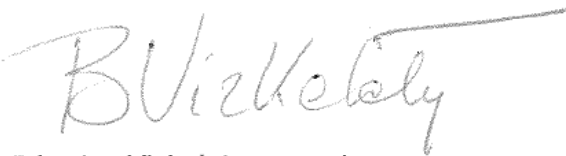


**MÉMOIRE À LA COMMISSION DES INSTITUTIONS
DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE**

AVANT-PROJET DE LOI INSTITUANT
LE NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Le 18 novembre 2011

Document adopté à la 573^e séance de la Commission,
tenue le 18 novembre 2011, par sa résolution COM-573-5.1.1

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'BVizkelety', with a long horizontal stroke extending from the end.

Béatrice Vizkelety, avocate
Secrétaire de la Commission

Analyse, recherche et rédaction :

M^e Claire Bernard, conseillère juridique
M^e Evelyne Pedneault, conseillère juridique
Direction de la recherche, de l'éducation-coopération et des communications

Traitement de texte :

Chantal Légaré
Direction de la recherche, de l'éducation-coopération et des communications

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
1 LA PROCÉDURE APPLICABLE AUX MODES PRIVÉS DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS : QUESTIONNEMENTS	3
1.1 La mise en œuvre de la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement des différends.....	3
1.2 L'article 1 de l'avant-projet de loi.....	7
2 COMMENTAIRES SUR CERTAINES DISPOSITIONS	9
2.1 L'article 27 relatif aux formalités devant précéder toute modification d'une règle de procédure ou l'adoption d'une nouvelle.....	9
2.2 L'article 238 qui prévoit l'intervention du tribunal visant à empêcher la tenue de l'examen physique, mental ou psychosocial par un expert ou à en modifier les conditions, malgré l'entente des parties.....	11
2.3 L'article 388 quant au droit d'être entendu du mineur concerné par une demande qui porte sur son intégrité, son état ou sa capacité	13
2.4 L'article 720 établissant les règles particulières à la saisie sur la personne du débiteur.....	16
CONCLUSION.....	20

INTRODUCTION

La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (ci-après la Commission) a pour mission d'assurer, par toutes mesures appropriées, la promotion et le respect des principes inscrits dans la *Charte des droits et libertés de la personne*¹. Pour ce faire, la Commission, dont les membres sont nommés par l'Assemblée nationale sur proposition du premier ministre², a notamment la responsabilité d'analyser les textes législatifs en vue de vérifier leur conformité à la Charte et de faire les recommandations qu'elle estime appropriées³.

Dans le cadre de ce mandat, nous présentons aux membres de la Commission des institutions nos commentaires sur l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*⁴ déposé à l'Assemblée nationale par le ministre de la Justice le 29 septembre 2011. Présenté dans le cadre du Plan Accès Justice, le nouveau *Code de procédure civile* vise principalement les objectifs suivants : assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure, l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre et le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice⁵. Est ainsi proposé un ensemble de règles de nature à permettre l'atteinte et le respect de ces objectifs⁶.

La Commission ne peut que souscrire à ceux-ci et tient, elle aussi, à en rappeler l'importance. Conformément aux articles 71 (2) et 78 de la Charte, la Commission tend d'ailleurs à « favoriser un règlement entre la personne dont les droits auraient été violés ou celui qui la représente, et la personne à qui cette violation est imputée »⁷, notamment à travers les services de médiation qu'elle offre. Nous sommes ainsi à même de constater que ce mode de prévention et de règlement des différends permet de relever le défi d'accès à la justice,

¹ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 57 al. 1 et 2 (ci-après « Charte »).

² *Id.*, art. 58 al. 2.

³ *Id.*, art. 71 al. 1 et al. 2 (6°).

⁴ *Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, (présentation – 29 septembre 2011), 2^e sess., 39^e légis. (Qc).

⁵ *Id.*, Notes explicatives.

⁶ *Id.*

⁷ *Charte*. Voir également l'article 78 de la Charte.

notamment parce qu'il rapproche l'offre de justice de la perception des attentes de justice du justiciable.

Nous remarquons par ailleurs l'introduction d'une disposition préliminaire à l'avant-projet de loi. En vertu de celle-ci, c'est en harmonie avec la Charte que les principes de justice civile du nouveau *Code de procédure civile* devront régir la procédure applicable — tant dans le cadre des modes privés de prévention et de règlement des différends que devant les tribunaux, — de même que la procédure d'exécution des jugements et de vente du bien d'autrui⁸. La lecture attentive de l'avant-projet de loi nous a permis de constater que de nombreux articles de celui-ci font effectivement référence, implicitement ou explicitement, à la Charte conformément à l'interprétation que nous en donnons.

Nous considérons toutefois que certaines dispositions de cet avant-projet de loi méritent que nous nous y attardions plus longuement. Dans un premier temps, la Commission souhaite apporter sa réflexion quant à la mise en œuvre des principes de la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement des différends⁹. Puis, dans un deuxième temps, nous analyserons plus particulièrement certaines dispositions de l'avant-projet de loi qui, à notre avis, devraient être amendées suivant les recommandations qui suivront. Ces dispositions sont les suivantes :

- l'article 27 relatif aux formalités devant précéder toute modification d'une règle de procédure ou l'adoption d'une nouvelle en vue de procéder à un projet-pilote¹⁰;
- l'article 238 qui prévoit l'intervention du tribunal visant à empêcher la tenue de l'examen physique, mental ou psychosocial par un expert ou à en modifier les conditions, malgré l'entente des parties¹¹;
- l'article 388 quant au droit d'être entendu du mineur concerné par une demande qui porte sur son intégrité, son état ou sa capacité¹²;

⁸ Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile, disposition préliminaire.

⁹ *Id.*, art. 1, mais aussi plus généralement le Livre I, Titre I, et le Livre VII.

¹⁰ *Id.*, art. 27.

¹¹ *Id.*, art. 238.

¹² *Id.*, art. 388.

- et, enfin, l'article 720 établissant les règles particulières à la saisie sur la personne du débiteur¹³.

Pour chacun de ces éléments, nous décrirons brièvement les modifications introduites par l'avant-projet de loi avant de les commenter.

1 LA PROCÉDURE APPLICABLE AUX MODES PRIVÉS DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS : QUESTIONNEMENTS

1.1 La mise en œuvre de la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement des différends

La « philosophie »¹⁴ ayant guidé le ministère de la Justice dans le cadre de la réforme du *Code de procédure civile*¹⁵ apparaît dans la disposition préliminaire de l'avant-projet de loi étudié. Il convient de citer plus particulièrement les deuxième et troisième alinéas de celle-ci :

« Le Code vise à permettre, dans l'intérêt public, le règlement des différends interpersonnels, collectifs ou sociétaux, par des procédés de justice civile adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes, parties à un différend, dans la prévention et le règlement de celui-ci.

Il vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice. »¹⁶

Le ministère de la Justice insiste d'ailleurs sur la nécessité de moderniser et de simplifier les règles de procédure, afin entre autres d'en « faciliter la compréhension », de « mieux répondre aux besoins juridiques du citoyen » et de « diminuer les coûts et les délais de la justice »¹⁷.

¹³ *Id.*, art. 720.

¹⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Nouveau Code de procédure civile, Une justice plus rapide et plus économique*, Québec, Gouvernement du Québec, septembre 2011, p. 4.

¹⁵ L.R.Q., c. C-25 (ci-après « C.p.c. »).

¹⁶ *Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, disposition préliminaire, al. 2 et 3.

¹⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *préc.*, note 14, p. 4.

Nous l'avons souligné dès l'introduction, la Commission ne peut que souscrire à de tels objectifs. Nous nous interrogeons toutefois sur les moyens associés à cette « mise en valeur »¹⁸ des modes privés et volontaires de prévention et de règlement des différends. Rappelons que la mise en œuvre de ceux-ci doit, dans les faits, garantir le droit à l'égalité de chacun et chacune dans l'accessibilité à la justice¹⁹.

La lecture des livres I et VII de l'avant-projet de loi, livres qui portent plus particulièrement sur les modes privés de prévention et de règlement des différends, nous permet de noter l'accent mis sur le caractère volontaire et consensuel du recours à ces modes de règlement des conflits. Citons notamment les extraits suivants des articles 1 et 2 de l'avant-projet de loi :

« 1. La justice civile privée repose sur les modes privés de prévention et de règlement des différends qui sont choisis d'un commun accord par les parties intéressées, dans le but de prévenir un différend à naître ou de résoudre un différend déjà né.

[...]

2. Les parties qui s'engagent dans une procédure de prévention et de règlement des différends le font volontairement. Elles sont alors tenues de participer de bonne foi, de faire preuve de transparence l'une envers l'autre, à l'égard notamment de l'information qu'elles détiennent, et de coopérer activement dans la recherche d'une solution.

[...].»²⁰

[Notre soulignement]

Soulignons que, sous réserve de l'entente des parties sur le sujet, de leur recours aux tribunaux ou de dispositions particulières de la loi, ces processus sont confidentiels²¹.

En ce qui a trait plus particulièrement à la médiation, il faut ajouter que le caractère volontaire du processus implique que la participation à celui-ci n'emporte pas renonciation au droit d'agir en justice²² et qu'une « partie peut, en tout temps, selon sa seule appréciation et sans être

¹⁸ *Id.*, p. 5.

¹⁹ *Charte*, art. 10 et 23.

²⁰ *Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, art. 1 al. 1 et art. 2 al. 1.

²¹ *Id.*, art. 5.

²² *Id.*, art. 612.

tenue de dévoiler ses motifs, se retirer du processus ou y mettre fin »²³. De plus, le médiateur qui constate « un déséquilibre important entre les parties » est tenu de le dénoncer et de préciser avec elles les mesures prises pour atténuer ou contrôler cette inégalité²⁴.

Plus généralement, l'avant-projet de loi introduit beaucoup de souplesse quant aux normes, critères et modes de procédures que les parties pourront emprunter. Citons notamment les articles 5 et 6 de l'avant-projet de loi :

« 5. Les parties peuvent prévenir ou régler leur différend en faisant appel à des normes et à des critères autres que ceux du droit, sous réserve du respect qu'elles doivent aux droits et libertés et aux autres règles d'ordre public.

6. Les parties qui conviennent de recourir à un mode privé pour prévenir ou régler leur différend déterminent, avec le tiers, le cas échéant, la procédure applicable au mode qu'elles ont choisi, mais dans la mesure où cette procédure n'est pas ainsi établie et qu'elles procèdent par voie de médiation ou d'arbitrage ou s'inspirent de ces modes, les règles du livre VII du présent code s'appliquent à titre supplétif. »²⁵

La Commission est heureuse de constater la précision relative au respect des droits et libertés et autres règles d'ordre public faite à l'article 5 de l'avant-projet de loi. Elle remarque également avec satisfaction que nulle modification n'est prévue à l'article 2639 du *Code civil du Québec*, article qui se lit ainsi :

« 2639. Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public. »²⁶

Nous sommes également satisfaits de l'article 412 de l'avant-projet de loi qui, remplaçant l'article 815.5 du *Code de procédure civile*, offre certaines garanties procédurales en matière familiale :

« 412. Chaque fois qu'il statue sur une entente en matière familiale, le tribunal s'assure que le consentement de chacune des parties a été donné sans contrainte et que l'entente préserve suffisamment l'intérêt des parties et des enfants et le respect de leurs droits.

²³ *Id.*, art. 619 al. 1.

²⁴ *Id.*, art. 616.

²⁵ *Id.*, art. 5 et 6.

²⁶ Art. 2639 C.c.Q.

Il peut, à ces fins, convoquer et entendre les parties, même séparément, en présence de leurs avocats. »²⁷

Nous aurions toutefois souhaité voir des garanties de cette nature à tous les modes de prévention et de règlement des différends et nous abordons avec prudence la souplesse associée à la mise en valeur des modes privés de prévention et de règlement des différends. Il est en effet permis de se demander si le seul critère du libre choix est suffisant pour protéger les droits fondamentaux de personnes en situation de vulnérabilité. L'approche consensuelle préconisée par l'avant-projet de loi ne pourra véritablement être qualifiée ainsi que si l'on tient compte de certains facteurs socio-économiques susceptibles de compromettre l'équilibre des parties à un point tel que l'accès à la justice en pleine l'égalité de l'une d'elles ne peut plus être garanti. Bien que le recours à un mode privé de prévention ou de règlement des conflits suppose le consentement mutuel des parties, l'accord de certaines d'entre elles peut être teinté par une situation d'inégalité, de dépendance, de violence, de pressions sociales ou d'oppression. Cela est d'ailleurs d'autant plus préoccupant que ces situations touchent plus particulièrement certains groupes de personnes en fonction de leur condition sociale, de leur âge, de leur origine ethnique ou nationale, de leur handicap ou de leur sexe²⁸. Ainsi, à défaut de mécanismes de détection appropriés de ces situations, la souplesse, mise en valeur par le projet de réforme étudié, pourrait tendre à favoriser le déséquilibre des parties, et ce, alors même que les valeurs intrinsèques des modes alternatifs de résolution des conflits — notamment les coûts et l'accessibilité de ceux-ci — constituent un facteur d'attraction pour les personnes en situation de vulnérabilité.

Les tribunaux l'ont maintes fois souligné, le principe d'égalité formelle n'est plus seul à entrer en ligne de compte dans l'analyse de la législation en cause et l'on doit également considérer tant le contexte social dans lequel s'inscrit celle-ci que les effets discriminatoires qui peuvent en découler²⁹. Or, en l'espèce, la prise en compte des facteurs socio-économiques tend à relativiser l'argument du libre-choix du mode privé de règlement des conflits.

²⁷ Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile, art. 412.

²⁸ Charte, art. 10.

²⁹ Voir notamment *Action travail des femmes c. Canadien National*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Law c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 88.

Dès lors, l'État québécois a l'obligation de veiller à ce que les rapports interindividuels et sociaux qui composent un processus de prévention ou de règlement d'un différend soient exempts *de facto* de traitements discriminatoires, et ce, indépendamment de la volonté des individus impliqués dans ce processus. Ainsi, au-delà des objectifs louables de la réforme proposée, a-t-on prévu des mécanismes d'accompagnement et de soutien appropriés pour les personnes qui souhaitent s'engager dans un processus privé de prévention ou de règlement de conflit, comme cela a été fait dans le contexte de la médiation familiale ? Et, qu'en sera-t-il des règles relatives à l'aide juridique offerte dans le cadre de tels processus, condition *sine qua non* d'un réel accès à la justice dans certains cas ?

Sans remettre en question les objectifs menant à la réforme du *Code de procédure civile*, la Commission souhaite que les moyens mis en œuvre pour y arriver tiennent compte de l'analyse contextualisée qui s'impose en vue d'assurer l'accessibilité à la justice en pleine égalité.

1.2 L'article 1 de l'avant-projet de loi

À la lumière des considérations qui précèdent, la Commission s'interroge sur l'utilisation du terme « doivent » au troisième alinéa de l'article 1 de l'avant-projet de loi. Ainsi, en vertu de cet alinéa, « les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux »³⁰.

L'article 41 al. 1 de la *Loi d'interprétation* établit que « toute disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage ».³¹ Encore plus précisément, l'article 51 de la même loi commande que « chaque fois qu'il est prescrit qu'une chose sera faite ou doit être faite, l'obligation de l'accomplir est absolue; mais s'il est dit qu'une chose “pourra” ou “peut” être faite, il est facultatif de l'accomplir ou non ».³²

³⁰ Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile, art. 1, al. 3 [notre soulignement].

³¹ *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, art. 41 al. 1.

³² *Id.*, art. 51.

Le ministère de la Justice confirme d'ailleurs qu'« alors que le code actuel mentionne aux parties qu'elles ont la possibilité de choisir [les modes privés et volontaires de prévention et de règlement des différends], le nouveau code les met en valeur, notamment en obligeant les parties à les considérer avant de s'adresser au tribunal »³³.

Le troisième alinéa de l'article 1, tel qu'il est actuellement formulé, crée donc une obligation absolue aux parties de considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux. Or, à notre avis, l'imposition de cette étape préliminaire est susceptible d'entrer en contradiction avec le premier alinéa de l'article 23 de la Charte qui garantit à toute personne «le droit, en pleine égalité à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle»³⁴.

Certaines questions se posent également quant à la mise en œuvre d'une telle obligation : comment et par qui seront encadrés ces processus de prévention et de règlement des différends de façon à garantir le respect des droits de chacun et chacune, incluant les personnes les plus vulnérables, et d'autant plus lorsqu'ils se déroulent dans un contexte privé? Comment pourra-t-on évaluer que les parties ont réellement respecté cette obligation? Et, qu'advierait-il si elles y contrevenaient? Les modes alternatifs de résolution des conflits étant fondés sur la prise en charge du processus par les parties elles-mêmes, permettons-nous de douter de l'efficacité qu'aurait un tel processus si les parties étaient, par exemple, contraintes de tenter l'exercice. Cela ne mènerait-il pas qu'à allonger les délais et les coûts, contrairement aux objectifs que vise justement la réforme en cours?

Nous pourrions par ailleurs rappeler qu'aucune procédure ou mode de règlement des conflits ne devrait constituer une fin en soi. Il ne s'agit que de moyens dont on dispose pour faire apparaître le droit et non pour y faire obstacle³⁵. Les objectifs visés par la réforme, aussi louables qu'ils soient, ne nous semblent pas justifier le retour au vieil adage suivant lequel la

³³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 14, p. 5.

³⁴ Charte, art. 23 al. 1.

³⁵ Art. 2 C.p.c.

forme devrait emporter le fond. Si nous convenons qu'il faut favoriser la plus grande pluralité des modes de prévention et de résolution des conflits, nous souscrivons également aux propos de M. J.J. Michel Robert, ancien juge en chef de la Cour d'appel qui, encore récemment, soulignait « qu'il n'y a pas de panacée universelle » et que « l'on doit plutôt envisager des ensembles de mesures plutôt qu'une mesure unique. »³⁶ Tous les types de conflits ne se prêtent pas nécessairement à tous les types modes de résolution de ceux-ci. Ainsi, nous sommes d'avis que l'on devrait plutôt offrir à chacun la possibilité d'évaluer au cas par cas la volonté et la capacité des parties de s'engager dans l'un ou l'autre des processus envisageables³⁷.

2 COMMENTAIRES SUR CERTAINES DISPOSITIONS

Outre la réflexion d'ordre plus général exposé dans la première partie de cet avis, certaines dispositions de l'avant-projet de loi ont attiré notre attention. Nous souhaitons transmettre à la Commission des institutions certaines recommandations relatives à celles-ci.

2.1 L'article 27 relatif aux formalités devant précéder toute modification d'une règle de procédure ou l'adoption d'une nouvelle

L'article 27 de l'avant-projet de loi prévoit les formalités que doit respecter le ministre de la Justice qui souhaite, par règlement, modifier une règle de procédure ou en adopter une nouvelle afin de procéder à un projet-pilote. Cette disposition se lit ainsi :

« Le ministre de la Justice peut, par règlement, après avoir pris en considération les effets du projet sur les droits des personnes et obtenu l'accord du juge en chef du Québec ou du juge en chef de la Cour supérieure ou de la Cour du Québec, selon leur compétence, et après avoir pris l'avis du Barreau du Québec et, le cas échéant, de la Chambre des notaires du Québec ou de la Chambre des huissiers de justice du Québec, modifier une règle de procédure ou en adopter une nouvelle pour le temps qu'il fixe, mais qui ne peut

³⁶ J.J. MICHEL ROBERT, « L'accessibilité de la justice et les modes alternatifs de résolution des conflits », dans *Modes alternatifs de résolution des conflits*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, Congrès du Barreau du Québec, 29 mai 2009, p. 9.

³⁷ SERGE PISAPIA et JEAN MAROIS, « Comment assister son client adéquatement dans un processus de règlement non judiciaire de conflit comme la médiation civile et commerciale », dans *Modes alternatifs de résolution des conflits*, *id.*, p. 3.

excéder trois ans, afin de procéder, dans les districts judiciaires qu'il indique, à un projet-pilote. »³⁸

La Commission se trouve satisfaite de l'obligation ainsi imposée au ministre de la Justice de considérer les effets du projet visé par cette disposition sur les droits de la personne. Considérant le mandat et l'expertise de la Commission en cette matière, nous trouvons toutefois nécessaire que cet article précise que le ministre doive également prendre l'avis de la Commission dans les cas où de tels effets seraient effectivement constatés.

Constituée en vertu de l'article 57 de la Charte, la Commission est investie par l'Assemblée nationale de la mission de veiller au respect des droits et libertés de la personne ainsi qu'à la protection de l'intérêt de l'enfant et au respect des droits qui lui sont reconnus. Elle doit notamment assurer, par toutes mesures appropriées, la promotion et le respect des principes contenus dans la Charte³⁹. Pour ce faire, la Commission doit, entre autres responsabilités, « relever les dispositions des lois du Québec qui seraient contraires à la Charte et faire au gouvernement les recommandations appropriées »⁴⁰. Elle doit également « recevoir les suggestions, recommandations et demandes qui lui sont faites touchant les droits et libertés de la personne, les étudier, éventuellement en invitant toute personne ou groupement intéressés à lui présenter publiquement ses observations lorsqu'elle estime que l'intérêt public ou celui du gouvernement le requiert, pour faire au gouvernement les recommandations appropriées »⁴¹.

L'examen critique de la législation et de la réglementation à la lumière de la Charte étant de notre responsabilité, l'avis que peut prendre le ministre de la Justice en vertu de l'article 27 de l'avant-projet de loi fait non seulement partie de notre mandat, mais il devient nécessaire lorsque le projet de règlement en question touche les droits et libertés de la personne. Nous considérons donc que l'article 27 de l'avant-projet de loi devrait être amendé de façon à en tenir compte.

³⁸ Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile, art. 27.

³⁹ *Id.*, art. 71 al. 1.

⁴⁰ *Id.*, art. 71 al. 2 (6).

⁴¹ *Id.*, art. 71 al. 2 (7).

2.2 L'article 238 qui prévoit l'intervention du tribunal visant à empêcher la tenue de l'examen physique, mental ou psychosocial par un expert ou à en modifier les conditions, malgré l'entente des parties

Le deuxième chapitre du titre III de l'avant-projet de loi porte sur l'expertise telle qu'elle est régie dans le cadre de la constitution et de la communication de la preuve avant l'instruction. La section IV de ce chapitre porte ainsi plus particulièrement sur les règles relatives à l'examen physique, mental ou psychosocial et c'est dans ce cadre que s'insère l'article 238 de l'avant-projet de loi. Cette disposition est rédigée comme suit :

« 238. Le tribunal peut, sur demande, empêcher la tenue de l'examen ou en modifier les conditions, malgré l'entente des parties, s'il l'estime approprié pour assurer le droit à l'intégrité et au respect de la personne concernée.

Il peut aussi, s'il considère cela nécessaire pour décider de l'affaire, ordonner à cette personne de se soumettre à un autre examen par l'expert qu'il désigne, au lieu, au jour et à l'heure qu'il indique à l'ordonnance et dans les conditions qu'il précise. Cet examen est, le cas échéant, aux frais de la partie qui le demande. »⁴²

[Notre soulignement]

C'est toujours à la lumière de son mandat que la Commission aborde cette disposition et, dans cette perspective, c'est la notion de droit au respect qu'on trouve au premier alinéa de l'article qui attire notre attention.

L'examen médical dont il est ici question vise une partie ou la personne qui a subi le préjudice qui donne lieu au litige et ne peut être exigé que si la considération de son état est nécessaire pour statuer⁴³. S'il peut s'avérer nécessaire dans certaines circonstances, il est également susceptible de porter atteinte au droit à l'intégrité de la personne visée, de même qu'à son droit à la sauvegarde de sa dignité⁴⁴ et son droit au respect de la vie privée⁴⁵, trois droits fondamentaux garantis en vertu de la Charte. La Commission a d'ailleurs déjà souligné que le

⁴² Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile, art. 238.

⁴³ *Id.*, art. 236.

⁴⁴ Charte, art. 4.

⁴⁵ Charte, art. 5.

fait même de procéder à l'examen d'une personne est une atteinte à l'intégrité de celle-ci⁴⁶, ce que reconnaît le *Code civil du Québec* aux articles 10 et 11 :

« 10. Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité.

Sauf dans les cas prévus par la loi, nul ne peut lui porter atteinte sans son consentement libre et éclairé.

11. Nul ne peut être soumis sans son consentement à des soins, quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'examens, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention. »⁴⁷

Encore récemment, la Cour d'appel confirmait de plus que l'article 399 du *Code de procédure civile*, prévoyant lui aussi un examen médical en cours de procédure, doit être interprété de façon à tenir compte des droits fondamentaux et des droits de la personnalité. Ainsi, rappelle le tribunal :

« La procédure civile s'harmonie, comme la Cour suprême le note dans l'arrêt *Lac d'Amiante du Québec Ltée*, avec les principes généraux du droit commun exprimés dans le Code civil et, au-delà du Code " [...] elle doit aussi respecter les valeurs exprimées par la Charte québécoise [...] »⁴⁸.

La Cour d'appel ajoute que si un tel examen médical, ordonné contre la volonté de la personne visée, « heurte, à première vue, le droit à l'intégrité de [celle-ci] et son droit à la vie privée »⁴⁹, cette atteinte peut être justifiée dans certaines circonstances. Nous pourrions compléter en précisant qu'une telle atteinte ne serait, par exemple, pas illicite si elle est autorisée par le titulaire de ces droits ou par une législation particulière qui ne contreviendrait pas à la Charte.

L'examen dont il est question à l'article 238 pourrait cependant ne pas répondre à ces conditions, notamment parce qu'il serait demandé par un tiers. Nous trouvons ainsi satisfaisant que cette disposition permette au tribunal, sur demande, d'empêcher la tenue de l'examen ou d'en modifier les conditions malgré l'entente des parties. Nous nous interrogeons toutefois sur

⁴⁶ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Les examens médicaux en emploi*, juin 1998, p. 17.

⁴⁷ C.c.Q., art. 10 et 11.

⁴⁸ *Turmel c. Turmel*, [2010] R.J.Q. 1490 (C.A.), par. 46; citant *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, par. 40.

⁴⁹ *Id.*, par. 47.

les motifs qui pourraient l'amener à le faire en ce qu'ils reposent en partie sur le droit au respect de la personne concernée. Qu'est-ce que le droit au respect de la personne? Ne devrait-on pas plutôt référer au droit à la sauvegarde de la dignité ou encore au droit au respect de la vie privée respectivement garantis par les articles 4 et 5 de la Charte?

Les règles classiques d'interprétation des lois nous enseignent qu'à défaut de définition particulière précisée dans la loi, il faut donner aux mots choisis par le législateur leur sens courant⁵⁰. Or, s'il semble relativement aisé d'aborder ainsi le terme respect pris isolément, l'exercice nous semble plus incertain avec la notion de droit au respect. Qu'entend-on par là? Et, sur quel fondement juridique repose ce droit au respect?

Le principe de rédaction des lois dit de l'uniformité d'expression prescrit par ailleurs que « la même idée doit être exprimée dans les mêmes termes »⁵¹. Et M. Pigeon, professeur et ancien juge à la Cour suprême, est clair à ce sujet : « dans la rédaction juridique, lorsqu'on n'emploie pas le même mot ou la même expression identiquement, les tribunaux présument, non pas que l'on a voulu varier l'expression, mais que l'on a voulu introduire une distinction ou une nuance »⁵². Mais quelle distinction ou nuance introduit ici le droit au respect de la personne par rapport aux droits fondamentaux susceptibles d'être en jeu?

La Commission recommande ainsi de reformuler cette disposition de façon à référer aux droits et libertés déjà reconnus et garantis par la Charte et susceptibles d'être atteints dans le cadre de l'examen médical visé, tels que le droit à la sauvegarde de sa dignité et le droit au respect de la vie privée, plutôt qu'au droit au respect de la personne.

2.3 L'article 388 quant au droit d'être entendu du mineur concerné par une demande qui porte sur son intégrité, son état ou sa capacité

Le nouveau *Code de procédure civile* reprendrait, avec quelques modifications, les règles qui existent dans le Code actuel en matière d'audition des mineurs.

⁵⁰ Voir notamment PIERRE-ANDRÉ CÔTÉ, *L'interprétation des lois*, 4^e édition, Montréal, Les Éditions Thémis, 2009, p. 299.

⁵¹ *Id.*, p. 382.

⁵² LOUIS-PHILIPPE PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, 3^e édition, Québec, Publication du Québec, 1986, p. 79.

« 285. Lorsque le tribunal entend un mineur ou un majeur inapte, celui-ci peut être accompagné d'une personne apte à l'aider ou à le rassurer.

286. Le juge peut interroger le mineur ou le majeur inapte en salle d'audience ou en son cabinet; si l'intérêt d'un majeur inapte le requiert, il peut également, après en avoir avisé les parties, l'interroger là où il réside ou là où il est gardé, ou encore en tout autre lieu approprié. Le juge peut, si les circonstances l'exigent, interroger le mineur ou le majeur inapte hors la présence des parties, après avoir avisé celles-ci.

L'interrogatoire par le juge en son cabinet ou dans un autre lieu se tient en présence du greffier et de l'avocat du mineur ou du majeur inapte, le cas échéant.

Les avocats des parties assistent à l'interrogatoire; le juge peut cependant décider d'interroger le mineur ou le majeur inapte hors leur présence, auquel cas sa décision doit être motivée.

La déposition du mineur ou du majeur inapte est enregistrée; elle est transmise aux parties sur demande. »

L'avant-projet de loi propose d'ajouter des dispositions particulières lorsque la demande porte sur l'intégrité, l'état ou la capacité d'une personne.

« 388. Le majeur ou le mineur âgé de 14 ans et plus qui est concerné par une demande qui porte sur son intégrité, son état ou sa capacité doit, sauf impossibilité, être entendu personnellement qu'il s'agisse de recueillir ses observations ou son avis ou de l'interroger, avant qu'une décision du tribunal ne soit rendue ou, le cas échéant, qu'un procès-verbal ne soit dressé par le notaire saisi de la demande.

Le tribunal saisi de la demande peut déléguer à un juge ou à un greffier du district du lieu où la personne réside ou encore à un notaire exerçant dans ce district, la responsabilité d'entendre le majeur ou le mineur et de consigner ses réponses dans un document. L'interrogatoire ou le procès-verbal est communiqué au tribunal ou au notaire saisi de la demande, à celui qui a présenté la demande et, s'il y a lieu, à l'assemblée de parents, d'alliés ou d'amis et autres intéressés.

Lorsqu'un notaire est saisi de la demande, il ne peut déléguer la responsabilité d'entendre la personne que si le majeur réside dans un lieu éloigné et qu'il y a lieu d'éviter des frais de déplacement trop coûteux; il peut néanmoins, s'il ne parle pas suffisamment la langue de la personne concernée, mandater un notaire qui parle cette langue ou sinon demander les services d'un interprète.

Le notaire qui entend la personne dresse un procès-verbal en minute, traduit en français ou en anglais, le cas échéant.

389. En matière d'état, d'intégrité et de capacité, un avis conforme au modèle établi par le ministre de la Justice doit être joint à la demande afin d'informer la personne de ses droits et de ses obligations. L'huissier de justice qui signifie la demande doit attirer l'attention de la personne sur le contenu de cet avis. »

L'avant-projet de loi contient d'autres dispositions qui visent spécifiquement le mineur âgé de 14 ans ou plus. Elles concernent notamment l'énonciation de son statut de personne intéressée lorsqu'une demande en justice touche son état ou sa capacité (art. 86), la signification en mains propres d'une demande introductive d'instance (art. 117), la notification du procès-verbal du notaire agissant en matière non contentieuse (art. 315) et l'information relative à la constitution du conseil de tutelle (art. 400).

Mais, à la différence de l'article 388, ces dispositions sont associées à des articles du *Code civil du Québec* qui reconnaissent un statut juridique au mineur âgé de 14 ans ou plus.

Il n'en va pas de même pour l'article 388. Celui-ci exclurait de son champ d'application les mineurs âgés de moins de 14 ans, alors que le *Code civil du Québec* reconnaît à tout enfant le droit d'être entendu par le tribunal, si son âge et son discernement le permettent.

« 34. Le tribunal doit, chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt d'un enfant, lui donner la possibilité d'être entendu si son âge et son discernement le permettent. »

Le droit de l'enfant d'être entendu a été consacré par la Convention relative aux droits de l'enfant, à son article 12 :

« 1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

2. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale. »

Dans son observation générale portant sur l'interprétation de ce droit, le Comité des droits de l'enfant a recommandé aux États, en termes très clairs, de ne pas adopter de limites d'âge :

« Le Comité souligne que l'article 12 n'impose aucune limite d'âge en ce qui concerne le droit de l'enfant d'exprimer son opinion, et décourage les États parties d'adopter, que ce soit en droit ou en pratique, des limites d'âge de nature à restreindre le droit de l'enfant d'être entendu sur toutes les questions l'intéressant. »

Le Comité des droits de l'enfant réitère plusieurs fois que la capacité de l'enfant d'exprimer son opinion doit être déterminée au cas par cas, au moyen d'une évaluation individuelle.

Il précise que des mesures doivent être prises, notamment pour que le contexte de l'audition de l'enfant soit « favorable et encourageant ». Les articles 394.2, 394.3. et 394.4 actuellement en vigueur et les articles 285 et 286 du nouveau *Code de procédure civile* prévoient des aménagements visant à réaliser cet objectif.

En revanche, le nouvel article 388 aurait pour effet de restreindre le droit de l'enfant âgé de moins de 14 ans d'être entendu. La Commission recommande par conséquent que la disposition soit amendée afin de ne pas prévoir de limite d'âge.

2.4 L'article 720 établissant les règles particulières à la saisie sur la personne du débiteur

Les règles relatives à l'exécution des jugements sont prévues au livre VIII de l'avant-projet de loi. Après avoir précisé les principes et règles générales applicables en la matière⁵³, on s'attarde à la saisie des biens⁵⁴, et notamment aux règles particulières à certaines saisies⁵⁵. La section I de ce chapitre consacré aux règles particulières à certaines saisies porte sur la saisie sur la personne du débiteur et la première disposition de cette section, l'article 720, se lit ainsi :

« 720. L'huissier qui est convaincu que le débiteur a sur lui des biens de valeur peut être autorisé par le tribunal à procéder à la saisie de biens sur la personne du débiteur. Cette demande n'a pas à être notifiée au débiteur.

La saisie est précédée d'une demande de l'huissier enjoignant au saisi de lui remettre les biens. En cas de refus, l'huissier peut procéder à une fouille sur le débiteur avec, au besoin, l'assistance d'un agent de la paix. Il procède à la fouille et à la saisie de manière à limiter l'atteinte aux droits et libertés du saisi. »⁵⁶

[Notre soulignement]

⁵³ *Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, livre VIII, titre I.

⁵⁴ *Id.*, livre VIII, titre II.

⁵⁵ *Id.*, livre VIII, titre II, chap. III.

⁵⁶ *Id.*, art. 720.

À l'instar de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵⁷, l'article 24.1. de la Charte québécoise offre une garantie à l'encontre de toute fouille abusive maintes fois confirmée par la jurisprudence. Ainsi :

« 24.1 Nul ne peut faire l'objet de saisies, perquisitions ou fouilles abusives. »⁵⁸

Or, à la lumière de l'interprétation qu'on doit donner à l'article 24.1 de la Charte, il ne suffit pas que la fouille soit faite « de manière à limiter l'atteinte aux droits et libertés du saisi » tel que le prescrit l'article 720 de l'avant-projet de loi. Il faut plutôt référer aux exigences minimales en la matière formulées par la Cour suprême dès 1984 dans l'arrêt *Hunter c. Southam*⁵⁹. Formulées en lien avec l'article 8 de la *Charte canadienne* précité et dans un contexte autre, ces exigences s'appliquent également à l'article 24.1 de la Charte québécoise⁶⁰, et ce, tant dans le cadre de l'obtention de preuves en vue d'un procès criminel qu'à l'occasion d'un contrôle de sécurité, de contrôles douaniers ou de fouilles, saisies ou perquisitions effectuées sous l'empire d'une loi particulière.

Ainsi, brièvement exposées, ces exigences sont les suivantes :

- l'obtention d'une autorisation législative ou judiciaire préalable à la saisie, sans quoi la fouille est présumée abusive;
- l'existence de motifs raisonnables pour l'obtention d'une telle autorisation;
- et, le fait que la fouille elle-même soit effectuée de façon non abusive⁶¹.

En l'espèce, l'article 720 étudié prévoit l'obligation d'obtenir une autorisation judiciaire préalable pour l'huissier qui souhaite procéder à une saisie sur la personne du débiteur. Comme la

⁵⁷ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.U.)], art. 8.

⁵⁸ *Charte*, art. 24.1.

⁵⁹ *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145.

⁶⁰ Voir notamment *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, [1994] 2 R.C.S. 406.

⁶¹ *Id.*; voir également YVES PARADIS et BENOIT LAUZON, « La Charte canadienne : les droits protégés, principes de base », dans *Collection de droit du Barreau du Québec*, vol. 11, *Droit pénal : Preuve et procédure*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 245.

Commission l'a déjà souligné⁶², encore faut-il cependant que le caractère raisonnable de cette autorisation soit démontré et que l'exécution même de la fouille ne soit pas abusive.

En ce qui a trait au caractère raisonnable de l'autorisation, la Cour suprême précise justement qu'il ne peut suffire que la loi oblige à l'obtention d'une autorisation préalable à la saisie, encore faut-il qu'on s'assure du caractère raisonnable de la demande à l'aide d'un critère objectif.

Ainsi :

« L'établissement d'un critère objectif applicable à l'autorisation préalable de procéder à une fouille, à une perquisition ou à une saisie a pour but de fournir un critère uniforme permettant de déterminer à quel moment les droits de l'État de commettre ces intrusions l'emportent sur ceux du particulier de s'y opposer. Relier ce critère à la conviction raisonnable d'un requérant que la perquisition peut permettre de découvrir des éléments de preuve pertinents équivaldrait à définir le critère approprié comme la possibilité de découvrir des éléments de preuve. Il s'agit d'un critère très faible qui permettrait de valider une intrusion commise par suite de soupçons et autoriserait des recherches à l'aveuglette très étendues. Ce critère favoriserait considérablement l'État et ne permettrait au particulier de s'opposer qu'aux intrusions les plus flagrantes. Je ne crois pas que ce soit là un critère approprié pour garantir le droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. »⁶³

Ces motifs raisonnables peuvent, par exemple, reposer sur des renseignements obtenus qui présentent des indices de fiabilité et doivent tenir compte de l'ensemble des circonstances. Ils ne peuvent être attribués qu'à de simples perceptions subjectives de l'agent de la paix ou, en l'espèce, de l'huissier⁶⁴.

Concrètement, on doit démontrer que l'intérêt de la saisie et de la fouille est plus important que celui de l'individu au respect de sa vie privée garanti par l'article 5 de la Charte. Il s'agit ainsi de se demander si une personne raisonnable, placée dans des circonstances semblables, conviendrait que les mesures utilisées correspondent à ce qu'il est possible d'espérer dans une société libre et démocratique⁶⁵. Notons par ailleurs que la gravité de l'atteinte au droit de

⁶² COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Notes pour la présentation de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse devant la Commission des institutions de l'Assemblée nationale à l'occasion des consultations particulières sur le projet de loi n° 15, Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et la Loi sur les cours municipales concernant la sécurité dans les tribunaux judiciaires*, 29 septembre 2009.

⁶³ *Hunter c. Southam*, préc., note 59, p. 167.

⁶⁴ *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755.

⁶⁵ *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30.

l'individu visé qu'entraîne une fouille par palpation exige que des motifs raisonnables justifient spécifiquement son utilisation⁶⁶. Cette méthode ne doit être utilisée que s'il est impossible de procéder autrement.

En l'espèce, la conviction de l'huissier quant au fait que le débiteur aurait sur lui des biens de valeur nous semble un critère bien faible, et ce, d'autant plus que la fouille dont il est question vise la personne même du débiteur et menace ainsi son intégrité physique. En conséquence, le critère devant prévaloir quant à l'obtention de l'autorisation préalable à cette fouille devrait être énoncé de façon plus rigide, proportionnellement à l'atteinte autorisée.

Enfin, la fouille doit être non abusive dans la manière même dont elle est opérée. Les garanties procédurales doivent faire en sorte que le déroulement matériel de celle-ci soit fait de façon non abusive. À ce propos, précisons notamment que le consentement libre et volontaire de la personne visée doit, en général, être obtenu avant de procéder à la fouille⁶⁷. Le procédé de fouille devrait également être le moins intrusif possible et ne jamais engager l'utilisation d'une force excessive, dépassant celle qui est strictement nécessaire dans les circonstances⁶⁸. En aucun temps, l'intégrité ou la dignité de la personne fouillée ne devraient non plus être compromises par l'utilisation de méthodes de fouille harcelantes, dégradantes ou humiliantes⁶⁹. Finalement, nous inférons de la jurisprudence en la matière que la fouille par palpation devrait prendre place dans un endroit privé et devrait être effectuée par une personne du même sexe que la personne fouillée⁷⁰.

La Commission recommande donc que le libellé de l'article 720 précité soit revu de façon à respecter les exigences minimales relatives à l'article 24.1 de la Charte.

⁶⁶ *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679.

⁶⁷ *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36.

⁶⁸ *Genest c. R.*, [1989] 1 R.C.S. 59.

⁶⁹ *Leroux c. Montréal (Communauté urbaine de)*, [1997] R.J.Q. 1970 (C.S.).

⁷⁰ *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872.

CONCLUSION

Les objectifs poursuivis dans le cadre de la réforme du *Code de procédure civile* en cours sont non seulement louables, mais importants. Nous sommes persuadés que les modes de prévention ou de règlement des différends peuvent constituer un apport souhaitable au système de justice civile québécois. Comme société, nous devons toutefois offrir à chacun et chacune la possibilité d'évaluer au cas par cas la voie de règlement des différends qui convient le mieux, notamment en fonction de la volonté et la capacité des parties de s'y engager.

La Commission souhaite ainsi rappeler que les moyens pris pour atteindre les objectifs de la réforme proposée doivent être définis dans le cadre d'une analyse contextualisée de l'accessibilité à la justice en toute égalité. Il convient de mesurer l'ampleur de l'impact qu'ils auront, en particulier sur l'accès à la justice des personnes en situation de vulnérabilité. Mais, a-t-on tiré tous les enseignements à retenir des modes de prévention et de règlement des différends déjà mis en place?

Même dans le contexte privé qui caractérise certains des modes de prévention et de règlement des différends, l'État conserve l'obligation de veiller à ce que des mécanismes d'accompagnement et de soutien appropriés soient offerts aux personnes qui souhaitent s'engager dans un tel processus. Nous tenons ainsi à insister sur la nécessité d'encadrer ces processus, tant en contexte public que privé, notamment par l'instauration de mécanismes d'accompagnement et de suivi appropriés des procédures et des ententes conclues de même que par l'adaptation appropriée des règles relatives à l'aide juridique.

À la lumière de son mandat relatif au respect des droits et libertés de la personne, notamment des droits judiciaires garantis par la Charte, et de l'expertise qu'elle a développée dans le cadre de son service de médiation, la Commission pourrait contribuer à la poursuite de cette importante réflexion amorcée sur les modes de prévention et de règlement des conflits.

Cela dit, la Commission souhaite également proposer des recommandations particulières quant aux dispositions suivantes de l'avant-projet de loi. Nous recommandons donc de modifier :

- l'article 1 de l'avant-projet de loi de façon à ce qu'il n'impose pas une obligation absolue aux parties de considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux;
- l'article 27 de l'avant-projet de loi de façon à ce que le ministre de la Justice doive également prendre l'avis de la Commission dans les cas où le projet visé par cette disposition ait des effets sur les droits et libertés de la personne;
- l'article 238 de l'avant-projet de loi afin de référer aux droits et libertés déjà reconnus et garantis par la Charte et susceptibles d'être atteints dans le cadre de l'examen médical visé, tels que le droit à la sauvegarde de sa dignité et le droit au respect de la vie privée, plutôt qu'au droit au respect de la personne;
- l'article 388 de l'avant-projet de loi afin qu'aucune limite d'âge n'y soit prévue;
- et, enfin, l'article 720 de l'avant-projet de loi de façon à ce que le libellé respecte les exigences minimales relatives à la saisie prévues à l'article 24.1 de la Charte.