Justice néolibérale : quand la logique du marché intègre les institutions judiciaires

Richard-Alexandre Laniel et Max Silverman[1]

« Qu'est-ce que le néolibéralisme ? Un programme de destruction des structures collectives capables de faire obstacle à la logique du marché pur. »[2] Cette assertion du célèbre sociologue Pierre Bourdieu illustre avec puissance les effets draconiens que peut provoquer le néolibéralisme sur la société et ses structures. Ce dernier doit donc être compris comme une idéologie, un « discours fort », dont la mobilisation et la domination ont une influence sur la structure, la forme et la fonction des institutions sociales[3]. Il s'agit alors d'une « représentation du monde social actuel dans son ensemble » qui est d'une profonde cohérence[4].

En ce sens, bien que l'on puisse penser que le droit, en raison de sa prétention à l'exceptionnalité et à l'indépendance face au politique, soit immunisé contre cette vision du monde, certaines tendances et certains phénomènes contemporains témoignent de l'intrusion de cette idéologie en son sein. Il y a alors matière à documenter et à analyser ses effets sur l'institution juridique et le système judiciaire. Dans cet article, nous commencerons par la présentation générale de l'idéologie néolibérale. Ensuite, nous approfondirons ses effets sur les institutions juridiques**.** Pour terminer, nous expliciterons certaines hypothèses en ce qui a trait au rôle du néolibéralisme dans l'apparition des modes alternatifs de résolution de conflits (MARC) à l'intérieur des systèmes judiciaires occidentaux.

Le néolibéralisme : vers la glorification de l'individu dans le marché

La pierre angulaire de l'idéologie du néolibéralisme repose sur une conception tout à fait singulière de « l'individualité ». Pour le néolibéralisme, l'individu est le point de départ, « une sorte d'atome de l'organisation sociale […] à partir duquel s'édifie toute cette organisation »[5]. Il est doté d'une liberté entière qui lui permet de s'élever au-dessus de toutes structures sociales et d'exprimer

---

1 Richard-Alexandre Laniel est candidat à la maîtrise en droit social à l'UQAM et Max Silverman est avocat en pratique privée et militant pour la justice sociale. Il est aussi chargé de cours à l'Université Concordia.

2 Pierre Bourdieu, « L'essence du néolibéralisme », *Le Monde diplomatique*, mars 1998, <www.monde-diplomatique.fr/1998/03/BOURDIEU/3609>.

3 Alain Bihr, « L'idéologie néolibérale », *Semen. Revue de sémio-linguistique des textes et discours,* nº 30, 2011, p. 43-56.

4 *Ibid*.

5 *Ibid*.

sa volonté par la conclusion de contrats privés. Le marché constitue l'espace d'interactions sociales et de production économique de prédilection. La société en soi prend la forme d'un immense marché; les individus sont alors compris comme des entrepreneurs dont les principales fonctions consistent à maximiser leurs intérêts personnels et à valoriser leur capital financier[6]. Pour optimiser leur fonctionnement, les acteurs sociaux ne doivent être en aucun cas l'objet de perturbations ou d'interférences. On revendique le repli de l'intervention étatique et politique hors de la vie sociale au profit d'une extension de la logique du marché à tous les secteurs de la vie humaine, à commencer par « le domaine économique et social », afin de restaurer « des valeurs de liberté, d'initiative et de responsabilité individuelle réclamées par les tenants d'une primauté nécessaire au marché »[7]. Il y a une cassure entre le passage de la raison d'État, associée à la représentation moderne et traditionnelle de l'État surplombant et encadrant la société, vers la « raison du moindre État »[8].

Justice néolibérale : efficacité, individualisme et liberté contractuelle

Par rapport à la mutation néolibérale de la justice, un pan important de notre réflexion a pour fondement la pensée d'Antoine Garapon qui a développé un cadre théorique fort utile pour comprendre les mutations du pouvoir judiciaire sous l'influence du néolibéralisme[9]. Le système judiciaire est classiquement représenté comme une institution transcendante et exceptionnelle, au-dessus des préoccupations quotidiennes, matérielles et ordinaires de l'administration publique[10]. Or, avec l'arrivée d'un « nouveau modèle de justice néolibérale »[11], cette position unique du système judiciaire est remise en question. Des facteurs extérieurs à la rationalité juridique classique encadrent dorénavant l'acte de juger et la charpente de l'administration judiciaire.

La littérature scientifique est assez unanime : l'efficacité est désormais une valeur essentielle dont les effets sur la forme et le fonctionnement du

6 *Ibid*.

7 Jacques Commaille, « La justice entre détraditionnalisation, néolibéralisation et démocratisation : vers une théorie de sociologie politique de la justice », dans Jacques Commaille et Martine Kaluszynski (dir.), *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, 2007, p. 295-321.

8 Antoine Garapon, *La raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, Paris, Odile Jacob, 2010, p. 14-15.

9 *Ibid*.

10 Commaille, *op. cit*., p. 309.

11 Antoine Garapon, « Un nouveau modèle de justice : efficacité, acteur stratégique, sécurité », *Esprit*, n° 11, 2008, p. 99.

système judiciaire sont incontournables[12]. Pour Garapon, il s'agit du principe par excellence de structuration du système judiciaire, « d'une métavaleur qui prime désormais toutes les autres »[13]. L'explosion du nombre de dossiers que les tribunaux doivent traiter et les critiques virulentes relatives aux longs délais de traitement des affaires sont les raisons invoquées qui obligeraient la justice à mettre en œuvre une approche managériale axée sur la gestion comptable. De ce fait, la dimension morale et éthique des institutions juridiques est évacuée : plutôt que de voir le résultat des recours judiciaires en termes qualitatifs, on se cantonne à se demander si « elle [la justice] a efficacement évacué les flux d'affaires qui lui sont soumis »[14]. En d'autres mots, les « débats politiques sur la justice » sont remplacés par des « débats techniques » sur l'optimisation organisationnelle des pratiques judiciaires[15]. L'efficacité des tribunaux est censée être évaluée au regard de trois critères : l'effectivité du résultat, les coûts et la durée. Une rationalité instrumentale de type coût/bénéfice domine.

De cette importance accordée à l'efficacité du traitement judiciaire découle l'attention particulière octroyée aux conditions d'application de la règle : la procédure juridique devient la préoccupation centrale des décideurs politiques et des gestionnaires de l'administration judiciaire. La priorité n'est plus tant le respect à la lettre des règles de droit substantif que la soumission des justiciables à un cadre procédural précis. En effet, c'est à travers la maîtrise du traitement judiciaire par la procédure que les considérations d'ordre budgétaire sont le plus facilement appréhendables. De fait, la procédure judiciaire nous semble un champ d'intervention incontournable si l'on veut réduire les dépenses liées à l'administration des tribunaux.

Par ailleurs, il faut examiner la place du sujet de droit dans l'institution juridique telle que la conçoit le modèle de justice néolibéral[16]. N'étant plus nécessairement perçues comme sublimes et hors du commun, la justice et la décision judiciaire sont présentées comme de banales marchandises qui doivent être soumises aux mêmes exigences que les autres biens de consommation. De ce fait, on assiste à un « renversement de perspectives »[17]: d'un droit magistral surplombant la société, nous sommes passés à un droit dont le point de référence est le destinataire de la règle, un acteur économique rationnel consommateur de

12 Daniel Mockle, « La justice, l'efficacité et l'imputabilité », *Cahiers de droit*, vol. 54, n° 4, 2013, p. 613; Héctor Fix-Fierro, *Courts, Justice and Efficiency: A Socio-Legal Study of Economic Rationality in Adjudication*, Oxford, Hart Publishing, 2003, p. 235; Trevor C. W. Farrow, *Civil justice, Privatization, and Democracy*, Toronto, University of Toronto Press, 2014, p. 203.

13 Garapon, 2008, *op. cit.*, p. 99.

14 *Ibid.*, p. 100.

15 Commaille, *op. cit.*, p. 309.

16 On invite les lectrices et les lecteurs à se référer à la définition générale du néolibéralisme où l'accent a été mis sur la conception particulière de l'individu.

17 Garapon, 2008, *op. cit.*, p. 102-103.

services juridiques[18]. C'est ainsi que le droit se personnalise au gré des besoins des sujets. Plutôt que de se plier aux exigences de l'institution judiciaire, l'individu exige maintenant que cette dernière s'adapte à lui.

La primauté d'une conception de l'individu comme acteur économique rationnel doté d'un libre arbitre explique pourquoi la transaction[19] est la forme la plus appropriée de règlement des litiges aux yeux de l'idéologie néolibérale. Une vision idéalisée du contractualisme estime que ce dernier doit s'étendre à l'ensemble des rapports sociaux[20]. Plutôt que de céder la résolution du conflit à un tiers qui impose une décision, en l'occurence le juge, l'idéologie néolibérale valorise une logique contractuelle selon laquelle les deux parties doivent exprimer librement leur volonté et ainsi trouver un arrangement, jugé convenable à partir du moment où le consentement est libre et éclairé. Le procès devient marginal, désuet, futile et « contre-productif »[21]. On préférera conserver le contrôle sur le litige par le biais du droit négocié par les parties plutôt que du droit imposé par le juge et l'État[22]. Finalement, cette justice négociée résulte aussi d'un souci d'efficacité : elle exige une procédure moins longue, moins couteuse et moins complexe que le procès, réduisant le fardeau financier, autant pour l'État que pour les justiciables[23].

La généralisation du recours aux modes alternatifs de résolution de conflits : manifestation de l'hégémonie du discours néolibéral ?

Maintenant que nous avons posé les bases théoriques de l'idéologie néolibérale et que nous avons présenté les caractéristiques du modèle émergeant de justice néolibérale, nous souhaitons offrir quelques pistes de réflexion sur la popularité récente des modes alternatifs de résolution de conflits (MARC) au sein de la justice québécoise. Bien qu'il soit difficile d'en donner une définition unique, l'expression de MARC désigne généralement**,** selon Charles Jarrosson**,** « les modes, principalement pacifiques, de règlement des conflits, c'est-à-dire ceux qui visent à mettre les parties d'accord sur la solution et qui ont en commun le plus souvent de faire intervenir un tiers et de se démarquer du système

18 *Ibid*.

19 *Code civil du Québec*, article 2631 : « La transaction est le contrat par lequel les parties préviennent une contestation à naître, terminent un procès ou règlent les difficultés qui surviennent lors de l'exécution d'un jugement, au moyen de concessions ou de réserves réciproques. »

20 Bihr, *op. cit.*, p. 43-56.

21 Judith Resnik, « Migrating, morphing, and vanishing: The empirical and normative puzzles of declining trial rates in courts », *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1, n° 3, 2004, p. 783-841.

22 Philip Milburn, « De la négociation dans la justice imposée », *Négociations*, vol. 1, n° 1, 2004, p. 27-38.

23 Antoine Garapon, « Michel Foucault, visionnaire du droit contemporain », *Raisons politiques,* vol. 52, n° 4, 2013, p. 39-49.

juridictionnel »[24]. Cette formule englobe un nombre considérable de méthodes, notamment « la négociation, la conciliation, le procès simulé, la gestion des risques, l'écoute active, le rétablissement de la communication, la facilitation et la médiation »[25]. Leur dénominateur commun réside généralement en un moindre formalisme ainsi qu'en une propension à acheminer la résolution de différends juridiques ou de conflits sociaux à l'extérieur des institutions judiciaires traditionnelles, à commencer par les tribunaux. On les présente généralement comme une panacée**,** un exercice où chacune des parties ressortira gagnante[26].

Laura Nader et Ugo Matei affirment que la transition des processus judiciaires formels vers une justice informelle ou négociée fait partie d'une tendance plus généralisée, « majeure et systématique »**,** à la privatisation de l'État-providence**,** tendance qui s'inscrit dans le paradigme néolibéral[27]. Par exemple, à la Division des petites créances de la Cour du Québec, le ministère de la Justice du Québec fait activement la promotion depuis 2002 de la médiation en la proposant systématiquement à toutes les parties impliquées dans un litige. Cependant, plutôt que d'attribuer la présidence de ces séances à des salarié-es de l'État, ce sont des avocates et des avocats de pratique privée qui l'exercent[28]. De ce fait, le transfert de la fonction de résolution de différends d'une institution étatique vers des acteurs économiques privés – les cabinets de pratique privée – constitue une application de l'idéologie néolibérale. La diminution des attentes des personnes impliquées dans une médiation, à qui on demande de renoncer à la revendication de droits en favorisant la recherche d'un compromis, s'inscrit également dans cette même tendance néolibérale.

L'analyse des effets de la privatisation de la justice sur la nature des mécanismes de régulation sociale peut également nous éclairer sur les raisons du recours élargi aux MARC. Selon Owen M. Fiss[29], mettre d'abord l'accent sur les intérêts privés des parties plutôt que trancher sur des questions de droits individuels ou collectifs, contribue à une tendance plus large de substitution de la régulation juridique par une régulation basée sur les lois du marché. Certains parlent même d'un nouveau type de droit, le « droit du marché », où l'État abdique ses fonctions de régulation sociale et d'arbitrage entre les intérêts particuliers, au

24 Charles Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 49, n° 2, 1997, p. 329.

25 Jean Bazin, « Les cabinets d'avocats privés et les méthodes alternatives de résolution de conflits », dans Jean-Louis Baudouin et Gontran Rouleau (dir.), *Médiation et modes alternatifs de règlement des conflits: aspects nationaux et internationaux*, Cowansville, Yvon Blais, 1997, p. 60.

26 Barreau du Québec, *Votrejustice.ca*, <http://votrejustice.ca/etes-vous-pret-pour-la-justice-participative>.

27 Ugo Mattei et Laura Nader, *Plunder: When the Rule of Law is Illegal*, Malden (MA), Blackwell Publishing, 2008.

28 *Règlement sur la médiation des demandes relatives à des petites créances*, RLRQ c C-25, r 8.

29 Owen M. Fiss, « The social and political foundations of adjudication », *Law and Human Behavior*, vol. 6, n° 2, 1982, p. 121.

profit de normes extraétatiques et de mécanismes privés de régulation sociale et économique. L'idéologie néolibérale se manifeste ici : du fait de ses postulats en faveur de l'universalité des règles du marché dans toutes les sphères de l'activité humaine et pour la primauté de la liberté individuelle sur toute forme de contrainte collective ou étatique. La prévalence que le néolibéralisme accorde à l'usage du contrat de transaction comme nouveau moyen de règlement des litiges prend ici tout son sens : plutôt que de déléguer le pouvoir de trancher un litige à l'État, on préfère laisser aux individus souverains le pouvoir d'y mettre un terme par l'usage de leur liberté contractuelle. La validité et la qualité de l'issue du litige ne seraient plus déterminées par des règles juridiques, mais plutôt par une évaluation de la valeur économique des intérêts en jeu, fondée sur les lois de l'offre et de la demande. Dans la détermination de la substance de ce contrat, les règles juridiques peuvent être évacuées au profit d'une solution « en dehors du droit »[30], à la convenance des deux parties. Ce choix en faveur de la transaction est généralement calculé en fonction du coût d'un procès devant un juge plutôt qu'en fonction des droits des parties.

Finalement, le modèle néolibéral de justice nous aide à analyser les facteurs de prolifération des MARC en raison de son obsession pour l'efficacité de l'administration judiciaire. Nous pensons qu'il s'agit là du plus grand apport de ce modèle à la compréhension de notre problématique. Plusieurs auteur-es ont ainsi développé une théorie sur l'émergence d'un nouveau modèle judiciaire, la « justice managériale », obsédée par les questions de coûts, d'efficacité et de qualité de sa production[31]. Plusieurs auteurs émettent l'hypothèse selon laquelle les MARC sont non seulement des moyens d'accès à la justice, mais surtout des instruments d'accélération du déroulement de l'instance judiciaire afin d'en maximiser l'efficacité[32]. On prétend généralement que les tribunaux sont actuellement accablés par d'importants délais de traitement, qu'ils seraient engorgés par un nombre trop important de litiges à traiter[33]. Les MARC permettraient alors à l'administration judiciaire d'être plus efficiente puisqu'ils réduiraient le nombre de dossiers devant être entendus par les juges, ce qui en ferait des solutions de rechange à plus faibles coûts comparativement aux

30 Sylvette Guillemard, « Médiation, justice et droit : un mélange hétéroclite », *Cahiers de droit*, vol. 53, n° 2, 2012, p. 197.

31 Cécile Vigour, « Justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques », *Droit et société,* vol. 63, n° 2, 2006, p. 425; Gilles Sainati, « Vers une justice managériale ? », dans Willy Pelletier et Laurent Bonelli (dir.), L'*État démantelé*, Paris, La Découverte, 2010.

32 Mockle, *op. cit*., p. 651. Voir également, Farrow, *op. cit*., p. 55-57.

33 Agnès Rossignol, *Désengorger la Cour du Québec*, Droit-inc, 31 octobre 2014, <www.droit-inc.ca/article13926-Desengorger-la-Cour-du-Quebec>; Laura Nader, « From legal process to mind processing », *Family and Conciliation Courts Review*, vol. 30, n° 4, 1992, p. 468-473.

audiences judiciaires[34]. D'autres auteurs suggèrent que les MARC permettent des économies en raison du transfert du fardeau financier de l'État (les tribunaux et la fonction judiciaire sont financés par l'État) vers les justiciables qui doivent payer les honoraires de la personne jouant le rôle de décideur ou de facilitateur[35]. La récente décision du ministère de la Justice d'imposer une tarification supplémentaire aux parties ayant recours à l'audience judiciaire illustre cette propension à transférer les coûts de l'utilisation des tribunaux aux usagères et aux usagers plutôt que de les confier au financement étatique public[36].

Les partisans des MARC parlent même d'efficacité substantielle pour l'usagère et l'usager du système. On prétend que dans la grande majorité des cas devant nos tribunaux, il n'y a pas de véritable conflit entre les intérêts des parties, mais seulement une incapacité à comprendre les intérêts de l'autre partie. La campagne publicitaire du Barreau du Québec faisant la promotion des MARC en est un exemple : nous y voyons la métaphore d'une orange, sujet de litige entre deux parties. Au lieu de devoir diviser l'orange en deux, ou de la donner à l'une des parties au détriment de l'autre, on découvre qu'une partie voulait la chair et l'autre la peau. Bien qu'une telle situation puisse parfois survenir, il ne faut surtout pas évacuer tous ces recours où un véritable droit est à faire valoir. Demander de « mettre de l'eau dans son vin » afin d'éviter les coûts d'un éventuel litige revient à dire à la citoyenne et au citoyen ordinaires de ne pas faire valoir leurs droits dans l'intérêt de l'idéologie néolibérale. Seuls les justiciables les plus riches de ce monde auront les moyens d'accéder aux tribunaux et véritablement revendiquer leurs droits; tous les autres devront se contenter de solutions mitoyennes, au nom d'une économie financière.

Mais qu'en est-il des intérêts de l'État dans ce nouveau modèle en ce qui a trait à sa fonction répressive ? Par exemple, la Cour municipale continuera d'être un lieu où sont dépensés les salaires d'un nombre important d'acteurs qui jouent un rôle quotidien de répression et traitent de délits mineurs attribués à des populations marginalisées. Pendant que l'on dit aux justiciables ayant des droits à faire valoir de réduire leurs attentes et d'accepter des transactions de moindre valeur, on permet à l'État de continuer à dépenser des fonds publics dans le but de réprimer la moindre non-conformité sociale. Nous pensons que le néolibéralisme requiert non seulement la privatisation des droits personnels, mais la répression de toute déviance au regard des normes sociales.

Il va sans dire que, dans une perspective de justice sociale, cette mutation des tribunaux vers une justice néolibérale est de mauvais augure. Cette « nouvelle »

---

34 Bryan Garth nomme ce procédé la « diversion »: Bryan Garth, « The movement toward procedural informalism in North America and Western Europe: a critical survey », dans Richard L. Abel (dir.), *The Politics of Informal Justice*, Volume II, New York, Academic Press, 1982, p. 198-201.

35 Farrow, *op. cit.*, p. 70-71.

36 Bruno Gélinas Faucher, *Il faudra payer pour faire entendre sa cause*, Droit-inc, 18 janvier 2016, <www.droit-inc.com/article16986-Il-faudra-payer-pour-faire-entendre-sa-cause>.

justice privée, à la charge des individus, obnubilée par des impératifs d'efficacité et de liberté individuelle et dont l'issue est le produit d'une négociation pouvant faire fi de normes d'ordre public, risque de mener à la mise de côté d'une partie de la fonction politique des tribunaux. Avec la justice néolibérale, on peut craindre l'apogée d'une pensée individualisée et privée. Cette privatisation de la justice serait-elle une manifestation de la prétention de Margaret Thatcher selon laquelle « *there is no such a thing as society* »[37].

Cette tendance est d'autant plus préoccupante que les plus récentes réformes législatives des institutions judiciaires sont généralement justifiées par un discours qui les présente comme des mesures d'accès à la justice. Nous craignons ainsi une mystification du public québécois à qui on dit que celles-là sont effectuées dans son intérêt. La quasi-unanimité actuelle dans l'espace public quant aux bienfaits de la justice managériale ou des MARC en est un exemple frappant. Or, nous pensons qu'il est impératif de publiciser autant que possible les fondements idéologiques sous-jacents à ce voile altruiste.

GRAFFITI À PHILADELPHIE

37 Traduction de l'éditeur : « La société n'existe pas ».