

Les juges, acteurs et actrices de la justice sociale

Emmanuelle Bernheim

Volume 27, Number 2, 2022

Dossier Soirées de la justice du CRDP. Les acteurs de la justice

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1099314ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1099314ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Centre de recherche en droit public Université de Montréal

ISSN

1480-1787 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bernheim, E. (2022). Les juges, acteurs et actrices de la justice sociale. *Lex Electronica*, 27(2), 30–44. <https://doi.org/10.7202/1099314ar>

Article abstract

L'augmentation fulgurante de la judiciarisation des cas en santé mentale et la reconfiguration de l'activité judiciaire devant composer avec « le volume » participent à une baisse de la qualité de la représentation. Par conséquent, les juges se retrouvent avec des dossiers à entendre dans la précipitation et ne peuvent s'appuyer sur les avocat-es de la défense pouvant attirer leur attention sur les accrocS procéduraux et substantiels. Dans ce contexte, il arrive que des juges, se considérant partie de la relation thérapeutique, sortent de leur rôle habituel d'adjudicateurs et d'adjudicatrices pour conseiller les défendeurs, défenderesses et accusé-es sur l'importance de collaborer, voire d'« écouter » les recommandations des professionnel-leS, notamment quant à la médication même lorsque le tribunal n'a aucune compétence en matière de traitement. Pour que les juges puissent participer, en matière de justice, à la justice sociale, le rôle judiciaire et le mandat sociaux des tribunaux doivent être repensés.

© Lex Electronica, 2023



This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

LES JUGES, ACTEURS ET ACTRICES DE LA JUSTICE SOCIALE

30

Emmanuelle Bernheim⁷⁵

Emmanuelle BERNHEIM
Les juges, acteurs et actrices de la justice sociale

⁷⁵ Professeure titulaire, Section de droit civil, Faculté de droit, Université d'Ottawa et titulaire de la Chaire de recherche du Canada en santé mentale et accès à la justice. Je remercie le programme des Chaires du Canada et le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada pour leur soutien à la réalisation des recherches dont les résultats sont présentés ici. Ce texte est une version révisée d'une conférence intitulée « Les juges comme acteurs de la justice sociale » présentée le 7 octobre 2021 dans le cadre du cycle de conférences du Centre de recherche en droit public, Les soirées de la justice : Les acteurs de justice face aux changements et à l'innovation.

Résumé

L'augmentation fulgurante de la judiciarisation des cas en santé mentale et la reconfiguration de l'activité judiciaire devant composer avec « le volume » participent à une baisse de la qualité de la représentation. Par conséquent, les juges se retrouvent avec des dossiers à entendre dans la précipitation et ne peuvent s'appuyer sur les avocat·es de la défense pouvant attirer leur attention sur les accroc·s procéduraux et substantiels. Dans ce contexte, il arrive que des juges, se considérant partie de la relation thérapeutique, sortent de leur rôle habituel d'adjudicateurs et d'adjudicatrices pour conseiller les défendeurs, défenderesses et accusé·es sur l'importance de collaborer, voire d'« écouter » les recommandations des professionnel·les, notamment quant à la médication même lorsque le tribunal n'a aucune compétence en matière de traitement. Pour que les juges puissent participer, en matière de justice, à la justice sociale, le rôle judiciaire et le mandat sociaux des tribunaux doivent être repensés.

INTRODUCTION

[1] Le mandat social confié à la justice civile et administrative est corollaire du développement des services de santé et des services sociaux, de même que de la reconnaissance de droits civils et fondamentaux. Il apparaît que, dans une multitude de domaines de la vie sociale, les tribunaux sont considérés comme constituant des instances impartiales et justes, en mesure de trancher les litiges entre citoyen·nes et État, de disposer d'enjeux sociaux fondamentaux – logement, liens parentaux, assistance sociale – voire de constituer un rempart contre l'arbitraire. Dans les 70 dernières années, plusieurs tribunaux ont ainsi été créés⁷⁶ alors que de nouveaux mandats ont été confiés à des tribunaux existants⁷⁷.

[2] L'étude des débats parlementaires démontre que cette judiciarisation du social avait pour objectif la protection des droits de parties engagées dans un rapport de force inégal⁷⁸. Or, dans un contexte de coupure dans les services sociaux et de santé et d'accroissement des inégalités sociales, la pratique judiciaire, aujourd'hui « à volume » dans tous ces domaines, est soumise aux dictats de la nouvelle gestion publique⁷⁹. En santé mentale, par exemple, l'augmentation de la judiciarisation est fulgurante : entre 2015 et 2020, le nombre de requêtes de garde en établissement⁸⁰ soumises à la Cour du Québec et d'accusé·es sous le contrôle de la Commission d'examen⁸¹ a augmenté de 29 %, alors que le nombre de demandes d'autorisations de soins⁸² présentées à la Cour supérieure a augmenté de 45 %. L'augmentation de la judiciarisation est plus marquée encore en protection de

76 Par ex. : la Cour du bien-être social en 1950 pour traiter des affaires de protection de la jeunesse, la Régie du logement en 1980 pour trancher les litiges en matière locative, les Commissions provinciales d'examen créées en 1992 en vertu du droit criminel pour surveiller les accusé·es inaptes à subir leur procès ou criminellement non responsables pour cause de troubles mentaux, le Tribunal administratif du Québec créé en 1996 pour trancher les litiges entre les citoyen·nes et les organismes publics, etc. .

77 Par ex. : les compétences en matière de traitement confiées à la Cour supérieure en 1989 et les décisions de garde en établissement confiées à la chambre civile de la Cour du Québec en 1994.

78 Par ex. : Québec, Assemblée nationale, Commission permanente des affaires sociales, « Étude détaillée du projet de loi n° 39. Loi sur la protection des personnes atteintes de maladie mentale et modifiant diverses dispositions législatives (2) », *Journal des débats de la Commission permanente des affaires sociales*, vol. 35, 5 décembre 1997, n° 100 à la p. 6 (Jean Rochon, ministre de la Santé et des Services sociaux); Canada, Chambre des communes, *Débats de la Chambre des communes*, 3e session, 34e législature, vol. 3, 4 octobre 1991 à la p. 3297 (Kim Campbell, ministre de la Justice et Procureure générale du Canada).

79 Voir Christopher Hood, « A Public Management for All Season ? », (1991) 69:1 *Public Adm* 3; Christopher Hood, « The "new public management" in the 1980s : Variations on a theme », (1995) 20:2-3 *Account Organ Soc* 93.

80 La garde en établissement permet de détenir dans un établissement de santé une personne représentant un danger pour elle-même ou pour autrui en raison de son état mental. De mandatée par un établissement de santé, elle est ordonnée par un·e juge de la Cour du Québec ayant des motifs de croire que la partie défenderesse représente un danger pour elle-même ou pour autrui en raison de son état mental. La partie défenderesse doit témoigner lors de l'audience et le tribunal n'est pas lié par la preuve présentée; il peut donc rejeter une demande en l'absence de contre-expertise. Art. 30 CcQ.

81 La Commission d'examen est responsable des accusé·es inaptes à subir leur procès ou criminellement non responsables pour cause de troubles mentaux. À cette fin, elle doit évaluer le risque qu'ils et elles représentent pour la sécurité du public tous les douze mois et peut ordonner leur détention, libération conditionnelle ou libération inconditionnelle. Art. 672.54 et 672.5401 Ccr.

82 L'autorisation de soins donnée par un·e juge de la Cour supérieure permet à un médecin d'administrer à une personne inapte à consentir à ses soins un traitement requis par son état de santé, soit, pour une personne mineure, en cas de refus injustifié de son représentant légal, soit, pour une personne majeure, en cas de refus injustifié de son représentant légal ou de son propre refus catégorique. La partie défenderesse doit témoigner lors de l'audience. Art. 16 et 23 CcQ.

la jeunesse, le nombre de requêtes présentées à la Chambre de la jeunesse ayant augmenté de 50 % entre 2011 et 2015⁸³.

Garde en établissement		Autorisation de soins		Commission d'examen		Protection de la jeunesse	
		2008	383	2001	898	2006	4 916
2015	5 454	2015	2 212	2015	1 950	2011	12 000
2020	7 030	2020	3 244	2019	2 520	2015	18 000

Tableau 1. Nombre de demandes présentées à différents tribunaux^{84 85}

[3] En corollaire de cette pression sur les services judiciaires, le ministère de la Justice du Québec, pour lequel une justice plus accessible est une justice rendue « dans les meilleurs délais »⁸⁶, développe plusieurs stratégies cohérentes avec les principes de la nouvelle gestion publique que sont l'efficacité, l'efficience, la responsabilité et l'imputabilité : solutions de rechange⁸⁷, gestion d'instance, programmes d'adaptabilité, prévention et règlement des différends⁸⁸. En individualisant les services judiciaires, l'objectif officiel est de répondre aux besoins d'une « clientèle »⁸⁹ « aux prises avec des problématiques particulières, telles que la toxicomanie, la santé mentale et l'itinérance »⁹⁰, sans remettre en question la judiciarisation de plus en plus

83 Soulignons qu'entre 2007 et 2017, on observe également une hausse de 9 % des mises en accusation criminelle d'adultes, alors que le taux de criminalité chutait de près de 40 % durant cette période : Zoran Miladinovic, *Statistiques sur les tribunaux de juridiction criminelle pour adultes et les tribunaux de la jeunesse au Canada, 2016-2017*, Statistique Canada, 2019 à la p. 5; Québec, ministère de la Sécurité publique, *Criminalité au Québec : principales tendances*, Québec, 2021 à la p. 3.

84 Québec, Justice Québec, Demande d'accès aux documents – Décisions, Garde en établissement et autorisation de soins : statistiques, n° de référence R-94748, 12 mars 2021; Québec, Justice Québec, Demande d'accès aux documents – Décisions, Données sur les demandes d'autorisation judiciaire de soins, n° de référence R-78666, 16 mai 2018; Tribunal administratif du Québec, Rapport annuel de gestion 2003-04, Québec 2004; Tribunal administratif du Québec, Rapport annuel de gestion 2020-21, Québec, 2021 à la p. 31; Cour du Québec, Rapport public 2008-09, Québec, à la p. 66; Cour du Québec, Rapport public 2011, Québec, à la p. 36; Cour du Québec, Rapport public 2015, Québec, à la p. 37.

85 Après 2015, le contenu des rapports publics de la Cour du Québec est substantiellement modifié et les statistiques ne sont plus aussi précises, voire absentes.

86 Justice Québec, *Plan stratégique 2019-2023*, Québec, 2019, à la p. 26 [« Plan stratégique 2019-2023 »].

87 Pour Daniel Mockle, les solutions de rechange sont, en nouvelle gestion publique, « un impératif pour dépasser les limites formelles du droit et instaurer ainsi un double plus performant et efficace, notamment par le retrait de la juridicité et l'absence auto-proclamée de règles de droit » : « La gouvernance publique et le droit » (2006) 47:1 *C de D* 89, à la p. 110.

88 Justice Québec, *Plan stratégique 2019-2023*, supra, note 11; Québec, ministère de la Justice, *Stratégie ministérielle de promotion et de développement des modes de prévention et de règlement des différends en matière civile et commerciale 2018-21*, Québec, 2018; Justice Québec, *Stratégie nationale de concertation en justice et santé mentale*, Québec, 2018.

89 Justice Québec, *Plan stratégique 2019-2023*, supra, note 11, à la p. 2; Justice Québec, *Rapport annuel de gestion 2020-21*, Québec, 2021, à la p. 2; Justice Québec, *Des nouvelles de la transfo*, *Bulletin* n° 6, novembre 2021, à la p. 3.

90 Justice Québec, *Des nouvelles de la transfo*, *Ibid.*

importante de personnes vivant dans la précarité et la marginalité⁹¹ Dans un contexte où l'évaluation de l'activité judiciaire est réduite à des nombres et des statistiques⁹², il semble ainsi possible d'imaginer qu'une augmentation de la judiciarisation puisse se traduire par des services judiciaires individualisés et adéquats, rendus plus rapidement.

[4] La réalité est tout autre. Les derniers mois ont été marqués par des sorties médiatiques de juges en chef déplorant la pénurie de personnel judiciaire⁹³ et l'empiètement à peine voilé du ministère de la Justice dans les prérogatives du pouvoir judiciaire⁹⁴, la grève des avocat·es de l'aide juridique⁹⁵, la publication d'un rapport démontrant l'inadéquation de la rémunération des mandats d'aide juridique⁹⁶ expliquant la baisse constante des avocat·es les acceptant⁹⁷. La justice, qualifiée par certain·es de « machine à saucisses »⁹⁸, serait ainsi « en crise »⁹⁹.

[5] Cette reconfiguration de l'activité judiciaire, à l'intersection du mandat social et de la nouvelle gestion publique, ouvre d'importantes pistes de recherche, tant quant au rôle de l'institution que celui de ses acteurs et actrices. Dans cet article, j'explorerai le rôle spécifique des juges à partir des constats tirés de terrains de recherche ethnographiques menés depuis quinze ans dans des tribunaux québécois agissant en matière sociale¹⁰⁰, où j'ai mobilisé une multitude de techniques de collecte des données (observations; entretiens avec des juges, des avocat·es, des citoyen·nes;

91 Emmanuelle Bernheim, « Judiciarisation de la pauvreté et nonaccès aux services juridiques : quand Kafka rencontre Goliath », (2019) 25:1 *Reflets* 71.

92 Voir Alain Supiot, *La Gouvernance par les nombres : Cours au Collège de France (2012-2014)*, Saint-Armand Montrond, Fayard, 2015.

93 Par ex., les interventions de Jacques Fournier, juge en chef de la Cour supérieure : Michel Nguyen, « 'On vit une catastrophe' : le manque de personnel dans les tribunaux pourrait mener à une rupture de services », *Le Journal de Montréal*, 24 mai 2022, en ligne : <<https://www.journaldemontreal.com/2022/05/24/la-situation-est-catastrophique>>, consulté le 19 juillet 2022.

94 Le Conseil de la magistrature du Québec et la juge en chef de la Cour du Québec, Lucie Rondeau, ont gagné un recours judiciaire contre le ministre de la Justice du Québec dont la question en litige était : « Lorsque vient le temps de nommer un juge à la Cour du Québec, le ministre de la Justice peut-il ne pas donner suite aux besoins exprimés par le juge en chef de la Cour du Québec, incluant ceux portant sur le bilinguisme des candidats ? ». Le tribunal conclut que : « [l']intervention du ministre de la justice est ultra vires et illégale. Le Ministre ne jouit d'aucun pouvoir quant à la rédaction des avis de sélection des candidats à la fonction de juge à la Cour du Québec. » : *Conseil de la magistrature c. Ministre de la Justice du Québec*, 2022 QCCS 266 au para 204.

95 Charles-Émile L'Italien-Marcotte, « Les avocats de l'aide juridique en grève lundi et mardi », *Radio-Canada*, 27 juin 2022, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1894004/avocats-droit-salaire-equite-recommandation-mandats-gouvernement>>, consulté le 19 juillet 2022.

96 Groupe de travail indépendant sur la réforme de la structure tarifaire de l'aide juridique, *Rapport final*, Québec, 2022.

97 En 25 ans, le nombre d'avocat·es acceptant des mandats privés d'aide juridique a baissé du tiers : Jeune Barreau de Montréal, *Rapport du JBM sur le système d'aide juridique québécois*, Montréal, 2016, à la p. 3.

98 Isabelle Mathieu, « Les avocats en grève pour la fin de la 'machine à saucisses' », *Le Soleil*, 13 juin 2022, en ligne : <<https://www.lesoleil.com/2022/06/13/les-avocats-en-greve-pour-la-fin-de-la-machine-a-saucisses-807f4564db1ce1d4924fbde47d534cab>>, consulté le 19 juillet 2022.

99 Karine Gagnon, « La justice en crise », *Le Journal de Québec*, 22 mai 2022, en ligne : <<https://www.journaldequebec.com/2022/05/22/la-justice-en-crise>>, consulté le 19 juillet 2022; « Selon le Barreau du Québec, le système de justice risque une crise de confiance », *La Presse*, en ligne : <<https://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-faits-divers/2022-05-27/selon-le-barreau-du-quebec/le-systeme-de-justice-risque-une-crise-de-confiance.php>>, consulté le 19 juillet 2022.

100 À la division des affaires sociales et à la Commission d'examen du Tribunal administratif du Québec, à la Cour du Québec, chambres civile et de la jeunesse, et à la Cour supérieure. Je ne m'appuierai ici que sur les terrains menés en santé mentale et en protection de la jeunesse.

analyse qualitative et quantitative de jurisprudence et de dossiers judiciaires) et d'analyse (inductive, de discours, thématique, statistique). Je commencerai par présenter le contexte de la pratique judiciaire en matière sociale (1), puis montrerai comment la dimension thérapeutique du rôle judiciaire s'oppose à sa dimension juridique (2) et proposerai quelques pistes pour repenser le rôle des juges en matière de justice sociale (3).

1. LE CONTEXTE DE LA PRATIQUE JUDICIAIRE EN MATIÈRE SOCIALE

[6] Les observations menées dans les salles d'audience de la Commission d'examen, des chambres civiles et de la jeunesse de la Cour du Québec et de la Cour supérieure ont permis de constater plusieurs similarités, à commencer par un important encombrement du rôle. Chaque jour devant ces instances, les audiences s'enchaînent sans répit, permettant difficilement de prendre le temps. Il est en effet presque impossible de mener un débat judiciaire puisque plusieurs autres dossiers doivent être entendus et que les ressources judiciaires sont limitées. Dans un tel contexte, les délais de rigueur sont bien souvent dépassés, les parties défenderesses ou accusées devant tout simplement y renoncer. Les requêtes et recommandations formulées par les professionnel·les de la santé et des services sociaux impliqué·es dans les procédures sont presque systématiquement reprises telles quelles dans les ordonnances judiciaires¹⁰¹.

[7] Les requêtes urgentes ou traitées comme telles sont légion, ce qui laisse peu de temps aux avocat·es de la défense pour préparer leurs client·es et peu de temps aux juges pour prendre connaissance des dossiers. En effet, la preuve est bien souvent disponible à l'audience même ou peu de temps avant seulement, y compris en matière de Commission d'examen où les audiences de révision doivent pourtant avoir lieu tous les douze mois dans chacun des dossiers¹⁰². En raison de ce contexte, les dossiers sont composés essentiellement de la preuve présentée par les établissements de santé et de services sociaux. Les parties défenderesses ainsi que les accusés n'ont le plus souvent que leur propre témoignage à offrir et, en matière de garde en établissement et d'autorisation de soins, sont régulièrement absents¹⁰³.

¹⁰¹ Soulignons que la pratique veut que des « projets de jugement » soient soumis aux tribunaux par les établissements de santé et de services sociaux demandeurs, même lorsque les demandes sont contestées. En matière civile pourtant, les projets de jugements ne devraient être utilisés que pour des causes procédant par défaut : Barreau du Québec, *Guide des meilleures pratiques en matières civiles*, Québec, 2020.

¹⁰² Art 672.81 Ccr.

¹⁰³ Entre 40 et 67 % des personnes sont absentes à leur audience selon les études. Voir : Emmanuelle Bernheim, Guillaume Chalifour et Richard-Alexandre Laniel, « La santé mentale en justice – Invisibilité et déni de droits : une étude statistique de la jurisprudence en autorisation de soins », (2016) 9:2 *RD & santé McGill* 337, à la p. 354; Action autonomie, *Quand l'inaccéptable se perpétue. 18 ans de violation de la loi et des droits fondamentaux des personnes hospitalisées en psychiatrie*, Rapport de recherche, Montréal, 2016, à la p. 68. Soulignons qu'aucune statistique provinciale n'est colligée.

[8] Les audiences sont relativement courtes au regard des enjeux qui se jouent : liberté, intégrité, relations parents-enfants. Elles se déroulent suivant la procédure ordinaire des procès civils¹⁰⁴, avec la partie demanderesse présentant sa preuve en premier. Dans toutes ces audiences, un·e ou plusieurs professionnel·les de la santé et des services sociaux (psychiatre, travailleuse sociale, criminologue, médecin de famille, infirmière, etc.) témoignent¹⁰⁵, établissant une interprétation des faits en cause et des concepts qui fondent les décisions judiciaires. Bien que ces concepts – intérêt supérieur de l'enfant, capacités parentales, risque, danger, aptitude à consentir aux soins – soient controversés tant sur les plans substantiel que méthodologique¹⁰⁶, les interprétations soumises par les professionnel·les ne font pas l'objet de débat. Témoigne ensuite la partie défenderesse ou accusée, régulièrement mal préparée¹⁰⁷ et le plus souvent contrainte à répondre aux allégations déjà présentées.

[9] Il faut dire que les conditions de pratique des avocat·es de défense sont loin d'être idéales. Étant à la cour tous les jours, disposant de peu de temps de préparation y compris pour des dossiers déjà en cours, ils et elles ont à prendre en charge un nombre toujours plus important de client·es bien souvent rencontré·es le jour même dans le couloir¹⁰⁸. Ils et elles sont contraint·es par les règles de la Commission des services juridiques qui encadrent le recours aux services d'expertise, de même que leur propre rémunération s'il s'agit de mandats privés¹⁰⁹. Des avocat·es rencontré·es en entrevue affirment que les contraintes, notamment d'honoraires imposées par la Commission, expliquent la difficulté à obtenir des services d'expertise pour leurs client·es.

104 Même devant la Commission d'examen qui est pourtant un tribunal inquisitoire. Or il n'existe pas de règles de procédure à la Commission québécoise d'examen et j'ai remarqué au fil des audiences que la procédure mise en œuvre dépend du et de la président·e du banc, qui est juriste. Certain·es, les plus nombreux·ses, procèdent comme s'il s'agissait d'une audience civile et que le psychiatre, témoin que la commission assigne elle-même, était partie demanderesse. Dans d'autres cas, plus rares, le psychiatre est le premier témoin mais est ensuite interrogé par l'avocat·e en défense, puis par l'avocat·e de l'hôpital. Dans d'autres cas encore plus rare, le psychiatre témoigne puis les juges posent eux et elles-mêmes les premières questions, suivis par l'avocat·e de la défense et l'avocat·e de l'hôpital.

105 En matière de garde en établissement, ce témoignage se fait par écrit.

106 Sur le concept de meilleur intérêt de l'enfant : Noel Semple, « The 'Eye of the Beholder': Professional Opinions about the Best Interests of a Child », (2011) 49:4 *Fam Ct Rev* 760; sur le concept de compétences parentales : Ève Pouliot, Marie-Christine St-Jacques et Dominique Goubau, « Les représentations sociales des compétences parentales. Une comparaison des perspectives sociales et judiciaires », dans Karine Poitras, Claire Beaudry et Dominique Goubau (dir.), *L'enfant et le litige en matière de protection. Psychologie et droit*, Québec, PUQ, 2016, 55; sur le concept de risque : T. Douglas *et al.*, « Risk assessment tools in criminal justice and forensic psychiatry : The need for better data », (2017) 42 *European Psychiatry* 134; Matthew Large *et al.*, « Meta-Analysis of Longitudinal Cohort Studies of Suicide Risk Assessment among Psychiatric Patients : Heterogeneity in Results and Lack of Improvement over Time », (2016) 11 :6 *Plos ONE*, en ligne : <<https://doi.org/10.1371/journal.pone.0156322>>; sur le concept d'aptitude à consentir aux soins : Scott Lamont, Cameron Stewart et Mary Chiarella, « Capacity and Consent : Knowledge and Practice of Legal and Healthcare Standards », (2019) 26:1 *Nursing Ethic* 71.

107 L'absence de préparation découle, suivant les propos d'avocat·es pratiquant en droit de la jeunesse et en santé mentale, du contexte d'urgence et du fait qu'ils ou elles peinent souvent à rejoindre leurs client·es. Il s'ensuit qu'ils et elles ne les rencontrent régulièrement que dans les minutes avant les audiences.

108 En 2017, les 385 avocates et avocats permanents de l'aide juridique ont traité 100 279 dossiers, soit une moyenne de 260 dossiers par avocat·e : Commission des services juridiques, *46e rapport annuel de gestion*, Montréal, 2018.

109 La Commission des services juridiques est « l'organisme chargé de l'application de la Loi sur l'aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques au Québec » : en ligne <<https://www.csj.qc.ca/commission-des-services-juridiques/>>. Il lui revient donc de payer les honoraires des avocat·es acceptant des mandats privés d'aide juridique, de même que les frais d'expertise.

[10] Il faut également mentionner les pratiques douteuses de certain-es avocat-es ayant une pratique privée en santé mentale¹¹⁰, sollicitant les personnes dans le couloir quelques minutes avant leurs audiences et dont la qualité de la représentation est médiocre : questions et commentaires préjudiciables pour leurs propres client-es, ne posant parfois aucune question, agissant sans mandat et plaidant à l'encontre du mandat reçu. Ces avocat-es peuvent agir dans une quantité impressionnante de dossiers. Au contraire de leurs collègues croulant sous la quantité de travail, et dont la rémunération est dérisoire¹¹¹, ces avocat-es empochent d'importantes sommes d'argent¹¹².

[11] Les juges se retrouvent ainsi avec des dossiers à entendre dans la précipitation, et ne peuvent pas toujours compter sur les avocat-es de la défense pour attirer leur attention sur les accrocs procéduraux et substantiels. Il arrive ainsi que les juges en protection de la jeunesse évoquent eux et elles-mêmes la lésion de droits ou que des délais de rigueur n'aient pas été respectés sans que personne ne le relève, conduisant par exemple à des détentions illégales. Il est ainsi extrêmement rare que la violation des droits des parties défenderesses et accusé-es ne soit plaidée par les avocat-es de la défense, même si elle est monnaie courante.

[12] Les arguments de nature juridique sont rares devant la cour et lorsque les avocat-es tentent de rappeler les balises de la compétence de la cour, ou encore de plaider les droits, ils et elles se font régulièrement interrompre par les juges, affirmant : « Me, je connais le droit, parlez-moi des faits ». C'est ce qu'illustre les propos d'une avocate de la défense rencontrée en entrevue, alors qu'elle relate une de ses expériences en Cour supérieure pour une autorisation de soins :

Moi j'avais eu un jugement de la Cour d'appel sur les électrochocs. La Cour d'appel en cette matière encadre à 12 traitements. On est en février. Dans le même dossier, en juillet, je reçois une nouvelle requête pour une nouvelle série de traitements et l'avocat demandait 12 traitements chocs et 52 en maintien. Je tombe devant le juge X. [...] Je dis : « J'ai le jugement de la Cour d'appel qui dit 12 traitements. » La médecin psychiatre dit : « J'ai absolument besoin de ça. » Le juge me regarde. Je dis : « Monsieur le Juge, la Cour d'appel a dit 12. Moi c'est 12. Mon confrère avait juste à aller devant la Cour suprême s'il n'était pas content du jugement. On ne peut pas recommencer là comme si de rien était, surtout qu'on est à six mois d'intervalle. » Le juge me dit : « Maître, on n'est pas ici pour faire du droit, là. » Moi je dis : « Parce que dans une salle de cour, c'est ça que je pensais qu'on faisait. »

¹¹⁰ Je n'ai pas été témoin de l'équivalent en protection de la jeunesse.

¹¹¹ Une avocate pratiquant en matière de protection de la jeunesse affirme : « D'aller faire une urgence pour moins de deux cents piasses, ça n'a pas de bon sens. Parce qu'on est vraiment pris là pour toute la journée. On finit par faire moins d'argent que n'importe qui. Puis c'est quand même une *job* stressante ». Voir également : Louis-Denis Ebacher, « Des avocats payés moins que le salaire minimum », *Le Quotidien*, 26 février 2022, en ligne : <<https://www.lequotidien.com/2022/02/26/des-avocats-payes-moins-que-le-salaire-minimum-52601800e305abef596ae682468e9821>>.

¹¹² En 2021, un e avocat-e a facturé 605 mandats pour des gardes en établissement seulement à la Commission des services juridiques, soit un montant de 156 000 \$ (demande d'accès à l'information formulée à la Commission des services juridiques, dossier 77 181). Les avocat-es agissant en matière de santé mentale représentent des client-es dans des audiences de gardes en établissement, d'autorisation de soins, de Commission d'examen, de même que dans les Programmes d'accompagnement Justice-santé mentale des cours municipales. Il ne s'agit donc que d'une portion des mandats obtenus par cet-te avocat-e.

[13] L'absence du droit et des droits dans le débat judiciaire en dit beaucoup sur la conception que les juges peuvent avoir de leur rôle lorsqu'ils et elles agissent en matière sociale. Il semble en effet que la mission de protection des droits des tribunaux, si tant qu'elle ait été mise en œuvre dans le passé, ait été supplantée par une mission de nature thérapeutique.

2. LES JUGES COMME AGENT.E.S THÉRAPEUTIQUES

[14] Cette mission thérapeutique de la justice s'inscrit dans un courant théorique développé dans la foulée des mandats sociaux confiés aux tribunaux. Le droit et sa mise en œuvre y sont conceptualisés comme des « forces sociales »¹¹³, le processus judiciaire étant un moyen de favoriser la dignité et la santé mentale, voire le bien-être¹¹⁴. Le droit, les procédures judiciaires et les juristes agissent, intentionnellement ou non, comme des « agent-es thérapeutiques »¹¹⁵. Autrement dit, le droit, la justice et la pratique des juristes produisent dans tous les cas des effets thérapeutiques positifs ou négatifs, selon les contextes, et ces effets devraient être considérés dans toute décision de nature juridique¹¹⁶. Si le concept de « thérapeutique » n'est intentionnellement pas défini dans la littérature¹¹⁷, il apparaît évident qu'il fait appel à la dimension structurelle des problèmes sociaux. Autrement dit, il ne s'agit pas seulement d'intervenir dans la vie d'individus pour les soutenir, mais bien d'agir sur la société dans son ensemble, contribuant à la transformer¹¹⁸.

[15] Au contraire de dispositifs judiciaires développés plus récemment dont la mission officielle est thérapeutique, au sens du traitement d'une situation généralement plus sociale que pathologique¹¹⁹, les dispositifs judiciaires étudiés ne mettent pas formellement de l'avant leur dimension thérapeutique. Au contraire, la volonté initiale était la protection et la mise en œuvre des droits en dépit, voire contre, le meilleur intérêt clinique des parties défenderesses et accusées. Mes recherches démontrent cependant que, suivant l'initiative individuelle de certain-es juges, le processus judiciaire peut revêtir une dimension thérapeutique dont l'expression dépend directement de

113 Bruce J. Winick, « Problem Solving Courts : Therapeutic Jurisprudence in Practice », (2003) 30 *Fordham Law Review* 211 à la p. 219.

114 David Wexler, « Putting Mental Health into Mental Health Law : Therapeutic Jurisprudence », (1992) 16 *Law and Human Behavior* 27; Michael L. Perlin, « Dignity and Therapeutic Jurisprudence : How we Can Best End Shame and Humiliation » dans Chipamong Chowdury, Michael Britton and Linda Hartling (eds), *Human Dignity : Practices, Discourses, and Transformations*, Lake Oswego, Human Dignity Press, 2019.

115 David Wexler, *Therapeutic Jurisprudence : The Law as a Therapeutic Agent*, Durham, Carolina Academic Press, 1990.

116 David Wexler et Bruce J. Winick, « Therapeutic Jurisprudence as a New Approach to Mental Health Law Policy Analysis and Research », (1991) 45 *University of Miami Law Review* 979 à la p. 982.

117 Bruce J. Winick, « The jurisprudence of Therapeutic Jurisprudence », (1997) 3 *Psychology, Public Policy and Law* 184 à la p. 192.

118 Recka Mirchandani, « Beyond Therapy : Problem-Solving Courts and the Deliberative Democratic State », (2008) 33:4 *Yale Law & Social Enquiry* 853.

119 Il s'agit des programmes dits « sociaux » développés au Québec d'abord à la Cour municipale de Montréal, par exemple : les programmes d'accompagnement en itinérance, toxicomanie, santé mentale, violence conjugale, maltraitance des aînés, etc.

la conception que les juges ont de leur rôle, entre un rôle strictement juridique et un rôle d'agent-es thérapeutiques, engagé-es dans une relation d'aide¹²⁰.

[16] Les observations d'audience ont permis de constater que tant des questions strictement cliniques telles que l'adhésion au traitement et la collaboration avec les équipes traitantes, que des questions liées au mode de vie – le travail, les relations sociales, le logement, la consommation de drogue et d'alcool – sont non seulement au cœur du débat judiciaire¹²¹, mais également bien souvent de recommandations directes des juges. Ces recommandations ont pour fondement l'idée que les diagnostics, les pronostics et les prescriptions formulés par les professionnel·les de la santé et des services sociaux sont des « vérités »¹²², malgré les controverses scientifiques caractéristiques de ces domaines de pratique. Ainsi, la justice thérapeutique est caractérisée par une absence de débat scientifique et l'implication directe des juges dans un processus clinique qui ne fonctionne pas. Cette situation est rendue possible à la fois par le contexte décrit plus haut – urgence, avocat·es de la défense débordé·es ou peu engagé·es, parties défenderesses et accusé·es peu préparées, impasse sur le débat strictement juridique – mais également par le statut ambigu des professionnel·les impliqué·es. À la fois traitant·e, ayant initié le recours et principal·e témoin, ils et elles ne sont pas formellement soumis·es aux règles balisant l'expertise¹²³. Ils et elles ne sont d'ailleurs pas expert·es, puisqu'ils et elles connaissent la personne concernée et sont souvent soit engagé·es dans une relation thérapeutique avec elle, soit dans une démarche visant à développer une telle relation¹²⁴. Ils et elles sont pourtant autorisé·es à émettre des opinions, une prérogative réservée aux expert·es¹²⁵.

[17] Au contraire de l'expert·e engagé·e par une partie au soutien de sa théorie, les recherches démontrent que le ou la professionnel·le traitant·e est considéré·e par les juges comme étant dévoué·e, au service de ses patient·es¹²⁶. Ce statut lui confère une importante crédibilité fondée dans la

120 Voir les précisions dans Emmanuelle Bernheim, « *Le pluralisme normatif appliqué. Une étude de la mobilisation des normes par les acteurs sociaux dans le champ psychiatrique* », (2013) 85 *Droit et société* 669 aux p. 680 et s.

121 Ces éléments sont au cœur des expertises présentées à la cour, notamment parce que les échelles d'évaluation du risque et des capacités parentales s'y intéressent.

122 Michel Foucault, *Il faut défendre la société – Cours au Collège de France 1976-1977*, Paris, Gallimard-Seuil, 2004 à la p. 164; Michel Foucault, *L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, 1971 à la p. 39; Monique de Bonis et Danièle Bourcier, *Les paradoxes de l'expertise. Savoir ou juger*, Paris, Éditions des empêcheurs de penser en rond, 1999.

123 La pertinence, la nécessité d'aider le juge des faits, l'absence de toute règle d'exclusion et la qualification suffisante de l'expert doivent être démontrées pour qu'une preuve experte soit admise : *R. c. Mohan*, [1994] 2 RCS 9. Les expert·es doivent également s'en tenir à leur strict domaine d'expertise, et s'ils ou elles le dépassent, les juges ne doivent pas en tenir compte : *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15.

124 Or l'expert·e n'intervient pas dans un contexte thérapeutique, mais bien technique. L'absence d'implication de l'expert·e dans la relation interpersonnelle avec l'expertisé·e garantit son objectivité et sa neutralité, l'opinion experte n'étant déterminée que par des critères cliniques. Voir : Nicolas Dodier, *L'expertise médicale : essais de sociologie sur l'exercice du jugement*, Paris, Éditions Métailié, 1993; Laurence Dumoulin, *L'expert dans la justice – De la genèse d'une figure des usages*, Paris, Économica, 2007.

125 *Loi sur la preuve au Canada*, LRC 1985, c C-5 art 7; art 2843 CcQ.

126 Dodier, *ibid*; Dumoulin, *ibid*; Emmanuelle Bernheim, « Le psychiatre devant le juge : entre pragmatisme et captivité, une communication aléatoire », (2008) 23:1 *R can droit et soc* 39 aux p. 56 et s.

conception sociale du rôle des professionnel·les¹²⁷, voire dans les expériences personnelles des juges¹²⁸. Or, non seulement le témoignage de ces professionnel·les porte directement sur les éléments fondant les décisions judiciaires – aptitude à consentir aux soins, risques, capacités parentales, meilleur intérêt de l'enfant, nécessité des traitements ou des thérapies, de la garde en établissement, de la détention ou de la libération, du placement des enfants, etc. – mais ils et elles en débordent bien souvent le cadre pour faire part d'observations, d'anecdotes, de faits constatés par des tiers et ne faisant l'objet d'aucune preuve, voire de commentaires¹²⁹. Reprenons l'exemple mentionné plus haut d'une audience d'autorisation de soins concernant des électrochocs rapportée par une avocate de la défense. Lors de cette audience, à laquelle j'ai assisté, le juge manifeste d'entrée de jeu un inconfort, mentionnant à la témoin psychiatre que « c'est radical, comme thérapie ». La psychiatre, faisant référence à Alys Robi et au film *Vol au-dessus d'un nid de coucou*, lui répond que ses réticences viennent « de notre inconscient collectif ». Elle affirme sans s'appuyer sur aucune preuve scientifique que les électrochocs « sont plus efficaces que tous les antidépresseurs connus »¹³⁰ et que si elle-même devenait dépressive, elle souhaiterait en recevoir. La demande concerne pourtant une personne ayant un diagnostic de schizophrénie et non de dépression. Le juge accorde la requête. Revenu dans son bureau, il se dit dubitatif et affirme : « Je dois m'en remettre à l'expertise, je n'ai pas d'alternative, on ne m'offre pas d'autres traitements ». Il en va de même dans de nombreuses audiences où les fondements scientifiques des thérapies proposées ne sont pas établis¹³¹ et où la preuve n'est constituée que d'une opinion non appuyée.

[18] Au contexte de pratique particulier et au statut de traitant·e des professionnel·les impliqués dans ces processus judiciaires, s'ajoute l'absence de formation scientifique de base des juristes qui ne permet pas aux juges, ni aux avocat·es d'ailleurs, d'évaluer la qualité et la fiabilité des évaluations qui leur sont présentées. L'observation des audiences et l'analyse de la jurisprudence confirment que les professionnel·les se présentant à la Commission d'examen, les chambres civile et de la jeunesse de la Cour du Québec, et à la Cour supérieure ont des formations et des méthodes de travail variées, en plus d'adhérer à différentes écoles de pensée. Leurs interprétations et opinions ne sont pourtant que rarement

127 La mise en scène de la vie quotidienne, Tome I : La représentation de soi, Paris, Éditions de Minuit, 1973 à la p. 71

128 Susan Stefan, « Leaving Civil Rights to the 'Experts': From Deference to Abdication Under the Professional Judgement Standard », (1992) 102:8 *Yale L J* 646.

129 Cet assouplissement des règles de preuve ne bénéficie le plus souvent qu'aux parties demanderesse, les parties défenderesse devant s'exprimer lors de leur tour de parole seulement et se contenter de répondre aux questions qui leur sont posées sans « déborder ».

130 Or l'efficacité des électrochocs est controversée en raison du peu d'études disponibles et de leurs résultats contradictoires : Jonathan Sadowsky, *Electroconvulsive Therapy in America : The Anatomy of a Medical Controversy*, Routledge, New York, 2019.

131 Certaines approches thérapeutiques préconisées vont carrément à l'encontre de l'état des connaissances scientifiques comme dans le cas de la violence conjugale en matière de protection de la jeunesse où les mères sont généralement considérées responsables d'exposer leurs enfants à la violence si elles ne quittent pas leur conjoint violent. Leurs enfants leur sont régulièrement retirés alors que les recherches démontrent depuis une décennie l'importance de miser sur la relation mère-enfant pour protéger les enfants : Karine Racicot, André Fortin et Christian Dagenais, « Réduire les conséquences de l'exposition de l'enfant à la violence conjugale : pourquoi miser sur la relation mère-enfant ? », (2010) 86:2 *Les Cahiers internationaux de psychologie sociale* 321; André Fortin, « L'enfant exposé à la violence conjugale : quelles difficultés et quels besoins d'aide ? », (2009) 73:1 *EMPAN* 119.

questionnées. Dans le cas de l'audience concernant les électrochocs, selon un rapport d'expert-es sur leur utilisation au Québec paru quelques années auparavant, on observe une certaine recrudescence de l'utilisation de cette technique¹³². S'appuyant sur l'importante incertitude quant à leur efficacité et leurs risques, les auteur-es recommandaient de ne les utiliser qu'en dernier recours, pour traiter la dépression seulement.

[19] Dans ces matières, l'intervention judiciaire s'insère directement dans un processus clinique qui ne fonctionne pas. Autrement dit, la décision judiciaire ne sert qu'à permettre, ou à imposer, la mise en place d'un dispositif thérapeutique auquel les personnes visées ne consentent pas. Pour les juges qui considèrent être parti-es à la relation thérapeutique, il est naturel de sortir de leur rôle habituel d'adjudicateurs et d'adjudicatrices pour conseiller les défendeurs, défenderesses et accusé-es sur l'importance de collaborer, voire d'« écouter » les recommandations des professionnel·les, notamment quant à la médication et ce, même lorsque le tribunal n'a aucune compétence en matière de traitement¹³³ et que la preuve est lacunaire à cet effet. Dans un tel contexte, l'audience n'est plus l'espace du débat juridique, mais plutôt un moment privilégié pour tester l'authenticité de la collaboration et du consentement au traitement, pour faire pression, pour convaincre, voire pour célébrer les progrès accomplis. C'est ce qu'illustre cet échange lors d'une audience de la Commission d'examen :

Juge psychiatre : Qu'est-ce qui empêche la psychose de revenir ?

Accusé, confus : Je ne sais pas... Ah ! La médication !

Tout le monde éclate d'un rire bienveillant.

Juge psychiatre, enthousiaste : C'est la bonne réponse !

[20] Plusieurs juges assument ainsi pleinement un rôle d'agent-es thérapeutiques en matière sociale, ce qui n'est pas sans effet sur les droits des personnes concernées, sur la banalisation de la dimension coercitive de la justice et par des inégalités sociales, les personnes les plus démunies étant plus souvent soumises à des ordonnances judiciaires. Ainsi, les résultats de mes recherches mènent à trois conclusions alarmantes. D'abord, lorsque les juges investissent le rôle d'agent-e thérapeutique, c'est au détriment des droits fondamentaux, civils et judiciaires des personnes les plus démunies de notre société. Ensuite, aux yeux des juges, la dimension thérapeutique du processus judiciaire semble mitiger sa dimension coercitive, la justice étant alors considérée comme un moyen d'accéder à des services sociaux et de santé. Finalement, la dimension thérapeutique du processus judiciaire tend à masquer les effets structureaux de la judiciarisation de masse, soit le contrôle de plus en plus de personnes qui sont de plus en plus

132 Agence d'évaluation des technologies et des modes d'intervention en santé, *L'utilisation des électrochocs au Québec*, Québec, 2003.

133 Ce qui est le cas de la Cour du Québec en matière de garde en établissement et de protection de la jeunesse et de la Commission d'examen.

démunies, évitant le débat social non seulement sur la pertinence de cette judiciarisation, mais surtout sur les effets catastrophiques d'une gestion néolibérale des services publics.

3. UN RÔLE JUDICIAIRE À REPENSER

[21] Si la théorie de la jurisprudence thérapeutique a raison sur un élément, c'est bien sur le fait que le droit et la justice ne peuvent plus se contenter de penser pour eux-mêmes. Le droit et la justice, et donc la pratique des juristes, sont intimement liés aux pratiques et aux décisions prises dans les autres sphères de l'action publique, notamment la santé, les services sociaux, la sécurité publique, l'éducation, l'économie. En effet, les orientations politiques prises dans ces différents domaines ont un impact direct sur le rapport au droit et la capacité d'y recourir, sur la confiance en la justice et les juristes, sur l'accès aux services juridiques et à la justice, etc. Si la justice et les tribunaux sont indépendants dans leur gestion et leurs décisions, il serait illusoire de penser qu'ils ne sont pas intimement liés à la société dans laquelle ils évoluent. Le rôle des juges est donc inscrit dans l'économie des rapports entre le politique et le social, et il est amené à changer lorsque l'accès aux services publics se rétrécit, la justice faisant système avec la remise en question de l'État social¹³⁴.

[22] La fonction judiciaire se trouve ainsi à la croisée des chemins. D'une part, l'exigence de réserve et de passivité associée à la neutralité et l'impartialité des juges est mise en question, notamment par la présence de plus en plus courante de justiciables non représentés devant les tribunaux auxquels elle nuit directement dans l'exercice de leurs droits¹³⁵. D'autre part, le rôle d'agent-es thérapeutiques assumé par plusieurs juges dans l'exercice du mandat social confié à la justice transforme profondément l'acte même de juger au détriment des droits de personnes démunies et marginalisées.

[23] Il apparaît qu'une voie mitoyenne soit à explorer, mais elle implique de repenser plus largement notre conception et nos attentes envers l'institution judiciaire. Les auteurs Richard Moorhead et Mark Sefton affirment que la conception du rôle des juges doit s'inscrire dans une conception matérielle de la justice (substantial justice)¹³⁶. Une conception matérielle de la justice reconnaît l'importance de « tenir compte des conditions personnelles qui font que, traités de la même manière, des sujets de droit en situation différente

134 Emmanuelle Bernheim et Jacques Commaille, « Quand la justice fait système avec la remise en question de l'État social », (2012) 81 *Revue Droit et société* 283.

135 Richard Moorhead, « The Passive Arbiter : Litigants in Person and the Challenge to Neutrality », (2007) 16:3 *Social & Legal Studies* 405; Russell Engler, « Ethics in Transition : Unrepresented Litigants and the Changing Judicial Role », (2008) 22 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 367; Michelle Flaherty, « Self-Represented litigants, Active Adjudication and the Perception of Bias : Issues in Administrative Law », (2015) 38:1 *Dalhousie L. J.* 120

136 Richard Moorhead et Mark Sefton, *Litigants in person – Unrepresented litigants in first instance proceeding*, rapport de recherche déposé au Department of Constitutional Affairs, 2004 à la p. 261.

seront, en définitive, traités de façon différente »¹³⁷. Elle vise à permettre la pleine participation au débat judiciaire et à assurer la mise en œuvre des droits, notamment des droits à une défense pleine et entière et au procès équitable. Or les juges sont les acteurs et actrices centraux des processus judiciaires et, à ce titre, ils et elles doivent jouer un rôle proactif de « défenseurs neutres [des droits] »¹³⁸. Cette conception de la justice ne met en cause ni l'impartialité, l'apparence d'impartialité ou les devoirs déontologiques des juges, puisqu'elle assure au contraire une prise de décision éclairée par un débat judiciaire auquel les deux parties sont en mesure de participer.

[24] En matière sociale, il revient aux juges de reconnaître le déséquilibre des forces entre les parties, et de s'assurer que l'ensemble de la preuve et des arguments pertinents leur ont été soumis, de manière à disposer des éléments essentiels à la prise de décision. Dans cet objectif, la procédure doit permettre, de concert avec les dispositions substantielles, de protéger des droits fondamentaux dont ils et elles sont les gardien·nes¹³⁹. Ainsi, le rôle des juges est absolument juridique, ancré dans leurs compétences professionnelles¹⁴⁰, et il ne leur revient pas de mettre en œuvre une relation d'aide pour laquelle ils n'ont d'ailleurs généralement ni les connaissances ni les moyens.

[25] Pour que les juges jouent pleinement ce rôle en matière de justice, et de justice sociale plus particulièrement, il faut prendre le mandat social des tribunaux au sérieux, c'est à dire valoriser les domaines de droit qui y sont associés. Il est évident que la pratique du droit dans ces domaines est peu prestigieuse et peu prise au sérieux. Ces matières ne font pas partie de l'enseignement obligatoire dans les facultés de droit, les débats de fond et le recours aux tribunaux supérieurs sont rares, on y tolère des pratiques que l'on ne tolérerait jamais dans d'autres domaines. Le fait que cette situation puisse avoir cours sans conséquence aucune en dit beaucoup sur notre conception collective du droit et laisse penser que nous sommes assez loin de la mise en œuvre matérielle d'une justice qui appartiendrait à toutes et tous.

137 Pierre Noreau, « Égalité juridique formelle et sentiment de discrimination sociale : objets et perspectives pour la sociologie politique du droit », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Montréal, 2009 à la p. 11, en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/congres-du-barreau/2009/1733701511/>>. Voir également : Gregori Peces-Barba Martinez, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2003; Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue : The Theory and Practice of Equality*, Harvard, University Press, 2000.

138 L'expression est empruntée à des juges anglais ayant confié en entretien être passé d'un rôle d'arbitres neutres à celui de défenseurs neutres, de manière à s'assurer de l'équité des procédures lorsqu'une partie est non représentée : Moorhead et Sefton, *supra*, note 60 à la p. 261.

139 William B. Rubenstein, « The Concept of Equality in Civil Procedure », (2002) 23 *Cardozo L R* 1866.

140 Il est remarquable de constater qu'en matière sociale, les juristes se sentent autorisés à outrepasser leurs compétences pour juger de l'état mental d'une personne ou de ses compétences parentales, ce qu'ils et elles ne se permettraient jamais en matière d'ingénierie ou même de médecine physique.

CONCLUSION : LA JUSTICE SOCIALE : UNE RESPONSABILITÉ COLLECTIVE

[26] Ces constats ne concernent pas que les juges, loin s'en faut. La justice sociale appartient en effet à tout le monde, elle n'est pas l'apanage des seul-es juristes. Soixante-dix ans après avoir confié aux tribunaux les premiers mandats sociaux, il est temps de faire collectivement le point. Est-ce que les objectifs poursuivis alors sont atteints ? Ont-ils changé ? Et surtout : quel est l'usage actuel du système de justice et pourquoi ? Il semble en effet les tribunaux sont instrumentalisés pour gérer les problèmes sociaux générés par les politiques publiques et économiques des vingt dernières années. Mettre notre énergie dans la gestion des délais judiciaires et le développement de solutions de rechange constituent certainement une bonne manière de ne pas aborder les vraies questions; ce n'est pas ce qui nous rapprochera d'une justice matérielle, d'une justice comme bien collectif.

[29] Peut-être que ce n'est pas ce que nous souhaitons d'ailleurs. Peut-être acceptons-nous collectivement que les personnes les plus démunies soient plus souvent contraintes par des ordonnances judiciaires, que leurs droits soient négligés. Peut-être trouvons-nous justifié qu'un marché de la judiciarisation de la pauvreté profite à certain-es. Peut-être préférons-nous des juges administrateurs·trices de machines à saucisses plutôt que défenseur·es des droits. Dans tous les cas, le débat social¹⁴¹ doit avoir lieu, pour que les choses soient claires, pour que les choses soient dites.

¹⁴¹ Depuis toujours, les questions de droit et de justice ne sont débattues qu'entre juristes. Or, au-delà du fait que la justice devrait être un bien collectif, il est évident que la mise en œuvre actuelle du mandat social confié aux tribunaux soulève des enjeux qui ne sont pas que juridiques et qui questionnent l'économie des rapports sociaux.