre, le juge s'occupe activement du procès et possède le pouvoir de contraindre les parties à présenter certaines preuves ou à procéder de telle ou telle façon, les efforts des parties diminueront en proportion de l'activité du juge. Une plus grande part de l'investissement dans la justice sera ainsi consacrée à découvrir la vérité. En d'autres termes, un système judiciaire autocratique qui déléguerait à la fois le contrôle de la procédure et de la décision à une tierce partie serait le plus susceptible d'accroître la valeur-vérité³⁵.

Toute la nouvelle procédure civile française est fondée sur cette prémisse. La vérité prend le visage de la justice, et c'est le juge qui est responsable de cette valeur. Ainsi, le grand théoricien à l'origine de cette réforme, Motulsky, a prétendu que la tradition du droit français n'admettait pas que le procès soit considéré comme un jeu, un tournoi où le juge se contente de compter les coups et de veiller à la régularité du combat³⁶. La réforme française s'est traduite notamment dans l'obligation faite au tribunal de juger d'après la règle de droit applicable au litige, quoi que les parties aient pu soutenir, et dans l'obligation de considérer, en appel, un moyen de pur droit soulevé oralement pour la première fois.

En admettant un principe inquisitoire, on concède que le procès ne soit plus «le 'bien propre' des parties, mais plutôt comme le 'bien commun' du juge et des parties»³⁷. Le *Code de procédure civile* reconnaît implicitement un tel prin-

³⁴K.E. Scott, «Two Models of the Civil Process» (1974-75) 27 *Stanf. L. Rev.* 937 à la p. 938.

³⁵Thibaut et Walker, *supra* note 10 à la p. 547.

³⁶H. Motulsky, «La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès» J.C.P. 1966.I.1996 au n° 4.

³⁷Estoup, *supra* note 32 à la p. 108.

cipe. D'abord, par l'article 2 qui entend réaliser un ordre juridique idéal. Ensuite, par les dispositions du Titre V sur l'administration de la preuve et l'audition, et notamment par les articles portant sur le pouvoir de convoquer une conférence préparatoire (article 279) ; l'acquiescement à l'ajournement sur demande (article 286) ; le transport du tribunal sur les lieux (article 290) ; le signalement d'une lacune dans la preuve (article 292). Enfin, le tribunal peut ordonner une expertise (article 414) ou une réouverture d'enquête (article 463) de sa propre initiative. Toutes ces dispositions témoignent d'un certain pouvoir directeur du juge en droit québécois³⁸.

En considérant le jugement comme l'instrument qui permet d'accomplir l'idéal du droit, on doit tenir le procès

comme la manifestation d'un déséquilibre social, et le juge doit, par sa décision, rétablir l'harmonie rompue. Il a donc en vue dans sa motivation, non pas l'intérêt immédiat des parties, mais l'intérêt supérieur du bien public. Il exerce une «magistrature» dans toute l'acception du terme, investi de l'imperium pour promouvoir l'idéal de la cité. Cet idéal peut prendre la forme d'idéologies diverses, mais sa constante est d'être contraignant³⁹.

Ce souci de confier au juge le soin de rétablir la vérité, en comblant au besoin les lacunes de l'une des parties, a été qualifié en France de «providence du plaideur»⁴⁰. Ce qui a fait dire à Martin : «Providence du demandeur sans doute qui gagne son procès malgré lui, mais le défendeur ? La providence prend pour lui les apparences du diabolique ou du destin, selon ses convictions philosophiques»⁴¹.

L'intervention du juge, même nourrie des meilleures intentions, risque toujours de verser dans le paternalisme. Se résigner à ce paternalisme et le souhaiter bienveillant est une contradiction : comme l'absolutisme éclairé demeure absolutisme, le paternalisme bienveillant n'est jamais qu'une forme d'autoritarisme⁴².

Dans cette perspective, il faut se méfier d'une conception du procès civil où le juge ne se contente pas d'apporter son concours aux parties, mais remplit véritablement la charge d'exécuteur des œuvres de l'État. Si le juge est le gardien des valeurs publiques, c'est qu'il doit protéger d'abord la liberté des parties. Que le juge fasse office de médiateur entre la rigidité du droit et le supplément d'humanité qui parfois s'impose, cela se conçoit aisément. Mais l'initiative du juge doit toujours résulter d'un mouvement spontané, elle ne peut être prescrite par une règle formelle. Si l'article 2 entend éliminer la retenue judiciaire et forcer l'intervention dans le sens qu'il prescrit, comme le laissent entendre ses promoteurs au moment de son adoption, sa portée est beaucoup

³⁸En théorie, bien sûr, les parties sont maîtresses du litige ; toutefois, ces articles montrent que ce dogme n'est pas si assuré qu'on veut bien le faire croire.

³⁹R. Martin, «Réflexion sur l'instruction du procès civil» [1971] Rev. trim. dr. civ. 279 à la p. 280.

⁴⁰R. Martin, «Le double langage de la prétention» J.C.P. 1981.I.3024 au n° 7 ; Martin, «Le fait et le droit ou les parties et le juge», *supra* note 33 au n° 3.

⁴¹«Le double langage de la prétention», *ibid.* Voir aussi Martin, «Le fait et le droit ou les parties et le juge», *ibid.*

⁴²Martin, «Le fait et le droit ou les parties et le juge», *ibid.* à la p. 3 : «[O]n sait depuis toujours que le père a une face cachée qui est celle du tyran».

trop considérable : la quête de vérité ne doit pas verser dans la recherche d'une vérité idéologique. La vérité que nous cherchons n'est pas univoque, elle n'existe pas préalablement à la décision ; elle se construit dans le cours même du processus judiciaire. D'où l'importance de minimiser les erreurs et les coûts, ces derniers pouvant entraîner des erreurs d'un autre type, celles qui résultent non pas d'une mauvaise décision, mais d'une absence de décision.

b. *Les erreurs et les coûts*

Pour maximiser la valeur-vérité, la procédure doit minimiser deux types de coûts : le coût des erreurs dans les décisions et le coût des procédures elles-mêmes⁴³.

Les erreurs consistent généralement dans l'omission de reconnaître un droit qui existe ou dans la reconnaissance d'un droit qui n'existe pas⁴⁴. Or, la conséquence des erreurs est souvent de contribuer à modifier la règle de droit substantif — en raison du poids de la jurisprudence dans la rédaction des motifs judiciaires et des opinions juridiques. Cet effet est contraire à l'article 2, puisque ici la procédure ne fait pas « apparaître le droit ».

Toutefois, la minimisation du coût des erreurs exige des procédures plus longues et plus rigoureuses. Pour accroître la précision de la décision, il faudra entendre un plus grand nombre de témoins et présenter des mémoires plus fouillés ayant exigé une recherche plus considérable et qui requerront du juge qu'il y consacre plus de temps. Tous ces efforts entraînent une pression à la hausse sur les coûts de fonctionnement du système judiciaire. Or, si les coûts sont trop élevés, certains droits dont la valeur est inférieure au coût anticipé des procédures ne seront pas sanctionnés. C'est pourquoi il faut, toujours dans la perspective de l'article 2, diminuer les coûts totaux de la procédure.

Ces deux exigences ne pouvant être remplies simultanément, il faudra trouver un équilibre optimal entre le coût des erreurs et le coût des procédures, en fonction de la valeur des droits à réaliser. La création d'une Cour des petites créances, par exemple, tend à réaliser une telle optimisation. Cette vision de la procédure peut être qualifiée d'instrumentale, dans la mesure où l'on présume que seul le résultat du litige préoccupe les parties⁴⁵. Toutefois, le sens commun nous dit qu'une décision unilatérale et discrétionnaire, si vraie et objective soit-elle, créera vraisemblablement chez les parties un sentiment d'injustice.

2. La quête de la justice

Selon le sociologue allemand Luhmann, le but de la procédure civile est de garantir l'efficacité de la décision, mais pas son exactitude⁴⁶. Dans ce sens, la décision qui vient au terme des procédures trouve

⁴³R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 2^e éd., Boston, Little, Brown, 1977 à la p. 429 ; G. Tullock, *Trials on Trial: The Pure Theory of Legal Procedure*, New York, Columbia University Press, 1980 à la p. 5.

⁴⁴E. MacKaay, *Economics of Information and Law*, Boston, Kluwer-Nijhoff, 1982 à la p. 72.

⁴⁵T.R. Tyler, *Why People Obey Law*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 1990 à la p. 115.

⁴⁶N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Francfort, Suhrkamp, 1983 à la p. 21, cité dans Habscheid, *supra* note 9 à la p. 39.

sa fin en soi : elle est l'apaisement d'un conflit privé. Le juge, en s'appuyant sur des règles objectives de droit, s'efforce de donner à chacun son dû ; alors même qu'il ne réalise pas une justice parfaite, son jugement a le mérite de clore le procès, et c'est pour qu'il remplisse cet office que la loi lui a attaché une présomption irréfragable de vérité. Il n'a d'utilité sociale que par ricochet, en assurant la paix publique⁴⁷.

Dans cette perspective, le conflit met en jeu des intérêts radicalement opposés de telle sorte que toute décision ne peut que maximiser les gains d'une partie aux dépens de l'autre. Aucune solution ne sera ultimement admise par chaque partie sur la seule base de sa véracité. Aussi, la résolution des conflits d'intérêts entre deux parties ne peut prétendre découvrir une solution vraie ou scientifiquement exacte : il faut plutôt tenter de réaliser ce que, depuis Aristote, on appelle la «justice»⁴⁸.

Puisqu'il n'existe aucune vraie solution, chaque partie doit pouvoir être en mesure d'infléchir la décision du tribunal : chacune peut espérer un résultat favorable⁴⁹. La justice est incertitude avant d'être automatisme et calcul. La quête de justice comme objet de la procédure implique de ce fait le recours au principe du contradictoire (a). Par ailleurs, pour que l'exécution de la décision judiciaire soit contraignante sans que s'impose la nécessité de recourir à la sanction étatique, il faut que les parties ressentent l'impérieuse nécessité de s'y conformer. De là le rôle capital du rituel judiciaire (b).

a. Le principe du contradictoire

Le principe du contradictoire⁵⁰ signifie que «le juge est à la disposition des parties, et [que] celles-ci sont les maîtres de la matière judiciaire»⁵¹. Il trouverait son origine dans l'intervention du Roi auprès des duellistes afin d'assurer un combat loyal, et plus tard, quand le combat par les armes fut transformé en une joute oratoire, afin de garantir un procès équitable⁵². Le droit allemand rend bien cette idée d'une évolution depuis le duel jusqu'au procès moderne. L'expression

⁴⁷Martin, *supra* note 39 à la p. 280.

⁴⁸Thibaut et Walker, *supra* note 10 à la p. 544.

⁴⁹Bacou, *supra* note 18 à la p. 126.

⁵⁰La doctrine française, sous l'influence de Motulsky, emploie fréquemment l'expression «respect des droits de la défense» en lieu et place de «principe du contradictoire» :

Le procès est enfin dominé par la plus importante des règles auxquelles doit se plier l'activité juridictionnelle : c'est celle selon laquelle toute justice digne de ce nom exige le respect des droits de la défense. Nous préférons cette expression à celle, plus souvent utilisée, de «principe du contradictoire» ; ce dernier vocable ne paraît s'opposer qu'à la procédure unilatérale, tandis que la formule imposant le respect des droits de la défense (par quoi il faut entendre, en matière civile, la défense *des intérêts des deux parties*) possède à nos yeux, le mérite de mettre l'accent sur le devoir du juge de ne statuer qu'après avoir permis à chacune des parties de débattre, librement et en connaissance des moyens et des preuves de l'autre, devant lui tous les éléments du litige (Motulsky, *supra* note 36 au n° 2).

⁵¹Martin, «Le fait et le droit ou les parties et le juge», *supra* note 33 au n° 2.

⁵²P. Calamandrei, *Procedure and Democracy*, New York, New York University Press, 1956 à la p. 5. Voir aussi Engelmann, *supra* note 10 à la p. 386 : «[F]orm preserved to memory the origin of judicial procedure, — *intermediation by the sovereign in the physical contest of the parties* [...] [nos italiques].

Verhandlungsmaxime, qui signifie littéralement la «maxime des pourparlers», exprime l'idée que la portée et le contenu du litige sont strictement déterminés par les parties ou, inversement, que le tribunal doit ne considérer que ce que les parties lui ont présenté. Les procédures sont les étapes que doit franchir la transaction à intervenir entre les parties, sous la supervision du tribunal⁵³.

Quoique toute procédure possède à la fois des éléments inquisitoires et contradictoires, certains pays sont allés plus loin que d'autres dans la voie de l'autonomie des parties. Par exemple — et contrairement à la procédure française, qui s'est acheminée vers un rôle directeur du juge et sous-entend que «la qualité de la décision ne peut s'accommoder, au civil, des improvisations de la parole»⁵⁴ — la procédure belge laisse toute l'initiative aux parties et consacre le principe de l'oralité des débats⁵⁵.

S'agissant de rassurer les parties sur l'impartialité du tribunal, aucun autre principe n'offre de meilleures garanties. Cela découle de ce que le débat oral «[m]ieux que tout autre procédé, [permet] une confrontation directe des positions adverses. La procédure orale est, traditionnellement, considérée comme la plus libérale, comme inspirée par le respect le plus scrupuleux des droits individuels»⁵⁶. Posner montre d'ailleurs comment le principe du contradictoire conduit à comparer le processus judiciaire au marché, par la concurrence qu'il implique. Le tribunal se trouve dans la position d'un consommateur contraint de choisir entre des biens similaires offerts par deux vendeurs farouchement déterminés⁵⁷. La passivité du juge lui permet de ne pas se compromettre, de reprendre les argumentations des parties et de les réconcilier, ou plus exactement de les *re-cadrer* de manière à faire apparaître une solution qui, à défaut d'être exacte, sera admise par les deux parties. L'acceptation de la décision, l'abstention d'en appeler est le guide le plus sûr qu'il s'agissait là d'une juste décision. La liberté des parties de contrôler la procédure constitue la meilleure assurance qu'elles croiront ultérieurement en la justice du verdict, indépendamment de la nature de celui-ci⁵⁸.

Le re-cadrage que nous venons d'évoquer consiste à modifier le sens d'une situation sans perturber ses éléments concrets. Par exemple, en photographie, cela consiste à changer d'angle, de perspective, de manière à faire apparaître des éléments ou des détails passés inaperçus, mais sans changer le décor. Dans le cas de la décision judiciaire, cela signifie que le juge décide en fonction du droit sur la base des éléments fournis par les parties, sans apporter de nouveaux moyens ni ajouter aux conclusions.

⁵³Engelmann, *ibid.* à la p. 11.

⁵⁴R. Martin, «L'instruction du procès dans le nouveau code judiciaire belge» J.C.P. 1970.I.2304 au n° 20.

⁵⁵*Ibid.*

⁵⁶P. Hébraud, «L'élément écrit et l'élément oral dans la procédure civile» (1951-53) 1 Rec. ac. lég. Toulouse 39 à la p. 45, cité dans R. Merle et G. Madray, «La réforme de la procédure civile par le décret du 22 décembre 1958» J.C.P. 1959.I.1475 au n° IX.

⁵⁷Posner, *supra* note 43 à la p. 400 : «The critical stage of the legal allocation process is dominated by the competition between plaintiff and defendant for the favor of the tribunal».

⁵⁸Thibaut et Walker, *supra* note 10 à la p. 551.

Cette technique est familière au juriste, mais il n'en possède pas l'exclusivité. Elle est aussi employée en thérapie familiale, afin de parvenir à un changement des règles tacites de comportement entre les membres de la famille. L'analogie avec l'intervention judiciaire s'impose d'elle-même : comme le thérapeute, le juge entend modifier une situation pathologique (le conflit) en faisant admettre à chaque partie une nouvelle description de la réalité. Le succès de cette entreprise repose en grande partie sur l'habileté du juge à re-cadrer les argumentations. De la même manière, les psychologues considèrent

qu'un re-cadrage ne réussit que s'il tient compte des opinions, des attentes, des raisons, des hypothèses — en un mot, du cadre conceptuel de ceux dont on doit modifier les problèmes. *Prenez ce que vous apporte le patient* : telle est l'une des règles fondamentales, selon Milton Erickson, de la résolution des problèmes humains. [...] [L]e re-cadrage présuppose que le thérapeute apprenne le langage du patient, ce qui peut se faire plus rapidement et plus économiquement que l'inverse. Selon cette méthode, ce sont justement les résistances au changement qui servent le plus à le provoquer⁵⁹.

Le degré d'admission du verdict ne repose cependant pas seulement sur le résultat et sa justification. Il varie également en proportion de la confiance dont témoignent les parties envers le tribunal. Comme le rappelle Ost, «[t]out pouvoir et tout discours d'autorité ne trouvent d'appui solide que dans une forme de complicité qui est à la fois reconnaissance ou délégation d'autorité et méconnaissance des ressorts obscurs qui conditionnent ce transfert»⁶⁰.

Cette reconnaissance de l'autorité du tribunal et la méconnaissance des mécanismes par lesquels il réussit à faire admettre sa solution (le re-cadrage) sont toutes deux essentielles au bon fonctionnement de la procédure. Elles ne sont toutefois rendues possibles qu'en raison de l'existence d'un rituel judiciaire.

b. *Le rituel judiciaire*

Dans la perspective d'une quête de la justice, le procès n'est pas le signe d'une harmonie rompue : c'est une thérapie, c'est «un moyen difficile mais pacifique et intelligent de réduire une tension ou de résoudre un conflit»⁶¹. Le procès présente sur la justice privée l'avantage incalculable de mettre un terme définitif à la violence. La justice privée court toujours le risque de s'engager sur la voie de représailles infinies qui se transforment rapidement en un cercle vicieux dont on a perdu l'origine. Par contre, «[l]es décisions de l'autorité judiciaire s'affirment toujours comme le *dernier mot* de la vengeance»⁶².

⁵⁹P. Watzlawick, J. Weakland et R. Fisch, *Changements : Paradoxes et psychothérapie*, coll. Points, Paris, Seuil, 1975 aux pp. 125-26.

⁶⁰F. Ost et M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987 aux pp. 533-34.

⁶¹J.-M. Varaut, *Le droit au droit*, 11^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1986 à la p. 88.

⁶²R. Girard, *La violence et le sacré*, coll. Pluriel, Paris, Bernard Grasset, 1972 à la p. 29. Voir aussi Scott, *supra* note 34 à la p. 937 :

[I]n the interests of preserving the peace, society offers through the courts a mechanism for the impartial judgment of personal grievances, as an alternative to retaliation or forcible self-help. The services of the court system are furnished free or at nominal cost

Parce qu'il existe une tendance inévitable à l'escalade de la violence et que celle-ci risque de frapper des innocents au passage, la nécessité de domestiquer la vengeance s'impose de façon irréductible à toute communauté humaine. Les moyens dont on dispose participent soit de la prévention, soit de la cure. Comme le souligne René Girard :

Tous les moyens jamais mis en œuvre par les hommes pour se protéger de la vengeance interminable pourraient bien être apparentés. On peut les grouper en trois catégories : 1) les moyens préventifs qui se ramènent tous à des déviations sacrificielles de l'esprit de vengeance ; 2) les aménagements et entraves à la vengeance, comme les *compositions*, duels judiciaires, etc., dont l'action curative est encore précaire ; 3) le système judiciaire dont l'efficacité curative est sans égale⁶³.

Cette évolution du sacrifice vers le système judiciaire conduit à affirmer l'unité de leurs rites⁶⁴. Or, comme pour tous les rites, le processus d'évacuation de la violence est d'autant plus efficace qu'il apparaît aux hommes «non comme le leur mais comme un impératif absolu, l'ordre d'un dieu dont les exigences sont aussi terribles que minutieuses»⁶⁵.

C'est pourquoi l'acte de juger est si étrange : c'est le geste d'un homme qui n'entraîne pas la vengeance. Le juge est à la fois membre de la communauté et étranger à elle. Gilles Perreault, dans sa préface à *Les Plaideurs* de Racine, a joliment décrit le statut ambigu du juge :

Voilà un homme — le juge — qui se prend pour Dieu. Plus exactement, la société l'autorise à se prendre pour tel. Il va trancher des conflits d'intérêts mais aussi priver tel justiciable de son honneur, tel autre de sa liberté, un troisième de sa vie. Il va dire le Bien et le Mal. Siégeant sur son Olympe, vêtu de pourpre, environné de l'appareil formidable de la force publique, il accueille plaintes et protestations. On monte à lui pour obtenir justice. Et c'est ce continuel appel des justiciables qui fonde sa fonction de juge, et la légitime à chaque instant. La société deviendrait-elle par extraordinaire parfaite qu'il n'aurait plus qu'à plier proprement sa robe rouge et à descendre de son fauteuil⁶⁶.

Pour que les décisions du juge soient efficaces, il faut qu'on lui obéisse et que sa personne soit à l'abri de la vengeance. L'autorité morale du juge, et *a fortiori* celle de l'arbitre, lui vient sans doute moins de la puissance des pouvoirs publics que des rôles que définissent pour chaque partie les règles de procédure. Celles-ci fixent «une séquence réglée d'actes accomplis en un temps et un lieu précis»⁶⁷, et se substituent pour ainsi dire aux règles implicites qui gouvernaient la querelle avant l'intervention judiciaire :

Le rituel est plutôt une sorte de contre-jeu qui, une fois mis en place, détruit le jeu initial. En d'autres termes, grâce à lui, un rite malsain et épistémologiquement

to the disputants in order to make the alternative of recourse to the courts more attractive.

⁶³*Ibid.* à la p. 36.

⁶⁴«Le Livre des rites affirme que les sacrifices, la musique, les châtiments et les lois ont une seule et même fin qui est d'unir les cœurs et d'établir l'ordre» (*ibid.* à la p. 19).

⁶⁵*Ibid.* à la p. 27.

⁶⁶«Préface» dans J. Racine, *Les plaideurs*, Paris, Librairie générale française, 1987 à la p. 9.

⁶⁷M. Selvini Palazzoli, *Self-Starvation: From the Intrapsychic to the Transpersonal Approach to Anorexia Nervosa*, Londres, Chaucer, 1974 à la p. 238, cité dans Watzlawick, *supra* note 30 à la p. 162.

faux [...] parvient à disparaître au profit d'un rite sain et épistémologiquement juste⁶⁸.

Comme au théâtre, les composantes du rituel judiciaire sont scéniques : «l'espace obligé, le temps convenu, la robe obligatoire, les rôles de convention, le geste du serment, l'oralité du débat»⁶⁹, tous ces exercices rituels exorcisent les passions tout comme ils affirment la vivacité des valeurs qui les fondent.

La vie collective est largement tributaire de cette délimitation d'un espace et d'un temps où le sacré — la solution du cas par le droit — est rigoureusement séparé du profane selon des «règles» connues des spectateurs comme des acteurs. La scène judiciaire délimite l'espace public de la loi ; son extériorité par rapport à l'espace privé préserve le citoyen de l'intrusion totalitaire de la loi, celle qui se laisse voir dans *Le Procès* de Kafka, où Joseph K. ne connaît ni la loi ni les charges qui pèsent sur lui. [...] [C]es symboles sont créateurs ; ils ne sont pas magiques, ils donnent à penser, selon l'expression de Paul Ricœur⁷⁰.

D'ailleurs, ce besoin du rituel semble profondément inscrit en nous et son absence contribue à créer une impression d'absurdité ou de vacuité des événements et des choses⁷¹. Le rituel judiciaire fait partie de la culture : il est rationnel dans la mesure où il représente un ensemble de comportements «choisis» par la communauté juridique, à un moment ou à un autre de son histoire, de préférence à d'autres comportements qui produisaient du désordre ou n'étaient pas aussi efficaces⁷². L'abandon de ces comportements choisis fait courir un risque majeur : celui de devoir refaire toutes les expériences qui se sont déroulées sur plusieurs générations et ont mené à la sélection d'un rituel défini. Hayek a montré comment, en abandonnant les principes au profit d'une action particulière — donc, en abandonnant le rituel —, nous choisissons un expédient dont nous connaissons la valeur, mais sans savoir ce que nous perdons. Or, ce que nous perdons,

c'est l'ordre qui résulte du fait que la plupart des acteurs sociaux respectent les principes en question, ce qui permet à chacun d'avoir une chance optimale de réussir ses actions. Mais comme cet ordre social n'est jamais connu à l'avance en détail, nous ne savons jamais ce qui est perdu du fait d'une entorse aux principes, alors que nous savons précisément, par définition, ce que nous gagnerions en recourant à l'expédient⁷³.

L'article 2 témoigne du dépérissement des rites dans la mesure où il enjoint à ne pas respecter trop scrupuleusement ceux-ci — «chronogivores», sans aucun doute — afin d'assurer une justice plus expéditive. Certes, il est des cas où l'on doit passer outre au respect dû à certains rituels, mais cette transgression du rite ne peut relever que de l'initiative du juge, pas d'un geste systématique. L'article 2 ne peut venir à bout de la retenue judiciaire, parce que celle-ci repose implicitement sur ce savoir qu'il y a dans les rites, dans la tradition et dans la jurisprudence une connaissance qu'on ne peut écarter qu'après mûre réflexion. Le recours à un expédient en matière judiciaire ne doit pas être autre chose que

⁶⁸Palazzoli, *ibid.* à la p. 239.

⁶⁹Varaut, *supra* note 61 à la p. 128.

⁷⁰*Ibid.* aux pp. 128-29.

⁷¹Watzlawick, *supra* note 30 aux pp. 160-61.

⁷²Nemo, *supra* note 17 à la p. 85.

⁷³*Ibid.* à la p. 87.

l'innovation inspirée du juge placé devant un cas limite. Vouloir faire de l'expédient la règle et du rituel l'exception, c'est abandonner un savoir accumulé au cours des siècles dont nous ne mesurons pas la valeur, et concourir au dépérissement de la justice.

* * *

En pratique, la quête de la vérité et celle de la justice sont indissociables. Selon que le litige présente l'apparence d'une faute, d'une erreur imputable à une partie, ou celle d'un insoluble conflit d'intérêts, le juge devra favoriser respectivement soit la recherche de la vérité, soit celle de la justice. Dans tous les cas, il est néanmoins possible au juge d'introduire des considérations de légitimité dans sa décision, même s'il cherche d'abord à établir la vérité. Car il n'est pas une vérité qui soit si évidente qu'elle ne demande pas à être expliquée, développée, traduite dans un langage accessible aux parties et présentée selon une perspective qu'elles admettent. Or, il nous semble que l'article 2 — et le *Code de procédure civile* en général — insiste de façon trop marquée sur la quête de la vérité. En se voulant plus démocratique, plus accessible, le système judiciaire court à sa perte : le sentiment de justice que l'on éprouve n'est pas affaire de transparence des ressorts obscurs de la justice, mais participe de la liberté d'exposer son point de vue (le principe du contradictoire) et de l'application fidèle de règles de procédure connues de tous (le respect des rites).

Par le rite, on réaffirme l'incontournable position des règles de procédure. Celles-ci ne sont pas en substance différentes des règles de fond, elles participent de la même nature. Un lien indissociable unit le fond à la forme, et plus encore, la seconde prime la première : il est en effet impossible de parvenir à une description intelligible du droit substantif sans obéir d'abord aux injonctions de la procédure. Si l'article 2 entend seulement autoriser les juges à modifier les injonctions (au sens méthodologique) de manière à les améliorer lorsqu'ils rencontrent des cas limites, fort bien. Toutefois, il ne nous paraît pas évident que telle ait été l'intention des promoteurs de la réforme de 1965, bien au contraire. Cette réforme veut entamer tant la retenue judiciaire, que le respect des formes, ce qui risquaient dans les deux cas de freiner la mise en œuvre des grands projets sociaux de l'époque. Par conséquent, pris comme une tentative de neutraliser la procédure et d'assurer l'hégémonie du droit substantif — donc, des projets législatifs de l'État —, l'article 2 est incompatible avec la primauté du droit, entendue dans ses interprétations les plus courantes.

Nous concluons donc cette partie sur la nécessité de rétablir les règles de procédure dans leur statut de règles de droit à part entière. Toutefois, même si on parvenait à justifier théoriquement les principes de l'article 2, ses conséquences pratiques sont insoutenables. C'est pourquoi il convient de se pencher maintenant sur la pragmatique de l'article 2.

II. La pragmatique de l'article 2

La pragmatique s'intéresse au domaine de la valeur. Il existe différents types de valeurs, dont les plus importants sont : la valeur d'échange, la valeur

d'usage, la valeur de survie⁷⁴. Parce que nous sommes constamment à évaluer nos comportements⁷⁵ — littéralement, à en mesurer la valeur —, à en abandonner certains pour en adopter d'autres, la pragmatique s'intéresse par un lien direct aux effets de ceux-ci : c'est aux conséquences de nos attitudes, de nos préjugés, de nos postulats que nous mesurons leur valeur. Par exemple, on peut estimer que l'altruisme a une valeur d'échange : nous obtenons quelque chose en retour de nos actes altruistes (reconnaissance, considération, etc.) ; ou bien une valeur d'usage : notre acte altruiste permet de réaliser certains projets (par exemple, les dons de charité) ; ou encore une valeur de survie : l'altruisme est la conduite à adopter en prévision de situations difficiles (c'est une forme d'assurance : si j'ai aidé les autres par le passé, ceux-ci m'aideront à leur tour).

Ces trois valeurs s'articulent selon un ordre lexical. Ce sont les qualités utiles d'un comportement qui servent de base à sa valeur d'échange. Comme on peut imaginer un nombre infini d'utilités ou d'emplois pour un même comportement (on trouve toujours de nouveaux motifs permettant de justifier notre comportement), les valeurs d'échange sont donc illimitées. Toutefois, elles sont contraintes par les valeurs d'usage, c'est-à-dire qu'on ne peut multiplier les emplois d'un même comportement sous peine de le surcharger et de le rendre inutilisable.

Ainsi, les valeurs d'usage sont réelles et limitées (contrairement aux usages qui fondent les valeurs d'échange). La diversité des valeurs d'usage étant par le fait même également limitée, leurs diverses qualités ne permettent pas de les échanger. On peut troquer un tournevis contre un marteau sur la base de leurs valeurs d'usage (le tournevis pouvant être aussi utile que le marteau) ; on ne peut troquer l'usage du tournevis contre l'usage du marteau, tout simplement parce que le tournevis ne permet pas d'enfoncer un clou (enfin, à moins d'y mettre beaucoup d'efforts).

La valeur de survie est l'ultime valeur pragmatique, celle qui vérifie la validité de toutes les autres valeurs⁷⁶. À long terme, les comportements dont l'utilité ne permet plus de les échanger *et* d'en maintenir l'usage sont éliminés et disparaissent. Or, nous croyons que si on a pu échanger l'adoption de l'article 2 contre la promesse d'une meilleure justice, sa survie à long terme est compromise parce qu'il ne réussit pas à tenir ses promesses, c'est-à-dire à réduire les délais et à éviter que des droits soient perdus pour des motifs de procédure. Cette incapacité de l'article 2 à remplir les usages auxquels on le destinait, non seulement se vérifie-t-elle présentement, mais elle pouvait même être prédite, et c'est ce que nous entendons démontrer.

D'abord, il faut considérer les moyens mis en œuvre par le législateur pour réaliser les fins de l'article 2, à savoir la compression des délais et la suppres-

⁷⁴Nous ne renvoyons ici d'aucune façon à la théorie marxiste de la valeur, mais bien aux théories de la communication d'inspiration nominaliste. Voir P. Watzlawick, J.H. Beavin et D.D. Jackson, *Une logique de la communication*, coll. Points, Paris, Seuil, 1972 aux pp. 7-8.

⁷⁵Il faut entendre comportement dans son sens premier, à savoir une manière d'agir, de se comporter, ce qui comprend les attitudes, les préjugés, la conduite, et pas seulement le *behaviour*, c'est-à-dire l'ensemble des réactions observables.

⁷⁶A. Wilden, *Système et structure*, Montréal, Boréal, 1979 aux pp. 536, 551.

sion des vices de forme. Cette dilution, cet abandon du formalisme, n'a pas eu les effets escomptés. Pourtant, le législateur semble désirer continuer dans cette voie, et l'abandon du formalisme va croissant. C'est une réforme sans fin (A). Ensuite, ce processus infini de réformes qui engendre toujours plus de problèmes qu'il n'en règle est directement lié au principe de justice qui gouverne l'action du législateur. Le seul moyen de résoudre les problèmes que soulève le fonctionnement du système judiciaire consiste non pas dans l'abandon du formalisme, mais dans une redéfinition de notre conception de la justice. C'est la fin des réformes (B).

A. *La réforme sans fin : «plus ça change, plus c'est pareil»*

On doit distinguer trois types de formalisme. Le premier concerne la décision judiciaire. Celle-ci sera radicalement formaliste si elle prétend se fonder sur des critères objectifs et nie que le juge ait quelque latitude ou discrétion que ce soit dans l'interprétation du droit⁷⁷. À la limite, on verse dans l'automatisme. Ce formalisme est par ailleurs extrêmement efficace pour réduire les coûts de fonctionnement du système judiciaire, bien qu'il risque d'accroître le nombre d'erreurs et leur coût⁷⁸. Même le formalisme le plus radical peut se fonder sur des raisons substantives d'un type logique plus élevé — par exemple, le principe de légalité ou le respect de l'autonomie de la volonté⁷⁹. Quoique ce formalisme permette une unité certaine de la jurisprudence, il risque également d'entraîner des résultats «inévitables»⁸⁰ et sera éventuellement supplanté par de nouvelles considérations de type substantif⁸¹.

Le second type de formalisme s'oppose au consensualisme, dans les transactions notamment. Il consiste à subordonner l'expression de la volonté à l'emploi de certaines formules consacrées et «ne tient aucun compte d'une volonté qui se manifesterait de toute autre manière»⁸². Cela «ne signifie pas forme *compliquée*, mais forme *impérative*»⁸³. Même un régime radicalement consensualiste ne saurait se passer d'un minimum de formalisme pour caractériser les actes qui seront juridiquement efficaces⁸⁴. De nos jours, on associe plus généralement ce formalisme au notaire et à la sécurité juridique qu'il procure⁸⁵. Mais c'est aussi le formalisme souple des titres commerciaux :

⁷⁷R.P. Bezanson, «The Myths of Formalism: An Essay on Our Faith That Formalism Yields Fairness and Effectiveness in Public Administration» (1984) 69 Iowa L.R. 957 à la p. 968.

⁷⁸P.S. Atiyah et R.S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1987 aux pp. 25-26.

⁷⁹*Ibid.* aux pp. 23, 26.

⁸⁰Bezanson, *supra* note 77 à la p. 974. Nous verrons plus loin de quelle manière définir l'équité ou la justice d'une décision. Voir ci-dessous à la p. 292 et s.

⁸¹Atiyah et Summers, *supra* note 78 à la p. 20.

⁸²É. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains : L'ancien droit*, Paris, Chevalier-Marescq, 1891 à la p. 719.

⁸³J. Flour, «Quelques remarques sur l'évolution du formalisme» dans *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle : Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, 93 à la p. 101.

⁸⁴F. Génay, *Science et technique en droit privé positif — Troisième partie : Élaboration technique du droit positif*, Paris, Sirey, 1921 à la p. 95.

⁸⁵J. Martineau, «Des formalités qui viennent de loin» (1989) 91 R. du N. 647 aux pp. 655-56.

[D]es formes très simples et toujours identiques [...] permettent alors de reconnaître la signification juridique d'un acte au seul examen de son apparence. La forme devient facteur de simplicité, de rapidité et de sécurité : or, sur le plan économique, c'étaient précisément là les avantages que les classiques attribuaient au consensualisme⁸⁶.

Le formalisme peut également jouer un troisième rôle : celui de ne lier juridiquement les parties que si elles s'engagent formellement. Ainsi, en droit romain,

[L]orsque l'application d'une forme aussi familière à tout Romain que la stipulation, la mancipation, *etc.*, était omise dans des circonstances qui n'y mettaient point obstacle, il fallait en conclure que dans l'*intention unanime des parties*, leur accord ne devait produire aucune espèce d'effet juridique et qu'il devait rester loisible à l'une ou à l'autre partie de s'en écarter⁸⁷.

Ce formalisme procédural se heurte à l'article 2. Il se présente sous l'aspect de formes obligatoires et de délais à respecter. L'omission de respecter ces formes impératives entraîne normalement un vice pour nullité de forme. Des trois types de formalisme, c'est celui qui est généralement compris avec une nuance péjorative. En effet, malgré toutes les critiques qui peuvent leur être adressées, les deux premiers types de formalisme ressurgissent constamment — par exemple, sous la forme d'un retour à l'interprétation littérale des lois ou par l'émergence des contrats types. La présomption de neutralité de la procédure que nous avons dégagée plus haut, de même que la rareté des études théoriques sur le sujet, font que les préjugés sur le formalisme procédural ont la vie dure. Aussi convient-il de montrer, d'une part, en quoi consiste et sur quoi repose cet abandon du formalisme (1) et, d'autre part, comment ce formalisme, à l'instar des formalismes judiciaire et contractualiste, ressurgit constamment dans la procédure civile (2).

1. L'abandon du formalisme procédural

Il semble que l'abandon du formalisme procédural commence avec la dénonciation systématique de l'arbitraire, que l'on entend démasquer, démystifier. L'utilisation du mot « arbitraire » marque ici

que l'on suspecte l'ordre d'être le produit d'une intention individuelle, humaine, de résulter du bon plaisir d'un pouvoir qui y trouve son intérêt, au lieu d'incarner une raison valable pour tous. En un sens, la démystification reproduit l'attitude primitive qu'elle prétend démasquer, puisqu'elle n'imagine pas qu'une forme sociale puisse résulter d'autre chose que d'un *projet*. Toute la différence, et elle est considérable, est que le primitif attribue ce dessein à des forces extérieures à l'ordre humain, alors que le démystificateur affirme y reconnaître une entreprise de domination tout à fait terrestre⁸⁸.

Le formalisme procédural est en quelque sorte suspect d'avoir été conçu par ceux qui y trouvaient leur intérêt. On le confond avec la chicane, on le soupçonne d'être entretenu par des plaideurs de mauvaise foi⁸⁹. La régularité for-

⁸⁶Flour, *supra* note 83 aux pp. 97-98.

⁸⁷R. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, t. 3, 3^e éd., Paris, Chevalier-Marescq, 1887 aux pp. 184-85.

⁸⁸J.-P. Dupuy, *Ordres et Désordres : Enquête sur un nouveau paradigme*, Paris, Seuil, 1982 à la p. 169.

⁸⁹R. Bordeaux, *Philosophie de la procédure civile : Mémoire sur la réformation de la justice*,

melle aboutit «aux résultats les plus inéquitables»⁹⁰, de justes causes s'enlisent ou sont perdues en raison d'erreurs ou d'astuces procédurales tandis que de mauvaises causes triomphent⁹¹, cependant qu'un examen du fond aurait certainement conduit à un résultat différent⁹².

Faut-il pourtant regretter qu'une solution dictée par les règles de procédure permette à une partie d'échapper à l'application d'une règle de fond ? Faut-il toujours déplorer que le succès d'un moyen de forme fasse reconsidérer une décision⁹³ ? C'est là un problème qui touche, notamment, au caractère obligatoire ou facultatif de la procédure. En proposant que l'on ne puisse utiliser les règles de procédure que conformément aux intentions qu'il exprime, l'article 2 tend à affirmer le caractère accessoire de la procédure.

Cela implique que, loin de se satisfaire de la stricte observance des règles, l'article 2 entend modifier, ou à tout le moins influencer, les attitudes et les valeurs des justiciables et de leurs représentants. À la rigueur, on pourrait dire que la simple obéissance ne suffit pas, mais passe pour de la résistance passive⁹⁴. Le plaideur ne doit pas seulement appliquer les règles de procédure, mais encore doit-il le faire conformément à l'intention exprimée par le *Code*. On peut faire remonter cette insistance sur la bonne foi du plaideur et les dangers du formalisme à la double influence médiévale du droit canon et de l'autorité royale⁹⁵. D'ailleurs, von Jhering remarque que lorsque l'arbitraire du roi s'affirme ouvertement, la forme tend à disparaître⁹⁶.

Le halo péjoratif qui flotte encore aujourd'hui sur le formalisme procédural tient beaucoup au discrédit qui a été jeté sur le formalisme romain. On y a vu un état de civilisation qui traduisait un symbolisme archaïque dont il fallait s'affranchir⁹⁷. Mais Huc écrit que ce formalisme a pour lui la même rationalité que

Évreux, Imprimerie de Auguste Hérissey, 1857 à la p. 4 : «Le XVIII^e siècle n'y vit [à la procédure] qu'une superfétation indigne de l'étude d'une intelligence élevée, et à laquelle un publiciste ne devait s'arrêter que pour en demander l'abolition». Voir aussi Cuq, *supra* note 82 : «[Le formalisme] favorise la mauvaise foi : pour la moindre irrégularité, le débiteur refusera de tenir sa promesse, et le juge ne pourra pas le condamner».

⁹⁰L. Segur, «L'inexistence en procédure civile» J.C.P. 1968.I.2129 au n° 4.

⁹¹Estoup, *supra* note 32 à la p. 106.

⁹²Atiyah et Summers, *supra* note 78 à la p. 10.

⁹³A. Jack-Mayer, «Le crépuscule des formes : Observations sur le sort des moyens de forme en matière civile dans la dernière jurisprudence de la Cour de Cassation» J.C.P. 1967.I.2073 au n° 19.

⁹⁴Watzlawick, Weakland et Fisch, *supra* note 59 aux pp. 88-89.

⁹⁵Engelmann, *supra* note 10 aux pp. 649-50.

⁹⁶*Supra* note 87 aux pp. 163-64.

⁹⁷Par exemple (et les exemples sont nombreux) Gény, *supra* note 84 à la p. 101 :

Primitivement, [la forme] semble répondre à un instinct de l'homme, vivant en société, à son amour pour les dehors plastiques ou symboliques, qui illustrent et égagent la vie d'un décor, où la sensibilité supplée aux infirmités de l'intellect. Spontanément, l'homme tend à extérioriser, à revêtir de signes, concrets et apparents, ce qui est phénomène psychologique, abstrait et interne (donc caché), par essence. Cela n'est pas sans utilité. Et notamment, une fois établie leur nécessité en droit, pareilles formes permettront de discerner, à coup sûr, ce qui est proprement juridique, comportant par suite la contrainte de l'autorité sociale, de même, que, en un autre domaine, des formes différentes spécifieront ce qui est sacré ou religieux avec les conséquences attachées à ce caractère.

nos lois modernes et que toute institution du droit romain est explicable sans le recours à quelque explication de nature symbolique ou enfantine⁹⁸.

La réforme de la procédure s'est sans aucun doute ébauchée sur la base de cette incapacité à comprendre la rigueur du formalisme et à distinguer les fictions désormais inutiles des formes importantes. Nous avons en quelque sorte perdu de vue l'opération salutaire et indispensable de l'injonction procédurale⁹⁹. Si l'emploi servile des formes de procédure par le praticien paraît arbitraire, c'est que nous n'avons pas cru bon «remonter jusqu'à la raison de ces solennités»¹⁰⁰ pour déterminer si les motifs qui les avaient fait naître avaient disparu.

Le droit romain nous offre un exemple éclatant d'une forme dont les motifs qui présidèrent à son institution disparurent éventuellement, et avec eux, la pratique qu'ils avaient engendrée, à savoir l'usage des sceaux :

L'écriture, en effet, ne pouvait pas autrefois servir comme aujourd'hui pour établir la preuve des conventions. Ainsi que le fait remarquer M. de Maistre, dans un passage que je crois utile de reproduire : «Elle était beaucoup moins caractérisée et moins exclusive que de nos jours. Elle se rapprochait davantage des formes lapidaires qui ne changent point : en sorte que ce que nous appelons si à propos *caractère*, ce je ne sais quoi qui distingue une écriture de l'autre, était bien moins frappant pour les anciens qu'il ne l'est devenu pour les yeux modernes. Un ancien qui recevait une lettre de son meilleur ami pouvait n'être pas bien sûr, à l'inspection seule de cette écriture, si la lettre était de cet ami. De là, l'importance du sceau qui surpassait de beaucoup celle du *chirographe*, ou celle de l'apposition du nom, que les anciens, au reste, ne plaçaient jamais à la fin de leurs lettres. [...]».

D'un pareil état de choses résultait pour les Romains l'absolue nécessité de remplacer l'écriture par des actes extérieurs et sensibles (*mancipation*, *stipulation*, etc.), actes [...] que nous atteignons aujourd'hui par l'intervention du notaire, du greffier [...]¹⁰¹.

Cette évolution souligne, d'une part, le risque de mésestimer l'importance de la forme que l'on entend abolir et, d'autre part, la tendance du formalisme procédural, aussi bien que des autres types de formalisme, à émerger spontanément des pratiques sociales et juridiques.

2. L'émergence spontanée du formalisme

Les avantages du formalisme procédural semblent au moins aussi nombreux que ses désavantages. Parmi tous ceux-là que mentionne la doctrine, nous en avons retenu quatre. Le premier renvoie bien sûr à l'égalité qu'il instaure

⁹⁸Huc, «Mémoire sur le formalisme dans l'ancien droit romain» (1861) 10 Rec. ac. lég. Toulouse 21 à la p. 21 :

Parce que certains écrivains d'un grand mérite sans doute, mais exclusivement littérateurs, et n'ayant pas fait du droit romain l'objet d'une étude approfondie, ont pris des *cérémonies*, des *rites* ou des *usages*, pour des *formes juridiques* ; parce qu'ils ont cru trouver partout le *symbolisme* qu'ils s'ingéniaient à chercher, et surtout parce qu'ils ont présenté, dans un style poétique, le résultat de leurs investigations, la croyance à ce prétendu caractère formaliste et exclusif de l'ancien droit de Rome a fini par s'accréditer, et aujourd'hui il est, en quelque sorte, convenu [...].

⁹⁹Engelmann, *supra* note 10 à la p. 177.

¹⁰⁰Bordeaux, *supra* note 89 à la p. 10.

¹⁰¹Huc, *supra* note 98 aux pp. 27-28.

entre les parties. C'est l'évolution historique du procès, depuis le duel à armes égales jusqu'à la publicité du procès moderne.

Le second tient à l'administration de la justice. Le formalisme permet d'abord de prendre une décision sur un sujet donné. Il signale aux parties le début et la fin de leurs interventions et permet de reporter à un autre temps et pour d'autres circonstances la ventilation d'autres problèmes¹⁰². Il constitue aussi un moyen de simplifier l'administration elle-même, dans la mesure où «[o]n ne peut demander à chaque fonctionnaire de réinventer en présence de chaque problème particulier toutes les mesures qui doivent être prises»¹⁰³. Le formalisme procédural est, par le fait même, un facteur de sécurité qui protège les parties contre les errements de l'administration¹⁰⁴.

Le respect des formes, troisièmement, prévient la partialité du tribunal et offre même une garantie certaine contre l'arbitraire de ce dernier¹⁰⁵. Rappelant le parallèle entre la dilution du formalisme et l'expansion du pouvoir royal, et l'aversion dont témoignent les empereurs byzantins envers la forme, von Jhering écrit : «Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté»¹⁰⁶.

Enfin, la forme, en prescrivant telle ou telle action et en la rendant publique, agit de manière à contraindre à la fois le défendeur (afin qu'il réponde à l'action) et le juge (qui doit rendre une décision). En raison de la formidable puissance de l'État moderne, cette fonction tend à s'éclipser ; néanmoins, il fut une époque où, rappelle Engelmann,

[c]ompliance with the form prescribed by law operated as a means of procedural coercion upon the opposite party. Some such means was [*sic*] indispensable to the procedure of the earliest period, for it knew nothing of a judicial coercion. And this need was fully met by the principle in question. For, when a given act of the party had been vested with the form exacted by the folk-law, *the desire of the party, thus manifested, to attain a certain end, appeared, on every hand, as the ineluctable command of the whole community* [nos italiques]¹⁰⁷.

C'est de la même manière, par cette injonction publique qui lui est faite de rendre justice, que le juge est contraint de parvenir à une décision et que celle-ci est tenue pour légitime et irrévocable. C'est l'existence de formes légales qui confère à la chose jugée la présomption de vérité qui assurera son autorité¹⁰⁸.

¹⁰²Atiyah et Summers, *supra* note 78 à la p. 25.

¹⁰³G. Ardant, «La double origine du formalisme» [1952] *Rev. admin.* 499, reproduit dans G. Ardant, *Technique de l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, 1953, cité dans J.M. Auby, «La procédure administrative non contentieuse» *D.1956.Chron.27* à la p. 27.

¹⁰⁴H. Croze et C. Morel, *Procédure civile*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988 à la p. 16 ; J. Ghestin, dir., *Traité de droit civil : Introduction générale*, t. 1, 3^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1977 à la p. 450.

¹⁰⁵W.J. Habscheid, *Droit judiciaire privé suisse*, 2^e éd., Genève, Georg, Librairie de l'Université, 1981 à la p. 12 ; David, *supra* note 20 à la p. 42.

¹⁰⁶*Supra* note 87 aux pp. 163-64.

¹⁰⁷*Supra* note 10 à la p. 176.

¹⁰⁸Morel, *supra* note 21 à la p. 5. Voir aussi Engelmann, *ibid.* à la p. 386 : «[F]orm was the touchstone of the statements' legal sufficiency [...]».

Ce dernier exemple, comme d'ailleurs la «démocratisation» de l'écriture dont nous avons parlé plus haut, montre qu'il vient un moment où certaines formes perdent leur utilité en raison d'innovations sociales ou de changements de valeurs, parfois même parce qu'en abusant de leur utilité, elles deviennent si complexes que nul ne sait s'y retrouver. Pourtant, point n'est besoin d'un législateur pour remédier systématiquement aux anomalies : la pratique s'en chargera bien elle-même. L'exemple le mieux connu et aussi le plus frappant d'un tel phénomène nous vient du droit anglais et du développement des cours d'*equity*, qui n'étaient d'abord qu'une juridiction d'exception présidée par le Chancelier du Roi, lequel n'était pas tenu de suivre les règles de la *common law* :

Les procédures de la *common law*, qui avaient en leur temps réalisé un progrès important par rapport aux procédures antérieures des Cours locales ou seigneuriales, paraissaient au XV^e siècle excessivement compliquées ; des fictions multiples l'encombraient, destinées à obtenir des résultats acceptables en partant des données du Moyen-Âge ; le choix entre les différentes formes procédurales était parfois des plus délicats et le choix d'un mauvais writ avait pour résultat que le demandeur perdait son procès ; toute erreur commise dans l'accomplissement d'un acte de procédure constituait une cause de nullité ; l'institution du jury, qui avait représenté au XIII^e siècle une institution décisive pour le succès des juridictions royales, était à l'origine de certaines règles formalistes et on la considérait maintenant comme un obstacle à différentes améliorations dans la procédure. *Le Chancelier, statuant sans jury, était libre de ces entraves* [nos italiques]¹⁰⁹.

La suite est riche d'enseignements. Devant la popularité grandissante des cours d'*equity*, la juridiction de celles-ci s'étendit. Puis, le nombre des cas exigeant un traitement toujours plus systématique afin de répondre à la demande, le formalisme s'introduisit doucement. La multiplication des décisions entraînant un effet analogue à l'espérance légitime que nous connaissons en droit administratif, il fallut bientôt suivre les précédents, et l'«équité» qui caractérisait les premières décisions se mua rapidement en «justice». Ultimement, les deux ordres de juridiction, les cours de *common law* et d'*equity*, furent réunis.

Cette évolution évoque un phénomène parallèle du droit moderne, connu sous le nom de «desummarization of summary procedure»¹¹⁰ :

Every time the legislature has tried to eliminate some of the stultifying ceremony of the regular so-called formal proceedings by creating special abbreviated summary proceedings for the most urgent cases, within a period of a few years judicial practice has succeeded in slowing down and formalizing this procedure, the justification of which was its supposed celerity and simplicity¹¹¹.

En conséquence, il est inutile pour le législateur d'imposer des délais et des formes lorsque le juge et l'avocat ne s'entendent pas sur la distribution des tâches proposée par la loi. Comme le remarque Calamandrei, si les juges et les avocats versent dans la confortable habitude des procédures dilatoires, c'est en vain que le code prescrira de nouveaux délais ou établira des procédures sommaires¹¹².

¹⁰⁹David, *supra* note 20 aux pp. 51-52.

¹¹⁰Calamandrei, *supra* note 52 à la p. 82.

¹¹¹*Ibid.*

¹¹²*Ibid.* à la p. 81.

Un examen plus minutieux des pratiques judiciaires montrerait sans doute qu'elles sont d'abord de nature technique¹¹³, c'est-à-dire qu'elles sont destinées à régler des difficultés précises. Les règles de procédure n'apparaissent dès lors que comme la codification d'une norme qui aurait émergé en réponse à un besoin déterminé. Les règles de droit ne sont pas délibérément construites, mais se sont développées parce qu'elles ont survécu¹¹⁴. «Les formes ne sont que la mise en action du droit. Même sous le règne de la force, on les voit s'établir jusqu'à un certain point, *et en quelque sorte d'elles-mêmes, tant leur nécessité se manifeste promptement*» [nos italiques]¹¹⁵.

Ces règles — et plus encore celles qui visent à réaliser un idéal plutôt qu'à régler une difficulté technique — peuvent toujours servir à des fins stratégiques. Comme nous l'avons dit plus haut, le nombre de valeurs d'échange, basées sur les usages possibles, est illimité. Aussi les règles, comme tout autre produit de l'activité humaine, peuvent servir à n'importe quelle fin imaginable ; seul le temps permet d'éliminer les usages qui ne conviennent pas. Par exemple, selon Tullock, la principale fonction de l'objection devant les tribunaux américains est d'interrompre les réflexions du juge et du jury de manière à diminuer l'impact d'un témoignage¹¹⁶ ; cet usage est sûrement contraire à celui qu'aurait conçu le législateur, mais il survit.

Le phénomène qui est décrit n'est cependant pas paradoxal : dans l'exemple ci-dessus, l'utilisation de l'objection n'est jamais systématique, à moins qu'une partie ait des raisons de croire que l'autre partie n'agit pas en toute bonne foi. Les règles formelles de procédure constituent en quelque sorte une position de repli quand la confiance mutuelle s'évanouit¹¹⁷. L'accélération des procédures ne peut dépendre de l'application de règles formelles (à plus forte raison quand elles n'ont aucun sens *pratique*), seulement d'un consensus commun quant à ce que doit être la procédure¹¹⁸. «The course of the judicial process is governed by the judicial practice created through the collaboration of judges and counsel»¹¹⁹. Calamandrei affirme que la véritable raison de la rapidité et de la simplicité de la justice anglaise, c'est la collaboration loyale et l'unité d'esprit des avocats et des juges, ce qui rend généralement superflu l'observation des formalités¹²⁰. Selon lui, c'est la méfiance des avocats et des juges américains entre eux qui exige l'adoption de règles d'éthique procédurale. C'est là prendre le symptôme pour la cause : c'est plutôt l'intervention continue du législateur qui mine le consensus et laisse les parties et le juge dans l'incertitude.

L'adoption de l'article 2 repose sur cette idée qu'il est possible de régler toutes les difficultés de la pratique judiciaire en intervenant législativement et

¹¹³*Ibid.* à la p. 3.

¹¹⁴Varaut, *supra* note 61 à la p. 40.

¹¹⁵Bordeaux, *supra* note 89 à la p. 10.

¹¹⁶*Supra* note 43 à la p. 152.

¹¹⁷J. Waldron, «When Justice Replaces Affection: The Need for Rights» (1988) 11 Harv. J.L. & Public Pol'y 625.

¹¹⁸Calamandrei, *supra* note 52 à la p. 13.

¹¹⁹*Ibid.* à la p. 81.

¹²⁰*Ibid.* à la p. 83.

de façon radicale. Les délais trop longs et les nullités pour vice de forme ayant tendance à léser les droits de certains justiciables, nous considérons qu'il y a là, sans doute, une difficulté réelle. Toutefois, l'analyse de la difficulté porte sur l'histoire du système judiciaire, sur ses antécédents et, par conséquent, elle nous pousse naturellement à la conclusion que c'est le formalisme qui est la cause de ces difficultés, puisque la simplification des procédures avait déjà permis par le passé de régler des *symptômes* semblables (l'émergence des cours d'*equity*, par exemple). Or, écrit Watzlawick,

[s]i l'on renonçait à l'exercice prôné depuis des lustres et pourtant futile, qui consiste à chercher à l'aide d'un anamnèse [*sic*] pourquoi un système humain en est venu à fonctionner comme il le fait, pour se décider à rechercher comment il fonctionne hic et nunc et avec quels résultats, on s'apercevrait que *le véritable problème se trouve dans ce que le système a jusque-là tenté de faire pour régler son problème supposé*, et que l'intervention thérapeutique doit évidemment porter alors sur cette pseudo-solution génératrice de problèmes, et constamment réitérée. La solution constitue le problème¹²¹.

Par analogie, puisque le système juridique est aussi un système humain, nous dirons que l'abandon du formalisme a pour conséquence de faire d'une difficulté un problème, c'est-à-dire une impasse, une situation inextricable. C'est précisément la situation qui se développe au Québec : les juges réclament des ressources plus considérables, les palais de justice et les prisons débordent, les délais déraisonnables entraînent la mise en liberté de criminels endurcis. Or, chacun sait que l'accroissement des ressources consacrées à la justice ne fera que reporter la résolution du problème, qui se sera entre-temps aggravé¹²².

Désormais, la question n'est plus de savoir si l'abandon du formalisme fut une tentative mal dirigée de régler une difficulté réelle ou si ce fut une intervention qui n'aurait jamais dû être mise sur pied. Il faut plutôt se demander comment fonctionne le système judiciaire maintenant et sur la base de quelles prémisses. Au premier siècle de notre ère, Épictète écrivait : «Ce ne sont pas les choses qui troublent les hommes, mais l'opinion qu'ils en ont». Quelle opinion avons-nous donc de la justice, la plus fondamentale des prémisses de notre système juridique ?

B. La fin des réformes : «quand le problème, c'est la solution»

La conception de la justice qui sert présentement de base au fonctionnement du système judiciaire est sans doute plus à même d'expliquer les déraillements de celui-ci que tout retour historique : certes, en raison du fait que la question «pourquoi ?» n'est pas appropriée pour comprendre le fonctionnement actuel d'un système, mais aussi parce qu'aucun système juridique ne peut fonder sa propre stabilité sur sa cohérence interne. Il doit absolument «trouver appui sur un système normatif méta-juridique plus englobant, tel un système éthique ou religieux»¹²³. En d'autres termes, ce sont les conceptions de la jus-

¹²¹*Supra* note 30 à la p. 164.

¹²²En termes économiques, on pourrait dire qu'il y a surconsommation d'un service subventionné.

¹²³Ost et van de Kerchove, *supra* note 60 à la p. 532.

tice, les opinions sur ce que doit être la justice, la justice de la justice, qui contraignent les avenues futures du système juridique (1).

S'il s'avérait par ailleurs que nous soyons en quête d'un idéal de justice dont nous croyons qu'il existe réellement, nous nous placerions dans une situation intenable. Car si la justice est l'œuvre des hommes, on doit pouvoir l'améliorer, on doit pouvoir prétendre à un monde où l'absence d'administration judiciaire constituerait un achèvement suprême. Sous une telle perspective, tout arbitraire, qu'il découle d'un formalisme exagéré ou d'une discrétion trop appuyée, doit être démasqué. Or, la question consiste précisément à se demander si un tel ordre juridique est réalisable. C'est le problème de la contingence de la justice (2).

1. Les conceptions de la justice

Les conceptions de la justice semblent étroitement liées à des considérations épistémologiques. Autrement dit, c'est notre vision de ce que signifie «connaître», c'est notre réponse à la question «comment savons-nous ce que nous croyons savoir?» qui dicte la réponse quant au rôle de la justice. Ainsi, la vérité peut être construite ou découverte, relative ou absolue. Nous avons montré que la recherche de la vérité joue un rôle important dans le procès civil. Si elle n'est que relative, «l'erreur du juge lèse un particulier sans porter atteinte à l'intérêt général»¹²⁴. Si elle est absolue, alors l'intérêt public est froissé. Dans cette perspective, la justice est ou bien «un arbitrage, ou bien une police»¹²⁵, elle est — suivant la distinction établie par Aristote — soit commutative (a), soit distributive (b).

a. La justice commutative

Selon Girard, nous bénéficions depuis si longtemps d'un système judiciaire que nous n'avons plus conscience de ses effets¹²⁶. Le système judiciaire, nous l'avons souligné, se situe dans la droite ligne du sacrifice et du duel comme moyen de prévenir la vengeance¹²⁷. Or, tous ces moyens de maîtriser une violence qui tend à devenir incontrôlable ne condamnent celle-ci qu'afin d'échapper au cercle vicieux. Bordeaux ne dit pas autre chose lorsqu'il écrit :

Il est impossible que les hommes vivent en société sans que leurs intérêts ou leurs passions ne fassent naître des différends, et l'état social ne saurait subsister s'il était permis à chacun de se rendre justice, car le plus souvent cette manière de réclamer ce qui est à soi dégénérerait en vengeance. Ce serait oublier la faiblesse humaine que d'espérer que l'homme assez fort pour faire respecter son droit, aurait assez de modération et de bonne foi pour exiger seulement ce qui lui serait dû¹²⁸.

Ce n'est pas la vengeance qui est au cœur de l'opprobre judiciaire, mais le

¹²⁴R. Désiry, «Le rôle du juge dans le déroulement de l'instance civile» D.1956.Chron.145 à la p. 145.

¹²⁵*Ibid.*

¹²⁶*Supra* note 62 à la p. 31.

¹²⁷Atiyah et Summers, *supra* note 78 à la p. 33.

¹²⁸*Supra* note 89 à la p. 8.

cercle de la violence qu'elle amorce et perpétue. La décision judiciaire est, elle aussi, vengeance, mais vengeance unique et définitive.

C'est le même principe qui est à l'œuvre dans les deux cas, celui de la réciprocité violente, de la rétribution. Ou bien ce principe est juste et la justice est déjà présente dans la vengeance, ou bien il n'y a de justice nulle part. De celui qui se fait vengeance lui-même la langue anglaise affirme : *He takes the law into his own hands*, «il prend la loi dans ses propres mains». Il n'y a pas de différence de principe entre vengeance privée et vengeance publique, mais il y a une différence énorme sur le plan social : la vengeance n'est plus vengée ; le processus est fini ; le danger d'escalade est écarté¹²⁹.

Qu'il s'agisse de la stabilité de la possession, du transfert de la propriété par consentement ou du respect des contrats, les trois règles de la justice décrites par Hume — pour qui la justice précède l'État — ne peuvent être mises en œuvre que par un principe de rétribution¹³⁰. Ces trois principes ne seront respectés que dans la mesure où leur violation est immédiatement suivie d'un rétablissement des conditions qu'ils avaient établies. Si un litige résulte de ce qu'il y a effectivement eu violation, c'est alors le rôle du juge de replacer les parties en l'état (comme le prescrit notre droit) ; dans ce cas, il est probable que le tribunal soit en quête d'une certaine exactitude de la décision (ce que nous avons appelé quête de la vérité).

Dans un tel cas, la justice et la vérité vont de pair : le tribunal manifestement et pleinement informé ne pourra rendre sa décision qu'en s'appuyant sur le droit applicable¹³¹. Il n'y a lieu de tenir compte d'aucune considération quant à la situation particulière des parties. Du moment que la procédure est authentique et correctement suivie et que chaque partie a eu l'occasion d'être entendue, le résultat du processus n'est pas discutable du point de vue de la justice. Et si le tribunal a véritablement rétabli les parties en l'état — s'il n'y a pas eu d'erreur, donc —, la «vérité» de la décision est elle aussi indiscutable.

Et si le tribunal ne doit pas être amené à peser des motifs substantifs pouvant modifier la décision formelle, il ne doit pas non plus «être amené à intervenir dans le seul but de pallier les conséquences de la carence de l'une des parties ou de son conseil»¹³². Les «tactiques de pêche»¹³³, qui consistent à former une demande en s'abstenant de préciser la règle de droit applicable, doivent être formellement condamnées, pour cette unique raison que c'est précisément la

¹²⁹Girard, *supra* note 62 à la p. 30. Des auteurs comme Habscheid et Boy ont bien vu le désordre juridique qui résulte de la justice privée, mais ils ont aussi conclu que la justice privée était en elle-même négation de la justice, ce qui n'est pas le cas. Habscheid, *supra* note 9 à la p. 29 : «Admettre une telle justice privée, funeste aux faibles, ne serait pas seulement consacrer souvent une négation de la justice mais aussi porter préjudice à la sécurité juridique : à tout le moins, cette justice privée signifierait sans doute le désordre juridique» ; L. Boy, «Réflexions sur l'action en justice» (1979) 78 Rev. trim. dr. civ. 497 à la p. 499 : «La justice privée est, en réalité, une négation de la justice».

¹³⁰Nemo, *supra* note 17 à la p. 400.

¹³¹L. Ducharme, «La vérité et la législation sur la procédure civile en droit québécois» (1987) 18 R.G.D. 901 aux pp. 902-903.

¹³²B. Boccara, «La procédure dans le désordre : Le désert du contradictoire» J.C.P. 1981.I.3004 au n° 54.

¹³³*Ibid.*

liberté des parties dans le choix des matériaux du litige qui garantit la «justice» du résultat. Du moment que le juge intervient afin de préciser de lui-même la règle de droit applicable, la porte est ouverte à toutes les réclamations quant aux faits que le juge a omis de considérer, ce qui revient à exiger la considération de motifs substantifs. Il faut insister sur la responsabilité des parties quant aux erreurs qu'elles commettent :

Si on laisse voir aux hommes que le crime peut se pardonner et que le châtement n'en est pas toujours la suite nécessaire, on nourrit en eux l'espérance de l'impunité : on leur fait regarder les peines non comme des actes de justice mais comme des actes de violence¹³⁴.

La justice commutative repose donc toute entière sur un équilibre qui doit être rétabli. S'il n'y a pas de violation, il faut considérer que les trois principes énoncés plus haut définissent une justice purement procédurale : si le principe est respecté, le résultat sera toujours juste¹³⁵. Les règles que le juge applique ne découlent pas d'une prescription autoritaire et dirigée vers un seul individu, mais désignent certaines actions que *personne* ne peut commettre¹³⁶. À la rigueur, on pourrait même considérer que le raisonnement par lequel le juge parvient à une décision, à défaut d'être universalisable, est une «ongoing practice in which completely uncontroversial results are reached by what we 'naturally' think of as rational procedures under the circumstances»¹³⁷.

Cette perspective souligne que si l'exactitude du résultat ne doit pas être négligée, les parties ne tiennent pas moins compte de la façon dont la justice est administrée. Certes, la qualité de la décision a son importance pour les parties, mais qu'on y soit parvenu d'une manière qui ne respecte pas les exigences de cette «ongoing practice»¹³⁸ fera peser des doutes quant à son exactitude.

Cette exigence de conformité à la «rationalité» admise d'une époque est d'autant plus importante dans les situations où le litige résulte d'un conflit *quant à la détermination de la position originelle des parties*. Car les trois principes de justice que nous avons mentionnés ne valent que s'il existe une situation juridique préalablement définie. Lorsque le litige porte sur la définition de cette position originelle — qui était le possesseur ? y a-t-il eu consentement ? y a-t-il eu contrat ? —, la «vérité» de la décision est beaucoup plus difficile à cerner, et cela accroît d'autant l'importance de respecter une procédure qui permette à chaque partie de faire valoir son point de vue. Plus la procédure suivie satisfait les parties, plus l'autorité du tribunal sera grande et plus grandes seront les

¹³⁴C. Beccaria, *Les délits et les peines*, 2^e éd., Paris, Guillaumin, 1870, cité dans Varaut, *supra* note 61 à la p. 212.

¹³⁵J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1971 à la p. 86.

¹³⁶F.A. Hayek, *Droit, législation et liberté : Règles et ordres*, t. 1, Paris, Presses Universitaires de France, 1979 aux pp. 117-18. Voir également M. Oakshott, *On History — and Other Essays*, Oxford, Basil Blackwell, 1983 à la p. 141 : «Its [the law's] business with these [successful provisions of substantive benefits], or any other sought-for satisfactions, is to prescribe obligatory conditions to be observed in seeking them. In short, the propriety which identifies the *jus* of *lex* must be composed of moral, non-instrumental considerations».

¹³⁷M.J. Radin, «Reconsidering the Rule of Law» (1989) 69 Boston U.L. Rev. 781 à la p. 803.

¹³⁸*Ibid.*

chances que celles-là accueillent favorablement la décision¹³⁹. Ce mécanisme n'appelle cependant plus une *rétribution*, puisqu'il faut d'abord *distribuer*¹⁴⁰.

b. *La justice distributive*

On entend le plus souvent «justice distributive» au sens de «justice sociale». Cette dernière expression connote généralement deux idées : d'une part, celle que la justice doit être équitable ; d'autre part, celle qu'il existe un idéal de justice sociale à réaliser. De ces deux idées, on ne saurait dire laquelle est la plus dommageable. La première a comme conséquence de vouloir appliquer la justice distributive, entendue dans le sens d'une distribution *initiale* de droits, à la solution de tous les litiges, même là où d'ordinaire la justice commutative devrait suffire. La seconde conduit à vouloir que l'ordre social idéal puisse se définir, soit en regard d'un résultat déterminé (*end-result* : par exemple, tout le monde doit avoir les mêmes revenus), soit en regard d'une structure particulière (*patterned* : par exemple, à chacun selon ses besoins, selon son mérite, etc.)¹⁴¹. C'est précisément une telle vision que met en œuvre l'article 2 : la procédure, qui s'applique à tous les litiges, quelle que soit leur nature, ne doit pas entraîner un résultat contraire au droit substantif, c'est-à-dire à l'*ordre juridique idéal promulgué par le législateur*.

Cette identité entre justice distributive et justice sociale parcourt toute la doctrine juridique contemporaine. On affirme que la procédure ne doit pas être une fin en elle-même¹⁴² ; que le formalisme établit une inégalité entre les citoyens¹⁴³ ; que le procès ne doit pas être abandonné à l'égoïsme des parties¹⁴⁴ ; que les litiges civils importants ne devraient pas pouvoir aller en arbitrage et échapper ainsi à leur juge «naturel»¹⁴⁵. Toutes ces conceptions évacuent l'idée

¹³⁹Tyler, *supra* note 45 à la p. 5.

¹⁴⁰G. Del Vecchio, *La Justice. La Vérité*, Paris, Dalloz, 1955 à la p. 55, cité dans R. Sève, «John Rawls et la philosophie politique» dans C. Audard *et al.*, dir., *Individu et justice sociale autour de John Rawls*, Paris, Seuil, 1988, 23 à la p. 24 : «Le fonctionnement de la [justice commutative] suppose en effet que soient reconnues aux individus les capacités nécessaires pour y participer, i.e. 'la qualité de *subjectum juris* avec le pouvoir de s'obliger qui en découle'».

¹⁴¹R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974 à la p. 153 et s.

¹⁴²Bezanson, *supra* note 77 à la p. 973 : «Too often the procedures we have employed in the name of evenhandedness have become the end of processes rather than the means of accomplishing our goals» [nos italiques].

¹⁴³Cuq, *supra* note 82 :

Le formalisme a des inconvénients qui l'ont fait presque entièrement exclure de nos usages modernes. On a été surtout frappé de l'*inégalité qu'il établit entre les citoyens* : celui qui ne connaît pas la formule précise qu'il doit employer se voit privé de la protection de la loi ; l'homme le plus honnête peut être victime de son ignorance [nos italiques].

¹⁴⁴Boccarda, *supra* note 132 au n° 8 : «Certes le procès civil ne doit plus être abandonné aux initiatives égoïstes ou arbitraires des parties et doit-on se préoccuper du fonctionnement normal de l'institution [...]» [nos italiques].

¹⁴⁵Désiry, *supra* note 124 à la p. 152 :

Qui oserait raisonnablement nier aujourd'hui qu'un procès civil mettant en jeu des intérêts considérables et des sommes qui sont parfois énormes, a, au point de vue de la société, une toute autre importance que la répression d'une infraction à la police des chemins de fer ? Pourquoi dès lors la loi refuserait-elle au juge civil du droit commun

de *rétribution* au profit de celle de *redistribution*. Elles traduisent en quelque sorte «une *révolte contre la justice impartiale*, qui ne considère que la conformité des actions individuelles à des règles qui ne visent point d'objectif, une justice qui *ne tient pas compte des effets* de l'application des règles sur la situation des intéressés» [nos italiques]¹⁴⁶.

Du point de vue de la justice sociale, justice commutative et justice distributive sont incompatibles, puisque la rétribution exacte n'est généralement pas équitable. Or, du point de vue de la justice commutative, la justice consiste précisément à faire accepter l'exactitude de la rétribution en utilisant les matériaux apportés par les parties pour redéfinir une nouvelle solution. Le juge doit se demander, non pas «comment puis-je être équitable?», mais bien «comment puis-je faire accepter ma solution par les parties?» (d'où l'utilité évidente de la rhétorique). La justice de la solution ne concerne alors que les parties au litige : que quelque autre membre de la communauté soit en désaccord ne doit rien changer à cette décision.

On entend également parfois que la justice est lente et que c'est la raison pour laquelle elle est boudée par les citoyens. Faire de la procédure québécoise l'instrument d'une justice plus expéditive en diluant le formalisme est d'ailleurs l'un des buts de l'article 2. Or, écrit Varaut,

lorsqu'on suspend les formes de la procédure, c'est également la justice qui est *exceptée*. Les mots de *justice expéditive* sont dans l'opinion justement synonymes de justice injuste ; ils hurlent d'être ensemble, comme ceux de *justice politique* ; ils sont aussi antinomiques que ceux de *droit d'exception* ; ils se nient réciproquement¹⁴⁷.

En dernière analyse, la conséquence à laquelle peut conduire l'article 2, c'est l'abolition pure et simple de la procédure. Si l'article 2 pose implicitement l'existence d'un critère externe «to evaluate such procedures instrumentally by their likelihood of producing just results»¹⁴⁸, il faut ultimement que l'État intervienne chaque fois qu'un déséquilibre se produit par rapport à l'ordre juridique idéal, sans tenir aucun compte des préférences exprimées par les individus. Voilà qui commence à être totalement étranger à notre tradition politique. En voulant éliminer tout arbitraire, l'article 2 pourrait nous conduire à l'arbitraire ultime. Le moyen d'éviter cette perspective peu enthousiasmante consiste à admettre le caractère contingent de la justice.

2. De la contingence de la justice

«La justice. L'homme la rêve écrite avec une majuscule quand elle se pratique avec une minuscule»¹⁴⁹. On pourrait dire à l'inverse que la grandeur de la

les moyens d'investigation qu'elle accorde largement au juge de la répression ? Et convient-il que les litiges civils importants finissent par échapper à leur juge naturel parce que les parties en cause préféreront un arbitrage [...] [nos italiques].

¹⁴⁶Hayek, *supra* note 136 à la p. 145.

¹⁴⁷*Supra* note 61 à la p. 127.

¹⁴⁸M.D. Bayles, *Procedural Justice : Allocating to Individuals*, Dordrecht, Kluwer, 1990 à la p. 5.

¹⁴⁹Perreault, *supra* note 66.

justice se mesure à la modestie de ses ambitions. Pour cela, il faut d'abord montrer pourquoi on doit abandonner l'idée d'une justice «équitable»; autrement dit, l'arbitraire peut nous servir : il faut pouvoir le justifier (a). Il faut ensuite montrer la nécessité d'abandonner l'idée qu'il est possible de réaliser un ordre juridique idéal et les conséquences d'une telle conception de la justice : il faut donc s'affranchir d'une utopie (b).

a. *La justification de l'arbitraire*

L'entreprise de la modernité, c'est la démystification. La justice n'y a pas échappé. La recherche de la vérité, propre à la justice commutative, a toujours été difficile. Les Anciens estimaient que seuls les dieux pouvaient l'accomplir véritablement¹⁵⁰. Or, du moment que les juges ne sont plus, à nos yeux modernes, des dieux («qui du haut de leur Olympe [...]»), la décision qui émanait d'une autorité inaccessible devient soudainement le tranchant d'une main bien humaine. Dès lors, comment justifier qu'un homme puisse contraindre unilatéralement le cours de la vie d'un autre homme ? N'est-ce pas précisément ce que vise à éviter la *rule of law* et toute notre tradition démocratique ? «Comment des institutions, des médiations, des lois», écrit Dupuy, «peuvent-elles avoir le minimum de stabilité dans une société autonome, alors que leur contingence irréductible est visible aux yeux de tous ? Peut-on donner sens à ce que l'on sait être, au moins partiellement, arbitraire ?»¹⁵¹

Si le droit est l'apanage de certains, ou plus exactement si l'on croit qu'il en est ainsi — et c'est la tendance de notre doctrine de reconnaître le pouvoir créateur du juge¹⁵² —, comment pourrait-il continuer à s'imposer à l'égard de tous sans que l'on doive recourir au positivisme pur ou au strict conventionnalisme ? Comment les hommes pourraient-ils croire encore en un au-delà de la société humaine qui lui donnerait sens parce que personne justement ne pourrait s'en dire le maître ?

Il faut pouvoir renvoyer à un ordre juridique inaccessible à tous, y compris au pouvoir ; inaccessible au sens où personne ne peut s'en dire le maître¹⁵³. La stabilité de l'ordre juridique pourrait s'expliquer de la même manière que la stabilité des prix : ceux-ci sont produits par la collaboration des hommes, sans qu'aucun homme ait jamais «construit» le marché¹⁵⁴.

Si l'on admet que le marché puisse servir d'analogie dans l'élaboration d'une théorie de la justice, trois conséquences s'ensuivent : l'arbitraire des règles de droit dégagées par les tribunaux est similaire à l'arbitraire des prix ; on ne peut interpréter cet arbitraire comme étant l'expression d'une domination bien humaine que dans un très petit nombre de cas (monopole) ; c'est l'injustice elle-même qui stimule le processus d'adaptation du système juridique à des conditions sociales variables.

¹⁵⁰Désiry, *supra* note 124 à la p. 145.

¹⁵¹*Supra* note 88 aux pp. 123-24.

¹⁵²Voir notamment P.-A. Côté, «L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes» (1990) 50 R. du B. 329.

¹⁵³Dupuy, *supra* note 88 aux pp. 171-72.

¹⁵⁴*Ibid.* aux pp. 169-70.

Nous avons déjà mentionné qu'il est possible d'assimiler le tribunal à un consommateur qui doit choisir entre les offres de deux vendeurs également déterminés. Si l'analogie tient, on peut affirmer que la discrétion du juge est considérablement restreinte par les offres simultanées qui sont faites à d'autres juges dans des causes similaires. La marge de manœuvre du juge est limitée par son pouvoir de convaincre les parties d'accepter une contre-offre qui n'observe pas les conditions du «marché juridique» ; si le juge outrepassé cette marge de manœuvre, il sera cassé en appel ou bien sa décision ne sera pas suivie.

Bien sûr, si le juge dispose d'un monopole, comme c'est le cas en Cour des petites créances, il peut étendre considérablement sa marge de manœuvre. La difficulté, c'est que même en l'absence d'un tel monopole, alors que la jurisprudence sur une matière donnée ne sera jamais l'expression d'une volonté unique, nous aurons tendance à voir dans cette séquence de décisions l'expression d'un projet, d'une intention, d'un modèle, bon ou mauvais. Or, c'est nous qui découvrons un modèle, parmi d'autres modèles possibles :

L'essence du hasard [...] a été prise pour l'absence de modèle. Mais ce qu'on n'a pas envisagé jusqu'ici, c'est que l'absence d'un modèle exige logiquement la présence d'un autre. Dire qu'une suite n'a pas de modèle est une contradiction mathématique ; on peut tout au plus dire qu'elle n'a aucun modèle susceptible d'être recherché. Le concept de hasard ne fait sens qu'en rapport à l'observateur : si deux observateurs ont l'habitude de rechercher chacun différentes sortes de modèle, ils ne manqueront pas d'être en désaccord sur les suites qu'ils attribuent au hasard¹⁵⁵.

Par conséquent, si on admet que la jurisprudence n'est jamais qu'une collection arbitraire de décisions et qu'il nous revient d'en tirer une ligne directrice, chaque modèle ainsi découvert entre en concurrence avec d'autres et le consensus ne peut s'établir que sur une intention qui n'est et n'a jamais été le projet contraignant de quiconque.

Enfin, ce sont les décisions judiciaires dérogeant à cette ligne directrice qui sont les moteurs du changement, même si elles peuvent paraître injustes précisément parce qu'elles s'écartent de celle-ci. Ce qui importe, c'est qu'il existe un mécanisme qui permette de décider si ces «injustices» seront conservées (auquel cas l'injustice ne l'est plus puisqu'elle vaut pour tous), ou éliminées (auquel cas l'injustice est réparée). L'appel a généralement cette fonction ; l'inconvénient, c'est qu'on doit encore juger en fonction du droit, même s'il pourrait ne pas s'agir d'une erreur (au sens d'exactitude de la décision). On peut se trouver dans un cas de «position originelle», où la décision risque d'être la première d'une nouvelle séquence de jurisprudence : il faudrait dès lors appliquer un mécanisme de justice distributive (c'est-à-dire que la décision puisse considérer des motifs substantifs pour effectuer une distribution initiale des droits). Un exemple historique d'un tel mécanisme nous est offert par le droit anglais :

C'est précisément à une idée du Moyen-Âge que se rattache la naissance de l'equity anglaise. Le roi, à l'origine, n'a pas pour prérogative de rendre la justice dans son royaume ; il n'est pas juge de droit commun [...].

Le roi, cependant, s'il n'est pas le juge ordinaire des litiges, peut toujours être saisi comme juge extraordinaire. Il constitue une réserve de justice, à laquelle les

¹⁵⁵G. Spencer Brown, *Probability and Scientific Inference*, New York, Longmans, Green, 1957 à la p. 105, cité et trad. par P. Watzlawick, *La réalité de la réalité*, Paris, Seuil, 1978 à la p. 64.

particuliers peuvent s'adresser lorsqu'ailleurs ils ne peuvent pas obtenir justice, soit que leur adversaire soit trop puissant et qu'il menace ou corrompe les juges, soit que ceux-ci aient commis une erreur manifeste, soit encore que le jeu des principes d'un droit encore barbare aboutisse pour quelque autre cause à une décision, ou à une absence de décision, *qui constituent aux yeux des contemporains un déni de justice ou une violation grave de la justice*. Dans tous ces cas, qui sont loin d'être précis, le roi peut être saisi, soit avant soit après qu'une décision ait été rendue, et l'on peut faire appel à sa prérogative de faire œuvre de justice et de grâce (to do justice in mercy), c'est-à-dire en somme à sa *prérogative de résoudre les litiges, dans des cas exceptionnels, sans être strictement obligé par les règles de droit* [nos italiques]¹⁵⁶.

Ce sont des exemples comme celui-ci qui permettent de dire que c'est l'injustice qui est moteur de changement et que l'ordre se crée à partir du désordre. Sans un certain désordre, le système juridique ne peut s'auto-réguler¹⁵⁷. Les lacunes et les ambiguïtés qui affectent le droit ne sont pas des déficiences mais une information précieuse sur les difficultés qu'il faut résoudre : ce sont des symptômes, pas une maladie. Admettre la nécessité du désordre et s'en servir est le premier seuil à franchir pour s'affranchir de l'utopie d'un ordre juridique idéal.

b. *L'affranchissement de l'utopie d'un ordre juridique idéal*

L'abandon du formalisme et les principes qui sous-tendent l'article 2 ont entraîné un assouplissement considérable des règles de procédure. Or, pareil assouplissement des règles juridiques qui gouvernent le changement — puisque c'est par les injonctions de la procédure que nous parvenons à des décisions nouvelles — introduit «au sein de l'ordre juridique une temporalité aléatoire qui le prive de ses qualités homéostatiques et empêche toute forme d'intériorisation raisonnable des normes de la part des citoyens»¹⁵⁸. Autrement dit, l'extrême sensibilité de notre système juridique au moindre changement social fait qu'il tente de s'adapter continuellement et introduit par là une agitation telle qu'il est impossible de savoir où on en est. On pourrait établir une analogie avec un thermostat si sensible qu'il détecte les variations les plus infimes de température dans une pièce et met continuellement en marche le système de chauffage pour l'arrêter aussitôt. La différence, c'est que le système juridique est un système ouvert et que par conséquent, il est susceptible de s'emballer. En voulant chaque fois rendre le droit plus efficace et mieux adapté, nous compromettons son effectivité. C'est l'idée qu'exprime Ost quand il écrit :

On peut d'abord évoquer l'impossibilité pour un ordre juridique d'atteindre, au-delà d'un certain degré, les propriétés formelles de décidabilité, d'indépendance, de cohérence et de complétude, à peine d'entraîner des dysfonctionnements graves, de nature à mettre tôt ou tard son existence même en péril. [...] La complétude d'un ordre juridique, enfin, ne peut être spontanément réalisée qu'en excluant la possibilité de résoudre toute question juridique imprévisible ou même simplement imprévue¹⁵⁹.

¹⁵⁶David, *supra* note 20 aux pp. 176-77.

¹⁵⁷F. Ost et M. van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988 aux pp. 237-38.

¹⁵⁸*Ibid.* à la p. 239.

¹⁵⁹*Ibid.*

Ardrey souligne avec beaucoup d'à-propos qu'en « nous efforçant d'atteindre l'inaccessible, nous rendons impossible ce qui serait réalisable » [nous traduisons]¹⁶⁰. Manifestement très peu de systèmes de droit à travers le monde répondent réellement aux idéaux exposés par les théories juridiques ou politiques. Lorsque le détenteur du pouvoir politique accepte ces théories sur ce que l'ordre juridique devrait être « en réalité », il va certainement découvrir des problèmes au sein du système juridique de l'État et chercher une solution jusqu'à ce que les problèmes deviennent si urgents qu'il soit battu aux élections ou qu'il doive faire face à la révolution. Le problème concret ne réside pas dans le système juridique lui-même, mais dans la tentative « de résoudre un problème qui, d'abord, n'en est pas un, et qui, même s'il en était un, n'admettrait pas de solution au niveau où [il le prend] »¹⁶¹.

La solution qu'apporte l'article 2 est d'abandonner le formalisme, cependant qu'il aurait fallu d'abord s'interroger sur le rôle de l'étatisation, de l'inflation législative et des chartes dans l'emballement du système judiciaire. Si elle ne veut pas être la cause du mal qu'elle entend soigner, toute réforme « doit se limiter à soulager la souffrance ; elle ne peut prendre pour objet la quête du bonheur »¹⁶².

La justice impartiale fait partie des règles du jeu et c'est une condition nécessaire de la vie d'une société libre et démocratique. On peut penser que cette règle tende à dénaturer la vie communautaire et qu'on doive la changer. Mais, comme le souligne Oakeshott, il n'existe aucune considération interne à l'ordre juridique en vertu de laquelle on pourrait dire que la justice impartiale est « inéquitable ». On doit jouer le jeu du droit d'une manière consciencieuse, en respectant ses règles authentiques¹⁶³.

La justice impartiale n'est pas une utopie : il faut seulement apprendre à vivre avec elle. Si nous n'adoptons pas la prémisse utopique voulant que la justice puisse réaliser un ordre social idéal et parfait, la réalité de notre situation est parfaitement supportable. « En somme, ce n'est pas la manière dont les choses *sont* réellement qui constitue le problème et qui doit être changée, mais la prémisse selon laquelle les choses devraient être d'une certaine façon »¹⁶⁴.

À partir du moment où l'on réalise que notre vision du monde est inadéquate, il est très difficile de se faire prendre à nouveau au piège¹⁶⁵. Les philosophes de la modernité nous ont montré la contingence de nos institutions et de nos cadres de pensée : il faut accepter ce résultat et arrêter de rechercher une solution qui n'existe pas. Notre problème avec la justice, c'est de vouloir qu'elle ne soit pas injuste, cependant que chaque solution que nous apportons ne fait qu'aggraver l'injustice. La réalité, c'est que l'injustice de la justice est inévitable et qu'il faut chaque fois trouver de nouveaux moyens d'en tempérer la rigueur.

¹⁶⁰R. Ardrey, *The Social Contract: A Personal Inquiry into the Evolutionary Sources of Order and Disorder*, New York, Atheneum, 1970 à la p. 3.

¹⁶¹Watzlawick, Weakland et Fisch, *supra* note 59 à la p. 77.

¹⁶²*Ibid.*

¹⁶³*Supra* note 136 à la p. 127.

¹⁶⁴Watzlawick, Weakland et Fisch, *supra* note 59 aux pp. 80-81.

¹⁶⁵*Ibid.* à la p. 120.

Conclusion

La pragmatique de l'article 2 tel qu'entendu dans le sens radical qu'on pouvait lui donner au moment de son adoption en 1965, indique que sa valeur de survie à long terme est presque nulle. Le formalisme est une cause mineure, voire négligeable, des lenteurs de la justice ; il faudrait s'interroger de façon beaucoup plus sérieuse sur le rôle de l'inflation législative et des chartes, et même remettre en cause la nécessité de ces dernières. En diluant sans cesse le formalisme de la procédure, nous traitons le symptôme plutôt que la maladie. À long terme, cette solution ne peut qu'aggraver le malaise de la justice.

Or, si nous réitérons sans cesse le même discours sur les rigidités et la solennité du processus judiciaire, c'est que nous refusons d'admettre l'incapacité de l'État de régler tous nos problèmes. Chaque difficulté sociale est traitée par une intervention législative, cependant que le temps et la liberté laissée aux individus régleraient bien des choses. Nous croyons encore en la possibilité de construire un ordre juridique parfait auquel aucun phénomène n'échapperait : cette utopie est périlleuse. Elle nous aveugle. Chaque fois, nous croyons avoir trouvé la solution définitive, totale. Dès lors, nous n'avons aucun autre choix que de tenter de la mettre en pratique : nous nous renierions en n'essayant pas.

Certes, il y a des difficultés bien réelles dans l'administration de la justice : c'est sans aucun doute un objectif légitime de vouloir éviter que des droits soient perdus en raison de l'application de la procédure. Or, nous attaquons cette difficulté avec ferveur, mais d'une manière tout à fait contraire au but recherché : à long terme, l'article 2 risque de créer plus de problèmes qu'il n'en règle. Résumons ici les conclusions auxquelles nous sommes parvenu :

- 1° Les règles de procédure existent dans un lien nécessaire avec les règles de fond et priment ces dernières ;
- 2° L'abandon du formalisme est un moyen inefficace de traiter les lenteurs et les rigueurs de la justice ;
- 3° La tentative de construire législativement un ordre juridique idéal est une utopie périlleuse qui crée des problèmes insolubles là où il n'y avait que des difficultés praticables.

Pour échapper à ces apories, nous devons repenser l'article 2 comme exprimant l'incomplétude du *Code de procédure civile* : que les règles de procédure ne puissent traiter tous les cas exige qu'il faille parfois s'en remettre à un principe d'exception. L'article 2 serait, en ce sens, analogue à l'obligation faite au juge de se prononcer : il vise à faire corriger, à la marge, les inévitables lacunes de tout système de droit. Il faut insister sur l'importance de ne recourir à ce principe qu'en des cas exceptionnels ; son application systématique ne pourrait mener qu'à des résultats contraires à ceux escomptés. L'article 2, interprété de cette façon, donne aux tribunaux la liberté qu'ils hésitent — de moins en moins — à se donner : il donne au juge la chance de risquer parfois une innovation. En définitive, l'article 2 doit être la porte de sortie qui permet de régulariser l'évolution de la procédure, de manière à éviter des changements trop radicaux et déstabilisateurs.

Cette interprétation de l'article 2 comme principe régulateur et source d'innovation de la procédure nous entraîne toutefois sur des chemins obscurs. Car nous connaissons un moyen d'innover et de régulariser encore bien plus puissant que l'article 2 : la concurrence. Interpréter l'article 2 de cette façon conduit à se demander s'il ne pourrait s'agir de la première entaille au monopole étatique sur l'administration de la justice. Le développement historique des cours d'*equity* en Angleterre laisse penser que les justiciables seraient encore mieux servis s'ils avaient devant eux, sinon une pluralité d'options, au moins une alternative. C'est une perspective saisissante, certes, mais pas du tout utopique. L'impossible est peut-être le détour qui permet d'atteindre l'accessible.
