

Le chercheur et le juge : des conditions de la recherche en milieu judiciaire

par Pierre NOREAU*

Les travaux menés sur le droit et sur la justice dans des perspectives inspirées par les sciences sociales et humaines révèlent souvent la nature même du droit en tant que mode de connaissance et surtout mode de pensée. Elles font également apparaître une tension irrésolue entre la justice et le juste. Cette tension s'exprime implicitement dans la relation ambiguë qui lie le juge et le chercheur. Elle dévoile la logique de projets différents, fondés, d'un côté, sur la quête de la vérité juridique et, de l'autre, sur la compréhension empirique du monde. Alors que le droit favorise la définition d'un monde prévisible, les sciences sociales acceptent le caractère incertain des interprétations qu'elles offrent du monde juridique et judiciaire. S'y confrontent des modes de connaissance distincts. La recherche de la certitude s'y oppose à l'incertitude des hypothèses. L'office du juge et le projet du chercheur divergent ainsi, sur le plan épistémologique. Il en va de même en regard de la justice, abordée en tant qu'activité sociale. Alors que la reconstruction juridique du monde est une nécessité de la décision judiciaire, le chercheur s'intéresse plutôt aux mécanismes concrets de la décision. L'exigence de rationalité auquel se soumet le juge se trouve dès lors replacée dans son contexte empirique : le juge est un être situé; le tribunal, une « organisation »; le procès, un champ de relations où s'opposent des acteurs précis (juges, avocats, procureurs et justiciables). Une justice abstraite et sacralisée s'oppose ainsi, sur le plan des perspectives, à une justice située, construite socialement. Juges et chercheurs se trouvent alors liés et séparés à la fois, par la nécessité de leur indépendance mutuelle.

Research on Law and Justice from the perspective of the social sciences illuminates the very nature of law itself as a method of knowledge production and, in particular, as a way of thinking. Recent publications on the subject reveal an unresolved tension between Justice and fairness. This tension is implicit in the equivocal relationship between judges and researchers. This uneasy relationship is a product of the distinct nature of two separate missions. One is based on the quest for

* Professeure titulaire, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal.

legal truth, the other on the pursuit of an empiric understanding of the world. While Law prefers to impose definitions on an orderly certain world, the social sciences, on the other hand, acknowledge the ambiguity of their definitions of the legal world. Two distinct conflicting knowledge modes are at play here. The quest for certainty is at odds with the uncertainty of academic conjecture. Thus, the activities of judges and those of researchers are two distinct worlds in terms of their epistemology. This also holds true for Justice viewed as a social practice. While the legal reconstruction of the world is a necessity for arbitration, researchers are primarily interested in the concrete workings of the decision-making process. Thus, the need to be reasonable which binds judges is placed in an empirical context. The judge is seen as an actor in a specific semiotic context; the courts are a “body”; the trial is the site of relationships between specific participants (judges, attorneys, laypersons). An abstract and idealistic vision of Justice is thus opposed to Justice viewed as a social construct. Thus, a mutual separation, required of both judges and researchers, both binds them together and keeps them apart.

Los trabajos realizados sobre el derecho y la justicia desde perspectivas inspiradas en las ciencias sociales y humanas a menudo revelan la naturaleza misma del derecho como modo de conocimiento y, sobre todo, como modo de pensar. También revelan una tensión no resuelta entre la justicia y los justos. Esta tensión se expresa implícitamente en la relación ambigua que mantienen el juez y el investigador. Ella revela la lógica de diferentes proyectos, basados, por un lado, en la búsqueda de la verdad jurídica y, por el otro, en la comprensión empírica del mundo. Mientras el derecho favorece la definición de un mundo previsible, las ciencias sociales aceptan el carácter incierto de las interpretaciones que ellas ofrecen del mundo jurídico y judicial. Aquí se confrontan diferentes formas de conocimiento. La búsqueda de la certeza se opone a la incertidumbre de las hipótesis. El oficio del juez y el proyecto del investigador divergen así, en el plano epistemológico. Lo mismo se aplica a la justicia, que se aborda como una actividad social. Mientras que la reconstrucción jurídica del mundo es una necesidad para motivar la decisión judicial, el investigador está más interesado en los mecanismos concretos de la decisión. La exigencia de racionalidad a la que se somete el juez se sitúa, por lo tanto, en su contexto empírico : el juez es un ser situado; el tribunal, una « organización »; el proceso, un campo de relaciones donde se oponen actores específicos (jueces, abogados, fiscales y litigantes). Una justicia abstracta y sacralizada se opone así, en términos de perspectivas, a una justicia situada, socialmente construida. Jueces e investigadores quedan entonces vinculados y separados al mismo tiempo, por la necesidad de independencia mutua.

SOMMAIRE

Introduction	255
I. Le régime de connaissance et la compréhension du monde	256
II. De l'opposition des perspectives	258
A) De la vérité à la réalité	258
B) L'induction, la déduction et les modalités de la pensée	259
C) De la prévisibilité juridique à l'incertitude de la connaissance	262
D) Du droit comme théorie... et de la théorie comme condition du savoir.....	265
E) Argumentation, décision et conclusion v. Analyse, démonstration et discussion.....	268
III. Des objets de la recherche et de la différence des perspectives	270
A) Du multiple au singulier, puis du singulier au multiple.....	271
B) De la figure d'autorité au juge situé socialement	273
C) Le tribunal... une organisation?	275
D) La Justice, un « champ de forces »?	280
Conclusion : le conflit des indépendances!	283

Introduction

Étudier le monde de la justice place le sociologue dans la condition singulière de tout observateur penché sur le monde social¹.

Contrairement au biologiste soucieux d'une mutation virale ou du physicien étudiant les caractéristiques d'un supraconducteur, le sociologue, le politicologue ou même le juriste-chercheur ne sont pas les seuls à produire le sens de ce qu'ils étudient. Ils sont confrontés à la signification que les acteurs sociaux donnent de leur propre action.

On prête à Raymond Aron, paraphrasant Marx, l'idée que, si « [l]es hommes font l'histoire, [ils] ne savent pas l'histoire qu'ils font² ». Cela ne signifie évidemment pas que le sens que les acteurs donnent à leur propre action soit sans effet. Toutefois, il n'en épuise pas la signification.

Cette situation ouvre la voie à deux perspectives de recherche différentes. Soit le sociologue tente d'étudier l'évolution sociale en fonction des orientations générales de cette action, sans tenir compte du sens que ces acteurs lui donnent, soit il se penche sur l'action de ces acteurs en prenant en considération l'interprétation que donnent ces derniers à leur propre activité.

À ce niveau d'analyse cependant, la prise en considération des représentations que les acteurs entretiennent de leur propre activité s'avère essentielle, en même temps qu'elle entre en tension avec les besoins de l'analyse et de l'interprétation sociologiques. S'agissant de l'étude du monde judiciaire, le chercheur est placé devant la distinction qui oppose le projet normatif porté par le droit et les exigences de l'approche plus explicative ou compréhensive qu'il adopte.

¹ L'auteur veut particulièrement remercier le sociologue Yan Sénéchal de la lecture systématique et patiente qu'il a faite de plusieurs versions antérieures du présent texte. Soucieux des réactions que ce sujet peut susciter, il a tenté de le rendre accessible pour un public formé à la fois de juristes et de spécialistes des sciences sociales. Peut-être certains passages resteront-ils malgré tout obscurs pour les uns ou les autres. Toutefois, ces « obscurités » sont de la seule responsabilité de l'auteur.

² Raymond ARON, *Leçons sur l'histoire : cours du Collège de France*, Paris, Le Livre de poche, 1991, p. 209; Karl MARX, *Le 18 Brumaire de L. Bonaparte*, Paris, Éditions sociales, 1969, p. 13.

Il s'ensuit évidemment que ce que retient le chercheur de la réalité qu'il observe diffère de ce que le juge pense de sa propre action ou de sa propre décision, ne serait-ce que parce que les deux exercices portent sur des enjeux différents.

Nous aborderons ici le problème provoqué par la rencontre de ces deux régimes de connaissance distincts, de nature plus normative et doctrinale, d'un côté, et plus descriptive et analytique, de l'autre (partie I). Leur rencontre met en perspective un équilibre différent entre induction et déduction, prévisibilité et incertitude, imputation et explication, argumentation et démonstration (partie II); autant de dimensions où le travail du juge et celui du sociologique entrent « en tension ». Confronté à l'opposition entre le simple et le multiple, nous y opposons la figure abstraite du juge et son individualité « située », le tribunal en tant qu'institution et sa réalité en tant qu'organisation, l'unité de la justice et la réalité d'acteurs aux statuts et aux intérêts divergents (partie III).

I. Le régime de connaissance et la compréhension du monde

Dans le regard du chercheur, le Droit et la Justice sont constamment redéfinis selon le cadre de référence sur lequel il appuie sa recherche. Ils deviennent selon le cas : procédés d'ordonnancement social, expressions du contrat social, mécanismes de domination ou de contrôle, superstructures idéologiques, systèmes de régulation, techniques d'ajustement mutuel des attentes et des comportements, expressions du mouvement continu de la Raison, supports de la rationalité moderne, instruments de l'action publique, etc.

Toutes ces perspectives sont de près ou de loin opposées à l'idée d'un droit conçu en tant que procédé de mise en forme du monde, idée que consacre le positivisme juridique :

La société, considérée comme objet d'une science sociale normative, est un ordre normatif de la conduite réciproque des hommes. Ceux-ci font partie d'une société dans la mesure où un tel ordre règle leur conduite par prescription, habilitation ou permissions positives. Lorsque l'on pose qu'une certaine société

est constituée par un ordre normatif qui règle la conduite réciproque d'une pluralité d'hommes, on doit se souvenir qu'ordre et société ne sont pas deux choses distinctes l'une de l'autre, mais bien une seule et même chose, que la société ne consiste en rien d'autre qu'en cet ordre et que si la société est qualifiée de collectivité, ce qui est essentiellement commun à ces hommes, c'est l'ordre qui règle leur comportement commun³.

Dans cette perspective, la société est essentiellement conçue comme le produit de la normativité juridique, et il n'y a plus de distinction alors entre ordre social et ordre juridique. C'est le Droit en tant qu'il fonde la société elle-même et le juge en tant qu'interprète du droit et, par extension, interprète du monde. Dans ce contexte intellectuel particulier, le droit est inévitablement conçu comme un langage de vérité, dans la mesure où il crée le monde en même temps qu'il le nomme. Sa vocation n'est pas tant de comprendre que de déclarer. Le droit y est mis en action dans sa dimension performative. Aussi Rocher a-t-il pu dire « du droit qu'il est la plus efficace de toutes les sciences sociales appliquées⁴ ». Cette vision renvoie au *projet juridique*; celui du droit défini comme programme collectif, sinon comme mécanisme de mise en forme des rapports sociaux, un projet dont les juristes sont les acteurs : les juges bien sûr, mais les « officiers de justice » également.

Nous avons déjà indiqué ailleurs que la qualification juridique des faits et des représentations assure, dans le domaine de la normativité, la même fonction d'objectivation que dans toutes les autres disciplines⁵. Il s'agit toujours de placer sous un concept unique des situations souvent rencontrées, de manière à en simplifier et à en organiser l'analyse. Sous ce rapport, les concepts juridiques (la vente, le louage, la *mens rea*, etc.) jouent

³ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. par Charles Eisenmann, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962, p. 119.

⁴ Guy Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. XXI.

⁵ Voir notamment : Pierre Noreau, « Le moraliste, le sociologue et le juge : objectivation et production de la connaissance », dans Violaine Lemay et Karim Benyekhlef (dir.), *Guy Rocher : Le savant et le politique*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2014, p. 77, à la p. 88.

le même rôle que les concepts utilisés dans d'autres disciplines (société, communauté, pouvoir, pluralisme, etc.). Ils créent une convention intellectuelle qui circonscrit la réalité de la situation étudiée et sa signification. Une différence subsiste cependant selon que l'on cherche à comprendre le monde ou à lui imposer un sens. Dans le cadre d'une étude empirique des activités de justice, ces perspectives s'opposent presque frontalement, du fait que le juge et le sociologue posent des regards différents sur le même objet.

II. De l'opposition des perspectives

A) De la vérité à la réalité

La posture du juge est directement associée à la nécessité de la décision. Cette exigence suppose par sa nature même une définition unifiée de la réalité⁶. On ne peut recevoir comme également vraies des versions menant à des conclusions contraires. L'une de ces versions doit donc l'emporter sur les autres possibles⁷. La décision judiciaire affirme une vérité qui contraste avec l'incertitude du monde perçu, sinon celle du monde vécu. C'est la fonction du tiers de la dire⁸.

Or, en matière de recherche, cet espace de vérité s'étirole et fuit vers les limites plus étendues de la réalité. Il n'est pas tant question alors d'établir une vérité que d'explorer la logique d'une situation – parfois le contour d'une relation – où il arrive que toutes les parties « ont une bonne raison d'avoir raison ». Ainsi, le titulaire d'une police d'assurance exigeant le paiement d'une réclamation est souvent tout aussi justifié de croire à son

⁶ C'est un impératif particulièrement incontournable en matière criminelle où la culpabilité de l'accusé doit être démontrée hors de tout doute raisonnable. À l'inverse, le doute sur la nature des faits exige l'abandon des poursuites. La vérité s'inscrit dans l'unicité du sens qu'elle donne au monde. En matière civile, la prépondérance de la preuve répond également à cet impératif.

⁷ La théorie narrative favorise l'étude des processus cognitifs et argumentatifs qui conduisent à cette certitude. Voir : Juliette VANI, *Une histoire de vérités : Perspective narrative sur le procès criminel*, Montréal, Éditions Thémis, 2018.

⁸ François OST, *Le droit ou l'empire du tiers*, Paris, Dalloz, 2021.

bon droit que l'assureur dont les avocats rappellent à la cour les termes d'une exclusion ajoutée l'année précédente, à grands coups d'*addenda*.

Or, en se stabilisant graduellement le long de la chaîne où se succèdent les décisions judiciaires (Dworkin), le droit en vient inévitablement à consacrer, dans un domaine donné, une orientation normative plutôt qu'une autre⁹. C'est la règle implicite que consacre la logique même du précédent. Et c'est souvent ce mouvement qui intéresse d'abord le sociologue. Il n'importe pas seulement alors d'établir si telle ou telle décision judiciaire se justifie juridiquement, mais de déterminer pourquoi, une fois placées côte à côte, ces décisions empruntent systématiquement la même direction.

On comprend alors les raisons pour lesquelles les pièces du casse-tête juridique peinent à s'agencer à celles du casse-tête sociologique.

B) L'induction, la déduction et les modalités de la pensée

Au cours des cinq dernières décennies, des débats importants ont mené les chercheurs des sciences humaines et sociales à affirmer la nécessité d'un dépassement des approches strictement déductives de la connaissance par le recours à des stratégies intellectuelles plus inductives. Alors que la pensée déductive réfléchit la réalité en prenant pour point

⁹ Il est raisonnable de prétendre que l'orientation du droit, constamment confirmée par une succession de décisions inclinées vers la même direction, en vient à favoriser également certains intérêts. Ainsi, alors que l'autoreprésentation est devenue un phénomène courant au sein de toutes les juridictions, il est difficile de ne pas supposer que la partie la plus souvent représentée par avocat (la plus fortunée et, par le fait même, la mieux accompagnée) bénéficie d'un avantage sur celle qui ne l'est pas, comme c'est souvent le cas entre citoyens et entreprises. Cette asymétrie a du moins été constatée dans le cas de poursuites bâillons, et cette tendance jurisprudentielle n'a pu être corrigée qu'à la faveur de modifications spécifiques apportées au *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01; voir : Roderick A. MACDONALD, Pierre NOREAU et Daniel JUTRAS, *Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique – les poursuites-bâillons (SLAPP)*, Rapport du comité, Québec, Ministère de la Justice, 2007, en ligne : <https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais_/centre/doc/rapports/systeme-judiciaire/slapp.pdf>.

d'appui ce que l'on en sait déjà, une perspective inductive propose plutôt une démarche d'observation des faits sociaux dont elle tire un certain nombre de règles de portée générale.

Sur le plan de la connaissance, la question de la place respective de l'induction et de la déduction ne peut connaître de solution totalement satisfaisante – les deux perspectives se justifiant sur le plan intellectuel –, mais le chercheur œuvrant dans le domaine des sciences sociales doit cependant savoir y établir sa posture. Réfléchir non seulement à ce qu'il peut comprendre de son objet, mais également à sa façon de le connaître et aux limites de ce qu'il peut en connaître. Il lui faut une procédure intellectuelle, et cette dernière doit être exposée parce qu'elle représente la condition d'une production explicite de la connaissance et une exigence de la discussion scientifique. Elle force l'établissement d'une certaine cohabitation des dimensions inductive et déductive du travail intellectuel, mais doit chaque fois placer entre ces deux termes une ligne dont l'emplacement peut varier selon la force des postulats sur lesquels elle est conçue. Cette convention intellectuelle est essentielle au travail savant.

En contrepartie, la pensée juridique est fondée sur des postulats définis comme universels et dont on discute peu les fondements¹⁰. Cette posture est consubstantielle de toute pensée normative. L'avènement des chartes est partiellement venu offrir un point de fuite à cet enfermement. Cependant, sur le plan de l'activité quotidienne des tribunaux, l'exercice auquel se livre le juge réside moins dans la connaissance complète de la réalité qu'il observe que dans la mise en correspondance des « faits pertinents » soumis à son attention avec le caractère plus ou moins impératif des catégories et des normes qui structurent son discours. C'est toutefois une démarche dont les ressorts restent généralement implicites. Selon la juridiction, on renvoie alors à la discrétion judiciaire, au secret du délibéré, au devoir de réserve, à la décision prise par le juge en son for intérieur, en

¹⁰ Michel MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1978, p. 48; Jean-Guy BELLEY, « Réflexion critique sur la culture notariale du contrat », (1996) 1 *C. P. du N.* 105, 105.

son âme et conscience, en son intime conviction¹¹, etc.¹². Le juriste n'a pas à connaître les limites du monde qu'il construit dans la mesure où la définition juridique du monde a vocation à s'imposer complètement.

Une forme de linéarité peut-elle ressortir de cette exigence décisionnelle? Une lecture un peu fine des décisions judiciaires ferait plutôt apparaître une tension irrésolue entre les conclusions tirées d'un travail inductif et les contraintes logiques inverses, associées à la reconstruction syllogistique du jugement. Cette opposition n'est jamais mieux illustrée que lorsque le juge en vient à s'excuser du caractère apparemment injuste de sa propre décision, ce qui est généralement le cas lorsque la normativité (par nature déductive) l'emporte sur les exigences de l'équité (de nature plus inductive)¹³. Une brèche s'ouvre alors sur le for intérieur.

¹¹ Un extrait parmi d'autres : « Je crois que le juge qui a l'intime conviction qu'il n'a plus la sérénité requise pour juger objectivement ou qu'il pourrait être perçu ainsi doit se récuser. C'est la décision que je prends » (*Fabrikant c. Swamy*, 2007 QCCS 5144, par. 5).

¹² De multiples solutions ont été proposées en vue de dissiper cette opacité. Les travaux menés sur les principes de la *logique déontique* font partie de ces tentatives intellectuelles, mais n'ont jamais convaincu personne; voir : Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Alf Ross : droit et logique », (2002) 50-1 *Droit et Société* 29. De même, la perspective proposant de voir dans l'activité du système juridique un simple arbitrage entre ce qui est légal et illégal (voir : Niklas LUHMANN, *Le droit de la société*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2019) rend moins compte des procédés intellectuels mobilisés par le juge que des exigences de la décision : par exemple, l'établissement d'une distinction entre ce qui constitue ou non un fait juridique et, partant, un élément pertinent aux fins de la décision. Il en va de même du syllogisme car, s'il donne au juge la possibilité de démontrer la valeur de légalité de sa décision (son fondement juridique), il ne rend pas compte de l'ordre dans lequel sont posés les termes de sa décision. Il s'agit par conséquent presque toujours d'un montage *a posteriori*.

¹³ Un exemple parmi d'autres : « Il peut sembler injuste aux yeux de certains contribuables que les pertes agricoles soient restreintes en application du paragraphe 31(1), alors que de telles restrictions ne s'appliquent à aucune autre entreprise. [Cependant,] à mon avis, dans la présente affaire, le paragraphe s'applique clairement », tiré de l'affaire *Chan c. La Reine*, 1998 CanLII 210, par. 16 (QC C.C.I.). Voici un autre exemple : « Le juge de première instance, tout en soulignant "qu'il peut sembler injuste de priver ces enfants d'une meilleure vie", en vient à la conclusion que la volonté clairement exprimée du testateur ne laisse place à aucune interprétation : il n'a pas voulu que les enfants touchent à

Cette brèche place inévitablement le chercheur dans la situation d'un témoin fixant sa lampe torche sur un détail de la scène. Sa seule présence exige implicitement du juge qu'il accompagne sa décision d'une justification différente de celle qui garantit sa stricte légalité. En effet, quelle est, sur le plan social, la cause ou la conséquence de cette décision, quelle orientation impose-t-elle à l'évolution du droit ou de quelle logique implicite cette décision participe-t-elle? Ce questionnement iconoclaste s'oppose aux conditions institutionnelles de la décision de justice. On pense notamment ici aux exigences reliées à l'indépendance judiciaire compromise par l'obligation implicite devant laquelle le juge se trouverait alors de justifier sa décision en fonction d'une logique différente de celle qu'impose la juridicité, logique dont on a vu qu'elle ne répond elle-même que partiellement aux idéaux de la rationalité juridique. C'est la conséquence directe du regard oblique que pose le sociologue sur la justice¹⁴.

C) De la prévisibilité juridique à l'incertitude de la connaissance

Sur un plan entièrement différent, le *projet juridique* (même défini ici en tant qu'ambition intellectuelle) se situe à un tout autre niveau que le projet scientifique, du fait de ses répercussions directes sur la stabilisation des référents sociaux.

leur argent avant le terme qu'il a établi », tiré de la décision *Droit de la famille* – 378, 1989 CanLII 356 (QC C.A.). On n'aborde ici que le problème de la décision pour elle-même, mais une bonne connaissance des considérations qui entourent la décision judiciaire obligerait le chercheur qui tente de saisir le contexte général de telle ou telle décision à tenir compte d'une multitude d'autres considérations : le désir du juge de ne pas voir sa décision renversée en appel ou l'aspiration à se démarquer au sein de la magistrature du fait de l'excellence d'un raisonnement ou de l'élégance d'une solution, les contraintes imposées par le temps insuffisant accordé au délibéré, la difficulté personnelle du décideur à arrêter une décision, le poids de ses propres expériences ou de ses valeurs personnelles, les impératifs de sa vie quotidienne ou familiale, etc.

¹⁴ Guy ROCHER, « Le “regard oblique” du sociologue sur le droit », dans Pierre NOREAU (dir.), *Dans le regard de l'autre/In the Eye of the Beholder*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 57, à la p. 73.

En droit, le projet positiviste n'a en effet de sens que dans la mesure où il s'institue en tant qu'ordre juridique, c'est-à-dire comme système de référence stable et fondateur de société¹⁵. L'efficacité sociale du droit réside en particulier dans sa capacité à stabiliser les attentes sociales¹⁶. Le monde devient du coup prévisible, par le caractère lui-même prévisible des comportements sociaux, une fois encadrés par la normativité juridique. La condition de cette stabilité est associée à la définition *a priori* de ce qui est attendu du comportement humain, et cette condition est intrinsèquement associée à sa mise en œuvre dans le cadre de mécanismes stables : c'est la fonction remplie par le droit procédural, et c'est également celle de la sanction imposée par le droit. On parle alors, selon le cas, de sécurité ou de garantie juridique, et, en droit pénal, du *principe de légalité*. Ce sont également ces exigences qui fondent l'autorité du précédent et, dans chaque affaire particulière, celle de la chose jugée.

Cette perspective assure la prédictibilité de l'interprétation juridique et, par extension, celle de la décision judiciaire¹⁷. Elle fonde également une bonne partie des paramètres de la formation acquise par les étudiants en faculté de droit, l'essentiel des cours étant structuré sur le principe de la prévisibilité juridique, certitude révélée par les décisions « canoniques » que relaient les traités de droit, les recueils de jurisprudence et les corrigés d'examens. Évidemment, dans cette perspective abstraite, les juges seraient interchangeables, chacun étant garant de la même sécurité juridique que tous les autres¹⁸, et toute remise en question de la cohérence interne du droit

¹⁵ C'est une des conditions associées à la notion même d'*ordre juridique*; voir : Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29-1 *C. de D.* 91.

¹⁶ Cette fonction n'est pas propre à l'activité judiciaire évidemment. Elle est également caractéristique du droit notarial.

¹⁷ Antoine JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », (1990) 25-2 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 125; Martine KALUSZYNSKI, « Sous les pavés, le droit : le mouvement "Critique du droit" ou quand le droit rencontre la politique », (2010) 76-3 *Droit et Société* 523.

¹⁸ On se rapprocherait alors de la prophétie portée par la *justice prédictive* dont la certitude tient à des régularités implicitement établies par les concepteurs d'algorithmes, malgré la nature inévitablement fluctuante du droit; Hart parle de la texture ouverte du langage, voir : Herbert L. A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1976. En contrepartie, les stagiaires apprennent rapidement, en fonction du bureau où se

et des décisions de justice serait susceptible de déstabiliser l'édifice juridique. Or cet idéal de stabilité confronte le projet scientifique fondé, au contraire, sur la perpétuelle remise en cause de ce que l'on considère certain.

La tension qui oppose le monde du doute et celui de la certitude érige autour du droit une frontière fragile. Pour le juge, elle s'exprime notamment dans l'issue imprévisible d'un travail dont le chercheur lui-même ne connaît généralement pas à l'avance les conclusions. Sans qu'il le réalise, ses propos pourraient-ils affaiblir la légitimité d'un système fragile, dont les juges considèrent être les gardiens et dont les médias font déjà trop souvent une critique aveugle? Cette inquiétude vient avec le sentiment croissant que le travail des juges et ses contraintes ne sont pas toujours compris, et plus encore, que la recherche est susceptible d'ébranler les idéaux et les principes qui fondent sa légitimité, que celle-ci s'appuie sur la présomption d'impartialité des juges, sur l'intégrité de la magistrature ou sur l'indépendance institutionnelle des tribunaux. À l'inverse, la participation des juges à la conduite de la recherche risque-t-elle d'alimenter un doute sur l'idée d'un droit unifié, sans couture, uniformément interprété et appliqué¹⁹? Et une image plus décousue de l'activité judiciaire est-elle susceptible d'émerger de la description que chaque juge fait de sa propre activité?

Sur une autre échelle, on peut se demander si cette inquiétude ne repose pas sur les idéaux dont on entoure la fonction judiciaire, idéaux sur lesquels est fondée la légitimité de l'activité judiciaire. On pense ici aux

déroule leur cléricature, devant quel juge déposer, ou non, telle ou telle requête. Ils en arrivent tout aussi rapidement à choisir la jurisprudence « pertinente », soit celle qui appuie la prétention de la partie dont ils représentent les intérêts contre les intérêts d'une autre.

¹⁹ C'est une réalité que l'étude comparée des décisions judiciaires (parfois différentes selon la juridiction où elles sont prises) met souvent en évidence, et les membres de la communauté judiciaire se plaignent parfois que tel ou tel précédent établi par la Cour d'appel ne soit pas suivi par les tribunaux inférieurs ou que, pour une même infraction, les sanctions imposées par telle cour municipale divergent de celles qui l'ont été par une autre ou même par la Cour du Québec.

exigences de la prévisibilité juridique, sinon de la « certitude du droit²⁰ ». En contrepartie, l'entretien de ces archétypes ne constitue-t-il pas le plus grand des risques auquel s'expose la justice? Le dévoilement des ressorts de la décision judiciaire est peut-être la condition d'une compréhension plus éclairée des fondements de l'activité des juges et, par extension, de son évolution et de sa légitimation. Du moins cette perspective met-elle fin à l'opposition facile entre la prévisibilité supposée du droit et l'incertitude de la recherche, entre un savoir définitif et la perpétuelle curiosité d'en savoir davantage à laquelle, tout à coup, le juge ne peut plus échapper.

Un écueil apparaît dès lors que le principe de la prévisibilité juridique rencontre la logique du débat contradictoire. Peut-être faut-il que cette tension soit pleinement assumée. À tout prendre, la fonction du juge n'est pas seulement de dire le droit, mais surtout de mettre fin à un litige, quelle qu'en soit l'origine et, sur une base plus large, de pacifier les rapports sociaux. On revient ici au fondement même de l'acte de juger. La sécurité juridique trouve ici son siège dans la décision que prend le juge dans chaque cas particulier, mais cette décision s'appuie moins sur la forme fixe du droit que sur la nature proprement interprétative de l'acte de juger. C'est du moins cette réalité que la recherche est susceptible de faire voir, et c'est sans doute dans cette perspective que l'incertitude de la connaissance cesse de constituer une menace pour l'institution judiciaire, car l'acte de juger n'est pas non plus le produit d'une certitude, mais d'une conviction. À sa façon, la décision judiciaire est le produit d'une hypothèse sur la nature particulière d'une situation.

D) Du droit comme théorie... et de la théorie comme condition du savoir

La tension entre la prévisibilité juridique et l'incertitude de la recherche connaît une transposition sur la nature des questionnements propres à l'activité judiciaire et à l'activité scientifique.

²⁰ François RIGAUX, « Le juge, arbitre de la certitude du droit », dans Ejan MACKAAY (dir.), *Les certitudes du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 18, à la p. 55.

Quelle que soit l'appréciation qu'il fait de la preuve, et quelle que soit la teneur de la décision qui lui apparaît de nature à « rendre justice », le juge doit démontrer la légalité de ses conclusions. Sur le plan intellectuel, le droit agit alors comme une sorte de théorie de la société. C'est l'idée de la société, telle que la règle de droit la rend possible ou la structure. On aborde alors le droit en tant que mécanisme de régulation. Dans cette perspective, le droit peut être défini comme une théorie de ce qui est attendu en société. C'est une prédiction raisonnable, la condition d'une sorte de prévisibilité empirique des comportements²¹. Par extension, on peut prétendre que ce qui est généralement conçu comme juste n'est rien d'autre que la correspondance entre une situation attendue et une situation vécue. À l'inverse, l'injustice s'apparente plutôt aux situations opposant ce qui était prévisible à ce qui est réellement survenu²².

Dans ce contexte, la justice n'est mobilisée qu'*a posteriori*, c'est-à-dire après que les termes de cette théorie ont été contournés. Aussi la fonction de chaque jugement est-elle souvent de rétablir les paramètres d'une prédiction annoncée par la loi. Le jugement recompose alors les termes d'une équation faussée par les faits. Il réaffirme et rétablit la primauté de la règle de droit sur la réalité qui en dévie. L'application impérative de la théorie juridique confirme par conséquent sa propre validité²³.

Sur le strict plan intellectuel, la normativité juridique recourt aux mêmes procédés que toute théorie sociologique établie. Elle permet la problématisation des questionnements et des observations. Elle qualifie les faits et les situe dans un dispositif préétabli qui leur donne un sens spécifique et délimité. Cette opération est essentielle à l'analyse de

²¹ Max WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1986.

²² Pierre NOREAU, « Justice et prévisibilité : une perspective sociologique », dans Catherine RÉGIS, Karim BENYEKHLEF et Daniel WEINSTOCK (dir.), *Sauvons la justice! 39 propositions pour agir*, Montréal, Del Busso Éditeur, 2017, p. 125, à la p. 128.

²³ Elle agit comme une « prophétie autoréalisatrice » : voir Robert K. MERTON, « La prédiction créatrice », dans Robert K. MERTON, *Éléments de théorie et de méthode sociologique*, Paris, Plon, 1965, p. 140.

situations dont la complexité exige la simplification ou encore la réduction à un certain nombre d'éléments précis et observables, sinon reproductibles.

Dans le domaine des sciences sociales et humaines, le chercheur est confronté à la même exigence conceptuelle. Devant une situation susceptible de prendre de nombreuses significations, le travail intellectuel suppose une forme de réduction de sens. Pourtant, cette nécessité de la connaissance n'est elle-même pas toujours bien comprise par les acteurs de la justice ou les membres de la communauté juridique, qui postulent toujours implicitement que la fonction de la recherche est d'établir une *description* complète et « objective » de tous les faits observés²⁴. C'est qu'à l'inverse du droit (conçu en tant que théorie performative de la réalité sociale), le travail théorique est généralement une exigence *a priori* de toute analyse sociologique. Sauf à postuler que l'on ne connaît rien de rien des réalités que l'on entend étudier, un tour d'horizon des explications et des descriptions disponibles sur le marché de la connaissance est indispensable à la conception d'un projet de recherche²⁵. Il s'ensuit que le chercheur est souvent muni d'une posture qui oriente à la fois ses observations, ses interprétations, sinon ses hypothèses. Quoi qu'il en soit, les résultats de la recherche sont rarement de nature strictement descriptive.

La difficulté réside ici dans l'opposition entre une conception descriptive et une conception compréhensive ou explicative de la recherche. Dans ce dernier cas, la localisation et l'interprétation des observations dans un questionnement théorique élargi (une *problématisation*) sont souvent considérées par le juriste comme un biais, alors qu'elles répondent à une nécessité du travail intellectuel.

²⁴ C'est souvent une vertu que l'on prête également à la statistique, sans considération pour le travail interprétatif qu'exige l'usage de n'importe quelle donnée d'observation.

²⁵ C'est également le cas pour la « théorisation ancrée », qui postule toujours de près et de loin l'incapacité des théories établies de bien saisir la nature de leur objet... ce qui exige évidemment que l'on en ait déjà fait un peu le tour. Voir l'ouvrage fondateur à l'origine de ce courant : Barney G. GLASER et Anselm A. STRAUSS, *La découverte de la théorie ancrée : Stratégies pour la recherche qualitative*, Paris, Armand Colin, 2010.

C'est un aspect où la recherche scientifique et l'activité judiciaire sont susceptibles de se froisser l'une l'autre. Cependant, à tout prendre, la reconstruction des faits proposée au tribunal par le plaideur emprunte les mêmes procédés de simplification que la recomposition conceptuelle que le sociologue s'impose dans le cadre de la recherche empirique. Du moins la métaphore du droit entendu en tant que définition du monde permet-elle en partie de saisir les exigences théoriques de la recherche sociologique, qu'elle soit abordée dans une perspective inductive ou déductive.

E) Argumentation, décision et conclusion *v.* Analyse, démonstration et discussion

Tout ce que nous avons présenté jusqu'ici suppose également une distinction entre des procédés argumentatifs et démonstratifs qui font se distinguer le travail du chercheur de celui du juge.

En droit, un détour du côté de la théorie de l'interprétation suffit à saisir toute la place que l'argumentation (en tant que justification d'un positionnement) prend dans le discours juridique et judiciaire. La panoplie de l'argumentation juridique mobilise plusieurs procédés du discours logique. Qu'elle soit fondée sur le recours à l'analogie, sur un argument *a fortiori* ou *a contrario*, sur un raisonnement par l'absurde ou par transitivité, qu'elle recourt à une approche lexicale ou contextuelle, qu'elle favorise une interprétation restrictive, ou *large et libérale*, l'interprétation doit convaincre sur le plan logique et restituer la cohérence des éléments de fait et de droit retenus dans chaque affaire particulière.

Le juge doit convaincre, proposer un raisonnement susceptible d'emporter la conviction d'un auditoire, aux limites parfois étendues, qu'il espère faire concourir à ses conclusions²⁶. Le test que le juge s'impose alors à lui-même est souvent d'écrire sa décision à l'intention de la partie qui « succombe » en tentant de la rallier à son raisonnement. La chose est d'autant plus nécessaire que la rédaction d'un jugement repose par nature sur la reconstruction juridique d'une situation où les parties elles-mêmes ne reconnaissent pas toujours leur propre expérience. La recomposition

²⁶

Chaïm PERELMAN, *Logique juridique : Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976.

sylogistique du raisonnement ne suffit pas. Souvent, le juge doit expliquer ce qui justifie la qualification de tel ou tel fait ou encore de telle ou telle interprétation de la règle de droit. La chose s'explique notamment par le fait que la conclusion du jugement s'impose aux parties et revêt par conséquent, pour elles, une valeur définitive, sauf en cas d'appel.

Dans le domaine des sciences sociales, l'analyse empirique du contenu des jugements prend souvent la place que le raisonnement ou l'argumentation occupent en droit. Il faut y démontrer que tel ou tel constat s'appuie sur des éléments vérifiables, sur une mesure ou une observation. Or, ces éléments prennent une signification qui déborde leur simple description. Ils confirment ou invalident une hypothèse ou illustrent, par voie de généralisation, la valeur heuristique d'une compréhension particulière du monde juridique et judiciaire.

Et si la *question de droit* est la grande chose du juge, c'est la pratique ou la posture du juge elle-même qui est l'objet d'étude du chercheur. On cherche, dans le premier cas, à rendre justice et, dans le second, à comprendre l'activité judiciaire en tant qu'activité sociale. Ces visées ne sont pas pour autant frontalement opposées.

Une dernière considération d'ordre épistémologique mérite d'être soulevée. Elle vient de la distinction qui s'impose entre les finalités poursuivies par le juge et par le chercheur. Si le premier tente de mettre définitivement fin à un litige, de trancher une contestation ou de conclure sur le bien-fondé d'une accusation, le second cherche plus généralement à contribuer à un débat continu sur l'évolution et la réalité agissante de la fonction judiciaire. Ses conclusions ne sont jamais définitives : elles présentent plutôt la forme d'une perpétuelle mise à l'épreuve de ce qu'on croit savoir.

Ici encore, les exigences de la prévisibilité juridique entrent en tension avec celles de l'incertitude de la recherche. Le but du chercheur n'est pas tant d'avoir raison sur un aspect ou l'autre de la connaissance que de contribuer à sa lente définition. Il ne produit toujours qu'une *interprétation provisoire* du monde qu'il étudie. Aussi le chercheur est-il

parfois surpris de la réticence des juges à discuter des conclusions de ses travaux, conclusions qu'il espère, au contraire, voir débattues. S'agissant du juge, ce malaise silencieux s'appuie sur une interprétation souvent stricte du devoir de réserve qui l'oblige à ne s'exprimer que dans le contexte de ses jugements. Le juge s'exclut ainsi fréquemment de la discussion qui doit suivre normalement le dévoilement des résultats de la recherche.

Dans le domaine des sciences sociales et humaines, cette difficulté tient également à l'objet même de la recherche, souvent en décalage avec la façon dont la cour et ses membres définissent leur propre activité. Il y a, là encore, toute une série de malentendus possibles sur la nature de ce que chacun cherche ou apporte au tribunal.

III. Des objets de la recherche et de la différence des perspectives

On s'est penché jusqu'ici sur l'asymétrie des épistémologies qui différencient les perspectives juridique et sociologique. Or, une autre tension oppose l'activité judiciaire et la recherche sur la justice. Elle porte sur ce qui fait l'objet de la recherche elle-même, bref, sur ce qui, dans l'acte de juger, intéresse respectivement le chercheur et le juge. La recherche sur la justice conduit en effet à spécifier deux entités que la notion de *magistrature* recouvre indistinctement, du fait que cette notion confond les juges en tant qu'individus et les juges en tant qu'institutions.

Or, les sciences sociales contemporaines ont eu graduellement tendance à dépouiller la notion d'*institution* de sa dimension sacrée et anhistorique. Depuis quelques décennies, les études sur les processus d'institutionnalisation des rapports sociaux se sont moins arrêtées aux figures d'autorité consacrées par chaque institution qu'à l'action d'acteurs engagés dans des champs sociaux aux contours spécifiques. On évite ainsi de consacrer ontologiquement la légitimité d'une forme ou d'une autre d'autorité, non que cette autorité soit inexistante, mais parce que sa réalité est, en soi, un objet de recherche. Ce faisant, on est amené à distinguer la dimension symbolique de la justice de sa dimension fonctionnelle²⁷. La

²⁷

Les dimensions symboliques du droit et de la justice ont ainsi dû être réintroduites graduellement, notamment du fait des fonctions de légitimation associées à la

justice est ainsi abordée comme une activité sociale accomplie par des acteurs bien définis : les juges ou les juristes²⁸.

A) Du multiple au singulier, puis du singulier au multiple

Ce recadrage particulier remet en question la sublimité ou la sacralité de la Justice, prise comme un tout, au profit d'une analyse plus microscopique de l'action des acteurs du champ judiciaire. Dans ce contexte, c'est moins la magistrature en tant que corps social particulier qui intéresse la recherche que l'activité du juge en tant qu'acteur de la décision, mais également comme vecteur de la relation qui s'établit entre les acteurs de la justice.

Une des voies empruntées par la recherche sur la justice consiste en effet à aborder celle-ci comme « cadre d'action²⁹ », c'est-à-dire en fonction de la logique et des convictions en regard desquelles se déploient ses acteurs : juges, praticiens, experts, greffiers, justiciables, médiateurs. Par extension, c'est l'*agentivité* qui constitue ici l'objet de la recherche empirique : l'étude des acteurs *in situ*, l'ajustement mutuel des comportements en contexte judiciaire, l'exercice des pouvoirs reconnus (ou niés) aux différentes figures d'un système organisé et la justification donnée, individuellement ou collectivement, à leur action. On y analyse les convictions fondatrices et les systèmes de représentation en fonction desquels s'orientent les choix et les initiatives de ces acteurs et l'idée qu'ils entretiennent de la justice ou des causes de la criminalité, de la bonne administration de la justice ou de l'indépendance judiciaire.

forme juridique; voir : Pierre NOREAU, « Et le droit, à quoi sert-il? Étude des usages étatiques et des fonctions du droit contemporain », dans Pierre NOREAU (dir.), *Le droit à tout faire : Exploration des fonctions contemporaines du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 205, à la p. 251.

²⁸ Siméon Patrice KOUAM, « La définition du juriste et la redéfinition de la dogmatique (à propos du syncrétisme méthodologique) », (2014) 55-4 *C. de D.* 877.

²⁹ Pierre LASCOUMES et Évelyne SERVERIN, « Le droit comme activité sociale : pour une approche wébérienne des activités sociales », (1988) 9 *Droit et Société* 165.

Toute recherche sur des notions de ce type fait immédiatement ressortir la *force du droit* en tant que système de sens³⁰. Le chercheur tente souvent au contraire de contourner cette constante reconduction de sens en étudiant la justice en fonction de ses ressorts internes. Seul un retour sur la pratique concrète de chaque acteur permet alors un saut hors des définitions établies et des termes imposés par la loi ou la jurisprudence. S'agissant du juge, la démarche se révèle hasardeuse. Et c'est précisément ce risque que la direction des cours a de plus en plus cherché à encadrer, en ciblant spécifiquement les relations entre chercheurs et juges : évaluation et contrôle des canevas d'entrevue, identification des juges susceptibles (ou non) de contribuer à la recherche, etc. L'objectif est d'éviter que le juge soit amené à commenter ses propres jugements (à sortir du secret de la délibération), en contrevenant du coup aux exigences de *la réserve*³¹. C'est la difficulté du passage du multiple au singulier, de l'institution à l'individu, du système à l'acteur.

Sur le strict plan du statut, la relation entre le chercheur et le juge déstabilise le régime des relations établies au sein du tribunal, régime fondé sur la codification procédurale des relations entre *acteurs* de justice au statut spécifique. Après tout, on parle régulièrement de la *scène judiciaire*. Elle suppose une certaine scénarisation des rapports entre les praticiens et le juge, et impose un rôle particulier aux parties et aux témoins, au greffier-audencier, à l'huissier, parfois au jury, parfois aux journalistes sinon au public lui-même. C'est d'ailleurs cette chorégraphie que les films à succès mettent en images. Dans sa relation avec le chercheur, le juge ne peut pas toujours compter sur ces relations ritualisées. Le chercheur et le juge se trouvent face à face³².

³⁰ Pierre NOREAU, « De la force symbolique du droit », dans Catherine THIBIERGE (dir.), *La force normative : Naissance d'un concept*, Paris et Bruxelles, L.G.D.J. et Bruylant, 2009, p. 137, à la p. 150.

³¹ *Code de déontologie de la magistrature*, RLRQ, c. T-16, r. 1, art. 8.

³² C'est ce nouveau cadre qui, en matière de recherche, a conduit à l'établissement d'un protocole entre la Cour du Québec et les facultés de droit. Il prévoit une procédure de discussion avec la Direction de la Cour, sur les objectifs de la recherche et sur le canevas d'entrevue nécessaire à sa réalisation, et ce, chaque fois qu'une enquête qualitative prévoit qu'un juge y participe.

On progresse du coup en terrain incertain, ne serait-ce que parce que le juge (et même le praticien) qui participe à une recherche s'inquiète parfois de l'usage qui peut être fait de tel ou tel de ses propos, et il arrive fréquemment que le chercheur lui-même ne le sache pas encore. L'*informateur* se trouve tout à coup témoin de sa propre activité. On passe alors du multiple (la magistrature) au singulier (le juge).

Les développements qui précèdent révèlent que les finalités de la recherche sont souvent périphériques à l'acte de juger. On passe alors, à l'inverse, du singulier au multiple, et l'ambition n'est pas tant d'établir ce que décide le juge dans un cas spécifique (objet central de l'activité judiciaire), mais de saisir en fonction de quelle logique et en regard de quelle conséquence pratique ces décisions sont prises sur le plan des relations sociales, de la normativité ou de la signification sociale du jugement³³. Il s'ensuit que les considérations sur lesquelles repose finalement la décision judiciaire n'épuisent pas sa signification sociale, non plus que les effets d'une longue succession de décisions prises séparément dans une multitude de cas, mais comportent des conséquences communes, notamment lorsqu'elles reconduisent des systèmes relationnels en décalage avec l'évolution des rapports sociaux.

Dans tous les cas, la recherche suppose toujours un débordement de l'acte de juger, entendu en tant que solution à un problème particulier. Et ce débordement de sens est régulièrement en porte-à-faux avec plusieurs des exigences associées à l'office même du juge : discrétion, réserve, respect du précédent, modération, légalité, équité, etc.

B) De la figure d'autorité au juge situé socialement

Qui sont les juges? D'où viennent-ils? Quelle est leur origine sociale, familiale, culturelle? Sont-ils des humains comme les autres? Cette idée contrevient à l'idée de leur interchangeabilité, évoquée précédemment. En contrepartie, cette permutation exigerait une forme d'homogénéité des

³³ Pierre NOREAU, « Construction et déconstruction du lien social en droit privé : le cas de la monoparentalité », dans Nicholas KASIRER (dir.), *La solitude en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 133, à la p. 175.

profils, des origines et des références. Dans pareille situation, le droit ne serait plus que la reproduction des normes d'une certaine classe d'individus, sinon d'une certaine classe sociale.

C'est une réalité que les premiers travaux empiriques sur l'origine sociale des juges au Québec mettent en évidence, dans les années 1970³⁴. Hommes blancs à peu près tous du même âge et tous issus de la bourgeoisie notabiliaire, souvent eux-mêmes fils de juges, sinon de juristes et autres *conseillers de la reine*, ayant atteint un niveau de scolarité largement au-dessus de la moyenne de l'époque et issus presque inévitablement de familles engagées publiquement au sein de l'une ou l'autre des grandes familles politiques, et formant avec elles une sorte de communauté d'esprit, susceptible de favoriser la correspondance des valeurs entre les acteurs des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire³⁵.

Cet enfermement sur des valeurs bien définies ne correspond plus aujourd'hui à la réalité d'une bonne partie de la magistrature³⁶. La question de la diversité s'y présente sous toutes les formes et pose de nouveaux défis, jusqu'à constituer un objectif difficile à atteindre, du fait de la diversification elle-même croissante des origines, des références, sinon des modes

³⁴ Guy BOUTHILLIER, « Matériaux pour une analyse politique des juges de la Cour d'appel », (1971) 6-3 *R.J.T.* 563; Guy BOUTHILLIER, « Note sur la carrière politique des juges de la Cour supérieure », (1972) 7-3 *R.J.T.* 573; Guy BOUTHILLIER, « Profil du juge de la Cour supérieure du Québec », (1977) 55 *R. du B. can.* 436; Guy BOUTHILLIER, « Profil du juge de la Cour des sessions de la paix », (1978) 38 *R. du B.* 13.

³⁵ On a ainsi pu parler de droit « bourgeois » ou de normativité « technocratique ».

³⁶ C'est du moins ce que l'étude des dispositions idéologiques des juges de la Cour suprême des États-Unis laisse parfois entendre. Cela étant, les études réalisées auprès des étudiants inscrits en droit dans les facultés québécoises démontrent aujourd'hui encore que plus de 85 % d'entre eux sont issus de familles dont les parents ont eux-mêmes déjà étudié à l'université. Ces simples constats font réaliser que la stances des références juridiques a peut-être une origine sociologique... en même temps que se trouve entretenue l'idée que le droit n'est peut-être « pas fait pour tout le monde », qu'il est inévitablement le relais d'une certaine conception du monde, plus susceptible d'être partagée par les segments les plus privilégiés de la société que par ses franges les plus pauvres.

de vie³⁷. Or, cette diversité, une fois assurée au sein de la magistrature, est par sa nature même susceptible de fragiliser l'idéal d'université du droit. Elle attire en effet l'attention du sociologue sur l'influence possible de la *localisation sociale* des juges sur leurs jugements. Cette universalité n'est-elle pas constamment remise en cause par tel ou tel revirement jurisprudentiel? On peut supposer que la diversité croissante des origines et des profils de la magistrature aura eu un effet, au moins indirect, sur certains de ces retournements. En contrepartie cependant, cette réalité ne vient-elle démontrer que la société qu'on prétend régulée par un ordre juridique unique, résiste à l'uniformité que le droit est censé incarner³⁸?

Or, une recherche qui mettrait en évidence l'existence de relations stables entre le profil sociologique des juges et les orientations de leurs jugements fragiliserait les fondements mêmes de la logique juridique et judiciaire³⁹. Mais peut-être faut-il mieux expliquer les modalités concrètes de la décision judiciaire, notamment le rôle du juge dans l'évolution, sinon la définition du droit, plutôt que dans sa simple interprétation.

C) Le tribunal... une organisation?

La justice n'est pas qu'une institution entourée de symboles. Elle répond également à toutes les caractéristiques d'une *organisation*. Au-delà des questions liées à l'équité procédurale, au débat contradictoire, à la réserve ou à l'impartialité du juge se posent celles des calendriers et des

³⁷ Gabriel POIRIER, « Vers plus de diversité chez les juges? », *Droit-inc.*, 23 septembre 2020, en ligne : <<https://www.droit-inc.com/article27419-Vers-plus-de-diversite-chez-les-juges>>. On pourrait, de façon plus limitative mais tout à fait opportune, s'interroger sur la trajectoire professionnelle des juges siégeant en matière criminelle. Sont-ils surtout issus des procureurs du Directeur des poursuites criminelles et pénales ou viennent-ils des rangs des avocats de la défense? Et qu'en est-il des juges siégeant à la Chambre de la jeunesse?

³⁸ Ce serait alors le droit qui créerait la société par le seul regard qu'il poserait sur elle, et la perspective positiviste (sinon hobbesienne du droit) l'emporterait dès lors sur tout autre mécanisme de régulation sociale. Cependant, est-ce bien réaliste?

³⁹ Johanne CLOUET, *Décisions judiciaires en matière de garde d'enfants : Contribution à l'étude des marqueurs identitaires du juge*, Montréal, Éditions Thémis, 2017.

affectations, des volumes, des délais, des budgets, des points d'efficience, des indicateurs de performance et des ratios.

Toutes ces questions s'inscrivent à l'interface des relations entre les pouvoirs exécutif et judiciaire. Les budgets des tribunaux émargent à ceux de l'État québécois. Ils sont par conséquent associés aux obligations de reddition de compte, de contrôle des dépenses publiques et de mesures de performance caractéristiques de la nouvelle gestion publique (*New Public Management*)⁴⁰. Certains observateurs parlent de *managérialisation* de la justice⁴¹, tendance susceptible d'affaiblir les conditions institutionnelles de l'indépendance judiciaire, une question qui se pose chaque fois que l'augmentation des ressources des tribunaux ou du nombre des juges exige une négociation des juges en chef avec les représentants du pouvoir exécutif, mais qui peut également caractériser une multiplicité de situations.

Ces relations sont d'autant plus tendues que les données statistiques sur la justice manquent depuis toujours de fiabilité. La situation est périodiquement signalée par le Vérificateur général du Québec⁴². Aux problèmes de mesure et de standardisation s'ajoutent ceux de l'hébergement et du traitement des banques de données tirées de l'activité des tribunaux. Ces opérations sont actuellement toutes prises en charge par le ministère de la Justice du Québec⁴³. Il s'ensuit que la gestion des tribunaux est en partie tributaire des données que peut lui fournir le Ministère, dont l'imprécision ne permet pas toujours une gestion fine de l'activité des cours. En conséquence de quoi, chaque tribunal est amené à établir sa propre banque

⁴⁰ Daniel MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'État : La question du droit dans la gouvernance publique*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 149.

⁴¹ Cécile VIGOUR, *Réformes de la justice en Europe : Entre politique et gestion*, Bruxelles, De Boeck, 2018.

⁴² Moktar LAMARI et Pierre NOREAU, « Mesurer quoi et pourquoi : le défi de la statistique judiciaire », dans Pierre NOREAU, Emmanuelle BERNHEIM, Maya CACHECHO, Catherine PICHÉ, Jean-François ROBERGE et Catherine ROSSI (dir.), *22 chantiers sur l'accès au droit et à la justice*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, p. 127, à la p. 144.

⁴³ Le problème de la protection des informations personnelles se pose également aujourd'hui de manière particulièrement sensible, bien que ces enjeux soient de nature souvent plus rhétorique que réelle, compte tenu de ce que les données statistiques tirées de l'activité judiciaire, sont très faciles à anonymiser.

de données, souvent sur la base de codifications et de procédés de saisie « maison ».

Sur un tout autre plan, les tribunaux craignent que ces données, une fois relayées par les médias, viennent miner leur crédibilité ou qu'elles ouvrent la porte à une multitude de comparaisons et d'interprétations, susceptibles d'alimenter une critique de leur fonctionnement. C'est notamment le cas en matière d'accès au droit et à la justice, où l'absence de données fiables impose une limite passive à toute analyse informée de la situation⁴⁴.

C'est dans ce contexte délicat que la recherche tente parfois de trouver sa place. Contraint de s'appuyer sur les bases statistiques imprécises constituées par l'État, le chercheur doit souvent colliger lui-même manuellement ses propres données s'il entend travailler sur un terrain solide. Il est possible alors que cette cueillette minutieuse soulève l'inquiétude des acteurs de la justice sur ce que l'on pourrait apprendre de l'activité judiciaire⁴⁵.

⁴⁴ En contrepartie, au lendemain de l'arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, une des premières initiatives prises par le ministère de la Justice aura été de reconstruire les bases de la statistique judiciaire en matière criminelle.

⁴⁵ Aussi la plupart des recherches empiriques menées dans une perspective inspirée par les sciences sociales s'appuient-elles sur des mesures réalisées par les chercheurs eux-mêmes. On pense notamment aux études de Jean-François Roberge sur les conférences de règlement à l'amiable, à celles de Catherine Piché sur les actions collectives, à celles de Catherine Rossi et son équipe sur les mesures de rechange pour adulte ou à nos propres travaux sur la confiance des citoyens à l'égard des tribunaux; voir respectivement : Jean-François ROBERGE, *La justice participative : Fondements et cadre juridique*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017; Catherine PICHÉ, *L'action collective : ses succès et ses défis*, Montréal, Éditions Thémis, 2019; Catherine ROSSI, Julie DESROSIERS, Vicky BRASSARD, Laurence MARCEAU, Maude CLOUTIER et Alexandre BÉLAND OUELLETTE, *Le Programme de mesures de rechange général pour adultes : Portrait, analyse et enjeux du projet pilote 2017-2019*, Rapport de recherche soumis au ministère de la Justice du Québec, Québec, Université Laval, 2020; Pierre NOREAU, « Accès à la justice et démocratie en panne : constats, analyses et projections », dans Pierre NOREAU (dir.), *Révolutionner la justice*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 13, à la p. 43; Pierre NOREAU et Pierre-Olivier BONIN,

Cependant, ces questions touchent également des dimensions de nature qualitative. Pensons en particulier à la fragilité des structures de gouvernance des différentes cours, qui sont de très petites organisations, au sein desquelles les rapports sont inévitablement personnalisés. C'est évidemment le cas des cours qui ne comptent qu'un petit effectif (on pense à la Cour suprême du Canada). Il arrive que la biographie de l'un ou l'autre juge en chef ou juge puîné permette d'en retracer la dynamique, ce qui, chaque fois, force à réaliser la dimension toute humaine de son activité, mais c'est également vrai de juridictions comptant de 150 à 300 juges.

Ainsi, sur le plan organisationnel, les juridictions comme la Cour supérieure ou la Cour du Québec ne bénéficient pas réellement de ce qu'on appelle généralement une direction des ressources humaines, de sorte que toute interaction avec l'un ou l'autre des juges de la Cour met directement en cause l'autorité des juges en chef, des juges en chef associés ou des juges en chef adjoints, sinon des juges coordonnateurs. Parfois, la lecture attentive des décisions du Conseil de la magistrature laisse entrevoir la succession de ces interactions délicates.

Quoi qu'il en soit, la vie organisationnelle des tribunaux reste trop souvent un angle mort de la recherche⁴⁶.

En contrepartie, on est toujours informé du nombre de lits disponibles sur les étages des hôpitaux et de l'engorgement relatif des urgences. L'absence de données sur la réalité organisationnelle de la justice

« Faire droit... devenir juriste. Trajectoire des étudiants en faculté : une étude en contexte québécois », (2017) 22 *Lex Electronica* 170.

⁴⁶ Signalons cependant les travaux précurseurs menés par Marcel Proulx; voir notamment : Marcel PROULX, *Rationalité professionnelle et rationalité managérielle dans la gouverne des tribunaux judiciaires québécois*, thèse de doctorat, Paris, Institut d'études politiques de Paris, 1993. Sur le plan analytique, on peut par ailleurs se demander ce qui pourrait être tiré d'une étude des mécanismes de coordination du travail et des tâches, tels qu'ils ont été synthétisés chez Mintzberg : l'ajustement mutuel, la supervision directe, la standardisation des procédés, la standardisation des produits et la standardisation des qualifications; voir : Henri MINTZBERG, *Structure et dynamique des organisations*, Paris, Eyrolles, 1982, p. 19.

favorise une forme d’aveuglement sur les exigences matérielles de l’activité judiciaire. Une recherche plus systématique sur le fonctionnement des tribunaux documenterait sans doute la possibilité d’une restructuration du système de justice, encore que le passé récent nous oblige à constater que cette éventualité n’est pas à portée de main. Il arrive pourtant que certains des grands débats entourant l’avenir de la justice trouvent leur origine dans des dimensions d’ordre organisationnel plutôt que proprement judiciaire ou constitutionnel. Encore que, même dans ce cas, les catégories juridiques imposent un filtre sur la réalité empirique de la justice.

Sous cet angle, le *Renvoi* concernant l’augmentation de la juridiction civile de la Cour du Québec, de 75 000 \$ à 85 000 \$, apparaît avoir peu de liens avec la question constitutionnelle sur laquelle elle a finalement été tranchée⁴⁷. Elle trouve plutôt ses origines dans des questions d’ordre organisationnel, la Cour supérieure étant inquiète de ce que ce transfert de compétence justifie, à terme, la diminution du nombre des juges de la Cour supérieure dans certaines régions, en réduisant le nombre de dossiers susceptibles d’être entendus par cette cour. Il s’agit d’un cas où une meilleure compréhension de l’histoire et de la structure des tribunaux aurait pu éclairer le public sur les fondements d’une initiative judiciaire jugée surprenante⁴⁸. On aurait pu se questionner alors sur sa justification!

Sur un tout autre aspect, l’arrêt *R. c. Jordan*⁴⁹ a eu pour conséquence inattendue de retarder l’émission d’une multitude d’actes d’accusation, le temps que le DPCP s’assure d’avoir en main un dossier justifiant les procédures; une situation qui fait peser sur les épaules d’un éventuel accusé potentiel, une pression démesurée. Ce sont encore-là cependant des questions de nature organisationnelle.

⁴⁷ *Renvoi relatif au Code de procédure civile (Qc)*, art. 35, 2021 CSC 27.

⁴⁸ De même, il est raisonnable de prétendre que si la rémunération des juges de la Cour supérieure était le même que celui de la Cour du Québec (ou vice versa), le Québec pourrait plus facilement envisager la création d’un tribunal unifié de la famille et de la jeunesse qui fait cruellement défaut aux familles en contexte de rupture, sans voir surgir le problème de préséance que cette situation provoque.

⁴⁹ Préc., note 44.

Les tribunaux sont aux prises avec des problèmes de ressources et de coordination, bref, des problèmes d'organisation. Pourtant, ces enjeux n'ont été que très récemment abordés publiquement, alors qu'ils touchent l'aménagement quotidien des activités de la cour. Il est dès lors inévitable que la recherche s'y intéresse aussi.

D) La Justice, un « champ de forces⁵⁰ »?

Le tribunal est un organigramme habité⁵¹. Malgré l'autorité du juge sur la gestion de l'instance, l'objectif implicite des praticiens est toujours d'orienter le déroulement du dossier en fonction de leur réalité propre. Ces mouvements souterrains structurent la relation entre le juge et les praticiens, encore que ces acteurs insistent rarement sur cette dimension de l'activité judiciaire. La qualification des faits, l'interprétation de la règle de droit et, plus encore, la définition de ce qui est au cœur du litige ou du procès (que l'on parle d'établir la pertinence d'un fait ou celle d'une norme juridique) permettent ou non à telle ou telle partie d'occuper le centre de l'échiquier. Cependant, ce jeu de pouvoir ne met pas seulement face à face les praticiens et le juge, mais les parties au dossier.

Ici tout un ensemble de dimensions entre en cause, par exemple :

- l'ascendant des avocats séniors sur des avocats juniors;
- la place toute relative occupée par la partie qui se présente seule à la cour par rapport à celle qui y est représentée;
- la crédibilité des habitués du palais de justice par rapport à celle, légèrement décalée, des avocats pratiquant dans un district judiciaire différent, sinon dans un autre domaine du droit;
- la nature asymétrique des relations opposant une institution publique ou une société commerciale et un

⁵⁰ Pierre BOURDIEU, « La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique », (1986) 64 *Actes de la recherche en sciences sociales* 3.

⁵¹ Michel CROZIER et Erhard FRIEDBERG, *L'acteur et le système : les contraintes de l'action collective*, Paris, Seuil, 1977.

citoyen moyen, et même, aux petites créances, l'expérience différente du *repeat player* et du *one-shotter*⁵².

Tous ces décalages démontrent que, au-delà des normes procédurales destinées à créer un équilibre des positions, un jeu de pouvoir, sinon d'influence, s'immisce dans les relations entre les parties. C'est l'intérêt de la recherche empirique de mettre ces dimensions en lumière.

Ces rapports de pouvoir ne sont jamais si évidents que lorsqu'on compare les activités des différentes juridictions où se déploient des fonctions adjudicatives. Il n'y a qu'à assister au déroulement d'instances différentes pour constater que le litige civil, le procès criminel et les audiences menées dans le cadre de la justice administrative sont structurés selon des cultures judiciaires et juridiques différentes.

C'est que l'activité judiciaire est traversée de multiples tensions entre des influences et des pouvoirs que seule l'observation directe et distanciée des activités de la cour permet de révéler, et qui s'éloigne de la logique des rôles abstraits que l'on s'attend voir jouer par ses acteurs, notamment parce que le tout se déroule dans des contextes contingents. Les exemples sont nombreux.

Exception faite de cas particuliers où deux parties aux ressources équivalentes se présentent devant un juge accompagnées d'un nombre égal d'avocats et d'experts aux compétences comparables, la plupart des causes mettent en relation des acteurs aux moyens et aux pouvoirs très différents. La grande difficulté pour le chercheur réside alors dans la reconstruction d'un système relationnel chaque fois spécifique, qui s'éloigne du modèle standard du procès et des exigences d'un loyal débat entre juristes.

L'observation directe d'une audience à la Chambre de la jeunesse révèle que le plus difficile travail du juge réside dans l'évaluation des

⁵² Marc GALANTER, « “Pourquoi c'est toujours les mêmes qui s'en sortent bien?” Réflexions sur les limites de la transformation par le droit [1974] », (2013) 85-3 *Droit et Société* 575.

propositions de la Direction de la protection de la jeunesse qui, dans pratiquement tous les dossiers, a l'avantage de l'initiative. Une forme d'asymétrie accompagne ainsi la cohabitation des experts et des profanes, travailleurs sociaux ou psychologues, enfants, adolescents ou simples parents, représentés ou non par un professionnel du droit, habitués de la cour ou justiciables d'un jour. Les dimensions expérientielles et juridiques de l'instance s'entremêlent alors et favorisent potentiellement une discussion où le point de vue des professionnels l'emporte sur la dimension affective entourant la relation entre adultes et enfants⁵³. Cela étant, la chose est sans doute vraie chaque fois qu'une audience met en cause des parties aux ressources et aux expériences différentes sinon inégales⁵⁴.

Ainsi ces inégalités peuvent-elles également être observées toutes les fois que des enjeux économiques se posent, dans le domaine du droit social, en matière d'accident du travail ou d'accident automobile. Le problème ne tient plus alors seulement à la résolution d'un cas particulier, mais à toute l'économie d'un régime public d'indemnisation. Aux rapports de force internes qui traversent l'audition de chaque cause s'ajoutent alors un certain nombre de dimensions externes à la Cour qui sont de nature plus structurelle.

Ces autres aspects impliquent parfois l'analyse d'équilibres plus généraux touchant à l'environnement des tribunaux, sinon au contexte de leur activité. On peut du coup se demander de quelle marge de manœuvre

⁵³ Cet entremêlement s'exprime dans une multitude de cas, comme le révèlent les témoignages recueillis sur le site Web Justice pour tous : ADAJ, « Témoignages », *Justice pour tous*, 2018, en ligne : <<http://adaj.ca/justicepourtous/temoignages/sujet-0>>.

⁵⁴ De même, en matière de santé mentale, les études menées par Emmanuelle Bernheim sur l'imposition de traitements ou sur la garde en établissement démontrent en quoi la vérité médicale l'emporte généralement sur l'expérience du justiciable, que le juge a pourtant vocation à intégrer à sa décision, particulièrement en matière d'intervention psychiatrique; voir : Emmanuelle BERNHEIM, *Les décisions d'hospitalisation et de soins psychiatriques sans le consentement des patients dans des contextes clinique et judiciaire : Une étude du pluralisme normatif appliqué*, thèse de doctorat, Montréal et Gif-sur-Yvette, Faculté de droit, Université de Montréal et École normale supérieure de Cachan, 2011.

bénéficient réellement les décideurs administratifs œuvrant au sein de la Régie de l'énergie, alors que le renouvellement de leur mandat est fonction de la bonne volonté d'un gouvernement, dont les revenus dépendent de leurs décisions, en matière de tarification énergétique. De même, les juges municipaux ont dû apprendre à tenir à distance de leur jugement les intérêts financiers des municipalités où ils siègent et dont les revenus dépendent en partie des amendes et des sanctions qu'ils sont appelés à imposer en cas d'infractions aux dispositions du Code de la sécurité routière ou de tel ou tel règlement municipal.

Conclusion : le conflit des indépendances!

Les rapports entre la recherche et la justice, sinon entre le chercheur et le juge, mettent en tension deux entités exigeant leur indépendance : celle de la connaissance scientifique et celle de la décision judiciaire. Chacune s'appuie du reste sur une légitimité différente, et revendique pour elle-même sa contribution au bien commun... sinon sa mission de service public. Il s'ensuit que chacune peut prétendre agir sans dépendre du regard de l'autre.

Pourtant, c'est une illusion. L'affaire *Maillé* établissait encore récemment le droit du chercheur de protéger l'anonymat de ses sources, en garantissant de ce fait le respect des exigences éthiques de la recherche et de la liberté académique, du moins dans le domaine des sciences sociales et humaines⁵⁵. En contrepartie, l'adaptation du droit à l'évolution des rapports sociaux est aujourd'hui souvent tributaire des sciences sociales et humaines, tant sur le plan de la production des normes ou de leur interprétation que sur celui de la réception de la preuve. La chose a maintes fois été mise en évidence par la jurisprudence à l'occasion de certains des retournements les plus importants des dernières décennies, par exemple en matière d'égalité ou en droit des Autochtones, et l'intégration des chartes dans le corps des normes fondamentales des sociétés contemporaines a ouvert la porte à un recours plus systématique aux connaissances nouvelles que ces disciplines offrent à la société et à la justice... sur la société et la justice.

⁵⁵ Marie-Ève MAILLÉ, *L'affaire Maillé : L'éthique de la recherche devant les tribunaux*, Montréal, Écosociété, 2019.

La difficulté survient lorsque la justice devient elle-même objet de recherche. C'est alors qu'entrent en tension les indépendances dont il est question ici. C'est du reste sur ces tensions que porte ce texte, bien que, celles-ci ne sont jamais si bien mises en évidence que dans les études traitant des réformes de la justice. En effet, la réforme de tout système organisé est susceptible de bénéficier de la contribution d'un observateur extérieur, de sa relecture des représentations, des mécanismes et des pratiques sur lesquels il est établi⁵⁶.

Sortir du régime de l'évidence est en effet la grande difficulté des institutions sociales les mieux établies, en partie parce que leur fonction est intuitivement considérée comme consubstantielle de leur éthique, de leur norme et de leur pratique. Elles forment un tout indissociable. L'exemple le plus manifeste des avantages d'une analyse distanciée est proposé par la très longue trajectoire empruntée par les modes alternatifs de résolution des conflits au Québec, de leur expérimentation sociale au milieu des années 80⁵⁷, jusqu'à leur reconnaissance dans le domaine de la justice civile en 2016⁵⁸. Les premières études portant sur ces pratiques ont été inspirées par les sciences sociales et humaines, au tournant des années 80 et 90⁵⁹, et portaient bien davantage sur les pratiques avant-gardistes des intervenants sociaux que sur celles, plus traditionnelles, des juristes.

⁵⁶ Pierre NOREAU, Yan SÉNÉCHAL et Jean-François ROBERGE (dir.), « Justice et réformes : un univers en tension », (2020) 54-1-2-3 *RJTUM* (numéro spécial thématique).

⁵⁷ C'est à cette époque en effet, qu'était créée l'Association de médiation familiale du Québec qui allait jouer un rôle précurseur dans l'implantation de ces pratiques.

⁵⁸ Il s'agit de l'année de mise en application des dispositions du nouveau *Code de procédure civile*.

⁵⁹ Voir par exemple : Pierre NOREAU, « Pluralisme juridique et institutionnalisation des pratiques sociales : le cas de la médiation familiale », dans Bjarne MELKEVIK (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1998, p. 41, aux p. 64 et 65; Pierre NOREAU et Samia AMOR, « Médiation familiale : de l'expérience sociale à la pratique judiciaire », dans Marie-Christine SAINT-JACQUES, Daniel TURCOTTE, Sylvie DRAPEAU et Richard CLOUTIER (dir.), *Familles en transformation. La vie après la séparation des parents : Bilan d'une réalité complexe et pistes d'action*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004, p. 269, à la p. 297.

Un regard « étranger » est généralement nécessaire à la réforme des institutions, car leur difficulté à se transformer est largement avérée. C'est également le cas des institutions législatives⁶⁰.

Tout regard externe représente cependant un risque pour les acteurs d'un champ d'action donné. C'est l'espace nécessaire de l'interdisciplinarité que l'on évoque constamment sans reconnaître toujours qu'elle exige une forme d'ouverture sur l'inconnu. Une forme particulière d'aventure, donc, inscrite dans l'essence même du changement, sinon d'un mouvement où se confondent le droit et la société.

⁶⁰ Concernant cet autre aspect de la question, on lira avec intérêt : Elisa LEWIS et Romain SLITINE, *Le coup d'État citoyen : Ces initiatives qui réinventent la démocratie*, Paris, La Découverte, 2016, p. 61.