

Article

« L'immixtion de tiers amicaux dans le mécanisme juridictionnel »

Séverine Menétrey

Les Cahiers de droit, vol. 45, n° 4, 2004, p. 729-766.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/043814ar>

DOI: 10.7202/043814ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

L'immixtion de tiers amicaux dans le mécanisme juridictionnel

Séverine MENÉTREY*

Alors que la réforme du Code de procédure civile a permis à l'intervenant d'intérêt public de faire son entrée « officielle » dans les prétoires québécois, l'article qui suit a pour objet d'illustrer les divers mécanismes permettant à des tiers dépourvus d'intérêt au sens juridique du terme de s'immiscer dans le processus juridictionnel. L'auteure propose de dépasser la signification restreinte de l'expression amicus curiae afin de savoir si le procureur général, l'expert et l'intervenant d'intérêt public peuvent être, eux aussi, qualifiés d'« amis de la cour ». Tous ont vocation à éclairer le juge, l'amicus curiae par définition, le procureur général par fonction, l'expert par mission et l'intervenant d'intérêt public par conviction. Cependant, tous ne correspondent pas à un mécanisme amical d'intervention. C'est notamment le cas de l'expert. En revanche, l'intervenant d'intérêt public est un véritable intervenant amical dont le rôle ne demande qu'à être davantage utilisé devant les tribunaux québécois.

While the reforming of the Code of Civil Procedure has allowed a party acting in the public interest to make an "official" act of presence before the courts of Québec, this paper seeks to illustrate the various stratagems that an individual devoid of interest, within the legal sense of the word, may employ to work his or her way into legal proceedings. This

* Étudiante au doctorat à la Faculté de droit de l'Université Laval de même qu'à l'Université Panthéon-Assas (Paris II). Lauréate de la bourse Lavoisier du Ministère des affaires étrangères.

exposé intends on going beyond the restrictive meaning of the term amicus curiae in order to fathom whether the attorney general, an expert and a party for the public interest may also be qualified as a “friend of the court.” They all have as their objective to enlighten the judge : the amicus curiae by definition, the attorney general by office, the expert by objective and the party for public interest by conviction. Nonetheless, they cannot all be equated to a friendly means for intervening before the court. This is especially the case of the expert. Yet in contrast, the party for public interest is truly a friendly intervening party whose role should only be increasingly used before the courts of Québec.

| | <i>Pages</i> |
|--|--------------|
| <i>L'ouverture du mécanisme juridictionnel aux tiers dépourvus d'intérêt juridique</i> | 732 |
| 1 L'immixtion de l'<i>amicus curiae</i>, du procureur général, et de l'expert dans le mécanisme juridictionnel | 736 |
| 1.1 <i>L'amicus curiae</i> | 736 |
| 1.1.1 <i>L'amicus curiae</i> devant la Cour suprême du Canada | 737 |
| 1.1.2 <i>L'amicus curiae</i> devant les juridictions québécoises | 739 |
| 1.2 Le procureur général | 742 |
| 1.2.1 L'intervention du procureur général en vertu de l'article 98 du <i>Code de procédure civile</i> | 743 |
| 1.2.2 L'intervention du procureur général en vertu de l'article 99 du <i>Code de procédure civile</i> | 744 |
| 1.2.3 L'intervention du procureur général en vertu de l'article 211 du <i>Code de procédure civile</i> ? | 746 |
| 1.3 L'expert judiciaire | 747 |
| 2 L'intervention d'intérêt public | 749 |
| 2.1 L'intervention d'intérêt public dans la jurisprudence québécoise | 752 |
| 2.1.1 L'apparition et l'évolution de l'intervention d'intérêt public | 752 |
| 2.1.2 Les vicissitudes de l'intervention d'intérêt public | 755 |
| 2.2 L'intervenant amical de l'article 211 du <i>Code de procédure civile</i> | 759 |
| 2.2.1 De l'intervenant d'intérêt public jurisprudentiel à l'intervenant amical de l'article 211 du <i>Code de procédure civile</i> | 760 |
| 2.2.2 Une jurisprudence inamicale | 761 |
| 2.2.3 Un mécanisme encadré d'ouverture du mécanisme juridictionnel aux tiers non intéressés | 762 |
| Conclusion : des amis de la cour ? | 763 |

Classiquement, le procès civil oppose deux parties qui soumettent leur différend à un arbitre neutre et impartial. La structure du procès est alors triangulaire. Le procès est la chose des parties, le juge est passif et, dans ces conditions, les tiers sont exclus, sauf à démontrer un lien de droit personnel avec une partie ou un lien de droit réel sur l'objet du litige, auquel cas, démontrant un intérêt juridique, ils perdent leur statut de tiers non intéressés. Cette conception du droit processuel s'accommode mal du phénomène d'ouverture du mécanisme juridictionnel qui s'opère tant devant les juridictions étatiques que devant les juridictions internationales. Les juridictions québécoises ne font pas exception à cette ouverture des prétoires aux tiers dépourvus d'intérêt juridique ou, autrement dit, aux tiers non intéressés. L'immixtion de ces derniers dans le mécanisme juridictionnel reçoit la qualification d'*amicus curiae*, sans que soit connue véritablement l'identité ou la fonction de cet ami de la cour. La forme latine donne un air respectable à ce mécanisme qui répond en vérité à des besoins très divers suivant les ordres juridiques et même les juridictions. Devant la Cour suprême du Canada, l'*amicus curiae* correspond à un mécanisme particulier de représentation des intérêts absents et apparaît comme un puissant gardien du contradictoire. Il ne s'agit pas de l'immixtion d'une quelconque société civile, plus revendicative qu'amicale, qui est pourtant le modèle américain de l'*amicus curiae*. Il faut donc dépasser la signification restreinte de l'expression *amicus curiae* au Canada pour s'interroger plus généralement sur l'ouverture du mécanisme juridictionnel aux tiers. Plutôt que de limiter l'appellation *amicus curiae* à un mécanisme particulier, il convient d'étudier les différents tiers non intéressés juridiquement pour s'interroger sur leur éventuelle qualification d'ami de la cour. Bien que le procureur général, l'intervenant d'intérêt public (ou amical), l'*amicus curiae* et l'expert soient dépourvus d'intérêt juridique, direct et personnel à agir, ils participent pourtant au processus juridictionnel soit de leur propre chef, en ce qui concerne l'intervenant et le procureur, soit à la demande du juge, pour ce qui est de l'*amicus curiae* et de l'expert.

Le fossé entre le juge et les justiciables est un reproche souvent adressé au juge, notamment lorsqu'il est de tradition civiliste. Dans ces conditions, l'ouverture du mécanisme juridictionnel aux tiers peut apparaître comme un trait d'union entre la cité et le juge. Pour cette raison, une place de choix doit être accordée à l'intervenant d'intérêt public. Ce tiers — très proche de l'*amicus curiae* américain — a fait son entrée expresse à l'article 211 du *Code de procédure civile* en janvier 2003 et constitue, à nos yeux, un mécanisme amical tout à fait fondamental (partie 2). Dans la mesure où cet intervenant n'est pas le seul tiers dépourvu d'intérêt juridique à s'immiscer dans le mécanisme juridictionnel, il nous a semblé opportun de nous interroger d'abord sur le rôle des autres intervenants au procès dépourvus d'intérêt

juridique afin de savoir s'ils correspondent également à un mécanisme amical d'intervention (partie 1). Cependant, quelques remarques préliminaires sur l'ouverture du mécanisme juridictionnel aux tiers dépourvus d'intérêt juridique s'imposent.

*L'ouverture du mécanisme juridictionnel
aux tiers dépourvus d'intérêt juridique*

L'immixtion de tiers dépourvus d'intérêt juridique dans le processus juridictionnel implique le passage d'une structure triangulaire à une structure polycentrique du procès. La structure du procès « ne peut plus se satisfaire de la triade « je-tu-il » parce qu'il doit, désormais, tenir compte d'« eux », le plus antijuridique des pronoms personnels¹ ». Plusieurs facteurs liés à l'évolution du contentieux judiciaire expliquent l'admission de tiers dépourvus d'intérêt juridique qui sont d'ailleurs plutôt la conséquence de cette évolution. Les deux éléments les plus marquants de l'évolution du contentieux judiciaire résident certainement dans l'instauration de nouvelles relations entre le juge et les parties affichant une volonté de favoriser le dialogue tout en accroissant les pouvoirs du juge, d'une part, et dans l'objectivation du contentieux judiciaire privé, d'autre part. Le troisième élément, qui n'est pas totalement étranger aux précédents, dépasse la question de l'évolution du contentieux, mais il contribue à modifier sa fonction : il concerne la complexité et la technicité sans cesse grandissantes du droit et des faits que le juge doit connaître.

Les principes accusatoire et dispositif assurent aux parties la maîtrise du procès. En vertu de l'article 4.1 du *Code de procédure civile* québécois, « les parties à une instance sont maîtres de leur dossier dans le respect des règles de procédure ». L'alinéa 2 précise que « le tribunal veille au bon déroulement de l'instance et intervient pour en assurer la saine gestion ». Le rôle dévolu au juge québécois demeure minime par rapport aux pouvoirs des parties. Le Comité de révision de la procédure civile relève toutefois un changement : « le juge en est venu graduellement à participer de façon beaucoup plus active au déroulement de l'instance² ». Malgré cette volonté de renforcer le rôle du juge, nous constatons que le juge québécois n'utilise que très peu de ses prérogatives, alors même que, en vertu de l'article 46 C.p.c., « les tribunaux et les juges ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence ». Le juge du Québec a un rôle particulière-

1. A. GARAPON et I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, Paris, Odile Jacob, 2003, p. 229.

2. COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *Une nouvelle culture judiciaire : rapport*, Québec, Ministère de la Justice, juillet 2001, p. 40.

ment limité. D'une part, la force traditionnelle du principe accusatoire le veut passif, mais, d'autre part, alors qu'en common law les pouvoirs inhérents du juge permettent à ce dernier d'être plus actif, le juge québécois s'est lui-même³ emprisonné dans le *Code de procédure civile*. Pourtant, l'évolution du rôle du juge et le renforcement de ses prérogatives sont un thème récurrent. Le juge n'est plus le simple arbitre de deux points de vue privés. L'immixtion de tiers atteste et illustre cet élargissement du débat judiciaire dans lequel les pouvoirs du juge doivent être renforcés. L'ouverture du mécanisme juridictionnel aux tiers s'accompagne nécessairement d'un renforcement du rôle du juge. Il s'agit plus ici d'intervention accrue du juge dans les actes de procédure que dans l'instance elle-même. En effet, lorsqu'il fait appel à un tiers, le juge intervient dans la procédure, limite l'exclusivité de la maîtrise des parties sur le procès. Et lorsqu'un tiers intervient spontanément, les pouvoirs de gestion du juge sont accrus : plus le procès est « ouvert », plus il importe que le juge l'organise. Devant la Cour suprême du Canada, l'immixtion de tiers dans le mécanisme juridictionnel est entièrement fondée sur les pouvoirs du juge qui avise le procureur général et autorise son intervention, encadre l'intervenant et nomme l'*amicus curiae* en définissant sa mission. Chacune des décisions ordonnant ou autorisant l'immixtion sont à l'entière discrétion du juge et ne sont susceptibles d'aucun recours. Devant les juridictions québécoises, l'immixtion des tiers non intéressés est fondée soit sur les pouvoirs inhérents du juge⁴, soit sur une référence au pouvoir d'initiative du juge, qu'il s'agisse de l'expert que le juge peut, en vertu de l'article 414 C.p.c., nommer « même de sa propre initiative » ou de l'avocat de l'enfant qu'il peut nommer « même d'office » (art. 394.1 C.p.c.). Le juge accueille ces tiers « s'il est d'avis que les fins de la justice peuvent être mieux servies » (art. 414 C.p.c.) ou « s'il l'estime opportun » (art. 211 C.p.c.).

L'immixtion des tiers n'est possible que si le juge a des pouvoirs importants, car elle suppose que le procès ne soit pas uniquement la chose des parties⁵. En effet, l'ouverture du mécanisme juridictionnel s'accompagnant du renforcement du rôle du juge est une conséquence de l'objectivation du contentieux judiciaire.

3. La position de la Cour suprême du Canada va dans le même sens dans l'affaire *Lac d'amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743.

4. « Le concept d'intervention en droit public procède des pouvoirs inhérents des tribunaux sur leur procédure » : *Imperial Tobacco Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1989] R.J.Q. 367, 372 (C.S.).

5. L'article 151.6 (8) C.p.c. atteste l'accroissement du rôle du juge dès lors que la notion de tiers est en jeu : « le tribunal peut, après examen des questions de fait ou de droit en litige ordonner la signification de la requête introductive d'instance à toute personne qu'il désigne et dont les droits peuvent être touchés par le jugement » (l'italique est de nous).

Au cours des dernières années, le contentieux privé s'est profondément modifié. Classiquement, les tribunaux avaient seulement à connaître de litiges entre personnes privées dont la résolution n'avait pas d'impact au-delà des parties au procès. Ce contentieux bipolaire s'est modifié avec le développement du contentieux d'intérêt public (*public interest litigation*)⁶. L'influence s'est fait sentir devant la Cour suprême du Canada dès les années 80 avec, notamment, l'ouverture des règles de l'intérêt à agir dans la célèbre trilogie *Thorson, McNeil* et *Borowski*⁷. Le juge ne se contente plus dès lors de trancher un différend entre des personnes privées et sa décision n'est plus limitée aux seules parties. Dans ces conditions, l'immixtion de tiers non intéressés juridiquement ne s'oppose plus de manière radicale aux principes accusatoire et dispositif. Le procès n'est plus la chose de deux parties, et l'individualisme qui caractérise l'intérêt à agir s'estompe. L'action n'est plus limitée au pouvoir d'invoquer l'atteinte à un droit subjectif : le contentieux s'objective.

L'objectivation du contentieux est un facteur décisif de l'immixtion de tiers non intéressés. Il convient toutefois de ne pas déformer ce facteur. La majorité des études consacrées à l'immixtion de tiers dans le mécanisme juridictionnel explique ce phénomène en raison de la politisation des juridictions liée à l'objectivation du contentieux⁸. Pour notre part, nous pensons que ce dernier aspect suffit à expliquer l'ouverture du mécanisme juridictionnel aux tiers dépourvus d'intérêt juridique sans qu'il soit question d'activisme politico-judiciaire. Au surplus, ce débat doctrinal relatif à l'activisme judiciaire et à la politisation du droit concerne davantage la Cour suprême du Canada que les juridictions québécoises.

-
6. La littérature est extrêmement abondante à ce sujet. Voir notamment : N. ARON, *Liberty and Justice for All : Public Interest Law in the 1980's and Beyond*, Boulder, Colorado, Westview Press, 1989 ; K. O'CONNOR et L. EPSTEIN, *Public Interest Law Groups : Institutional Profiles*, New York, Greenwood Press, 1989.
 7. *Thorson c. Canada (Procureur général)*, [1975] 1 R.C.S. 138 ; *Nova Scotia (Board of Censors) c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265 ; *Canada (ministre de la Justice) c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575.
 8. L'étude récente de I.R. Brodie, intitulée *Friends of the Court : The Privileging of Interest Group Litigants in Canada*, est entièrement fondée sur le rôle quasi législatif de la Cour suprême du Canada. « This book argues that these two phenomena – the Supreme Court's new round of judicial activism and the growth of litigation by interest groups – are linked. The Court's willingness to accept interest group in its work has legitimized the Court's activism and, in turn, the Court's activism has legitimized its willingness to accept interest group in its work » : I.R. BRODIE, *Friends of the Court : The Privileging of Interest Group Litigants in Canada*, Albany, State University of New York Press, 2002, p. xiv.

L'immixtion des tiers, comme le renforcement du rôle du juge, est bien la conséquence et non la cause de l'évolution du contentieux vers une plus grande publicisation. Une des causes de l'évolution de la nature du contentieux judiciaire s'inscrit dans la fonction même du droit et réside, en partie, dans l'évolution de la règle de droit vers plus de technicité et de complexité. En effet, dès lors que les conséquences de la décision dépassent les intérêts des deux parties au procès, il paraît opportun pour le juge de connaître les répercussions de sa décision au-delà des parties. Dans ces conditions, l'intervention de tiers désintéressés s'est vu accorder par la doctrine une fonction de légitimation⁹. Cette thèse de la légitimation revêt deux aspects : il s'agit à la fois de la légitimation de l'immixtion en raison de l'évolution du rôle du juge et de la légitimation de l'évolution du rôle du juge par l'immixtion de tiers. De son côté, le juge Chabot rejette cette thèse en soulignant que « les tribunaux judiciaires sont, de par la Constitution des tribunaux légitimes¹⁰ ». La thèse de la légitimation n'a pas pour objet de remettre en cause la légitimité institutionnelle des juridictions étatiques et de leurs décisions¹¹. Elle n'a de sens que dans la mesure où il est admis que la fonction du juge n'est pas limitée à celle d'un arbitre entre deux personnes privées. Il est en effet question de la légitimité de la décision non pas à l'égard des parties au procès, mais à l'égard d'un groupe social ou de la société dans son ensemble. En faisant appel à des tiers ou en autorisant leur intervention, le juge ne cherche pas exclusivement à légitimer sa décision, mais il veut également rendre la meilleure décision possible. L'un ne va pas sans l'autre : plus une décision est éclairée et équilibrée, mieux elle sera acceptée par l'ensemble du corps social. La publicisation du contentieux et la complexité tant du droit que des faits qui lui sont soumis conduisent le juge à jouer un rôle beaucoup plus important que celui qui lui est classiquement assigné dans un système accusatoire. Dans ces conditions, les tiers non intéressés doivent assister le juge dans sa tâche désormais plus complexe de trancher des différends qui ont un impact dépassant le strict cadre des parties au procès.

9. Voir notamment R.I. Brodie, *op. cit.*, note 8.

10. *Imperial Tobacco Ltd. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 4, 376.

11. Il pourrait y avoir plus d'hésitations pour ce qui est des décisions des juridictions internationales. La légitimité étant la conformité d'une institution avec une norme supérieure juridique, les juridictions internationales et leurs décisions peuvent paraître moins légitimes que les juridictions nationales de sorte que la thèse de la légitimation par l'immixtion de tiers peut être un argument tout à fait pertinent dans ce cas.

1 L'immixtion de l'*amicus curiae*, du procureur général, et de l'expert dans le mécanisme juridictionnel

L'expression *amicus curiae* est réservée, devant la Cour suprême du Canada, à un mécanisme particulier de représentation des intérêts absents. Un tel mécanisme n'existe que sporadiquement et presque anachroniquement devant les juridictions québécoises (1.1). L'extension de cette qualification au procureur général n'est pas impossible (1.2). Il en va de manière différente de l'expert judiciaire (1.3).

L'*amicus curiae*, le procureur général et l'expert judiciaire ont en commun de participer au mécanisme juridictionnel sans être partie. Et si chacun, à sa manière, assiste le juge, les trois ne méritent pas la qualification d'ami de la cour.

1.1 L'*amicus curiae*

L'*amicus curiae* ne reçoit pas de définition stricte. Sa souplesse et ses variations d'un système juridique à un autre sont peut-être même une explication de sa pérennité¹². Ce que nous voulons étudier ici, c'est ce que les tribunaux québécois et la Cour suprême du Canada considèrent expressément comme l'*amicus curiae*. La personne ainsi qualifiée a deux caractéristiques : d'une part, elle n'est pas une partie et, d'autre part, elle est nommée par le juge. La tradition civiliste de la procédure québécoise ne connaît pas l'*amicus curiae*, mais la proximité de la common law ne permet pas de l'ignorer¹³. Dans ces conditions, l'*amicus curiae* n'est envisagé ni par les textes ni par la doctrine québécoise. Il fait pourtant irruption, à l'occasion pourrions-nous dire, dans des décisions rendues par les tribunaux québécois.

Alors que l'*amicus curiae* est un mécanisme précis devant la Cour suprême du Canada (1.1.1), son statut et ses fonctions sont insaisissables devant les juridictions québécoises (1.1.2).

12. Voir, pour ce point de vue, S. KRISLOV, « The Amicus Curiae Brief : From Friendship to Advocacy », (1963) 72 *Yale L. J.* 694.

13. « Situé au carrefour de trois civilisations, le droit judiciaire québécois semble traduire l'incertitude, voire même la confusion d'une nation naissante face aux principes du droit français, à l'influence maintenant séculaire du droit britannique, et à l'invasion toujours grandissante de l'américanisme » : L.P. TASCHEREAU, « Quelques aspects du droit judiciaire de la province de Québec », dans *Quelques aspects du droit de la province de Québec*, Paris, Cujas, 1963, p. 211.

1.1.1 L'*amicus curiae* devant la Cour suprême du Canada

L'*amicus curiae* devant la Cour suprême du Canada est un avocat nommé par celle-ci pour représenter des intérêts qui ne sont pas défendus ou qui ne peuvent pas l'être faute de moyens. Depuis la modification des *Règles de la Cour suprême* en juin 2002, la règle 92 dispose que, « dans le cas d'un appel, la Cour ou un juge peut nommer un *amicus curiae* ». En matière de renvoi, l'article 53 (7) de la *Loi sur la Cour suprême* prévoit un mécanisme similaire¹⁴. L'expression *amicus curiae* n'est pas employée expressément dans cette disposition, mais elle l'a été progressivement en jurisprudence¹⁵. Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* a véritablement fait connaître le mécanisme de l'*amicus curiae*. La nomination d'un *amicus* dans ce renvoi découle du fait que le Québec a décidé de ne pas se faire représenter devant la Cour suprême et que, dès lors, « celle-ci a donc désigné un avocat comme *amicus curiae* chargé de donner la réplique aux arguments du gouvernement fédéral et de présenter les points de vue qui ne seraient pas suffisamment développés par les autres intervenants¹⁶ ». Selon J. Woehrling, citant un communiqué de la Cour suprême, l'*amicus curiae* « ne représente aucune partie, mais est là pour assister la Cour et pour plaider toutes questions ou sujets sur lesquels la Cour désire entendre des représentations que les autres parties au renvoi ne présenteraient pas¹⁷ ». Il est aisé de comprendre l'intérêt que revêt l'*amicus* dans une procédure de renvoi. Habituellement, la Cour suprême tranche des différends juridiques entre des personnes qui arguent en fait et en droit. Or, dans le cas du renvoi, le rôle de la Cour suprême est d'avancer des arguments et d'en déterminer le bien-fondé. Dans ces conditions, l'*amicus curiae* est un bon remède contre un dédoublement fonctionnel difficile et il permet à la Cour suprême

14. *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), c. S-26, art. 53 (7) : « La Cour a le pouvoir discrétionnaire de commettre d'office un avocat, en l'absence de toute autre représentation, relativement à un intérêt auquel il est porté atteinte ; les frais entraînés peuvent être payés par le ministre des Finances sur les crédits affectés par le Parlement aux frais de justice. »

15. La première affaire dans laquelle un avocat a été nommé à l'occasion d'un renvoi conformément à l'article 53 (7) est la suivante : *Regulations in Relation to Chemicals*, [1943] S.C.R. 1. L'expression *amicus curiae* n'est pas encore employée, mais le mécanisme est le même que celui qui sera utilisé dans le *Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec*, [1994] 2 R.C.S. 715, et dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, où figure expressément cette expression.

16. J. WOEHRLING, « L'avis de la Cour suprême du Canada sur l'éventuelle sécession du Québec », (1999) 37 *Rev. fr. dr. const.* 3, 5.

17. *Ibid.*

de connaître tous les intérêts et arguments juridiques. L'utilité de ce mécanisme n'est toutefois pas circonscrite aux seuls renvois.

La règle 92, remplaçant depuis juin 2002 la règle 13¹⁸, dispose que, « dans le cas d'un appel, la Cour ou un juge peut nommer un *amicus curiae*¹⁹ ». La concision de la nouvelle règle 92 a le mérite de faire correspondre les textes à la pratique. Les *Règles de la Cour suprême* ne prévoyant pas de procédure par défaut, la nomination d'un *amicus curiae* par la Cour suprême survient souvent lorsqu'une partie ne se présente pas²⁰. Dans ces conditions, la nomination d'un *amicus* permet de connaître l'ensemble des intérêts en présence et se rapproche nettement de la formulation de l'article 53 (7) de la *Loi sur la Cour suprême*, tandis que la généralité de la règle 92 codifie l'évolution de la pratique de l'*amicus curiae*.

Il apparaît clairement que l'*amicus curiae* canadien soutient un point de vue, et c'est même la mission que lui assigne la Cour suprême. L'*amicus* est nommé pour représenter une partie qui n'a pas d'avocat, une partie qui ne se présente pas, une loi que personne ne défend, bref, pour représenter un intérêt qui ne l'est pas. Il permet de donner un contenu substantiel à la règle *audi alteram partem*. C'est un contradicteur légitime. Sous cet angle, l'*amicus* apparaît comme un puissant garant du contradictoire, c'est l'ami de la justice alors et pas seulement celui de la Cour suprême. Plus prosaïquement, il est aussi « ami de la cour », car il vient assister véritablement cette dernière. Dans un système judiciaire où le contradictoire est sacralisé et où les principes dispositif et accusatoire sont très marqués, le juge arbitre deux points de vue : s'il n'en a qu'un seul, sa décision ne sera pas la plus

18. *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, abrogées par DORS/2002-156. L'ancienne règle 13 prévoyait la possibilité, pour la Cour suprême, de désigner un procureur lorsqu'une partie n'en avait pas les moyens (règle 13 (1)) ou pour plaider en faveur d'une personne ayant un intérêt dans une procédure et n'étant pas représentée par procureur (règle 13 (2)). L'énoncé de la règle 13 était extrêmement restrictif et consistait véritablement en une assistance judiciaire d'une partie. Il s'agissait en effet de représentation par procureur d'une partie et non de représentation par procureur d'un intérêt qui ne serait pas représenté, comme cela se produit dans le cas des renvois. Pourtant, si nous nous référons aux affaires – hors renvois – dans lesquelles des *amici curiae* ont été nommés, nous constatons qu'il s'agit moins d'assistance judiciaire d'une partie que de représentation d'une partie absente, à savoir de représentation d'intérêts qui ne le seraient pas le cas échéant, comme dans le cas des renvois.

19. Alors que l'article 53 (7) de la *Loi sur la Cour suprême* prévoit que l'*amicus* est payé « par le ministre des Finances sur les crédits affectés par le Parlement aux frais de justice », la rémunération de l'*amicus* hors hypothèse de renvoi n'est pas envisagée.

20. *Vidéotron ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065 ; *Lignes aériennes Canadien Pacifique ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724 ; *R. c. Larivière*, [2001] 3 R.C.S. 1013 ; *Starson c. Swayze*, [2003] 1 R.C.S. 722.

éclairée possible. Il ne s'agit là ni d'immixtion d'une quelconque société civile ni d'un avis pointu sur une question éthique ou juridique, mais simplement d'un moyen d'information du juge lui permettant de connaître l'ensemble des points de vue afin de rendre la décision la plus représentative des intérêts en présence.

1.1.2 L'*amicus curiae* devant les juridictions québécoises

Le mécanisme de l'*amicus curiae* tel qu'il existe devant la Cour suprême du Canada ne se trouve pas en procédure civile québécoise. Une raison essentielle de cette différence réside dans l'existence de règles relatives aux actes de procédure par défaut de comparaître garants du principe *audi alteram partem*. Le mécanisme — au demeurant méconnu des pays de tradition civiliste — n'est toutefois pas complètement absent de la jurisprudence. Il y est fait référence dans deux types d'affaires qui ont chacun un rapport avec la représentation d'intérêts en justice. La première catégorie d'affaires dans lesquelles apparaît l'exsangue *amicus curiae* est la représentation des enfants. La seconde catégorie, beaucoup moins importante que la précédente, concerne l'hypothèse d'absence de représentation d'une partie et se rapproche de l'assistance juridique²¹.

Seule la question de la qualification du représentant de l'enfant va rettenir ici notre attention, car, historiquement, une des fonctions de l'*amicus curiae* était de représenter les enfants²². En droit québécois, l'article 394.1 C.p.c. dispose ceci :

Lorsque, dans une instance, le tribunal constate que l'intérêt d'un mineur ou d'un majeur qu'il estime inapte est en jeu et qu'il est nécessaire pour en assurer la sauvegarde que le mineur ou le majeur inapte soit représenté, il peut, même d'office, ajourner l'instruction de la demande jusqu'à ce qu'un procureur soit chargé de le représenter.

Le tribunal peut aussi rendre toute ordonnance utile pour assurer cette représentation, notamment statuer sur la fixation des honoraires payables à son procureur et déterminer à qui en incombera le paiement.

21. Les traces de l'*amicus curiae* dans la jurisprudence des tribunaux québécois sont invariablement en rapport avec la représentation d'intérêts, l'ami des juridictions québécoises étant toujours un avocat. Des avocats apparaissent comme *amici curiae* sans que personne sache bien ni comment ni pourquoi. Ainsi, dans l'affaire *Huard c. Conseillers en informatique, télécommunication et administration CGI inc.*, C.S. Chicoutimi, n° 150-17-000284-007, 17 janvier 2003, j. Bouchard, la demanderesse qui se représente seule a demandé par requête que le tribunal lui nomme un *amicus curiae* et a vu sa requête rejetée par la Cour supérieure. Dans l'affaire *R. c. Savoie*, C.Q. Bonaventure, n° 105-01-005639-013, 22 février 2002, j. Decoste, l'*amicus curiae* est un avocat d'office.

22. *Beard v. Travers*, (1749) 27 E.R. 1052, 1 Ves. Sen. 313 (Ch.), cité par S. KRISLOV, *loc. cit.*, note 12, 695, régulièrement invoqué en doctrine.

La question se pose alors de savoir si l'avocat de l'enfant nommé par le tribunal peut être qualifié d' « ami de la cour ». Dans l'affaire *Droit de la famille-1549*²³, la Cour d'appel du Québec faisait une distinction entre le mandat donné à un avocat en vertu de l'article 394.1 C.p.c. et le mandat donné par les enfants eux-mêmes. L'avocat nommé par le tribunal en vertu du *Code de procédure civile* était considéré comme un véritable agent de ce tribunal pouvant, à la demande de ce dernier, l'éclairer sur les intérêts de celui-ci. Dans ces conditions, le rôle de l'avocat est très proche de celui d'un *amicus curiae*. Cependant, la décision *M.F. c. J.L.* rendue par la même cour le 18 mars 2002²⁴ vient limiter la figure de l'*amicus curiae* dans le contexte de la représentation des enfants en jugeant que l'avocat doit répondre aux attentes de l'enfant et non agir en vue d'éclairer le tribunal, et ce, même lorsqu'il est nommé en vertu de l'article 394.1 C.p.c.²⁵. La solution est discutable parce que précisément l'article 394.1 C.p.c. peut être interprété comme permettant au tribunal de nommer un *amicus curiae*. En outre s'ajoute la question non résolue de la représentation des enfants qui n'ont pas la capacité voulue pour donner un mandat à leur avocat. Pour sa part, Y. Carrière estime que dans cette hypothèse « la nomination d'un *amicus curiae* peut être une solution retenue²⁶ ». Or, une telle nomination ne peut se faire en droit québécois hors des textes, de sorte que ce sera bien sur le fondement de l'article 394.1 C.p.c. que le juge nommera un avocat « amical ». Ainsi, selon nous, la solution adoptée en 2002 par la Cour d'appel en favorisant l'autonomie de l'enfant va à l'encontre de l'essence de l'article 394.1 C.p.c. La décision de la même cour en 1992 semble beau-

23. *Droit de la famille - 1549*, [1992] R.J.Q. 855 (C.A.).

24. *M.F. c. J.L.*, [2002] R.J.Q. 676 (C.A.).

25. Selon la Cour d'appel, s'il est accepté que l'enfant défende ses droits et intérêts par l'entremise d'un avocat, « I find it difficult to imagine how a person, adult or child, capable of expressing his wishes and capable of instructing an advocate, could be considered to be "represented" or "assisted" by one who was advocating the contrary of his wishes » : *M.F. c. J.L.*, précité, note 24, par. 28. Et elle ajoute (par. 29) : « in principle, there is nothing to prevent a court from appointing an attorney as "amicus curiae" to advise the court as to the interests of the child in custody and access disputes between the parents. This is a procedure sometimes adopted in some of the Common Law jurisdictions. The attorney would then be a neutral officer of the court with no advocacy role on behalf of anyone. The attorney would, presumably, have an objective view of the child's interests, but with no advocacy role, he might not be very effective in assuring that the child's voice was heard. »

26. Y. CARRIÈRE, « Le mode de représentation des enfants par avocat : le modèle québécois se précise », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial*, t. 194, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 1, à la page 23.

coup plus respectueuse des pouvoirs conférés au juge en vertu de l'article 394.1 C.p.c. Dans l'affaire *C.B. c. R.L.*²⁷, la Cour supérieure s'interroge sur la possibilité de nommer l'avocat dont l'enfant souhaite le désaveu comme *amicus curiae*²⁸. Le juge²⁹ estime que, s'il nomme l'avocat en qualité d'*amicus curiae*, il va à l'encontre de l'arrêt *M.F. c. J.L.*³⁰ qui, « quoiqu'il apparaisse être un *obiter dictum*, a, à la seule lecture de sa rédaction, une portée très défavorable à la nomination en général, d'amis de la Cour³¹ ».

À notre avis, l'article 394.1 C.p.c. confère au juge des pouvoirs très importants en matière de nomination d'un avocat en vue de la protection des intérêts de l'enfant³². Comme chaque fois qu'il est question d'immixtion d'un tiers, les pouvoirs du juge sont renforcés. Toutefois, celui-ci a limité les pouvoirs que lui conférait l'article 394.1 C.p.c. en en traçant lui-même des limites, alors que le législateur consolide ses prérogatives afin qu'il accueille des tiers non intéressés dans le mécanisme juridictionnel. Pourtant, l'immixtion de tiers ne sera utile et efficace que si le juge accepte d'user de ses prérogatives à leur égard, même si l'immixtion du juge dans la procédure heurte le principe accusatoire marqué de la procédure civile québécoise.

27. *C.B. c. R.L.*, [2004] R.J.Q. 123 (C.S.).

28. *Id.*, par. 45 : « les procureurs au dossier se sont demandé si j'avais l'intention de nommer Me Tétrault, ami de la Cour, l'*amicus curiae*, ce personnage sur qui reposent bien des espoirs » et qui « désigne parfois un avocat invité par le juge à l'assister : *Lord Elgin Hotel Ltd v. M.N.R.*, (1969) 1 R.C. de l'E. 444, aux pages 446 et 447 ».

29. *C.B. c. R.L.*, précité, note 27, par. 48.

30. Ce raisonnement est d'autant plus particulier que le juge souligne ceci : « Si je permettais à Me Tétrault, qui connaît bien le dossier, d'y demeurer, à titre d'*amicus curiae*, je ferais profiter tous les juges qui vont se suivre dans ce dossier [...] de sa connaissance du dossier, de son opinion après enquête, de ses talents de médiateur et pacificateur et de sa vaste connaissance du droit matrimonial. Il pourrait être comme une veilleuse prête à mettre en branle un processus d'actions ou d'informations à la demande du juge » ; *C.B. c. R.L.*, précité, note 27, par. 69.

31. Dans *M.F. c. J.L.*, précité, note 24, par. 29, la Cour d'appel estime : « In principle, there is nothing to prevent a court from appointing an attorney as "*amicus curiae*" to advise the court as to the interests of the child in custody and access disputes between the parents. This is a procedure sometimes adopted in some of the Common Law jurisdictions. *The attorney would then be a neutral officer of the court with no advocacy role on behalf of anyone* ». (Nos italiques).

32. Il n'est d'ailleurs pas anodin de relever que l'article 394.1 C.p.c., bien qu'amputé partiellement par l'interprétation qu'en a donnée la Cour d'appel, se rapproche grandement de l'article 53 (7) de la *Loi sur la Cour suprême* disposant que « la Cour a le pouvoir discrétionnaire de commettre d'office un avocat, en l'absence de toute autre représentation, relativement à un intérêt auquel il est porté atteinte » et qui sert de fondement à la nomination d'*amici curiae* par la Cour suprême.

Il paraît absurde de s'interroger sur la qualité d'ami de la cour de l'*amicus curiae* ! Devant la Cour suprême du Canada, l'*amicus curiae* est à la fois ami du contradictoire et ami de la légalité, c'est un ami de la cour à qui cette dernière fait appel lorsqu'elle l'estime nécessaire. Devant les juridictions québécoises, l'expression aurait pu correspondre au procureur de l'enfant nommé par la cour, mais la jurisprudence l'a écartée, de sorte que nous pouvons dire que l'expression *amicus curiae* n'a pas de signification stricte devant les juridictions québécoises.

1.2 Le procureur général

Compte tenu de son rôle traditionnel de gardien de l'intérêt public, le procureur général est un tiers particulier dont l'immixtion dans le processus juridictionnel ne surprend pas³³. Son statut fait de lui un tiers privilégié dont la fonction essentielle, derrière la diversité de ses rôles, est d'assister le juge. Si nous excluons les poursuites criminelles et pénales, il est traditionnellement gardien de l'intérêt public. Toutefois, ce dernier rôle ne doit pas être exagéré. En effet, il correspond à la conception anglaise du procureur général³⁴, alors qu'en droit québécois le procureur général ne détient pas l'action d'intérêt public en tant que telle. Le *Code de procédure civile* lui accorde un pouvoir d'intervention dans toute instance touchant à l'application d'une disposition d'ordre public (art. 99 C.p.c.). Cependant, « il ne s'agit [...] que de la possibilité pour lui de s'immiscer dans une instance déjà mue par les parties³⁵ ». La prérogative la plus importante que détient le procureur général du Québec réside dans son pouvoir d'intervention³⁶ lorsque des questions d'intérêt public sont en jeu.

33. Pour une étude complète et passionnante sur la question, voir A. BUTEAU, « Les fonctions de poursuivant, de gardien de l'intérêt public, de représentant de l'État devant les tribunaux et de conseiller juridique exercées par le ministre de la Justice et le Procureur général du Québec », dans CONFÉRENCE DES JURISTES DE L'ÉTAT, *Actes de la xve Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 239, à la page 299.

34. Cette assimilation du procureur général québécois au procureur général anglais est répandue dans la doctrine québécoise, semble-t-il : A. BUTEAU, *loc. cit.*, note 33, 275 et suiv. ; P. VERGE, « La recevabilité de l'action d'intérêt public », (1983) 24 C. de D. 177, 188.

35. P. VERGE, *loc. cit.*, note 34, 186.

36. À ce propos, il convient de distinguer, avec A. Buteau, les pouvoirs d'intervention du procureur général à titre de représentant des intérêts particuliers de la Couronne et à titre de gardien de l'intérêt public. Lorsque le procureur général intervient à titre de représentant des intérêts particuliers de la Couronne, il est un intervenant ordinaire (art. 208-210 C.p.c.).

Le procureur général, gardien de l'intérêt public, se voit attribuer par les lois québécoises certains pouvoirs d'intervention dans les instances soulevant des questions d'intérêt public : *Loi sur la protection de la jeunesse*, *Loi sur les transports*, etc. Toutefois, c'est avant tout le *Code de procédure civile* qui lui confère le plus large pouvoir d'intervention. L'article 98, al. 1 C.p.c. prévoit en effet ceci : « Après signification de l'avis prévu à l'article 95 et 96 ou à tout moment dans le cas d'une demande visée dans l'article 97, le procureur général peut intervenir dans la cause et prendre par écrit des conclusions sur lesquelles le tribunal doit se prononcer. » En outre, « dans toute instance touchant l'application d'une disposition d'ordre public, le procureur général peut, d'office et sans avis, sans autres conditions, participer à l'enquête et à l'audition comme s'il y était partie » (art. 99 C.p.c.). Il convient donc de distinguer l'intervention du procureur général prévue dans l'article 98 C.p.c. (1.2.1) de celle de l'article 99 C.p.c. (1.2.2). Il faut également s'interroger sur la question de savoir si le procureur général peut intervenir sur le fondement de l'article 211 C.p.c. (1.2.3).

1.2.1 L'intervention du procureur général en vertu de l'article 98 du Code de procédure civile

Dans certains cas, le procureur général a un droit immédiat d'intervention. Ainsi pourra-t-il intervenir dans un litige lorsqu'une partie voudra soulever la constitutionnalité d'une loi ou d'une décision (après avis en vertu de l'article 95 C.p.c.). Il a le même pouvoir d'intervention lorsque des questions de navigabilité des rivières sont soulevées (art. 96 C.p.c.) ou lorsque le juge lui a transmis une demande touchant l'application d'une disposition d'ordre public (art. 97 C.p.c.).

Le procureur général intervient dans ces hypothèses sans formalité. Puisqu'il formule par écrit des conclusions sur lesquelles le tribunal doit se prononcer, le procureur général devient partie au litige³⁷. Son intervention dans une cause soulevant la validité d'une loi s'explique dans la mesure où il se doit de défendre la loi ainsi attaquée. Et lorsqu'il intervient dans une cause visée à l'article 96 C.p.c., « le Procureur général représente la Couronne en tant qu'administratrice des biens publics³⁸ ».

Bien que le parallèle soit risqué, nous pourrions comparer l'intervention du procureur général en vertu de l'article 98 C.p.c. à celle d'un particulier conformément aux articles 208 à 210 C.p.c. En effet, le procureur

37. *St-Denis de Brompton (Corp. municipale de) c. Filteau*, J.E. 87-575 (C.S.).

38. A. BUTEAU, *loc. cit.*, note 33, 291 et 292.

général, comme l'intervenant volontaire en vertu de l'article 210 (3) C.p.c., devient partie au litige, ce qui s'explique par le fait que l'un et l'autre cherchent à se faire reconnaître ou à défendre des droits qui leur sont propres. Effectivement, l'élément en cause dans l'intervention prévue par l'article 98 C.p.c., ce sont les intérêts de la Couronne, qu'ils concernent sa loi ou ses cours d'eau. Il est toutefois possible, en ce qui a trait à la défense de la loi, de soutenir l'idée selon laquelle le procureur général n'est pas une simple partie. Son rôle dépasse celui d'avocat de la loi. Certes, le procureur général défend un point de vue, représente le gouvernement qui aurait violé la Constitution, mais il doit toujours être le représentant de l'intérêt public : « Le Procureur général a la responsabilité de présenter la preuve, au nom du Parlement et de la société dans son ensemble, de façon à ce que les tribunaux soient en mesure de bien saisir les enjeux³⁹ », et c'est en ce sens que son rôle est plus amical que combatif. Le procureur général vise à assister le tribunal dans sa tâche : « Le but essentiel de cet exercice est de s'assurer que le tribunal possède tous les éléments nécessaires afin de rendre une décision éclairée et juste⁴⁰. » Comprendons-le bien, le procureur général éclaire la cour, il doit lui permettre de saisir tous les tenants et aboutissants d'une loi et de mesurer l'impact que pourra avoir sa décision ; il est autre chose qu'une simple partie⁴¹.

Si l'article 98 C.p.c. est au procureur général ce que les articles 208 à 210 C.p.c. sont aux individus, en toute logique, l'article 99 C.p.c. correspond alors à l'article 211 C.p.c. Ce sont deux mécanismes d'interventions dans lesquels l'intervenant n'acquiert pas la qualité de partie. Ils correspondent donc véritablement à l'immixtion de tiers amicaux.

1.2.2 L'intervention du procureur général en vertu de l'article 99 du *Code de procédure civile*

L'article 99 C.p.c. permet au procureur général de participer, d'office et sans avis, à toute instance soulevant l'application d'une disposition d'ordre public, et ce, comme s'il y était partie.

39. J. TAIT, « Le droit à une société libre et démocratique : l'article premier de la Charte canadienne et le rôle du Procureur général », dans *Droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux : aspects canadiens et européens, Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 75, à la page 84.

40. *Id.*, 81.

41. Dans ces conditions, d'autres composantes de la société doivent pouvoir intervenir dans le même but d'assistance pour que le tribunal ait toutes les cartes en main. C'est une explication au développement de l'intervention amicale.

Cette intervention du procureur général, limitée aux instances touchant à l'application d'une disposition d'ordre public, n'a suscité qu'un très faible engouement. Il s'agit d'un mécanisme d'intervention dans lequel l'intervenant n'acquiert pas la qualité de partie et se contente de faire des représentations lors de l'enquête et de l'audition. Cette intervention du procureur général comme simple participant à l'enquête et à l'audition n'avait pas soulevé, jusqu'à récemment, de question particulière. La Cour d'appel du Québec, dans les affaires *Québec Drive Yourself Association Inc. c. Montpetit Drive Yourself Inc.*⁴² et *Re Taxi Owner's Reciprocal Insurance Association*⁴³, interprétant l'article 311a) dont le texte était identique à l'actuel article 99 C.p.c., faisait la distinction entre le procureur général partie à l'instance et le procureur général simple participant à l'enquête et à l'audition. Le juge relevait alors très logiquement que cet article ne donnait au procureur général que le droit de participer à l'instruction comme s'il y était partie et précisait que « le texte de cet article [...] semble indiquer clairement que le Procureur général n'acquiert pas le statut de partie et que sa participation est limitée à l'enquête et audition quoique non partie à l'action ».

Une décision de la Cour supérieure du 4 mars 2002⁴⁴ est venue troubler cette solution si limpide. S'interrogeant sur la validité de la déclaration d'intervention du procureur général qui souhaitait participer à l'enquête et à l'audition conformément à l'article 99 C.p.c., le juge Martin a analysé les articles 55 et 208 C.p.c. pour conclure que le procureur général n'avait pas intérêt à agir ! La Cour d'appel est heureusement « intervenue » pour rappeler que l'article 99 C.p.c. permet au procureur général de participer d'office et sans avis et qu'il peut donc intervenir sans formalisme aucun⁴⁵. Elle a imposé en outre « au juge saisi du dossier de [...] délimiter le droit de la Procureure générale aux termes de l'article 99 C.p.c.⁴⁶ ».

42. *Québec Drive Yourself Association Inc. c. Montpetit Drive Yourself Inc.*, [1960] B.R. 482.

43. *Re Taxi Owner's Reciprocal Insurance Association*, [1961] B.R. 517.

44. *Monfette c. Tribunal des professions*, [2002] R.J.Q. 1499 (C.S.).

45. *Québec c. Monfette*, B.E. 2001BE-116, REJB 2002-21912 (C.A.).

46. Cette solution a été confirmée dans *R.C. c. Y.S.*, B.E. 2002BE-420 (C.S.), le juge précisant dans cette affaire qu'il « pourra toujours, pour faire respecter les règles de justice naturelle si besoin est, lui ordonner de préciser ses motifs par écrit, accorder aux parties le temps nécessaire pour y répondre et rendre les ordonnances de sauvegarde requises ». Cela correspond parfaitement avec la nécessité d'encadrer les intervenants non intéressés.

Cette interprétation de l'article 99 C.p.c. semble la meilleure : le procureur général peut intervenir sans formalisme excessif, mais il ne peut que participer à l'enquête et à l'audition selon les conditions fixées par le juge. Cette intervention limitée à l'instruction et dont la signification n'est pas obligatoire est très proche, nous le mentionnions, de l'intervention amicale prévue dans l'article 211 C.p.c. Le rapprochement tend même à l'assimilation dès lors qu'il revient au juge saisi du dossier de délimiter l'étendue des droits du procureur général quant à sa participation à l'enquête et à l'audition.

Bien que le procureur général ne soit pas partie à l'instance lorsqu'il intervient en vertu de l'article 99 C.p.c., il peut, conformément à l'article 492 C.p.c., faire un appel d'une décision dans laquelle il est intervenu. En effet, en vertu de l'article 492 (2) C.p.c., il « peut d'office appeler du jugement final rendu dans une instance soulevant l'application d'une disposition d'ordre public, comme s'il était partie au procès ». L'expression « comme s'il était partie au procès », un peu dérangeante dans l'article 99 C.p.c. puisque si le procureur général n'intervient qu'à l'étape de l'enquête et de l'audition, il n'est pas une partie, s'avère ici tout à fait justifiée : le procureur général n'est pas une partie, mais il peut, comme une partie, interjeter appel. C'est une différence majeure entre l'intervention du procureur général en vertu de l'article 99 C.p.c. et l'intervenant de l'article 211 C.p.c. qui n'a aucune autre capacité procédurale que de faire des représentations lors de l'instruction.

1.2.3 L'intervention du procureur général en vertu de l'article 211 du *Code de procédure civile* ?

Pour sa part, A. Buteau soulève la question de savoir si le procureur général a un pouvoir d'intervention fondé sur son rôle de gardien de l'intérêt public en dehors des articles 98 et 99 C.p.c.⁴⁷. Pour cet auteur, rien ne saurait empêcher le procureur d'être un intervenant d'intérêt public⁴⁸ comme un autre. Le point de vue est discutable, car, bien que l'article 99 C.p.c. soit limité aux dispositions d'ordre public et ne concerne pas les litiges mettant en cause l'ordre ou l'intérêt public et qu'il n'ait été que très peu utilisé, il semble permettre au procureur général d'intervenir assez facilement. La faculté d'intervention du procureur général sur le fondement de l'article 211 C.p.c. est alors plutôt artificielle. Il n'y a pas d'objection de

47. A. BUTEAU, *loc. cit.*, note 33, 296.

48. Voir *infra*, partie 2.

principe. Néanmoins, l'article 99 C.p.c. serait le corollaire propre au procureur général de l'intervention de l'article 211 C.p.c. de sorte que la question paraît exclusivement théorique.

En outre, A. Buteau mentionne le rôle d'*amicus curiae* du procureur général⁴⁹, mais son développement ne concerne que le procureur général anglais ; or, « le Procureur général du Québec est une institution particulière que l'on ne devrait pas assimiler mécaniquement à celle qui porte le même nom en Angleterre ⁵⁰ ». L'intervention du procureur général anglais en qualité d'*amicus curiae* est fréquente⁵¹, mais il n'y a pas de traces évidentes de l'intervention du procureur général en qualité d'*amicus curiae* en droit québécois⁵². Sauf à considérer — et c'est notre point de vue — que, lorsque le procureur général intervient en vertu de l'article 99 C.p.c., il le fait pour assister et éclairer le tribunal de sorte qu'il agit en ami de la cour. L'article 99 C.p.c. est un mécanisme amical d'intervention propre au procureur général. Quant à l'intervention fondée sur l'article 98 C.p.c., elle est plus qu'amicale puisque le procureur général acquiert le statut de partie.

1.3 L'expert judiciaire

Alors que le régime d'administration de la preuve en droit québécois s'inspire largement du système en vigueur dans les pays de common law, l'expertise judiciaire dont il est question aux articles 414 à 425 C.p.c tire son origine du droit français et s'accorde mal avec la force du principe accusatoire dans la procédure civile québécoise en vertu duquel la preuve est en principe l'affaire des parties⁵³. L'expert est donc nommé par le tribunal, ce dernier faisant appel à un tiers afin qu'il l'éclaire sur les faits compte tenu de ses compétences et connaissances spécifiques dans un domaine. En réalité, l'expert nommé par la cour est moins un tiers neutre et impartial assistant le juge qu'un simple mode de preuve. Mode d'instruction exceptionnel devant les juridictions québécoises, ce mode de

49. A. Buteau, *loc. cit.*, note 33, 297.

50. F. GÉLINAS, « Le *locus standi* dans les actions d'intérêt public et la *relator action* : l'empire de la common law en droit québécois », (1988) 29 *C. de D.* 657, 672.

51. Voir I.R. SCOTT, *Public Interest in Private Civil Proceedings*, Paper prepared for UK National Committee of Comparative Law Colloquium 1980 – « Civil Litigation and the Public Interest », Birmingham, University of Birmingham, Institute of Judicial Administration, 1980.

52. Notons toutefois la décision *Gauthier c. Côté*, C.S. Bedford, n° 455-05-000712-021, 3 avril 2003, j. Tardif, relative à une servitude imposant une livraison d'eau dans laquelle le procureur du Québec est intervenu à titre d'*amicus curiae*.

53. J. BASTEN, « The Court Expert in Civil Trials – A Comparative Appraisal », (1977) 40 *Mod. L. Rev.* 174.

preuve n'existe pas devant la Cour suprême du Canada et l'expert judiciaire ne mérite pas la qualification d'ami de la cour.

L'article 414 C.p.c. dispose que, « après contestation liée, le tribunal peut, même de sa propre initiative, s'il est d'avis que les fins de la justice peuvent être ainsi mieux servies : ordonner une expertise ». Le juge peut notamment ordonner une expertise par une personne qualifiée « pour l'examen, la constatation et l'appréciation des faits relatifs au litige »⁵⁴.

Dans les faits, le juge recourt peu à l'expertise prévue dans l'article 414 C.p.c. et demeure prudent bien qu'elle ait pour objet de l'aider dans l'examen et l'appréciation des faits relatifs au litige devant lui : « L'expertise demeure, malgré les nouvelles règles de preuve, un *mode d'instruction exceptionnel* auquel on ne fera recours qu'en cas de nécessité⁵⁵ ». L'expert nommé par le tribunal illustre non pas l'immixtion d'un tiers dans le processus juridictionnel, mais l'immixtion du juge dans l'instance dirigée par les parties. Une ordonnance d'expertise résulte de l'exercice d'une discrétion judiciaire pure et simple⁵⁶. Les articles 417 à 424 C.p.c. énoncent des contraintes procédurales qui font de l'expert un simple mode d'instruction, son témoignage et son rapport faisant partie de la preuve. Pourtant, le fait qu'il est soumis aux mêmes motifs de récusation que le juge signifie que l'expert nommé par le juge est un agent du tribunal. Dans la décision *Rolls-Royce Ltd. c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*⁵⁷, la Cour d'appel a estimé ce qui suit :

[B]ien que l'article 414 C.p.c. ne le prévoit pas explicitement, en vertu des pouvoirs généraux que possède la Cour supérieure de conduire ses enquêtes, il ne répugnerait pas à l'économie générale de la procédure civile que le tribunal se fasse assister, même pendant le procès, d'un expert qui l'aide à évaluer la preuve et à se diriger correctement dans une enquête dont la formation générale du magistrat ne permettrait pas aisément de maîtriser toute la technicité.

54. En vertu des termes de l'article 414 C.p.c., l'ordonnance d'expertise peut intervenir avant enquête. Pourtant, une telle situation serait relativement rare compte tenu du caractère exceptionnel de ce mode d'instruction. S'il est possible qu'une partie demande la nomination d'un expert, il n'est pas envisageable qu'un juge nomme de sa propre initiative un expert avant enquête. À ce propos, soulignons que, s'il est fréquent qu'une partie demande au juge de nommer un expert et que le juge ne fasse pas droit à sa requête, il est rare que le juge nomme un expert de sa propre initiative. Dans tous les cas, « la nomination d'un expert par le tribunal, du reste peu utilisée en pratique, demeure un mode d'instruction exceptionnel » : D. FERLAND et B. EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, 4^e éd., t. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 647.

55. *Droit de la famille – 645*, [1989] R.D.J. 308, 310 (C.S.); *R.-M. T.-M. c. B.M.*, J.E. 2001-1923 (C.S.).

56. C'est aussi le cas de l'acceptation ou du rejet d'une demande d'intervention amicale.

57. *Rolls-Royce Ltd. c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, J.E. 97-932 (C.A.).

Cette solution semble exceptionnelle. La nomination d'un expert par le tribunal en vertu de l'article 414 C.p.c. a pour objet de « l'aider dans l'examen et l'appréciation des faits relatifs au litige devant lui⁵⁸ », mais elle ne doit pas contribuer à suppléer le juge dans ses fonctions. L'expert de l'article 414 C.p.c. est moins un ami qu'un témoin de la cour. Selon nous, l'expert, fût-il nommé par le juge, n'est qu'un mode de preuve et non véritablement un tiers dépourvu d'intérêt juridique qui s'immisce dans le processus juridictionnel. En tant qu'élément de preuve, il fait partie intégrante de ce processus. L'absence d'expert nommé par la Cour suprême du Canada renforce cette idée selon laquelle l'expert n'est qu'un élément de preuve prévu dans un système de droit particulier. Il n'est toutefois pas impossible de voir dans l'*amicus curiae* nommé par la Cour suprême un expert en droit. C'est notamment le cas lorsqu'elle fait appel à lui afin qu'il explique et soutienne une loi⁵⁹. Dans ce cas, l'*amicus* apparaît clairement comme un expert en droit, une lumière juridique.

S'il n'est pas impossible de qualifier l'*amicus curiae* d'expert en droit⁶⁰ et si le procureur général n'est pas dépourvu de tout expertise, notamment en matière d'intérêt public, ces tiers sont néanmoins très différents de l'expert judiciaire. Contrairement à ce dernier, ils ne relèvent pas du droit de la preuve et ne sont pas des éléments de fond du procès. Ce sont des tiers amicaux qui participent au procès sans y être partie et sans en être la matière⁶¹. La même remarque vaut pour l'intervenant d'intérêt public ou amical.

2 L'intervention d'intérêt public

L'« intervention d'intérêt public » est une expression employée par la doctrine canadienne de langue anglaise pour décrire « la participation à un procès de personnes qui ne sont pas les parties en cause mais qui cherchent à influencer le développement du droit dans ce que ces personnes considèrent être l'intérêt public⁶² ». Bien que « l'intervenant d'intérêt public » soit

58. *Droit de la famille* – 645, précité, note 55 ; *R.-M. T.-M. c. B.M.*, précité, note 55.

59. *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

60. L'expression nous est inspirée par D. MAZEAUD, « L'expertise de droit à travers l'*amicus curiae* », dans M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD (dir.), *L'expertise*, Paris, Dalloz, 1995, p. 107-112.

61. Cette situation est contraire à l'expertise qui, relevant de la preuve, « fait la matière du procès » : voir Y. DESDEVISES, « Variations sur le fond en procédure civile », dans *La terre, la famille, le juge : Études dédiées à Henri-Daniel Cosnard*, Paris, Economica, 1990, p. 325.

62. P.L. BRYDEN, « Public Interest Intervention in the Courts », (1987) 66 *R. du B. can.* 490.

loin d'être une excellente expression, nous l'emploierons néanmoins, en alternance avec celle d'« intervenant amical » qui semble correspondre à ce type d'intervenant qui n'est pas partie au procès. En outre, cette qualification, qui sera peut-être adoptée dans la prochaine étape de la réforme du *Code de procédure civile* québécois⁶³, a le mérite de rapprocher cet intervenant de l'*amicus curiae* américain.

L'étude du phénomène permet de constater qu'il est relativement récent. Devant la Cour suprême du Canada, ce type d'intervention a fait son apparition dans les années 70, mais il ne revêt une importance plus consistante que depuis le milieu des années 80⁶⁴. C'est également à ce moment-là que l'intervention d'intérêt public a fait progressivement son apparition en droit québécois⁶⁵. Alors que, devant la Cour suprême du Canada, l'intervention ne confère jamais la qualité de partie et correspond à la pratique américaine de l'*amicus curiae*⁶⁶, devant les juridictions québécoises, le

63. Nous tenons à remercier le professeur Denis Ferland, Faculté de droit, Université Laval, pour ses précieux conseils, informations et suggestions.

64. Voir I.R. BRODIE, *op. cit.*, note 8, notamment 11.17 à 48.

65. *R. c. Mercier*, [1984] R.D.J. 515 (C.S.); *Paquet c. Mines S.N.A. inc.*, [1986] R.J.Q. 1257 (C.A.); *Caron c. R.*, [1988] R.J.Q. 2333 (C.A.).

66. L'intervention devant la Cour suprême du Canada est prévue aux articles 55 à 59 des *Règles de la Cour suprême*. Elle ne confère jamais le statut de partie contrairement au principe de l'intervention volontaire dans les pays de tradition civiliste. Un tiers qui souhaite se faire reconnaître des droits qui lui sont propres devant la Cour suprême est une situation exceptionnelle et les règles de l'intervention ne s'appliqueront pas à ce cas (puisque l'intervenant n'a jamais le statut de partie). C'est alors la règle 18 prévoyant l'adjonction et la substitution de parties qui sera pertinente. Contrairement à l'adjonction de partie, l'intervention d'intérêt public des règles 55 à 59 est extrêmement fréquente et largement commentée en doctrine, voir notamment : I.R. BRODIE, *op. cit.*, note 8 ; P.L. BRYDEN, *loc. cit.*, note 62 ; B.M. DICKENS, « A Canadian Development : Non-Party Intervention », (1977) 40 *Mod. L. Rev.* 666 ; S. LAVINE, « Advocating Values : Public Interest Intervention in Charter Litigation », (1993) 2 *N.J.C.L.* 27 ; J. KOSH, « Making Room : New Directions in Third Party Intervention », (1990) 48 *U. Toronto Fac. L. Rev.* 153 ; J. WELCH, « No Room at the Top : Interest Group Intervenors and Charter Litigation in the Supreme Court of Canada », (1985) 43 *U. Toronto Fac. L. Rev.* 204 ; K.P. SWAN, « Intervention and Amicus curiae Status in Charter Litigation », dans R.J. SHARPE (dir.), *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1986, p. 27 ; J. SOPINKA, « Intervention », (1988) 46 *The Advocate* 883 ; E. MEEHAN, « Intervening in the Supreme Court of Canada », (1994) 16 *Advocates' Q.* 137 ; A.J. ROMAN et M.R. HEMINGWAY, « Standing to intervene », (1988) 26 *Admin. L.R.* 49 ; P. KEYSER, « Participation of Non-Party Intervenors and Amici Curiae in Constitutional Cases in Canadian Provincial Courts : Guidance for Australia ? », dans L. CARDINAL et D. HEANDON (dir.), *Shaping Nations : Constitutionalism and Society in Australia and Canada*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2002, p. 273.

mécanisme classique de l'intervention volontaire⁶⁷ prévu par les articles 208 à 210 C.p.c.⁶⁸ confère au tiers intervenant le statut de partie au procès, et ce, que cette intervention soit conservatoire ou agressive⁶⁹. L'assimilation de l'intervenant à une partie n'a pas facilité le développement de l'intervention d'intérêt public en droit québécois puisque, classiquement, le tiers intervenant doit réunir en lui les conditions de l'action (intérêt et qualité à agir⁷⁰). Ce type d'intervention devrait, logiquement, être exclu d'une étude consacrée à l'immixtion de tiers dépourvus d'intérêt juridique dans le processus juridictionnel. Pourtant, le raisonnement des juges québécois n'a pas toujours su distinguer l'intervention au sens classique du terme, qui confère la qualité de partie au tiers intervenant, de l'intervention dite d'intérêt public, dans laquelle le tiers intervenant n'acquiert pas le statut de partie. Désormais, l'intervention d'intérêt public est prévue dans le *Code de procédure civile* à l'article 211 qui dispose expressément que le tiers intervenant n'est pas partie à l'instance mais participe seulement à l'instruction. Cependant, jusque-là, la jurisprudence en matière d'intervention d'intérêt public est restée confuse, ce qui implique d'avoir à l'esprit le mécanisme d'intervention volontaire classique. Il convient de distinguer l'intervention d'intérêt public (ou amicale) tant du mécanisme classique de l'intervention volontaire que de l'action d'intérêt public. Le défaut majeur de l'application des règles classiques de l'intervention (art. 208-210 C.p.c.) à l'intervention d'intérêt public (ou amicale) est de conférer à l'intervenant le statut de partie. Conscient des limites et des dangers de l'extension de l'intervention traditionnelle de droit privé à l'intervention d'intérêt public⁷¹,

67. Le même mécanisme est bien connu du droit français. L'article 66 du *Nouveau Code de procédure civile* français dispose que « constitue une intervention la demande dont l'objet est de rendre un tiers partie au procès engagé entre les parties originaires ».

68. L'article 208 C.p.c. énonce que « celui qui a un intérêt dans un procès auquel il n'est pas partie, ou dont la présence est nécessaire pour autoriser, assister ou représenter une partie incapable, peut y intervenir en tout temps avant jugement ».

69. L'article 209 C.p.c. distingue l'intervention agressive de l'intervention conservatoire. Elle est conservatoire lorsque le tiers désire seulement se substituer à une partie ou se joindre à elle pour l'assister, pour soutenir sa demande ou appuyer ses prétentions. Elle est agressive lorsque le tiers demande que lui soit reconnu, contre les parties ou l'une d'elles, un droit sur lequel la contestation est engagée.

70. R. SAVOIE, « De l'intérêt et de la qualité comme conditions de la demande en Justice », (1972) 32 *R. du B.* 532; *Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne c. Fondation du Théâtre du Nouveau-Monde*, [1979] C.A. 491.

71. Avant la réforme de 2003, le *Code de procédure civile* prévoyait « qu'un intervenant est partie à l'instance, ce qui n'est pas toujours justifié. Selon la nature de la cause, en droit privé ou en droit public, l'intervenant peut ne pas souhaiter être partie à l'instance, mais simplement avoir la possibilité d'être entendu lors de l'instruction » : COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *op. cit.*, note 2, p. 125.

le Comité de révision de la procédure civile a fait entrer en 2003 dans le *Code de procédure civile* un nouvel article 211 disposant qu'« un tiers peut demander à intervenir pour faire des représentations lors de l'instruction ». Il convient, après avoir analysé le rôle que donne le juge québécois à l'intervention d'intérêt public (2.1), d'insister sur l'innovation de l'article 211 C.p.c., soit la codification de l'intervention d'intérêt public ou de ce qu'elle devrait être... (2.2).

2.1 L'intervention d'intérêt public dans la jurisprudence québécoise

L'article 208 C.p.c. dispose que « celui qui a un intérêt dans un procès auquel il n'est pas partie, ou dont la présence est nécessaire pour autoriser, assister ou représenter une partie incapable, peut y intervenir en tout temps avant jugement ». Traditionnellement, l'intérêt de l'intervenant se confond avec l'intérêt suffisant de l'article 55 C.p.c. qui doit être juridique, direct et personnel, né et actuel⁷². Cependant, avec la publicisation du contentieux privé, « les tribunaux ont développé un concept d'intérêt en droit public leur permettant une approche plus libérale à la réception d'intervention de groupes ou d'associations possédant les connaissances et la compétence pertinentes et qui sont véritablement intéressées par les questions soulevées dans le cadre des procédures déjà engagées⁷³ ». Aucune confusion n'est possible entre l'intervenant en droit privé et l'intervenant amical représentant de la société civile (l'intervenant d'intérêt public) puisque le premier doit avoir un intérêt juridique né et actuel. En revanche, le concept d'intervenant d'intérêt public se rapproche manifestement d'un mécanisme amical d'intervention dans lequel le tiers n'acquiert pas la qualité de partie mais ne fait qu'assister le tribunal. Pourtant, la solution jurisprudentielle n'est pas aussi simple. Après la présentation de l'apparition et du développement jurisprudentiel de l'intervention d'intérêt public (2.1.1), l'étude de deux affaires illustrera la nécessité et les dangers de l'immixtion de la société civile dans le mécanisme judiciaire (2.1.2).

2.1.1 L'apparition et l'évolution de l'intervention d'intérêt public

La publicisation du contentieux privé est un phénomène relativement récent et les tribunaux québécois, comme d'autres juridictions, ont dû réserver une place aux intervenants d'intérêt public. L'existence de règles

72. Traditionnellement, l'intervenant doit avoir un lien de droit personnel avec une partie ou un lien réel sur l'objet en litige (voir : *Association des réalisateurs de Radio-Canada c. Sylvestre*, J.E. 2001-806 (C.A.)), ce qui paralyse toute intervention d'intérêt public.

73. *Commission scolaire Ancienne-Lorette – Montcalm c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1993] R.D.J. 643 (C.A.).

précises relatives à l'intervention volontaire et d'une jurisprudence bien établie en matière d'intérêt à agir⁷⁴ n'a pas facilité l'immixtion de tiers non intéressés dans le processus juridictionnel. Les décisions dans lesquelles il est question d'intervention d'intérêt public témoignent de la difficulté d'adapter les règles d'intervention volontaire du *Code de procédure civile* aux exigences de la publicisation du contentieux dont la jurisprudence de la Cour suprême du Canada s'est fait l'écho.

L'intervenant d'intérêt public a fait son apparition en droit québécois au milieu des années 80. Une des premières décisions relatives à l'intervention d'intérêt public est celle de la Cour supérieure dans l'affaire *R. c. Mercier*⁷⁵. Cette dernière est particulière à plus d'un titre puisqu'il s'agit d'une requête « pour permission d'intervenir à l'audition » formée par le procureur général du Canada à l'occasion d'un différend opposant la province de Québec à un juge qui avait estimé ne pas être compétent. L'intervenant « ne recherche pas le statut de partie au litige mais seulement celui d'intervenant pour qu'un droit de parole éventuel lui soit reconnu lors de l'audition⁷⁶ ». Pour trouver une base légale à cette intervention, le juge s'appuie sur les articles 2 et 20 C.p.c. C'est donc suivant le principe selon lequel la procédure est la servante du droit et qu'il est possible, sous réserve des dispositions d'ordre public, de l'adapter aux nécessités de la bonne administration de la justice que le juge admet cette intervention particulière. Il apparaît nettement que l'immixtion d'un tiers s'accompagne du renforcement du rôle du juge. Cette première décision nous semble excellente parce que, d'une part, elle ne se fonde pas sur les articles 208 et suivants C.p.c. mais sur les pouvoirs inhérents du juge et que, d'autre part, le rôle de l'intervenant est limité à l'instruction. C'est d'abord en matière pénale que les tribunaux québécois ont admis des intervenants non intéressés juridiquement⁷⁷, il est compréhensible que cet affranchissement des règles du *Code de procédure civile* est plus aisé pour le juge pénal que pour le juge civil, compte tenu des pouvoirs respectifs de chacun. Il est clair également que le raisonnement ainsi mené est plus approprié puisque le juge est libre non seulement d'accepter ou non l'intervention, mais également de la limiter. Les affaires civiles, dans lesquelles des tiers dépourvus d'intérêt juridique demandent à intervenir, loin de justifier l'intervention d'intérêt public par les pouvoirs du juge, adaptent tant bien que mal les règles relatives à

74. *Supra*, note 70.

75. *R. c. Mercier*, précité, note 65.

76. *Id.*, p.517.

77. Voir aussi *Caron c. R.*, précité, note 65.

l'intervention volontaire⁷⁸. En s'affranchissant des règles du Code, le juge gardait la possibilité de limiter l'intervention. En ne raisonnant qu'à partir du Code, tout en reconnaissant que l'intérêt des intervenants n'est pas celui de l'article 55 C.p.c., il restait prisonnier des dispositions de son propre code.

La décision rendue par la Cour d'appel dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. Solski*⁷⁹ adopte une position nettement plus appropriée en matière d'intervention d'intérêt public : « comme il s'agit d'une question de droit constitutionnel, il paraît important que la Cour [...] puisse disposer des arguments de la requérante qui, à première vue, se situent à une position intermédiaire entre celle de l'appelant et celle des intimés ». Si nous ne pouvons qu'approuver le fait que la décision ne s'encombre pas une seule seconde de l'intervention au sens de l'article 208 C.p.c., il faut rappeler qu'intervention d'intérêt public ne doit pas rimer avec intervention systématique. Néanmoins, les dangers d'une acceptation d'intervention expéditive sont limités en l'espèce puisque le juge circonscrit l'intervention — et c'est le grand apport de cette brève décision. Ainsi, « la requérante est autorisée à intervenir au dossier, permission lui est accordée de déposer un mémoire de 20 pages et de présenter une argumentation de 20 minutes ». Cette limitation s'inscrit parfaitement dans le cadre des pouvoirs du juge qui doivent être renforcés lorsqu'il s'agit de l'immixtion de tiers non intéressés. L'intervenante n'est pas assimilée à une partie et son rôle est simplement de faire des représentations lors de l'instruction compte tenu des questions en litige. Cette décision reflète ce que doit être l'intervention d'intérêt public désormais codifiée à l'article 211 C.p.c. Le juge ne doit pas hésiter à user de ses pouvoirs pour encadrer l'intervenant.

Sur ce point, l'intervention de la Société canadienne du cancer (SCC)⁸⁰ et celle de la Ligue catholique des droits de l'Homme⁸¹ démontrent à quel point il est important que le juge encadre le rôle de ces intervenants représentant la société civile s'il ne veut pas que la maîtrise du procès lui échappe de même qu'aux parties.

78. *Commission scolaire Ancienne-Lorette – Montcalm c. Commission des droits de la personne du Québec*, précité, note 73 ; *Association des policiers de Gatineau c. Buckingham (Ville de)*, B.E. 2000BE-47 (C.S.) ; *Québec (Procureure générale) c. Entreprises W.F.H. ltée*, J.E. 2000-640 (C.A.).

79. *Québec (Procureur général) c. Solski*, J.E. 2001-973 (C.A.).

80. *Imperial Tobacco Ltd. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 4 ; *Rothmans, Benson & Hedges inc. c. Canada (Procureur général)*, [1997] R.J.Q. 2786 (C.S.).

81. *Hendricks c. Québec (Procureure générale)*, J.E. 2001-1581 (C.S.) ; *Ligue catholique pour les droits de l'Homme c. Hendricks*, [2004] R.J.Q. 851 (C.A.).

2.1.2 Les vicissitudes de l'intervention d'intérêt public

La première décision rendue par la Cour supérieure du Québec dans l'affaire relative à la réglementation de la commercialisation et de la consommation du tabac⁸² illustre fort bien l'immixtion de la société civile dans le processus juridictionnel et quelles doivent en être les limites posées par le juge. Pour la première fois, l'intervention d'intérêt public est clairement distinguée de l'intervention au sens du *Code de procédure civile*. La déclaration d'intervention s'autorise des articles 2, 20, 46 et 208 et suivants C.p.c. et pas seulement des articles 208 et suivants. Les articles 2, 20 et 46 permettent de déplacer la question, d'une part, sur la bonne administration de la justice et la primauté du droit sur la procédure (art. 2 et 20 C.p.c.) et, d'autre part, sur les pouvoirs du juge (art. 46 C.p.c.)⁸³. Le raisonnement du juge est clair : l'intervention d'intérêt public n'est pas une atrophie de l'article 208 C.p.c.⁸⁴. Insistant sur l'importance de la discrétion du tribunal dans l'acceptation ou le refus de la demande d'intervention, le juge s'arrête sur un point certainement capital : l'importance de distinguer entre l'intervention en première instance et l'intervention devant les tribunaux supérieurs⁸⁵. Ajoutons que, si l'intervenant acquiert le statut de partie conformément à l'article 210 (3) C.p.c., son intervention en première instance revient à ouvrir une boîte de Pandore procédurale. C'est sans surprise — compte tenu du ton de l'argumentation — et à juste titre que le juge refuse que la SCC intervienne. Celle-ci sera par la suite reconnue comme intervenante par d'autres juges⁸⁶. Cependant, quand l'affaire reviendra devant les juridictions québécoises en 1997, la Cour supérieure⁸⁷ n'acceptera

82. *Imperial Tobacco Ltd. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 4.

83. Cela n'est pas sans rappeler les dispositions correspondantes du *Nouveau Code de procédure civile* français sur lesquelles le juge s'est fondé pour faire appel à des *amici curiae*.

84. « L'intérêt des articles 208 et suivants est souvent qualifié d'intérêt en droit privé, par opposition à intérêt en droit public [...] Et le concept d'intérêt en droit public [...] procède des pouvoirs inhérents des tribunaux sur leur procédure [avec l'idée] sous-jacente de primauté du droit sur la procédure » : *Imperial Tobacco Ltd. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 4, par. 16, 18 et 19.

85. « Devant les tribunaux supérieurs, l'intervention se résume à la production d'un mémoire (souvent sur des questions spécifiques uniquement) et les plaidoiries, alors qu'en première instance, l'intervention entraînera habituellement une enquête et des délais additionnels » : *Imperial Tobacco Ltd. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 4, par. 34.

86. Voir notamment sur l'autorisation d'intervention accordée par la Cour fédérale : *Rothmans, Benson & Hedges inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 C.F. 90 (C.F.A.).

87. *Rothmans, Benson & Hedges inc. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 80.

pas automatiquement la SCC comme intervenante. Elle ne lui reconnaîtra ce statut qu'après avoir énoncé un certain nombre de critères⁸⁸. Le juge insistera sur le fait que l'autorisation de l'intervention d'intérêt public « relève de l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux qui ont retenu plusieurs critères d'une importance relative selon la nature des questions en cause ». Il soulignera que « la crainte exprimée par les demandresses au principal quant à l'élargissement du litige est réelle ». Et le juge s'engagera à veiller à ce que la SCC se libère d'une « certaine humeur de combat et qu'elle comprenne que son rôle est d'assister le tribunal dans la recherche de la vérité sans déborder le cadre d'un débat qui [...] a déjà eu lieu⁸⁹ ».

Cette décision est exemplaire et impose deux remarques. Il semblerait d'abord que les juridictions québécoises soient plus strictes que la Cour suprême du Canada pour faire droit aux demandes d'intervention. Cela s'explique par plusieurs raisons dont la plus évidente est la masse de contentieux à laquelle doivent faire face les tribunaux provinciaux par rapport à celle de la Cour suprême. En sus, il est toujours possible pour les intervenants déçus devant les juridictions provinciales d'espérer un éventuel recours en Cour suprême. La seconde remarque consiste à donner notre préférence au raisonnement suivi par la Cour supérieure du Québec dans cette décision plutôt qu'au raisonnement (ou plus souvent à l'absence de raisonnement) de la Cour suprême. En effet, l'effort d'encadrement des interventions d'intérêt public dont a su faire preuve le juge québécois est certainement la voie la plus appropriée à l'immixtion de la société civile dans le processus juridictionnel. L'ouverture du prétoire aux tiers qui ne sont pas directement intéressés doit s'accompagner d'un renforcement du rôle du juge. Le paradoxe n'est qu'apparent, l'immixtion de la société civile

88. *Id.*, par. 20 :

- 1) Le tiers qui demande l'autorisation d'intervenir est-il touché directement par l'issue du litige et, à défaut, a-t-il un intérêt véritable dans les questions qui seront débattues devant le tribunal ?
- 2) Existe-t-il une question à régler par adjudication judiciaire et cette question soulève-t-elle un débat d'intérêt public ?
- 3) S'agit-il d'un cas où il semble n'y avoir aucun autre moyen raisonnable ou efficace de soumettre la question aux tribunaux ?
- 4) La position du tiers qui se propose d'intervenir est-elle défendue adéquatement par les parties au litige ?
- 5) L'intérêt de la justice sera-t-il mieux servi si la demande d'intervention est accueillie ?
- 6) Le tribunal est-il en mesure de statuer sur le fond sans autoriser l'intervention ?
- 7) Le tiers qui veut intervenir peut-il donner à la question un éclairage différent dont saura profiter le tribunal ?

89. *Id.*, par. 29.

n'ayant pas pour objet de légitimer une décision ni d'obtenir les faveurs de l'opinion publique dans des questions délicates. Elle doit plutôt permettre au juge de rendre la décision la plus juste et la plus éclairée possible. Que le juge ne fasse pas appel à des *amici curiae* n'empêche pas qu'il fasse des intervenants ses amis.

L'intervention d'intérêt public est un moyen et non une fin, et c'est un moyen à la disposition du juge⁹⁰, ce que manifestement le juge n'a pas compris dans l'affaire *Hendricks*.

Dans cette affaire, l'Alliance francophone des protestants évangéliques du Québec et la Ligue catholique des droits de l'Homme ont demandé à intervenir pour faire valoir les points de vue des organismes religieux relativement aux valeurs traditionnelles du mariage dans le cadre d'une requête en jugement déclaratoire déposée en vue de faire rejeter le caractère strictement hétérosexuel du mariage. Le juge estimant que « l'exercice du pouvoir discrétionnaire vise principalement à s'assurer que le tiers pourra apporter une contribution appréciable par son intervention et que cette dernière n'aura pas pour effet d'allonger inutilement le débat » se montre très libéral dans l'admission des intervenants, et ce, alors même que « selon les conclusions de la déclaration d'intervention amendée, l'Alliance et la Ligue demandent d'intervenir afin de contester la demande des requérants ⁹¹ ». Bien entendu, l'Alliance et la Ligue « pourrai[en]t donner un éclairage plus complet⁹² ». Cependant, d'une part, il n'est pas certain que cet éclairage soit indispensable en première instance et, d'autre part, il est encore moins assuré que ces intervenants demeureront de simples lumières. Les suites de l'affaire démontreront que c'est bien à un niveau plus offensif que se situent les intentions réelles de ces intervenants. Il n'y a rien de surprenant que la Ligue catholique interjette appel contre le jugement de la Cour supérieure du 6 septembre 2002⁹³ qui déclare inopérantes les

90. La Cour supérieure dans sa décision du 2 mai 2002 ne s'y est pas trompée (*JTI MacDonald Corporation c. Canada (Procureure générale)*, [2002] R.J.Q. 1478 (C.S.)). Rappelant les restrictions imposées dans le jugement accordant à la SCC le statut d'intervenante (par. 79) (« L'intervention de la Société canadienne du cancer devra être circonscrite et limitée [...] Elle devra donc restreindre le champ de son intervention à la question de savoir si les dispositions contestées de la *Loi sur le tabac* relatives à la publicité constituent des violations au droit à la liberté d'expression qui peuvent être justifiées à la lumière de l'article 1 de la Charte. Elle n'est pas autorisée à faire valoir son point de vue sur les autres questions en litige »), le juge estime (par. 82) que « ce n'est pas une simple suggestion, mais une ordonnance que la Cour partage si besoin en était ».

91. *Hendricks c. Québec (Procureure générale)*, précité, note 81, par. 10.

92. *Id.*, par. 25.

93. *Hendricks c. Procureur général du Québec*, précité, note 81.

dispositions prévoyant que le mariage ne peut être célébré qu'entre un homme et une femme. Dans la décision en date du 19 mars 2004⁹⁴, Hendricks demande le rejet de l'appel ainsi interjeté par la Ligue aux motifs que l'appelante n'aurait pas l'intérêt juridique suffisant et parce qu'elle ne remplit pas les conditions du test élaboré par la Cour suprême pour agir dans l'intérêt public. Le contexte est particulier : le procureur général s'est désisté de son appel contre le jugement de 2002 et a saisi la Cour suprême d'un renvoi dans lequel la Ligue appelante au principal a obtenu le statut d'intervenant ! Désormais, l'appelante, qui n'était à l'origine qu'une intervenante représentant les intérêts d'un groupe, « demeure la seule interlocutrice des intimés⁹⁵ ». La Cour d'appel commet alors l'erreur de qualifier la Ligue d'« intervenante au sens de l'article 208 du *Code de procédure civile*, ce qui lui confère le statut de partie au litige et, conséquemment, le droit de se pourvoir devant la Cour⁹⁶ ». La Cour d'appel essaie tant bien que mal de se sortir d'une situation pourtant inextricable compte tenu de cette affirmation en soutenant au paragraphe suivant que « les circonstances d'un procès sont quelques fois imprévisibles et elles peuvent évoluer de telle manière que l'intervenant perdra la qualité pour continuer le débat. Situation rare certes, mais néanmoins possible. C'est le cas en l'espèce⁹⁷. » La requête en rejet d'appel est accueillie mais à la suite d'un raisonnement passablement confus et pétri de contradictions. L'erreur de qualifier la Ligue d'intervenante au sens de l'article 208 C.p.c. lui conférant le statut de partie conformément à l'article 210 C.p.c. est d'autant plus surprenante que depuis le 1^{er} janvier 2003 est entré en vigueur le nouvel article 211 C.p.c. Celui-ci prévoit qu'un tiers peut demander à intervenir pour faire des représentations lors de l'instruction. Or, la demande d'intervention de la

94. *Ligue catholique pour les droits de l'Homme c. Hendricks*, précité, note 81.

95. *Id.*, par. 10.

96. *Id.*, par. 31.

97. Le paragraphe 39 mérite, lui aussi, d'être lu tant il est confus et erroné et tant il contredit le paragraphe 31 qui, conformément à l'article 210 (3) C.p.c., confère le statut de partie à l'intervenant : « Cela dit, même si l'appelante satisfaisait au premier critère, qu'en est-il du second, celui dit de l'intérêt véritable ? Ici, elle échoue. L'appelante plaide que l'on ne doit pas qualifier son intérêt. Elle a tort pour plusieurs raisons. D'abord, elle a elle-même défini son champ d'intérêt dans sa procédure en Cour supérieure. Ensuite, comme nous l'avons vu plus tôt, la jurisprudence distingue l'intérêt de l'intervenant de celui du requérant. En troisième lieu, l'appelante n'a pas démontré, suivant le poids des probabilités, que son intérêt particulier est suffisant pour se substituer à celui de l'ensemble de la collectivité représentée par le Procureur général. Enfin, la qualité réclamée par l'appelante n'est que générale et n'affecte aucun de ses droits propres puisque, d'une part, la seule question en cause est celle du mariage civil et que, d'autre part, une disposition expresse de la loi permet à tout ministre du culte de refuser de célébrer un mariage contre lequel il existe un empêchement selon la religion. »

Ligue correspond exactement à l'article 211 C.p.c., à savoir présenter des arguments sur les aspects religieux et historiques du mariage lors de l'instruction afin d'éclairer le tribunal. Le juge applique le nouvel article 210 (3) C.p.c. et ne mentionne même pas l'article 211 C.p.c. qui lui permettait pourtant de faire l'économie d'un raisonnement contradictoire. Il suffisait de dire qu'en 2001 la Ligue s'était vu accorder le statut d'intervenant d'intérêt public — distinct de celui de l'article 208 C.p.c. — qui est désormais codifié à l'article 211 C.p.c. et qu'en vertu de cet article l'intervenant n'est pas une partie et ne peut interjeter d'appel.

L'affaire *Hendricks* montre à quel point l'intervenant peut se faire envahissant et dangereux pour l'équilibre du procès si le juge n'utilise pas de ses pouvoirs pour limiter son rôle. Cette décision suscite également une interrogation sur l'interprétation de l'article 211 C.p.c.

2.2 L'intervenant amical de l'article 211 du *Code de procédure civile*

L'article 211 C.p.c. dispose qu'« un tiers peut demander à intervenir pour faire des représentations lors de l'instruction. Il doit, pour ce faire, informer les parties par écrit du but et des motifs de son intervention. Le tribunal peut l'y autoriser, s'il estime opportun, compte tenu des questions en litige et après avoir entendu les parties. »

Les règles du *Code de procédure civile* relatives à l'intervention, bien qu'elles aient été interprétées par la jurisprudence de manière à admettre l'intervention de groupements d'intérêt public, ne sont pas adaptées à ce type d'intervention, notamment lorsque le juge admet que l'intervenant acquiert le statut de partie. Depuis le 1^{er} janvier 2003, il existe un intervenant d'un nouveau type et il est possible que cette intervention soit qualifiée d'amicale dans la prochaine étape de la réforme du *Code de procédure civile*. En effet, il est désormais prévu qu'un tiers puisse demander à intervenir pour faire des représentations lors de l'instruction. Cet intervenant ne devient pas partie à l'instance et exerce un droit limité de faire des représentations — « estimées opportunes par le tribunal compte tenu des questions en litige » — lors de l'enquête et de l'audition⁹⁸. Il convient d'expliquer les raisons de l'adoption de l'article 211 C.p.c. et de s'interroger sur son fonctionnement (2.2.1) tout en regrettant que l'intervenant amical n'ait pas encore été l'objet de l'attention des tribunaux (2.2.2). Cette absence d'intérêt pour l'article 211 C.p.c. est surprenante dans la mesure où ce

98. À noter qu'il a alors le même statut que le procureur participant à l'instruction en vertu de l'article 99 C.p.c.

mécanisme d'intervention amical semble tout à fait approprié à l'immixtion contrôlée de la « société civile » dans le mécanisme juridictionnel (2.2.3).

2.2.1 De l'intervenant d'intérêt public jurisprudentiel à l'intervenant amical de l'article 211 du *Code de procédure civile*

L'adoption de l'article 211 C.p.c. s'explique en raison de l'inadéquation du mécanisme classique de l'intervention volontaire à l'intervention d'intérêt public. Cet article est à vrai dire une codification de l'intervention d'intérêt public. La tendance générale à la publicisation de modèles processuels dessinés pour le contentieux privé n'est pas étrangère à l'adoption de cet article. Notons que cette intervention est susceptible d'être qualifiée d'amical dans la prochaine réforme. Si tel était le cas, l'*amicus curiae lato sensu* ferait expressément son entrée dans la procédure civile québécoise.

Le professeur Ferland ne fait d'ailleurs pas de mystère autour de l'appellation de cet intervenant qui « agit pour ainsi dire à titre d'*amicus curiae* sans être partie à l'instance à part entière. Une telle intervention permet en particulier à des groupements d'intérêt public, notamment en matière de droit constitutionnel, de faire valoir leurs vues distinctes de celles des parties à l'instance⁹⁹. »

L'élément primordial du statut de cet intervenant amical est qu'il n'est pas partie au litige. Si l'article 211 C.p.c. a la grand mérite de corriger ce défaut du droit antérieur, il ne résout pourtant pas tous les problèmes. Notamment, aucune référence n'est faite à l'intérêt de l'intervenant. Logiquement, il ne devrait pas être soumis à l'article 208 C.p.c. puisqu'il ne l'est pas à l'article 210 C.p.c. Toutefois, l'article 208 C.p.c. garde une certaine généralité et surtout, puisque l'article 211 C.p.c. est une codification de l'intervention d'intérêt public, les critères dégagés par la jurisprudence pour déterminer l'intérêt en droit public ont de bonnes chances de se maintenir. L'intervention de l'article 211 C.p.c. est laissée à la discrétion du juge, mais il est possible de s'interroger sur la question à savoir si les tribunaux ne vont pas être plus libéraux dans l'admission d'intervenants amicaux compte tenu du fait que ces tiers n'auront plus autant de droits procéduraux qu'auparavant. Il n'est pas impossible que l'intérêt de l'intervenant soit apprécié plus libéralement et corrigé parfois par ses connaissances ou ses compétences spécifiques, mais le juge devra veiller à ce que l'intervention

99. D. FERLAND et B. EMERY, *op. cit.*, note 54, p. 361.

ne soit ni un coût supplémentaire ni un frein à la Justice. L'intervenant amical aide la cour, l'éclaire, c'est un ami de la cour. Cette dernière n'est pourtant guère attentive à ce nouvel ami.

2.2.2 Une jurisprudence inamicale

La décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Hendricks*¹⁰⁰ tente, sans succès, de concilier l'intervention d'intérêt public et l'intervention de l'article 208 C.p.c., alors que le *Code de procédure civile* lui-même prévoit à l'article 211 un nouveau type d'intervention qui peut être considéré comme la codification de l'intervention d'intérêt public et qui a le grand mérite de faire ce que les juges n'ont pas toujours expressément fait : limiter l'intervention de tiers non intéressés à la phase de l'instruction. La jurisprudence ignore, semble-t-il, l'intervenant amical de l'article 211 C.p.c.

En 2003 déjà, le juge, dans l'affaire *Concordia Student Union*¹⁰¹, ne s'était pas appuyé sur cette disposition qui correspondait pourtant parfaitement à la demande d'intervention formée par le Congrès juif canadien (CJC). Le tribunal ne relève pas alors la distinction entre l'intervention des articles 208 à 210 C.p.c. et l'intervention d'intérêt public dont il est possible d'estimer que l'article 211 C.p.c. est la codification. C'est regrettable et surprenant. Regrettable parce qu'une interprétation de l'article 211 C.p.c. aurait été la bienvenue et surprenant en raison de l'adéquation de l'article 211 C.p.c. à la situation du CJC.

Dans la décision de la Cour supérieure du 30 janvier 2003, *Propair inc. c. Goodrich Corp.*¹⁰², dans le contexte d'une procédure relative à un accident d'avion, deux associations de pilotes dont aucun des pilotes impliqués dans l'accident n'était membre ont demandé à intervenir. Le juge refuse de considérer ces associations comme des intervenants, car elles n'ont pas d'intérêt. Toutefois, « le Tribunal prend en compte les représentations des avocats des associations, mais à titre d'*amicus curiae* seulement ». Le juge ne s'appuie certes pas expressément sur l'article 211 C.p.c. Toutefois, non seulement il qualifie la participation de ces associations d'*amicus curiae*, mais surtout il précise bien que celle-ci n'a rien à voir avec le mécanisme de l'intervention volontaire prévu par les articles 208 C.p.c. et suivants parce que l'intervenant amical — ici qualifié d'*amicus curiae* — n'a pas d'intérêt à agir.

100. *Ligue catholique pour les droits de l'Homme c. Hendricks*, précité, note 81.

101. *Joseph c. Concordia Student Union Inc.*, J.E. 2003-740 (C.S.).

102. *Propair inc. c. Goodrich Corp.*, J.E. 2003-677 (C.S.).

La question de savoir si l'intervenant amical sera appelé à être autre chose que l'intervenant d'intérêt public est capitale dans l'interprétation de l'article 211 C.p.c. La question sous-entendue est la suivante : les règles de l'intérêt en droit public vont-elles continuer à s'appliquer ou l'ami pourrait-il percer sous l'intervenant afin d'éclairer le juge sur certains points de fait ou de droit compte tenu de ses connaissances et compétences ? L'expertise est un des critères parfois utilisés par le juge pour accorder le statut d'intervenant en droit public. Dans la mesure où désormais le tiers n'aura la possibilité que de faire des représentations durant l'instruction, le juge n'accordera-t-il pas davantage d'importance à la compétence de l'intervenant qu'à son intérêt ? D'ailleurs, les juges québécois qui se réfèrent aux critères élaborés en matière d'action d'intérêt public par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Thorson*, *McNeil* et *Borowski*¹⁰³ pour déterminer si l'intervention doit être acceptée ou non ne semblent pas voir que dans ces affaires l'intérêt est réduit à peau de chagrin¹⁰⁴. En outre, dans l'affaire *Alliance pour les communautés au Québec (Alliance Québec) c. Québec*¹⁰⁵, le juge a souligné qu'un « intervenant qui ne démontre pas un intérêt juridique et immédiat dans un procès, qui ne demande pas que lui soit reconnu un droit sur lequel la contestation est engagée et qui n'a jamais demandé que son intervention fût reçue pourrait faire des représentations devant la Cour à titre d'*amicus curiae*¹⁰⁶ ».

2.2.3 Un mécanisme encadré d'ouverture du mécanisme juridictionnel aux tiers non intéressés

L'intervention amicale de l'article 211 C.p.c. semble représenter un bon équilibre entre la nécessaire ouverture du processus juridictionnel et l'encadrement par le juge de cette immixtion de la « société civile ».

103. *Thorson c. Canada (Procureur général)*, précité, note 7 ; *Nova Scotia (Board of Censors) c. McNeil*, précité, note 7 ; *Canada (ministre de la Justice) c. Borowski*, précité, note 7.

104. « Borowski could not have suffered an abortion as a woman or as a fetus » : P. BOWAL, « Speaking up for Others : Locus Standi and Representative Bodies », (1994) 35 C. de D. 905, 922.

105. *Alliance pour les communautés au Québec (Alliance Québec) c. Québec (Procureur général)*, [1990] R.J.Q. 2622 (C.S.).

106. Dans cette affaire relative à la contestation d'une décision de l'Office de la langue française (OLF), l'intervenante Alliance Québec ne répondait pas aux critères de l'article 208. L'intervenante n'a pas démontré un intérêt juridique et immédiat dans le procès et elle n'a pas non plus demandé que lui soit reconnu un droit sur lequel la contestation était engagée. Conscient de l'irrégularité du statut de l'intervenant, son procureur (qui était aussi celui des demandeurs) a demandé verbalement de recevoir l'intervenante comme *amicus curiae*. La défenderesse ayant acquiescé à cette demande, le tribunal a permis à l'« intervenante » de faire des représentations par la voix de son procureur à titre d'*amicus curiae*.

L'ouverture du prétoire aux tiers qui ne sont pas directement intéressés doit s'accompagner d'un renforcement du rôle du juge puisque cette immixtion a pour objet de permettre à ce dernier de rendre la décision la plus juste et la plus éclairée possible. Nous espérons en tous les cas que le juge n'hésitera pas à user de ses prérogatives en vertu de l'article 211 C.p.c. Il conviendra peut-être d'admettre que cet article permet un assouplissement des conditions d'intérêt du tiers qui devraient être rééquilibrées avec ses compétences et connaissances pour faire de l'intervenant amical un véritable ami de la cour. Il faut passer de la lumière agressive à la lumière amicale. Bien entendu, l'intervenant n'est ni objectif ni impartial : ce sont là des vertus qui existent encore moins en droit qu'ailleurs. Cependant, l'intervenant doit être amical : c'est pour assister la cour qu'il intervient et celle-ci doit toujours en avoir conscience afin de ne pas être écrasée par une société civile trop bien pensante¹⁰⁷.

Conclusion : des amis de la cour ?

L'ami de la cour est à la fois la personne à qui le juge fait appel afin qu'elle l'aide à rendre une décision juste et éclairée et une personne qui, spontanément, estime qu'elle peut aider le juge à rendre une décision plus équilibrée¹⁰⁸. Selon A. Lévy, le mécanisme de l'*amicus curiae* — exception au modèle accusatoire, puisqu'en principe les parties étant maîtresses de la matière litigieuse et des arguments de droit, le juge ne pouvait ni solliciter ni accueillir aucune aide extérieure — s'est développé « when it became recognized that the court sometimes needed a friend to help it in its effort to see justice done¹⁰⁹ ». L'amitié n'est pas sélective puisque l'ami entendu

107. À cet égard, voir les commentaires du juge dans la décision *Imperial Tobacco Ltd. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 4, 370 : « Il y a dans certaines allégations de la S.C.C. un relent de puritanisme et d'intolérance qui ne laisse pas d'être agaçant par moments. Certes, la C.S.S. poursuit une œuvre belle et grandiose, mais doit-elle pour cela se présenter comme défenseur de la vertu sur le vice, le triomphateur du bien sur le mal, le mentor du désintéressement vis-à-vis du principe capitaliste d'intéressement matériel [...] ? »

108. Voir notamment l'approche de J.L.L.J. EDWARDS, *The Attorney General, Politic and the Public Interest*, Londres, Sweet & Maxwell, 1984, p. 153 et 154 : « The role of an *amicus curiae* or friend of the court is by no means restricted to participation by the Law Officers of the Crown, it being open to the presiding judge in any case to grant leave to a *person*, not necessarily a member of the Bar who is not engaged in the case being litigated, to assist the court in the capacity of an adviser by drawing to its attention legal authorities that might otherwise be overlooked. By its very definition an *amicus curiae* is not an adversary in the proceedings » (l'italique est de nous).

109. A. LÉVY, « *Amicus Curiae* (An Offer of Assistance to the Court) », (1972) 20 *Chitty's L.J.* 94.

largement peut représenter un groupe d'intérêt, être expert dans son domaine ou encore être un avocat célèbre ou un simple citoyen. En revanche, la cour nourrit des amitiés de longue date, des amitiés incontournables, comme celle qu'elle entretient avec le procureur général et avec l'*amicus curiae* entendu strictement devant la Cour suprême du Canada.

Le procureur général agit certainement en ami de la cour et la qualification d'*amicus curiae* lui est d'ailleurs souvent accordée¹¹⁰. L'intervenant d'intérêt public ou mieux encore l'intervenant amical correspond au mécanisme américain de l'*amicus curiae*. Cette immixtion de la société civile dans le processus juridictionnel est assurément celle dont il va être de plus en plus question à l'avenir, notamment devant les juridictions internationales. L'expression *amicus curiae* désigne, spécialement devant la Cour suprême du Canada, un mécanisme particulier de représentation d'intérêt absent par un avocat. Parmi les tiers dépourvus d'intérêt juridique, seul l'expert judiciaire ne peut pas être assimilé à un ami de la cour. L'expert assiste le juge, c'est indéniable. Pourtant, l'expert relève entièrement du droit de la preuve. Il n'est pas tiers au procès, il est partie intégrante de ce dernier. Ce qui est recherché avec l'expert, c'est la vérité, alors que ce qui est recherché avec les autres tiers, c'est la solution la plus équilibrée, la plus appropriée à une situation qui ne connaît pas nécessairement de vérité, fût-elle judiciaire. L'expert informe et éclaire le juge sur les faits du litige, éventuellement sur le droit, mais il ne va pas au-delà, contrairement aux intervenants qui insistent non pas sur les conséquences méta-juridiques de la décision, mais sur les conséquences juridiques au-delà de la résolution du litige entre deux personnes privées.

Refuser le titre d'ami de la cour à l'expert en raison de son appartenance pleine et entière au droit de la preuve et l'accorder au procureur général, à l'intervenant amical et à l'*amicus curiae* ne permet pas de qualifier juridiquement ce que sont ces tiers, c'est-à-dire ce qu'est l'ami de la cour. Ce n'est pas un simple mode de preuve, ce n'est « ni un témoin, ni

110. L.-A. HUSTON et autres, *Roles of The Attorney General of the United States*, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1968; K. O'CONNOR, « The Amicus Curiae Role of the U.S. Solicitor General in Supreme Court Litigation », 1983 (66) *Judicature* 256; J. SEGAL, « Amicus Curiae Briefs Filed by Solicitor General During the Warren and Burger Courts », *Western Political Quarterly*, vol. 41, 1988, p. 135; J.L.L.J. EDWARDS, *op. cit.*, note 108; I.R. SCOTT, *op. cit.*, note 51; CENTRE INTERUNIVERSITAIRE DE DROIT JUDICIAIRE, *Amice curiae, quo vadis? Le ministère public en matière civile, commerciale, administrative et sociale*, Bruxelles/Anvers, Bruylant/Kluwer, 2002.

expert¹¹¹ » et il n'est pas partie au procès. L'ami de la cour n'entre dans aucune catégorie processuelle existante et constitue plutôt un mécanisme nouveau et malléable « du droit à l'information dont doit bénéficier le juge¹¹² ». C'est un nouvel instrument entre les mains du juge pour permettre à ce dernier d'affronter de manière plus équilibrée les nouveaux défis qui se présentent à lui¹¹³. L'immixtion de tiers non intéressés relève des pouvoirs du juge et elle n'est possible que si ces pouvoirs sont importants. En effet, quelles que soient l'identité et la qualité de l'ami, la cour doit veiller à ne pas se décharger sur lui lorsqu'elle lui demande assistance et il lui faut par ailleurs repousser l'ami trop envahissant. Cette conception utilitariste de l'amitié est la voie dans laquelle doit rester le juge s'il ne veut pas être dépossédé de ses prérogatives ou submergé d'interventions qui n'ont rien d'amical.

À ce sujet, ajoutons quelques lignes sur l'intervention d'intérêt public ou amicale qui nous paraît un mécanisme amical tout à fait fondamental. L'article 211 C.p.c. prévoyant désormais un mécanisme amical d'intervention assure à la société civile une possibilité de s'immiscer dans le mécanisme juridictionnel et correspond aux nécessités de l'évolution du contentieux. Avant l'entrée en vigueur de cette disposition, un certain nombre de décisions rapprochaient déjà l'intervention d'intérêt public de l'*amicus* américain. C'est notamment le cas des décisions qui insistent sur le fait que le tribunal doit s'interroger sur la capacité de l'intervenant « de l'assister dans la solution des problèmes et de représenter certains groupes ou certains intérêts sociaux susceptibles d'être affectés par la solution que dégageront les tribunaux¹¹⁴ » ; de celles qui insistent sur le critère selon lequel l'apport de l'intervenant doit être « nécessaire et utile » à la solution du litige¹¹⁵ ou encore de celles qui font référence aux compétences et aux connaissances de l'intervenant dans un domaine¹¹⁶. L'intervention de la

111. Nous reprenons les mots de la Cour d'appel de Paris lorsqu'elle a admis pour la première fois un *amicus curiae* : Ass. Ch. Paris, 6 juil. 1988, *Gaz. Pal.* 16 oct. 1988, note Y. Laurin ; décision commentée dans R. PERROT, « Mesure d'instruction : l'*amicus curiae* », (1989) 88 *Rev. Trim. Dr. Civ.* 138.

112. D. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 60, p. 113.

113. C. L'HEUREUX-DUBÉ, « Le défi de la magistrature : s'adapter à son nouveau rôle », dans M.J. MOSSMAN et G. OTIS (dir.), *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Thémis, 1999, p. 455.

114. *Caron c. R.*, précité, note 65 ; *Québec (Procureure générale) c. Entreprises WFH ltée*, précité, note 78.

115. *Association des policiers de Gatineau inc. c. Buckingham (Ville de)*, précité, note 78.

116. *Rothmans, Benson & Hedges inc. c. Canada*, précité, note 86 ; *Rothmans, Benson & Hedges inc. c. Canada (Procureur général)*, précité, note 80.

« société civile » dans le processus juridictionnel est un phénomène récent, mais dont l'essor a été rapide devant les juridictions d'un certain nombre d'États et désormais devant les juridictions internationales. Il faut reconnaître que l'évolution du contentieux est la même partout : « Plus que jamais les tribunaux du monde entier font face aux mêmes questions [...] Comme les débats sociaux à travers le monde se ressemblent de plus en plus, il en va naturellement de même pour les débats juridiques équivalents¹¹⁷. »

117. C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 113, 458.