

Allocution d'ouverture

Les tribunaux comme objet de recherche en sciences sociales et sciences humaines

par Nicholas KASIRER*

Je remercie les collègues Yan Sénéchal, Emmanuelle Bernheim et Pierre Noreau pour leur invitation à participer à cet important colloque sur les tribunaux comme objet de recherche en sciences sociales et sciences humaines. Outre la fleur que vous me faites, chers collègues, mes fonctions actuelles me portent à croire que votre invitation peut être comprise comme une espèce de citation à comparaître pour placer un juge dans la boîte des témoins, voire une citation à procès. Merci tout de même de votre générosité à mon endroit.

Au banc des accusés, on est parfois mieux de passer aux aveux – je dois confesser que, parfois, dans les rapports qu'ils établissent entre le droit et d'autres disciplines, les juges jouent les trouble-fêtes. En règle générale, les juges exercent leur métier en marge des sciences sociales et des sciences humaines, préférant s'en tenir à une sorte de méthode de raisonnement pudique et univoque qui laisse peu de place à autre chose que le droit posé.

On ne compte plus les critiques, par exemple, des jugements rendus en droit de la famille où le décideur semble faire abstraction des traits élémentaires de l'organisation familiale relevés par la sociologie. On reproche à certains juges d'imposer des peines aux criminels sans égard aux recherches fondamentales faites en criminologie et en psychologie sociale sur l'efficacité de la sanction étatique. Par ailleurs, on n'a pas tort de dénoncer des mythes et des stéréotypes se rapportant au genre qui, parfois, entachent le discours judiciaire sur la violence familiale.

* Juge à la Cour suprême du Canada. Allocution d'ouverture prononcée le 4 mai 2021 à l'occasion du colloque « Les tribunaux comme objet de recherche en sciences humaines et sociales » organisé dans le cadre du 88^e Congrès de l'Acfas.

On relève aussi ce que l'on peut appeler le « dilettantisme judiciaire ». Certains juges tranchent leurs affaires, disent leurs critiques, à partir d'idées approximatives de ce qui se fait dans les disciplines connexes au droit : des décisions de droit constitutionnel que l'on dit fondées sur une vision tronquée de l'histoire; des arrêts de droit privé où les propos de philosophes sont, selon les savants, cités hors contexte; ou encore des jugements en droit autochtone qui comportent des survols de la recherche en anthropologie et en ethnologie taxés d'inexactitudes.

Les juges, on le sait, renvoient parfois la balle : ils ne sont pas toujours tendres envers les chercheurs dans d'autres domaines qui, par moments, travaillent sur la matière brute judiciaire. En effet, parfois les juges dénoncent le fait que le droit n'est pas compris lorsqu'un philosophe se méprend sur un aspect technique d'un jugement; quand un sociologue qui décrit la crise du logement saisit mal la juridiction du Tribunal administratif du logement; lorsqu'un psychologue se lance dans des spéculations subjectives sur le comportement appréhendé de la personne raisonnable dans les circonstances; quand un historien, normalement sensible aux anachronismes, cite mal une loi qui n'est plus en vigueur au moment du jugement critiqué; ou quand un philosophe perd son latin devant l'*actus reus* et la *mens rea* de l'infraction criminelle.

Il me semble être évident que, dans ce contexte, le dialogue que vous proposez pour les tribunaux et les sciences sociales et humaines est de grande valeur, non seulement pour la recherche scientifique, mais aussi pour les acteurs de l'administration de la justice.

Ce qui importe, entre autres, est que les juges entendent vos voix : je ne dis rien de surprenant en affirmant que les études interdisciplinaires sur l'activité judiciaire – fondées sur des méthodes venant des sciences sociales et humaines, mais aussi des sciences qui se veulent plus exactes et même sur les beaux-arts – ne se trouvent pas d'ordinaire dans les bibliothèques des juges, et un vocabulaire conceptuel provenant de disciplines différentes aiderait à faire en sorte que les juges ne portent pas d'ocillères dans la salle d'audience. Plus encore, l'activité scientifique qui est la vôtre peut très largement faire éclater le modèle de ce que l'on a déjà appelé la « doctrine dogmatique » en droit.

La vitalité de l'interdisciplinarité au Québec, depuis l'arrivée des professeurs venant de la génération lyrique dans les facultés de droit il y a 30 ans, est aujourd'hui incontestable. Déjà, dans son célèbre rapport *Le Droit et le savoir* publié par le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada en 1983, le professeur Harry Arthurs soulignait que la recherche interdisciplinaire en droit tend vers une certaine maturité comme discipline universitaire. L'action des tribunaux – longtemps le dernier bastion exclusif des professionnels du droit et l'idée de la « juridiction » qui exclut autant qu'elle fait place aux idées externes au droit – est devenue un objet d'étude scientifique non seulement chez ceux et celles qui étudient le droit dans d'autres facultés, mais aussi pour des professeurs de droit qui pensent le droit autrement à l'intérieur de leurs propres facultés.

Ce corpus en expansion – qui provient non seulement de la sociologie juridique, mais de la philosophie du droit, du mouvement « droit et littérature », de l'anthropologie juridique et de l'histoire sociale du droit, entre autres – comporte divers tons et couleurs. Je m'attarderai sur deux de ces registres – que l'on pourrait appeler le « registre démonstratif » et le « registre spéculatif » – non pas parce qu'ils sont les plus importants, mais parce que la tension entre ces deux façons d'écrire sur le droit m'a donné du fil à retordre dans mes propres travaux universitaires sur les jugements.

Le registre démonstratif : c'est bien entendu la démarche classique des sciences sociales appliquée au droit – les chercheurs s'emploient à présenter et à défendre une hypothèse de travail par rapport à l'objet d'étude et à en faire la démonstration. Très souvent le registre démonstratif est adopté en vue de défaire un jugement fondé sur une idée reçue, ou pour proposer de réformer le droit par l'action judiciaire. On a écrit que ce type de démarche s'accorde facilement avec ce que le professeur français de droit privé Christian Atias a nommé la « doctrine de combat ». La doctrine de combat est fondée sur une conception instrumentaliste de la recherche – l'activité scientifique est un moyen vers une fin – qui vise à réformer le jugement et, pourquoi pas, l'office du juge. À la lumière de la thèse démontrée, et suivant une méthode ancrée dans des connaissances et d'un champ de recherche à l'extérieur du droit posé, on revendique le changement pour l'action de la justice : l'exemple classique est le socio-

logue ou l'économiste qui démontre l'inadéquation de l'activité judiciaire pour saisir une réalité masquée par le droit positif.

Le deuxième registre, moins pratiqué il est vrai, est celui de la spéculation. S'alignant plus naturellement sur les procédés venant des sciences humaines, la recherche entamée sur un ton spéculatif ne tient pas avant tout à défendre ou à débattre une thèse; elle n'est pas un moyen vers une fin ou un agent de changement social, mais se veut, à l'état pur, davantage contemplative qu'instrumentaliste. Pour reprendre un mot célèbre d'un auteur de polars, on cherche à « comprendre mais ne pas juger » – une belle devise pour la recherche sur l'activité judiciaire!

Étudié sous cette loupe, le jugement est d'abord un artéfact; il est contenant autant que contenu; il est une structure de connaissance plus qu'un véhicule de la *ratio decidendi*. Je pense, par exemple, à l'analyse esthétique de l'activité juridique – un aspect de la beauté du droit, auquel des chercheurs en droit et littérature se sont attardés; à l'étude du rituel judiciaire menée par le magistrat français Antoine Garapon; aux études portant sur l'architecture des palais de justice ou sur la tenue vestimentaire au prétoire comme formes symboliques; à la recherche menée sous l'angle de l'histoire sociale par le professeur québécois Eric Reiter sur la place du sentiment dans la jurisprudence québécoise du XIX^e siècle. On pourrait imaginer, à titre d'exemples, des études sur les motifs de jugement des plumes accomplies du droit québécois – Jean Beetz, Albert Mayrand, François Doyon, Louise Mailhot, Louise Otis et bien d'autres. Leur style, aussi épuré soit-il, comporte-t-il une part de juridicité?

Bien entendu, ces registres ne sont pas des démarches distinctes ou étanches – bien des études comportent une part de démonstration et une part de spéculation. Je plaide – et c'est bien connu, les juges sont de mauvais plaideurs – pour les deux de concert, et pour du succès pour vous tous dans vos travaux importants sur les tribunaux comme objet de recherche en sciences sociales et sciences humaines. Chapeau à Yan Sénéchal, à Emmanuelle Bernheim et à Pierre Noreau, ainsi qu'aux chercheuses et aux chercheurs en présence ici virtuellement, qui demandent, à bon droit, aux tribunaux de refuser le *in camera* disciplinaire.