

L'analyse comportementale du jugement judiciaire dans l'angle mort des études sociojuridiques francophones au Canada

Jean-Christophe Bédard-Rubin

Volume 52, numéro 1, 2023

Actes du colloque *Les tribunaux comme objet de recherche en sciences humaines et sociales*

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1100315ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1100315ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Bédard-Rubin, J.-C. (2023). L'analyse comportementale du jugement judiciaire dans l'angle mort des études sociojuridiques francophones au Canada. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 52(1), 13–65.
<https://doi.org/10.7202/1100315ar>

Résumé de l'article

Depuis l'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés, les juristes et les politologues canadiens-anglais sont allés puiser en nombre grandissant dans les études américaines pour trouver les outils méthodologiques et théoriques permettant d'expliquer le comportement des juges. S'appuyant sur une conception réaliste plutôt que légaliste du jugement judiciaire, les modèles comportementaux qu'ils ont ainsi cherché à élaborer intègrent une multitude de facteurs indépendants du droit pour expliquer les décisions des juges : cultivation stratégique de la légitimité de la part de la Cour suprême, négociation entre juges pour créer des consensus, influence des caractéristiques personnelles ou des orientations idéologiques des juges sur leurs décisions, etc. Cependant, toutes les théories avancées dans la littérature américaine ne se sont pas révélées également satisfaisantes pour expliquer la réalité canadienne. Les chercheurs francophones sont quant à eux restés largement à l'écart du développement de ce nouveau champ d'études. L'analyse comportementale du jugement judiciaire permettrait pourtant de penser à nouveaux frais de nombreuses questions qui les ont traditionnellement intéressés. Plusieurs raisons expliquent ces divergences dont l'histoire constitutionnelle récente et la culture politique québécoise qui ont contribué à garder les tribunaux à l'arrière-plan dans l'étude du changement social et politique ainsi que la structure du champ universitaire québécois et les divisions entre disciplines qui ont eu tendance à favoriser une conception de l'interdisciplinarité comme outil au service de l'analyse doctrinale traditionnelle. L'exemple du bilinguisme des juges de la Cour suprême du Canada permet d'illustrer les conséquences politiques et épistémologiques que peut avoir le développement de ce champ de recherche sans l'apport des chercheurs francophones.

L'analyse comportementale du jugement judiciaire dans l'angle mort des études sociojuridiques francophones au Canada

par Jean-Christophe BÉDARD-RUBIN*

Depuis l'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés, les juristes et les politologues canadiens-anglais sont allés puiser en nombre grandissant dans les études américaines pour trouver les outils méthodologiques et théoriques permettant d'expliquer le comportement des juges. S'appuyant sur une conception réaliste plutôt que légaliste du jugement judiciaire, les modèles comportementaux qu'ils ont ainsi cherché à élaborer intègrent une multitude de facteurs indépendants du droit pour expliquer les décisions des juges : cultivation stratégique de la légitimité de la part de la Cour suprême, négociation entre juges pour créer des consensus, influence des caractéristiques personnelles ou des orientations idéologiques des juges sur leurs décisions, etc. Cependant, toutes les théories avancées dans la littérature américaine ne se sont pas révélées également satisfaisantes pour expliquer la réalité canadienne. Les chercheurs francophones sont quant à eux restés largement à l'écart du développement de ce nouveau champ d'études. L'analyse comportementale du jugement judiciaire permettrait pourtant de penser à nouveaux frais de nombreuses questions qui les ont traditionnellement intéressés. Plusieurs raisons expliquent ces divergences dont l'histoire constitutionnelle récente et la culture politique québécoise qui ont contribué à garder les tribunaux à l'arrière-plan dans l'étude du changement social et politique ainsi que la structure du champ universitaire québécois et les divisions entre disciplines qui ont eu tendance à favoriser une conception de l'interdisciplinarité comme outil au service de l'analyse doctrinale traditionnelle. L'exemple du bilinguisme des juges de la Cour suprême du Canada permet d'illustrer les conséquences politiques et épistémologiques que peut avoir le développement de ce champ de recherche sans l'apport des chercheurs francophones.

Since the adoption of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, legal scholars and political scientists in English Canada have borrowed theoretical and methodological tools from American studies of judicial behavior. Adopting a more realist rather than legalist conception of judicial decision-making, Canadian scholars have developed behavioral models that take into account multiple non-legal factors; strategic cultivation of the Court's legitimacy, negotiation among judges to achieve consensus, influence of personal traits or ideology on judges' decisions, etc. However, the dominant American theories of judicial behavior have proven to be less effective

* Professeur adjoint, Faculté de droit, Université de Toronto.

when it comes to explaining the behavior of Canadian judges. French Canadian scholars have remained largely impervious to the development of this new field of research despite the potential contribution that judicial behavior studies could make to issues that have been traditionally of interest to them. There are many reasons that explain this state of affair. On the one hand, Quebec's political culture and recent Canadian constitutional history have led French Canadian social scientists to discount any potential contribution by the courts as agents of social and political change. On the other hand, the structure of the academic profession in Quebec and the disciplinary rigidity of legal academia have led to a view of interdisciplinarity as a secondary tool at the service of more traditional forms of doctrinal analysis. The example of judicial bilingualism at the Supreme Court of Canada is illustrative of those tendencies and of the political and epistemological consequences that flow from the development of Canadian judicial behavior studies without the contribution of French Canadians scholars.

Desde la adopción de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, los juristas y politólogos anglocanadienses han acudido en gran número a los estudios estadounidenses para encontrar herramientas metodológicas y teóricas que expliquen el comportamiento de los jueces. Partiendo de una concepción más realista que legalista de la decisión judicial, los modelos de comportamiento que han procurado elaborar incorporan una multitud de factores independientes del derecho para explicar los dictámenes de los jueces: cultura estratégica de la legitimidad por parte del Tribunal Supremo, negociación entre jueces para crear consenso, influencia de las características personales o orientaciones ideológicas de los jueces en sus decisiones, etc. Sin embargo, no todas las teorías planteadas en la literatura estadounidense han resultado igual de satisfactorias para explicar la realidad canadiense. Los investigadores francófonos, por su parte, se han mantenido en gran medida al margen del desarrollo de este nuevo campo de estudio. No obstante, el análisis de comportamiento en la decisión judicial permitiría examinar nuevamente muchas cuestiones que tradicionalmente les han interesado. Existen varias razones que explican estas diferencias, entre las cuales la historia constitucional reciente y la cultura política de Quebec, que han contribuido a mantener a los tribunales en un segundo plano en el estudio del cambio social y político, así como la estructura del ámbito académico quebequense y las divisiones disciplinarias, que han tendido a favorecer una concepción de la interdiscipliniedad como herramienta al servicio del análisis doctrinario tradicional. El ejemplo del bilingüismo de los jueces de la Corte Suprema de Canadá permite ilustrar las consecuencias políticas y epistemológicas, que puede tener el desarrollo de este campo de investigación sin la contribución de investigadores francófonos.

SOMMAIRE

Introduction	17
I. L'analyse comportementale du jugement judiciaire : une brève histoire disciplinaire	20
A) L'histoire disciplinaire aux États-Unis et au Canada anglais.....	21
B) L'état des lieux au Canada français.....	31
II. Les francophones en marge des développements disciplinaires	45
A) La structure du champ universitaire	45
B) La culture politique et l'histoire constitutionnelle	49
III. Les conséquences de l'absence de la recherche francophone	54
A) Les conséquences politiques et épistémologiques	54
B) L'exemple du bilinguisme des juges.....	59
Conclusion	65

Introduction

En 1951, la prestigieuse *Revue du Barreau canadien* publiait un numéro spécial sur l'avenir de la Constitution canadienne intitulé « Nationhood and the Constitution ». Un peu plus d'un an auparavant, la Cour suprême du Canada avait acquis le statut de cour finale d'appel du Canada. Sur cette même lancée, le premier ministre canadien Louis Saint-Laurent cherchait à rallier les provinces à un projet commun de modifications constitutionnelles. Invitant les meilleurs juristes du pays à se pencher sur les avenues qui s'ouvraient alors aux Canadiens, la *Revue* reflétait bien les différentes sensibilités politiques et approches théoriques au pays. Bora Laskin, professeur de droit public à l'Université de Toronto et futur juge en chef de la Cour suprême du Canada, y publiait l'article « The Supreme Court of Canada: A Final Court of and for Canadians¹ ». Paul Gérin-Lajoie, jeune avocat issu du milieu bourgeois montréalais et futur ministre libéral de la Jeunesse et de l'Éducation du gouvernement de Jean Lesage, y allait pour sa part d'un article intitulé « Du pouvoir d'amendement constitutionnel au Canada² ». Gérin-Lajoie y reprenait, en français, les grandes lignes de sa dissertation doctorale, soutenue à l'Université d'Oxford et publiée un an plus tôt sous le titre *Constitutional Amendment in Canada*³.

En rétrospective, les articles de Laskin et de Gérin-Lajoie semblent se situer à un point d'inflexion dans les cultures juridiques canadiennes anglaise et française. Au sortir de la crise économique et de la Seconde Guerre mondiale, les élites politiques et juridiques s'accordent généralement sur le fait que des modifications à la Constitution canadienne s'avèrent nécessaires. Cependant, les articles de Laskin et de Gérin-Lajoie montrent aussi qu'anglophones et francophones placent leurs espoirs dans des institutions différentes pour faire advenir les changements constitutionnels souhaités : la Cour suprême du Canada et les juges, d'une part, ou le Parlement et les législatures, d'autre part. Au-delà des différentes stratégies constitutionnelles mises de l'avant par Laskin et Gérin-Lajoie, le

¹ Bora LASKIN, « The Supreme Court of Canada: A Final Court of and for Canadians », (1951) 29-10 *Can. Bar Rev.* 1038.

² Paul GÉRIN-LAJOIE, « Du pouvoir d'amendement constitutionnel au Canada », (1951) 29-10 *R. du B. can.* 1136.

³ Paul GÉRIN-LAJOIE, *Constitutional Amendment in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1950.

contraste entre leur approche respective éclaire aussi la fissure qui s'insinue entre la culture juridique au Canada anglais et au Canada français. À une époque de professionnalisation de l'enseignement du droit au Canada anglais, l'intégration du droit au sein de l'université en tant que réelle discipline académique amène une nouvelle génération de juristes à développer des approches plus analytiques du droit⁴. Laskin, influencé par l'approche « réaliste » de ses professeurs de l'université Harvard comme Felix Frankfurter, laissera sa marque sur l'enseignement du droit public au Canada anglais⁵. Pour sa part, Gérin-Lajoie jouera lui aussi un rôle déterminant dans la professionnalisation de l'enseignement du droit public au Canada français. L'Institut de recherche en droit public de l'Université de Montréal, créé à son initiative en 1961, fournira un cadre institutionnel à la nouvelle génération de professeurs québécois diplômés des meilleures universités européennes dont Gérin-Lajoie fait partie⁶.

⁴ Au Québec, voir : Sylvio NORMAND, *Le droit comme discipline universitaire : une histoire de la Faculté de droit de l'Université Laval*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2005. Comme l'explique J. E. C. Brierley, la professionnalisation de l'enseignement sera fulgurante au Québec entre 1947, au moment de l'adoption de la première loi rendant obligatoire la formation universitaire pour accéder au barreau, jusqu'en 1969, voir : J. E. C. BRIERLEY, « Quebec Legal Education since 1945: Cultural Paradoxes and Traditional Ambiguities », (1986) 10-1 *Dalhousie L.J.* 5. Pour une discussion nuancée de l'influence américaine sur l'éducation juridique au Canada anglais, voir : Philip GIRARD, « American Influences, Canadian Realities: How “American” Is Canadian Legal Education? », dans Susan BARTIE et David SANDOMERSKI (dir.), *American Legal Education Abroad: Critical Histories*, New York, New York University Press, 2021, p. 67.

⁵ Sur l'influence de Frankfurter sur Laskin, voir : Philip GIRARD, *Bora Laskin: Bringing Law to Life*, Toronto, University of Toronto Press, 2005. Sur l'influence du réalisme au Canada anglais dans les années 1930-1940, voir en général : G. Blaine BAKER et Jim PHILLIPS (dir.), *A History of Canadian Legal Thought: Collected Essays*, Toronto, University of Toronto Press, 2006.

⁶ Dans son autobiographie, Gérin-Lajoie rapporte d'ailleurs l'anecdote suivante, révélatrice de l'attitude des élites juridiques canadiennes françaises par rapport au développement du droit public qui accompagne depuis les années 1930 la mise en place progressive de l'État-providence. Maximilien Caron, vice-doyen de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, aurait dit au jeune Gérin-Lajoie en 1950, fraîchement diplômé en droit public de l'Université d'Oxford : « Nous devons consacrer nos rares ressources juridiques à la défense et au développement de notre droit civil français. » (Paul GÉRIN-LAJOIE, *Combats d'un révolutionnaire*

Les répercussions de cette période cruciale dans la consolidation des champs universitaires franco et anglo-canadiens continuent à se faire sentir aujourd'hui. Au Québec, le développement d'une réelle littérature de droit public restera longtemps marqué par le formalisme britannique puis français. Au Canada anglais, certains des héritiers du réalisme juridique du début du XX^e siècle ont développé dans les 30 dernières années une abondante littérature sur l'analyse comportementale du jugement judiciaire. Mobilisant les approches statistiques les plus sophistiquées pour étudier la façon dont les juges prennent et rendent leurs décisions, les politologues et les juristes ont développé des modèles complexes pour expliquer le comportement des juges. Malgré ce développement d'un nouveau champ de recherche, les chercheurs québécois et, de manière plus générale, francophones y sont restés largement imperméables. Non seulement les études comportementales se sont-elles développées sans qu'ils n'y contribuent de façon significative mais, de façon corrélative, les résultats obtenus par ces approches néoréalistes ont bien peu pénétré la conscience juridique au Canada français.

Il s'avère donc pertinent de faire un état des lieux pour tenter de cerner les dynamiques intellectuelles et institutionnelles qui ont relégué l'analyse comportementale du jugement judiciaire à la marge des études sociojuridiques francophones au Canada. Tous les constats posés dans l'article ne sont pas nouveaux⁷. Seulement, plusieurs de ces constats

tranquille : propos et confidences, Anjou, Centre éducatif et culturel, 1989, p. 136). Pour une interprétation similaire de l'état déplorable des études en droit public au Québec à la fin des années 1960, voir la préface de Jean-Charles Bonenfant dans : Henri BRUN, *La formation des institutions parlementaires québécoises, 1791-1838*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1970, p. 15. Voir aussi : J. E. C. BRIERLEY, préc., note 4. Sur l'influence du droit public français au Québec, notamment à travers l'œuvre d'Henri Brun et Guy Tremblay, voir : Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Andrée-Anne BOLDUC, « La manière française? Conception de l'État et épistémologie romanistes dans "le" Brun-Tremblay », dans Patrick TAILLON, Eugénie BROUILLET et Amélie BINETTE (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel : mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 35.

⁷ Voir : Peter H. RUSSELL, « Overcoming Legal Formalism: The Treatment of the Constitution, the Courts and Judicial Behaviour in Canadian Political Science », (1986) 1 *Canadian Journal of Law and Society* 5; André BZDERA, « Perspectives

prédatent l'épanouissement de l'analyse comportementale du jugement judiciaire au Canada anglais dans les 20 dernières années et le développement parallèle, en français, d'une littérature sociojuridique tirant de plus en plus profit des méthodes empiriques de recherche. Il semble pertinent de faire une mise à jour et de réfléchir à la nature des forces centrifuges persistantes qui expliquent les divergences d'orientation de la recherche francophone et anglophone au Canada et à leur impact épistémologique et politique.

La publication du numéro spécial de la *Revue du Barreau canadien* servira donc de point de départ à une brève histoire disciplinaire qui retrace les grands jalons du développement de l'analyse comportementale du jugement judiciaire au Canada (partie I). L'article se penche ensuite sur les principaux éléments qui ont pu contribuer à la marginalisation de l'analyse comportementale ou néoréaliste du jugement judiciaire parmi les chercheurs francophones au Canada (partie II). Il examine finalement les effets négatifs que peut avoir le développement de cette littérature scientifique sans l'apport des chercheurs francophones tant du point de vue épistémologique que politique et en fait l'illustration avec l'exemple du bilinguisme judiciaire (partie III).

I. L'analyse comportementale du jugement judiciaire : une brève histoire disciplinaire

Les intuitions fondamentales qui animent l'analyse comportementale du jugement judiciaire, c'est-à-dire la différence entre le jugement du droit selon son sens pour les acteurs juridiques et la décision judiciaire que la sociologie du droit cherche à prédire de façon probabiliste, sont au

québécoises sur la Cour suprême du Canada », (1992) 7-2 *Canadian Journal of Law and Society* 1; Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *Les solitudes du bijuridisme au Canada : essai sur les rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, Montréal, Éditions Thémis, 2007. D'autres auteurs se sont penchés récemment sur l'histoire disciplinaire de l'étude des tribunaux et du système de justice québécois d'un point de vue sociojuridique, sans traiter toutefois de l'angle mort persistant abordé ici, voir : Pierre NOREAU, Yan SÉNÉCHAL et Jean-François ROBERGE, « Évolution de la recherche et réformes de la justice », (2020) 54-1-2-3 *RJTUM* 1.

moins aussi vieilles que la sociologie du droit elle-même⁸. Néanmoins, ce sont les politologues américains qui ont consolidé ce champ de recherche au milieu du XX^e siècle. Leurs approches ont trouvé de plus en plus écho au Canada anglais au fur et à mesure que les modèles théoriques du comportement judiciaire se sont complexifiés pour intégrer d'autres dimensions que les strictes préférences politiques des juges. Cependant, les études empiriques québécoises ont continué à ignorer ces développements, laissant ainsi largement à l'arrière-plan les déterminants non juridiques et la conception réaliste du jugement judiciaire.

A) L'histoire disciplinaire aux États-Unis et au Canada anglais

En tant que champ de recherche autonome, l'analyse du comportement judiciaire a commencé aux États-Unis dans les années 1940-1950. Dès l'après-guerre, dans le sillon des travaux des réalistes américains qui avaient cherché depuis les années 1920 à dissiper l'image du juge impartial, transcendant les intérêts des groupes sociaux et discernant les règles juridiques grâce à une interprétation formaliste du droit, une poignée de politologues commencent à étudier les dynamiques de formation d'alliances à la Cour suprême des États-Unis⁹. Déjà, ces chercheurs (Charles Hermann Pritchett, Glendon A. Schubert, Robert A. Dahl et, plus tard, Martin Shapiro et Walter Murphy), révèlent à l'aide de statistiques descriptives simples les limites d'une conception « légaliste » des tribunaux, c'est-à-dire d'une conception qui attribuerait au droit la seule ou la principale force causale dans les décisions judiciaires¹⁰.

⁸ Voir, par exemple, les commentaires de Max Weber dans : Max WEBER, « Diskussionsrede zu dem Vortrag von H. Kantorowicz », (1924) 477-81 *Rechtswissenschaft und Soziologie*, paru à l'origine dans *Verhandlungsberichte über den I. Deutschen Soziologentag*, Glashütten im Taunus: Auvermann, (1911) 323-330, reproduit dans Max WEBER, « On Legal Theory and Sociology », (1910) dans Arthur J. JACOBSON et Bernard SCHLINK (dir.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley, University of California Press, 2000, p. 50.

⁹ Sur le formalisme comme mouvement historique dans l'histoire de la pensée juridique aux États-Unis, voir : Neil DUXBURY, *Patterns of American Jurisprudence*, New York, Oxford University Press, 1997.

¹⁰ Voir, par exemple, l'article classique de Robert A. Dahl : Robert A. DAHL, « Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker », (1957) 6 *Journal of Public Law* 279. Voir également : Glendon A.

À partir de ces premiers efforts, toute une littérature commence à se développer aux États-Unis dans le but de rendre compte des divers facteurs qui influencent effectivement les décisions judiciaires. Dès les années 1960, des chercheurs canadiens-anglais s'approprient, timidement il faut le reconnaître, la nouvelle approche du comportement judiciaire qui se développait aux États-Unis. Il faut dire qu'à l'époque la Cour suprême du Canada occupe un rôle politiquement marginal en comparaison avec la Cour suprême des États-Unis sous la houlette du juge en chef Warren (1956-1969). Le cadrage, cependant, continue à refléter davantage la culture et les préoccupations constitutionnelles canadiennes. Ainsi, Peter H. Russell, un des pionniers de l'analyse comportementale du jugement judiciaire au Canada, s'inspire de l'approche de Pritchett dans son livre sur la Cour Roosevelt¹¹ pour son étude sur la Cour suprême comme institution bilingue et biculturelle¹² publiée dans le cadre des travaux de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme (Commission Laurendeau-Dunton) en 1969¹³. Les travaux de Russell et de quelques autres pionniers demeureront toutefois marginaux.

SCHUBERT, *Quantitative Analysis of Judicial Behavior*, Glencoe, Free Press, 1959; Glendon SCHUBERT, « Behavioral Research in Public Law », (1963) 57-2 *American Political Science Review* 433. Cette histoire, fort riche et liée aux diverses phases du développement du pouvoir judiciaire aux États-Unis, est revisitée dans les biographies de ses principaux pionniers dans Nancy MAVEETY (dir.), *The Pioneers of Judicial Behavior*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2003.

¹¹ Charles Hermann PRITCHETT, *The Roosevelt Court: A Study in Judicial Politics and Values*, New York, MacMillan, 1948.

¹² P. H. RUSSELL, préc., note 7. Voir également les travaux pionniers au Canada de Sidney Raymond Peck : Sidney Raymond PECK, « The Supreme Court of Canada, 1958-1966: A Search for Policy through Scalogram Analysis », (1967) 45-4 *Can. Bar Rev.* 666; Sidney Raymond PECK, « A Behavioural Approach to the Judicial Process: Scalogram Analysis », (1967) 5-1 *Osgoode Hall L.J.* 1. Pour une histoire disciplinaire de l'analyse du comportement judiciaire dans la science politique canadienne couvrant ces premiers développements, voir : P. H. RUSSELL, préc., note 7.

¹³ Sur l'importance des commissions d'enquête, en particulier de la Commission Laurendeau-Dunton, dans le développement de la science politique au Canada, voir : Valérie LAPOINTE-GAGNON, *Panser le Canada : une histoire intellectuelle de la Commission Laurendeau-Dunton*, Montréal, Boréal, 2018. *Le Devoir* notait d'ailleurs à l'époque de la fondation de l'Institut de recherche en droit public que « [l]e nouvel Institut, tout en se consacrant à la recherche libre, formera des candidats à la fonction publique et pourra entreprendre des études précises à la

Dans les années 1980-1990, l'utilisation de plus en plus fréquente des statistiques corrélationnelles dans les sciences sociales amène les chercheurs américains à développer les intuitions des travaux pionniers de l'analyse comportementale et à construire des modèles statistiques plus robustes permettant de soutenir des inférences causales¹⁴. Une première génération d'études se penchera sur les corrélations entre l'idéologie, les préférences politiques ou l'affiliation partisane des juges et les décisions judiciaires. Cette approche dite « attitudinale¹⁵ », développée principalement par Jeffrey Segal et Harold Spaeth, sera d'ailleurs utilisée dès la fin des années 1980 par des chercheurs américains pour l'appliquer au cas canadien¹⁶.

En conjonction avec le développement de la critique de « l'activisme judiciaire » qui se fait de plus en plus entendre au Canada au cours des années 1990, les chercheurs canadiens empruntent aux approches empiriques développées par les politologues américains pour saisir ce phénomène et en comprendre les ressorts¹⁷. Les analyses statistiques

demande des commissions d'enquêtes » : « Doctorat en droit et Institut de recherche en droit public », *Le Devoir*, 22 avril 1961.

¹⁴ La parution du livre de King, Keohane et Verba en 1994 apparaît rétrospectivement comme le principal marqueur de ce tournant quantitatif et statistique des sciences sociales aux États-Unis. Voir : Gary KING, Robert O. KEOHANE et Sidney VERBA, *Designing Social Inquiry: Scientific Inference in Qualitative Research*, Princeton, Princeton University Press, 1994.

¹⁵ Voir surtout : Harold J. SPAETH et Jeffrey A. SEGAL, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993; Jeffrey A. SEGAL et Harold J. SPAETH, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

¹⁶ C. Neal TATE et Panu SITTIWONG, « Decision Making in the Canadian Supreme Court: Extending the Personal Attributes Model Across Nations », (1989) 51-4 *The Journal of Politics* 900.

¹⁷ Voir, par exemple : Andrew D. HEARD, « The Charter in the Supreme Court of Canada: The Importance of Which Judges Hear an Appeal », (1991) 24-2 *Canadian Journal of Political Science* 289; F. L. MORTON, Peter H. RUSSELL et Michael J. WITHEY, « The Supreme Court's First One Hundred Charter of Rights Decisions: A Statistical Analysis », (1992) 30-1 *Osgoode Hall L.J.* 1. Sur la mesure de l'activisme judiciaire, voir également : Sujit CHOUDHRY et Claire E. HUNTER, « Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canada: A Comment on Newfoundland (Treasury Board) v. NAPE », (2003) 48-3 *McGill L.J.* 525 où les auteurs tentent de déterminer, à l'aide de statistiques descriptives, si certaines

permettent de vérifier si les juges agissent effectivement comme des politiciens déguisés, c'est-à-dire en fonction de leurs préférences individuelles ou de leur affiliation partisane plutôt qu'en fonction du droit. Les résultats seront plutôt mitigés. On constate d'abord que les clivages entre juges sont beaucoup plus protéiformes au Canada qu'aux États-Unis¹⁸, le consensus étant davantage la norme et les alliances entre les juges étant plus changeantes selon le domaine de droit concerné. Les juges eux-mêmes semblent donc plus difficiles à catégoriser que leurs collègues américains sur un axe libéral-conservateur qui permettrait d'expliquer l'ensemble de leurs décisions¹⁹.

Au même moment, plusieurs chercheurs remettent également en doute aux États-Unis les fondements théoriques individualiste et behavioriste du jugement judiciaire sur lesquels s'appuie l'approche attitudinale. Non seulement les juges doivent-ils composer avec leurs collègues mais, en plus, leurs décisions s'insèrent dans un ensemble complexe de relations de pouvoir entre différents acteurs politiques. D'une perspective strictement individuelle, les études empiriques sur les tribunaux commenceront donc à évaluer d'autres dimensions stratégiques du comportement judiciaire, par exemple la formation d'alliances ponctuelles entre juges, l'influence d'autres caractéristiques personnelles comme le genre, la race ou l'âge, les stratégies de communication des tribunaux, les

critiques relatives à l'activisme judiciaire sont fondées empiriquement. Voir également : Christopher P. MANFREDI et James B. KELLY, « Misrepresenting the Supreme Court's Record? A Comment on Choudhry and Hunter, "Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canada" », (2004) 49-3 *McGill L.J.* 741.

¹⁸ Benjamin ALARIE et Andrew GREEN, « The Reasonable Justice: An Empirical Analysis of Frank Iacobucci's Career on the Supreme Court of Canada », (2007) 57-2 *U.T.L.J.* 195.

¹⁹ Voir : C. L. OSTBERG, Matthew E. WETSTEIN et Craig R. DUCAT, « Attitudinal Dimensions of Supreme Court Decision Making in Canada: The Lamer Court, 1991-1995 », (2002) 55-1 *Political Research Quarterly* 235 où les auteurs, bien qu'ils identifient un clivage libéral-conservateur au sein de la Cour suprême du Canada, découpent tout de même ce clivage en trois secteurs de droit différents. Voir également sur l'impact des normes institutionnelles à la Cour suprême du Canada sur le degré de collégialité : Benjamin ALARIE et Andrew GREEN, « Should They Just All Get Along? Judicial Ideology, Collegiality, and Appointments to the Supreme Court of Canada », (2008) 58 *U.N.B.L.J.* 73.

normes institutionnelles, les stratégies déployées à l'intérieur des cours et à l'extérieur prenant en considération ou bien les autres acteurs politiques (par exemple législatif et exécutif) ou encore les autres parties du système judiciaire (par exemple les décisions stratégiques des juges des cours d'appel).

Certains auteurs parleront alors d'un « tournant stratégique » de la littérature comportementale aux États-Unis²⁰. Les chercheurs montreront, par exemple, que les juges des cours d'appel sont influencés non seulement par leur préférence idéologique, mais aussi par l'identité individuelle²¹ ou l'orientation politique²² des juges avec lesquels ils siègent. D'autres chercheurs montreront que les juges des cours d'appel sont enclins à agir comme sonneurs d'alarme et à exprimer leur dissidence plus fortement lorsque leur décision est susceptible d'être entendue par la Cour suprême²³. D'autres encore montreront que les juges qui atteignent un moment crucial dans leur carrière et qui ont une chance d'être nommés à la Cour suprême modifient la façon dont ils rendent leurs décisions et « auditionnent » en

²⁰ Pour un livre influent ayant marqué le début de ce « tournant stratégique », voir : Lee EPSTEIN et Jack KNIGHT, *The Choices Justices Make*, Washington, Sage Publications, 1997. Pour un survol, voir : Lee EPSTEIN et Jack KNIGHT, « Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, A Look Ahead », (2000) 53-3 *Political Research Quarterly* 625. Pour un résumé de l'état de la littérature dans une perspective comparée, voir : Lee EPSTEIN et Keren WEINSHALL, *The Strategic Analysis of Judicial Behavior: A Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.

²¹ Cass R. SUNSTEIN, David SCHKADE, Lisa M. ELLMAN et Andres SAWICKI, *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*, Washington, Brookings Institution Press, 2006.

²² Sean FARHANG et Gregory WAWRO, « Institutional Dynamics on the U.S. Court of Appeals: Minority Representation under Panel Decision Making », (2004) 20-2 *Journal of Law, Economics, & Organization* 299. Pour une discussion sur les différentes façons de concevoir les « effets de formation », voir : Pauline T. KIM, « Deliberation and Strategy on the United States Courts of Appeals: An Empirical Exploration of Panel Effects », (2009) 157-5 *University of Pennsylvania Law Review* 1319.

²³ Voir, par exemple : Virginia A. HETTINGER, Stefanie A. LINDQUIST et Wendy L. MARTINEK, « Comparing Attitudinal and Strategic Accounts of Dissenting Behavior on the U.S. Courts of Appeals », (2004) 48-1 *American Journal of Political Science* 123.

quelque sorte pour un poste à la Cour suprême des États-Unis²⁴. Finalement, plusieurs auteurs ont tenté d'évaluer comment la Cour suprême des États-Unis, soucieuse de préserver la confiance dont elle jouit au sein du public, a influencé les variations de l'opinion publique ou a été elle-même influencée par ces dernières²⁵.

Ce renouvellement des approches comportementales et ce tournant stratégique ou institutionnel se révéleront davantage fertiles au Canada²⁶. En 1998, Ian Greene et ses coauteurs publient une première étude compréhensive des décisions des cours d'appel au Canada²⁷, et deux livres écrits en 2007 et 2008 par des auteurs américains qui mobilisent les approches statistiques pour étudier la Cour suprême du Canada fourniront la masse critique de données, d'hypothèses et de théories comportementales pour orienter durablement le développement de ce champ de recherche²⁸. On assiste alors à la multiplication d'études portant sur l'influence du

²⁴ Ryan C. BLACK et Ryan J. OWENS, « Courting the President: How Circuit Judges Alter Their Behavior for Promotion to the Supreme Court », (2016) 60-1 *American Journal of Political Science* 30.

²⁵ D'un point de vue quantitatif, voir, par exemple : Christopher J. CASILLAS, Peter K. ENNS et Patrick C. WOHLFARTH, « How Public Opinion Constrains the U.S. Supreme Court », (2011) 55-1 *American Journal of Political Science* 74. Pour un résumé des nombreuses études sur les sujets produits aux États-Unis, voir : Joseph Daniel URA et Alison HIGGINS MERRILL, « The Supreme Court and Public Opinion », dans Lee EPSTEIN et Stefanie A. LINDQUIST (dir.), *The Oxford Handbook of U.S. Judicial Behavior*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 432. Pour un résumé des grands développements dans ce champ d'études, voir : Lee EPSTEIN et Jack KNIGHT, « Reconsidering Judicial Preferences », (2013) 16-1 *Annual Review of Political Science* 11.

²⁶ Voir, par exemple, les travaux des chercheurs suivants basés aux États-Unis : Susan Johnson, Lori Hausegger, C.L. Ostberg, Donald Songer, Neal Tate, Matthew Wetstein, etc.

²⁷ Ian GREENE, Carl BAAR, Peter MCCORMICK, George SZABLOWSKI et Martin THOMAS, *Final Appeal: Decision-Making in Canadian Courts of Appeal*, Toronto, Lorimer, 1998.

²⁸ C. L. OSTBERG et Matthew E. WETSTEIN, *Attitudinal Decision Making in the Supreme Court of Canada*, Vancouver, UBC Press, 2007; Donald R. SONGER, *The Transformation of the Supreme Court of Canada: An Empirical Examination*, Toronto, University of Toronto Press, 2008. Voir également : Daved MUTTART, *The Empirical Gap in Jurisprudence: A Comprehensive Study of the Supreme Court of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2007.

patronage²⁹, du sexe³⁰, des caractéristiques des avocats³¹ ou des intervenants³², des normes de collégialité³³, des changements générationnels³⁴, des stratégies de communication politique³⁵ ou encore des effets de formation³⁶ sur le comportement judiciaire³⁷.

²⁹ Lori HAUSEGGER, Troy RIDDELL et Matthew HENNIGAR, « Does Patronage Matter? Connecting Influences on Judicial Appointments with Judicial Decision Making », (2013) 46-3 *Canadian Journal of Political Science* 665.

³⁰ Voir, par exemple : Peter MCCORMICK et Twyla JOB, « Do Women Judges Make a Difference? An Analysis by Appeal Court Data », (1993) 8-1 *Canadian Journal of Law and Society* 135; Susan W. JOHNSON et Donald R. SONGER, « Judge Gender and the Voting Behavior of Justices on Two North American Supreme Courts », (2009) 30-3 *The Justice System Journal* 265; James STRIBOPOULOS et Moin A. YAHYA, « Does a Judge's Party of Appointment or Gender Matter to Case outcomes?: An Empirical Study of the Court of Appeal for Ontario », (2007) 45-2 *Osgoode Hall L.J.* 315.

³¹ Voir, par exemple : Erin B. KAHENY, John J. SZMER et Tammy A. SARVER, « Women Lawyers before the Supreme Court of Canada », (2011) 44-1 *Canadian Journal of Political Science* 83.

³² Voir, par exemple : Benjamin ALARIE et Andrew GREEN, « Interventions at the Supreme Court of Canada: Accuracy, Affiliation, and Acceptance », (2010) 48-3 *Osgoode Hall L.J.* 381.

³³ Voir, par exemple : B. ALARIE et A. GREEN, préc., note 19; Benjamin ALARIE et Andrew GREEN, *Commitment and Cooperation on High Courts: A Cross-Country Examination of Institutional Constraints on Judges*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

³⁴ Voir : Matthew E. WETSTEIN et C.L. OSTBERG, *Value Change in the Supreme Court of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2017.

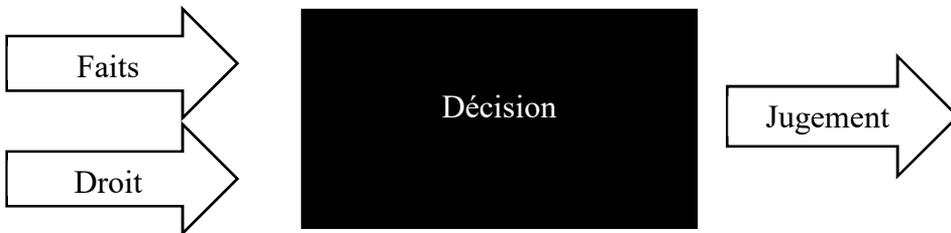
³⁵ Voir, par exemple : Christopher P. MANFREDI, « Judges as Rational Actors: Strategic Behavior and the Emergence of Judicial Supremacy in Canada », dans Axel VAN DEN BERG et Hudson MEADWELL (dir.), *The Social Sciences and Rationality: Promise, Limits, and Problems*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2004, p. 169; Vuk RADMILOVIC, « Strategic Legitimacy Cultivation at the Supreme Court of Canada: Quebec Secession Reference and Beyond », (2010) 43-4 *Canadian Journal of Political Science* 843.

³⁶ Voir, par exemple : Nadia A. JILANI, Donald R. SONGER et Susan W. JOHNSON, « Gender, Consciousness Raising, and Decision Making on the Supreme Court of Canada », (2010) 94-2 *Judicature* 59; Susan W. JOHNSON et Rebecca A. REID, « Speaking Up: Women and Dissenting Behavior in the Supreme Court of Canada », (2020) 41-3 *Justice System Journal* 191.

³⁷ Un résumé exhaustif de la littérature comportementale sur le jugement judiciaire au Canada, tout comme une analyse de la force probante des différents résultats obtenus par les chercheurs, mériterait un article en soi bien plus détaillé que ne le

D'un point de vue schématique, l'analyse comportementale s'est donc éloignée progressivement du modèle traditionnel ou « légaliste » du jugement judiciaire. Le légalisme peut se définir comme une théorie du comportement judiciaire qui pose comme hypothèse de base que les décisions des juges sont uniquement le reflet du « droit », entendu au sens des règles formelles préétablies qui se trouvent dans les textes juridiques (constitution, loi, règlement, traité, précédent, etc.) et dont on peut obtenir l'application dans un cas particulier par simple déduction logique ou syllogistique. Comme l'écrit Richard Posner, « the aspiration of the legalist is that a judicial decision be determined by a body of rules constituting “the law” rather than by factors that are personal to judges, in the sense of varying among them, such as ideology, personality, and personal background³⁸ ».

Figure 1 : Schéma légaliste du jugement judiciaire

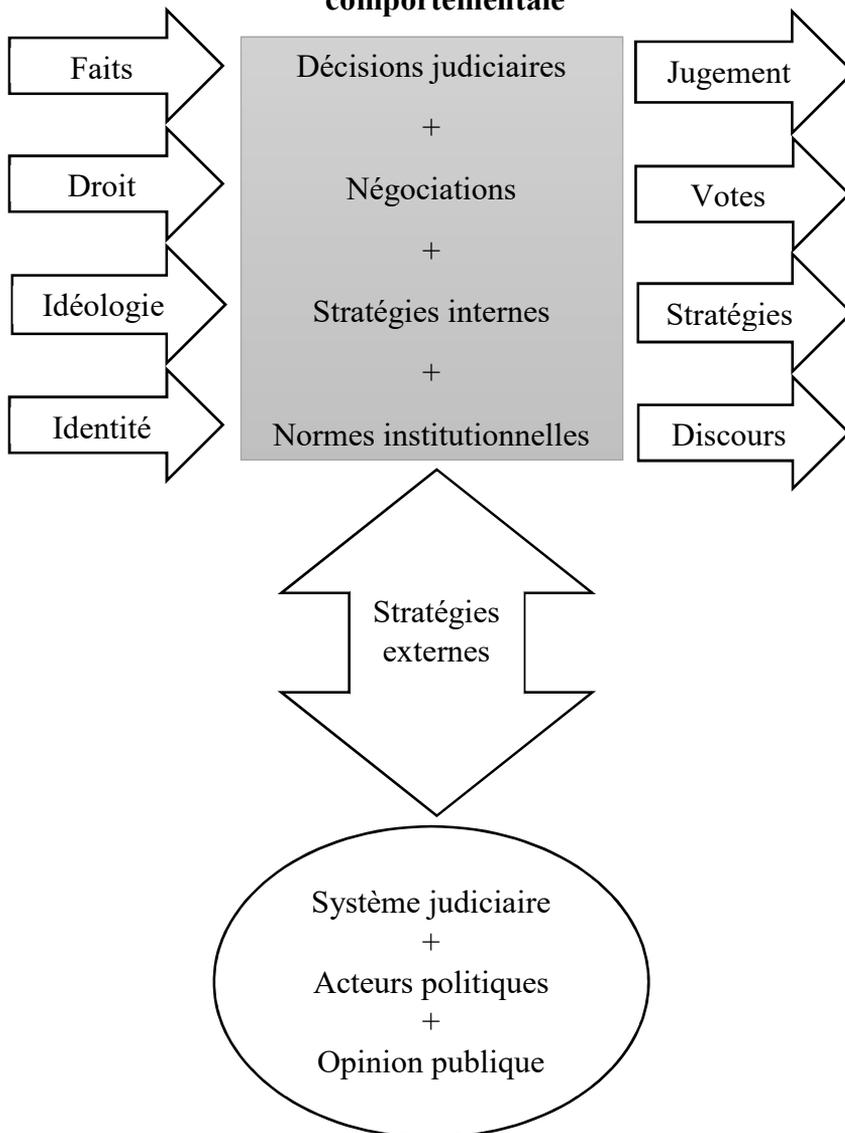


permet l'espace qui nous est ici offert. Cela nous mènerait donc, malheureusement, au-delà du cadre de cet article. Notre but est, plus modestement, de souligner le rôle marginal qu'ont joué jusqu'à présent les chercheurs francophones dans le développement de ce champ de recherche, de tenter de comprendre les facteurs qui expliquent leur marginalité et d'en saisir les impacts politiques et épistémologiques potentiels.

³⁸

Richard A. POSNER, *How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, p. 41.

Figure 2 : Schéma du jugement judiciaire selon l'analyse comportementale



On peut donc dire que la conception « légaliste » correspond essentiellement au travail des auteurs de doctrine juridique; le jugement judiciaire s'effectuerait par l'actualisation d'une norme juridique abstraite dans une décision individuelle en prenant en compte les faits juridiques pertinents (voir la figure 1). La décision, au singulier puisqu'on écarte d'emblée la possibilité que l'actualisation du droit soit plurielle, c'est-à-dire qu'elle soit la propriété émergente d'une série de décisions émises par une formation collégiale³⁹, est produite avec deux intrants, soit des faits et du droit, et produit un seul extrant, une décision judiciaire.

En comparaison, l'analyse comportementale cherche à restituer le jugement judiciaire dans son contexte individuel et institutionnel plus large. Les intrants n'incluent pas seulement le droit et les faits, mais aussi, par exemple, l'identité du juge et ses positions idéologiques ou politiques. L'analyse comportementale tient donc également compte de l'environnement institutionnel d'un tribunal : les ressources humaines, matérielles et informationnelles disponibles, les normes de collégialité, les stratégies comme l'échange de bons procédés entre juges, etc. Bien que le droit puisse continuer à jouer un rôle dans le travail décisionnel, les tribunaux tendent à perdre leur spécificité en tant qu'institution juridique⁴⁰. À ces stratégies internes se rajoute un ensemble de stratégies externes que les juges, pris individuellement ou collectivement en tant qu'institution, doivent prendre en considération lorsqu'ils rendent leurs décisions, comme les attentes du public vis-à-vis du système de justice, les prédispositions des autres acteurs politiques ou judiciaires, les expectatives par rapport aux changements potentiels de l'un ou l'autre de ces aspects (par exemple, l'anticipation d'un changement de gouvernement). Le portrait se complexifie aussi du côté des « extrants » où, en plus du jugement à proprement parler, les juges déploient aussi des stratégies qui varient en fonction du fait qu'ils font perdre ou gagner certaines parties, selon le langage utilisé dans leur décision ou le signal qu'ils souhaitent envoyer aux justiciables en général ou aux autres

³⁹ Sur l'importance de cette construction à plusieurs acteurs de la norme judiciaire, voir : Lewis A. KORNHAUSER et Lawrence G. SAGER, « Unpacking the Court », (1986) 96-1 *The Yale Law Journal* 82.

⁴⁰ Pour une formulation devenue classique, voir : Richard A. POSNER, « What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does) », (1993) 3 *Supreme Court Economic Review* 1.

acteurs du système de justice. Ils produisent également des « votes » entre différentes options, par exemple une opinion majoritaire ou minoritaire (voir la figure 2)⁴¹.

Une littérature extrêmement riche s'est donc développée principalement aux États-Unis en explorant chacune de ces dimensions du jugement judiciaire, selon que l'accent est mis sur l'idéologie des juges, leur identité, l'influence de leurs collègues et des effets de formations, de l'opinion publique ou des configurations politiques. Les modèles comportementaux les plus sophistiqués essaient d'ailleurs d'évaluer l'influence relative de chacun de ces facteurs pour les intégrer dans leur modélisation du comportement judiciaire⁴².

B) L'état des lieux au Canada français

Les chercheurs francophones ont aussi été attirés depuis les années 1960 par les possibilités offertes par les méthodes statistiques du comportement judiciaire, notamment pour renouveler les positions défendues dans le cadre d'approches traditionnelles qui apparaissaient de plus en plus désuètes au regard de la montée en force des sciences sociales. Ainsi, des juristes comme Jean-Louis Baudouin tentent dans les années 1960 d'illustrer et de nuancer, à l'aide de statistiques descriptives, la récrimination traditionnelle des juristes québécois du début du XX^e siècle quant au danger posé par la Cour suprême du Canada pour la pureté du droit civil québécois⁴³.

⁴¹ Sur la disparition des jugements *seriatim* et la transformation des opinions de la Cour suprême du Canada en votes entre opinions majoritaires et minoritaires différentes on consultera principalement l'histoire surprenante relatée dans : Peter C. MCCORMICK et Marc D. ZANONI, *By the Court: Anonymous Judgments at the Supreme Court of Canada*, Vancouver, UBC Press, 2019.

⁴² Pour un survol des principales dimensions de l'analyse du comportement judiciaire, on se référera à Lee EPSTEIN et Stefanie A. LINDQUIST (dir.), *The Oxford Handbook of U.S. Judicial Behavior*, Oxford, Oxford University Press, 2017. Voir, par exemple : Lee EPSTEIN, William M. LANDES et Richard A. POSNER, *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*, Cambridge, Harvard University Press, 2013.

⁴³ Jean-Louis BAUDOUIN, *Étude de sociologie sur le comportement de la Cour suprême du Canada dans l'interprétation du droit québécois*, Montréal, Institut de

On voit même, dans les années 1970, certains juristes se pencher sur les possibilités offertes par l'informatique juridique⁴⁴. Des équipes de recherche se constituent à Québec et à Montréal autour de projets qui exploitent le potentiel de ce qu'on appelle alors la jurimétrie, ancêtre de SOQUIJ⁴⁵. Guy Bouthillier, quant à lui, analyse les parcours personnels et professionnels des juges québécois dans le but d'en faire une critique biographique de sociologie politique⁴⁶.

En règle générale, si on s'intéresse au pouvoir judiciaire dans les années 1960 et 1970 au moment où commence à se développer l'analyse comportementale au Canada anglais, c'est essentiellement le statut constitutionnel des juges québécois et la question de leur indépendance qui mobilisent les chercheurs. Le pouvoir judiciaire acquiert donc une nouvelle prééminence, mais l'attention des chercheurs se porte principalement sur la question de savoir comment les nouvelles fonctions de la justice dans le cadre du développement de l'État-providence peuvent s'accorder avec les principes traditionnels d'indépendance judiciaire et de fédéralisme⁴⁷. Le

recherche en droit public, 1967. Voir ses conclusions plus générales dans : Jean-Louis BAUDOIN, « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada », (1975) 53-4 *R. du B. can.* 715. Sur l'histoire de ces récriminations, voir : Sylvio NORMAND, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil », (1986-1987) 32 *McGill L.J.* 559.

⁴⁴ Ejan MACKAAY, « La logique du flou en droit : une réflexion sur les recherches sur la "prédiction des décisions judiciaires" », (1976) 11 *R.J.T.* 209.

⁴⁵ La *Revue juridique Thémis* consacre même un numéro spécial à ce sujet en 1971. Voir : (1971) 6-1 *R.J.T.* À ce sujet, voir : Jean GOULET, « La naissance de l'enseignement universitaire du droit au Québec », (1999-2000) 30-3 *R.G.D.* 425, 435 et 436.

⁴⁶ Guy BOUTHILLIER, « Profil du juge de la Cour supérieure du Québec », (1977) 55-3 *R. du B. can.* 436; Guy BOUTHILLIER, « Profil du juge de la Cour des Sessions de la Paix », (1978) 38-1 *R. du B.* 13; Guy BOUTHILLIER, « Matériaux pour une analyse politique des juges de la Cour d'appel », (1971) 6 *R.J.T.* 563; Guy BOUTHILLIER, « Note sur la carrière des juges de la Cour supérieure », (1972) 7 *R.J.T.* 573; Guy BOUTHILLIER, « Les avocats du Québec et l'État », (1974) 34-2 *R. du B.* 51.

⁴⁷ Voir, par exemple, en plus des études de Guy Bouthillier précitées : Gérard TRUDEL, « Le pouvoir judiciaire au Canada », (1968) 28-4 *R. du B.* 193; Yves OUELLETTE, « La stérilisation politique des juges », (1968) 3 *R.J.T.* 167; Henri BRUN et Denis LEMIEUX, « Politisation du pouvoir judiciaire et judiciarisation du pouvoir

comportement même des juges, en particulier sur le banc, n'est pas étudié d'une manière empirique systématique.

Dans une perspective davantage interprétativiste et institutionnelle annoncée par l'orientation du Centre de recherche en droit public (CRDP), Andrée Lajoie, Pierrette Mulazzi et Michèle Gamache publient en 1986 dans le cadre des travaux de la Commission MacDonal d une analyse empirique des jugements de la Cour suprême du Canada en matière de fédéralisme⁴⁸. Bien qu'elles reconnaissent ne pas pouvoir tirer d'inférences causales de leur analyse et qu'elles mettent en doute la possibilité de telles inférences dans le domaine du droit, les coauteures tentent tout de même de discerner les effets de divergence ou de convergence entre le discours et les positions des principaux acteurs politiques québécois et le développement de la jurisprudence de droit constitutionnel de la Cour suprême du Canada depuis l'après-guerre.

Ce genre de travail est alors exemplaire de l'approche développée au CRDP, où Andrée Lajoie, qui a fait carrière dans le terreau fertile à la jonction du droit et de la science politique, agit à titre de directrice entre 1976 et 1980. C'est d'ailleurs autour du CRDP que se développeront principalement les projets de recherche sur le pouvoir judiciaire dans le monde universitaire franco-canadien. Mais si Lajoie n'hésite pas à présenter ses travaux comme le résultat d'études empiriques, ceux-ci ne s'aventureront pas sur le terrain des analyses quantitatives corrélationnelles ou inférentielles. C'est plutôt vers l'herméneutique philosophique et la

politique : la séparation traditionnelle des pouvoirs a-t-elle vécu? », (1977) 18-2-3 *C. de D.* 265; Raoul P. BARBE, « La magistrature québécoise », (1970) 1-1 *R.G.D.* 43; Jules DESCHÈNES, « Le choix des juges », (1978) 38 *R. du B.* 545; Léon DION, « Du social, du politique et du judiciaire. Pour l'autonomie du judiciaire », (1978) 38 *R. du B.* 769; Léon DION, « Plus de démocratie pour les juges », (1981) 41-2 *R. du B.* 199.

⁴⁸ Andrée LAJOIE, Pierrette MULAZZI et Michèle GAMACHE, « Les idées politiques au Québec et le droit constitutionnel canadien », dans Andrée LAJOIE et Ivan BERNIER (dir.), *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1986, p. 1. Pour une autre étude sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, voir : Eugénie BROUILLET, *La négation de la nation : l'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Québec, Septentrion, 2006.

nouvelle rhétorique que ses travaux sur le jugement judiciaire l’emmèneront, dont les fruits se retrouvent dans son ouvrage majeur *Jugements de valeurs* publié en 1997⁴⁹ et qui marque une nouvelle inflexion, plus théorique et moins empirique, de l’étude du jugement judiciaire depuis le tournant des années 2000⁵⁰.

Malgré leurs qualités respectives, les études de Baudouin et de Lajoie, Mulazzi et Gamache illustrent également l’approche dominante qui s’est développée dans l’étude sociojuridique des tribunaux au Québec et au Canada français. En dépit de leur dynamisme, les études sociojuridiques n’ont pas investi ni exploité les ressources offertes par l’analyse comportementale du jugement judiciaire. Autrement dit, tandis que les politologues canadiens-anglais s’intéressent de plus en plus aux méthodes socio-scientifiques pour étudier la Cour suprême du Canada et les cours d’appel comme institutions politiques, les « [TRADUCTION] auteurs juridiques canadiens-français continuent de se concentrer sur la façon dont l’interprétation constitutionnelle affecte les intérêts du Québec⁵¹ ». Le développement de la sociologie juridique québécoise dans les années 1990 et 2000 s’inspirera dans une large mesure des travaux français, reproduisant en quelque sorte les *a priori* hexagonaux et désinvestissant les tribunaux comme acteurs politiques. Ainsi, les observations d’Antoine Vauchez sur la sociologie juridique française s’appliquent assez bien à la réalité québécoise :

⁴⁹ Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

⁵⁰ On remarquera la parenté avec les travaux de Lajoie dans Pierre NOREAU, « L’acte de juger et son contexte : éléments d’une sociologie politique du jugement », (2001) 3-2 *Éthique publique* 1.

⁵¹ P. H. RUSSELL, préc., note 7, 20.

La justice reste en fait encore souvent comme une toile de fond, une institution toujours déjà-là, immuable dans ses formes (juridiques) et égale dans ses effets (de légitimation). [...] La permanence du nominal *juridique* dans le judiciaire conduit en fait souvent à tenir la justice pour un acteur homogène et extérieur aux jeux politiques et sociaux qui se tissent autour d'elle, comme s'il existait *une* justice dotée d'une rationalité unique (*le* Droit) dont il suffirait ensuite d'analyser les effets sur le monde social (*la* judiciarisation)⁵².

Pour illustrer notre propos, nous avons colligé un livre et une sélection d'articles publiés dans des revues savantes depuis 2000 (voir le tableau 1). Bien que notre méthode d'échantillonnage ne soit ni aléatoire ni systématique, nous estimons tout de même qu'il s'agit d'un portrait généralement fidèle, dans ses grandes lignes, de la recherche empirique en droit en français au Canada⁵³.

⁵² Antoine VAUCHEZ, « La justice comme “institution politique” : retour sur un objet (longtemps) perdu de la science politique », (2006) 63/64-2 *Droit et société* 491, 493.

⁵³ La publication récente d'un ouvrage important en français sur les études empiriques en droit confirme dans une large mesure le portrait dressé ici, voir : Dalia GESUALDI-FECTEAU et Emmanuelle BERNHEIM, *La recherche empirique en droit : méthodes et pratiques*, Montréal, Éditions Thémis, 2022. L'ouvrage ne contient aucune référence aux travaux issus de l'analyse comportementale du jugement judiciaire. De manière plus générale, les analyses statistiques sont abordées assez sommairement, surtout lorsqu'on les compare avec les centaines de pages consacrées aux différentes méthodes qualitatives.

**Tableau 1 : Sélection d'études empiriques sur les tribunaux
publiées en français depuis 2000**

Auteurs	Domaine de droit	VARIABLE DÉCIDEUR	Type de statistiques	Échantillon	Question(s) de recherche	Type de recherche
Tremblay Potvin, 2018 ⁵⁴	Droit du travail	Non	Descriptives	443 décisions	Quels acteurs, secteurs et juridictions sont les plus touchés par les demandes d'accommodement raisonnable qui donnent lieu à une décision? Quels sont les motifs les plus souvent invoqués? La « crise » des accommodements raisonnables de 2007-2008 a-t-elle eu un impact?	Quantitative
Cumyn et Pilarski, 2014 ⁵⁵	Petites créances	Non	Descriptives ⁵⁶	299 décisions	Quelle est l'influence des effets de système (asymétrie, stratégies) et des règles juridiques invoquées sur l'issue des litiges en matière de rénovation résidentielle à la Cour des petites créances?	Quantitative

⁵⁴ Charles TREMBLAY POTVIN, « Une étude empirique exploratoire sur le traitement juridictionnel des demandes d'accommodement raisonnable en milieu de travail », (2018) 59-3 *C. de D.* 727.

⁵⁵ Michelle CUMYN et Cécile PILARSKI, « Étude empirique des décisions de la Cour des petites créances en matière de rénovation résidentielle : l'accès au droit, composante essentielle de l'accès à la justice pour les consommateurs », (2014) 48-2 *RJTUM* 389.

⁵⁶ Cumyn et Pilarski notent avoir fait une analyse corrélationnelle (chi carré et logit). Compte tenu de la taille de leur échantillon, aucun résultat n'était statistiquement significatif. Les résultats ne sont d'ailleurs pas rapportés dans l'étude.

Bernheim, Chalifour et Laniel, 2016 ⁵⁷	Droit de la santé	Non	Descriptives	906 décisions	Quel est le profil des défendeurs dans les requêtes pour autorisation de soins et quelles sont les conditions de mise en œuvre de leurs droits?	Quantitative
Samson et Brunelle, 2007 ⁵⁸	Droit du travail/ chartes	Non	Descriptives	111 décisions	Quel a été l'impact de la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i> sur la sanction de l'obligation de loyauté du salarié dénonciateur?	Quantitative
Rousseau et Smaïli, 2006 ⁵⁹	Droit des sociétés	Non	Corrélationnelles	220 décisions	Quels sont les facteurs légaux et contextuels (factuels) qui ont une influence sur la levée du voile corporatif et l'application de l'article 317 du C.c.Q.?	Quantitative
Clouet, 2017 ⁶⁰	Droit de la famille	Oui	Descriptives	33 décisions	Quelle influence ont le genre et l'appartenance générationnelle des juges sur les décisions en matière de garde d'enfants?	Quantitative /qualitative

⁵⁷ 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 *Revue de droit et santé de McGill* 337.

⁵⁸ Mélanie SAMSON et Christian BRUNELLE, « La liberté d'expression au travail et l'obligation de loyauté du salarié : étude empirique de l'incidence des chartes », (2007) 48-1-2 *C. de D.* 281.

⁵⁹ Stéphane ROUSSEAU et Nadia SMAÏLI, « La “levée du voile corporatif” en vertu du Code civil du Québec : des perspectives théoriques et empiriques à la lumière de dix années de jurisprudence », (2006) 47-4 *C. de D.* 815.

⁶⁰ Johanne CLOUET, *Décisions judiciaires en matière de garde d'enfants : contribution à l'étude de l'influence des marqueurs identitaires du juge*, Montréal, Éditions Thémis, 2017.

Bich-Carrière, 2018 ⁶¹	Droit de la preuve	Non	Descriptives	119 décisions	Quel traitement les tribunaux canadiens accordent-ils au phénomène des émojis, tous ordres et toutes langues confondus?	Qualitative
Bernheim, 2012 ⁶²	Droit de la santé	Non	Aucune	30 entretiens semi-dirigés et observations sur le terrain	Quels rôles jouent les différents types de normes dans les décisions des juges et des psychiatres en matière d'autorisation de soins?	Qualitative
Garcia et Dubé, 2017 ⁶³	Droit pénal	Non	Aucune	56 entretiens semi-dirigés	Quelles sont les menaces externes (non étatiques) qui pèsent sur les juges et l'indépendance judiciaire dans le contexte de la détermination de la peine?	Qualitative
Jannard, 2020 ⁶⁴	Droit de l'immigration	Non	Aucune	11 entretiens	Quels sont les éléments pris en considération par les agents des services frontaliers du Canada dans l'interprétation des dispositions législatives qu'ils appliquent?	Qualitative

⁶¹ Laurence BICH-CARRIÈRE, « Que pensent les tribunaux des émojis, émoticônes et autres pictogrammes? », (2018) 64-1 *McGill L.J.* 43.

⁶² Emmanuelle BERNHEIM, « Le refus de soins psychiatriques est-il possible au Québec? Discussion à la lumière du cas de l'autorisation de soins », (2012) 57-3 *McGill L.J.* 553.

⁶³ Margarida GARCIA et Richard DUBÉ, « Une enquête théorique et empirique sur les menaces externes à l'indépendance judiciaire dans le cadre du *sentencing* », (2017) 47-1 *R.G.D.* 5.

⁶⁴ Louis-Philippe JANNARD, « Contributions et limites de la surdétermination pour l'étude empirique des pratiques administratives relatives à la détention des personnes non citoyennes au Canada », (2020) 50 *R.G.D.* 183.

Vézina, 2020 ⁶⁵	Droits et libertés	Non	Aucune	10 décisions	Quel est le rôle de la culture juridique dans la mise en œuvre et la justiciabilité des droits économiques et sociaux?	Qualitative
----------------------------	--------------------	-----	--------	--------------	--	-------------

Le premier constat est que l'empirie est principalement mobilisée au soutien de l'analyse juridique doctrinale traditionnelle qui impose son mode de problématisation à l'objet d'étude : quel est l'état du droit sur une question *x* ou *y*? Compte tenu des résultats de cette analyse empirique, les chercheurs peuvent alors spéculer sur les raisons sous-jacentes à ces résultats et faire intervenir, parfois de manière implicite, des dimensions du jugement judiciaire qui relèvent de l'analyse comportementale. Ainsi, l'empirie est d'abord mise au service de la description de l'état du droit au lieu d'être utilisée pour élaborer une théorie du comportement judiciaire.

La différence avec l'analyse doctrinale traditionnelle se trouve dans le fait qu'on refuse de limiter l'analyse du droit positif au droit édicté « d'en haut », c'est-à-dire dans la législation ou les décisions des tribunaux supérieurs. Tablant sur les ressources qu'offrent les banques de données comme SOQUIJ, CanLII ou Westlaw, on essaie plutôt de saisir comment le droit est appliqué, « en bas », de façon concrète dans diverses instances⁶⁶. À cet égard, les études empiriques au Québec, en utilisant parfois de manière un peu abusive le concept « d'effectivité du droit », continuent de poser essentiellement le constat du doyen Roscoe Pound en 1910, à savoir qu'il existe un écart entre le « droit des livres » et le « droit en action » sans toujours s'interroger sur les modalités ou les raisons de cet écart dans le contexte prétorien⁶⁷.

⁶⁵ Christine VÉZINA, « Culture juridique des droits de la personne et justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels : tendances à la Cour suprême du Canada », (2020) 61-2 *C. de D.* 495.

⁶⁶ Il ne s'agit pas d'un exercice foncièrement différent de l'analyse doctrinale traditionnelle, notamment en common law où, face à une multiplicité de motifs dans les décisions des cours supérieures, on cherchait à distinguer la façon dont le droit était reçu, formalisé et appliqué dans les tribunaux de première instance. À ce sujet, voir : Sir Rupert CROSS, *Precedent in English Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

⁶⁷ La perspective de Pound est d'ailleurs celle utilisée pour parler de « l'effectivité du droit » dans l'article récent de : Dalia GESUALDI-FECTEAU et Maxine VISOTZKY-

Conséquemment, le deuxième constat est que ces études n'incluent généralement pas de variables propres aux décideurs. L'adjectif « empirique » semble désigner l'une ou l'autre de deux choses. Soit il désigne une analyse doctrinale qui, dans la collecte des décisions pertinentes, suspend le jugement normatif quant à l'importance relative des décisions et cherche plutôt à dresser un portrait exhaustif en échantillonnant toute la population, c'est-à-dire l'ensemble de la jurisprudence sur une question donnée, soit il s'agit d'études qualitatives basées sur l'observation participante ou sur des entretiens semi-dirigés avec des acteurs du système de justice. L'analyse comportementale permettrait justement de lier et d'approfondir les résultats de ces deux types de recherches empiriques en cherchant à évaluer si les normes, les perceptions, les idéaux, les craintes, etc. des décideurs relevés par les études qualitatives se répercutent effectivement dans les décisions judiciaires lorsque ces dernières sont analysées de manière exhaustive et quantitative.

Par exemple, Margarida Garcia et Richard Dubé analysent à l'aide d'entretiens semi-dirigés la façon dont les juges ressentent les pressions « non étatiques » dans le processus de détermination de la peine⁶⁸. Ils constatent que « [l]a pression exercée par [l]es “menaces externes non étatiques” sur la sentence n'est pas perçue de la même façon par tous les acteurs judiciaires ». Il y a ainsi « une pluralité de représentations [des

CHARLEBOIS, « La notion d'effectivité du droit », dans Stéphane BERNATCHEZ et Louise LALONDE (dir.), *Approches et fondements du droit – Branches du droit et concepts juridiques*, t. 4, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2019, p. 325. Comme le notent à juste titre Pierre Lascoumes et Evelyn Serverin dans leur article classique, ce

concept [d'effectivité] ne désigne pas un “état” particulier du système du droit, mais la *question* même de la séparation droit/société. Autour de ce concept, gravite toute une série de notions désignant cette fois une situation particulière de la coupure : lacune, ineffectivité, efficacité renvoient à des “états” du système, et donc à autant de niveaux d'observation de la réalisation du droit. La tradition de l'enseignement du droit a accueilli pêle-mêle ce vocabulaire, sans toujours clairement discerner les origines ni leurs implications.

Pierre LASCOURMES et Evelyn SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », (1986) 2 *Droit et société* 101, 103.

⁶⁸

M. GARCIA et R. DUBÉ, préc., note 63.

menaces que font peser l'opinion publique, les médias et les mouvements sociaux sur l'indépendance judiciaire,] une diversité beaucoup plus grande que celle qui caractérisait le point de vue [d]es acteurs sur les menaces étatiques⁶⁹ ». Leur analyse évite pourtant de s'aventurer sur le terrain des causes possibles de ces variations. Dépendent-elles des caractéristiques personnelles des juges? Et, si oui, lesquelles? Dans un article publié en 2000, Pierre Noreau dressait le portrait des attentes fort différentes des avocats de la défense et des procureurs de la Couronne quant à leur rôle respectif au sein du système de justice pénale et à la place de la réhabilitation dans ce système⁷⁰. Les différences relevées par Garcia et Dubé recourent-elles celles observées par Noreau entre les juges issus des procureurs de la Couronne et ceux issus des avocats de la défense? En l'absence de données sur l'identité des juges, il est impossible de faire une quelconque inférence⁷¹. Au surplus, Garcia et Dubé s'inquiètent de l'effet délétère de ces menaces non étatiques sur l'indépendance judiciaire⁷². Mais, d'un point de vue comportemental, observe-t-on réellement un accroissement de la sévérité des peines infligées selon les variations de l'opinion publique? Seule une analyse statistique empirique permettrait de le savoir⁷³.

⁶⁹ *Id.*, 23 et 24.

⁷⁰ Pierre NOREAU, « Judicialisation et déjudiciarisation : la part de la poursuite et de la défense, contribution à la sociologie du droit », (2000) 33-2 *Criminologie* 55.

⁷¹ L'étude de Hausegger, Riddell et Hennigar sur la Cour d'appel de l'Ontario amène d'ailleurs les auteurs à conclure, au moins provisoirement, qu'il ne semble pas y avoir de différence statistiquement significative entre les anciens procureurs de la Couronne et les autres juges en matière de droit criminel, voir : L. HAUSEGGER, T. RIDDELL et M. HENNIGAR, préc., note 29.

⁷² En plus de l'article précité, voir : Richard DUBÉ et Margarida GARCIA, « Enjeux politiques et juridiques autour du principe de la confiance du public dans l'administration de la justice pénale », (2020) 61-1 *C. de D.* 7.

⁷³ Dans le contexte américain, voir par exemple l'étude récente et surprenante de O'Hear et Wheelock qui suggèrent que les juges qui ont été procureurs sont plus éléments dans les peines imposées pour les cas d'homicides. Ils suggèrent que ces juges ressentent peut-être moins le besoin de se montrer « tough on crime » dans un contexte où les juges sont élus, comme c'est le cas dans les cours de l'État du Wisconsin utilisées pour leur étude : Michael O'HEAR et Darren WHEELLOCK, « Life "With" or "Without"? An Empirical Study of Homicide Sentencing », (2021) 18-2 *Journal of Empirical Legal Studies* 377.

Un autre exemple est l'étude de Stéphane Rousseau et Nadia Smaïli sur les décisions des tribunaux en matière de levée du voile corporatif⁷⁴. Cette étude se démarque des autres présentées dans le tableau 1 parce qu'elle utilise un modèle statistique corrélationnel. Malgré ces outils statistiques, leur modèle n'inclut aucune variable relative aux décideurs eux-mêmes (âge, sexe, parcours professionnel, parti politique au pouvoir au moment de leur nomination, district judiciaire, etc.). Les auteurs conceptualisent donc le jugement judiciaire avec deux intrants, tel qu'il est illustré à la figure 1, comme le simple résultat de l'application de diverses règles de droit à divers faits juridiques. Autrement dit, les auteurs cherchent strictement à savoir quels faits sont généralement retenus par les juges dans l'application d'une règle de droit précise. La question de recherche demeure liée à l'idée du « droit en action » et à la description de la façon dont les juges appliquent une règle de droit abstraite édictée « d'en haut » dans des cas concrets « en bas » après un changement législatif donné (dans ce cas-ci, l'adoption des règles sur la levée du voile corporatif en 1994). Pourtant, il serait intéressant de savoir si les règles sur la levée du voile corporatif sont appliquées pareillement par les juges du district judiciaire de Montréal et ceux du district judiciaire de Gaspé, ou encore par les avocats issus de la pratique privée en grands cabinets et ceux issus d'autres domaines de droit et si les différences entre eux sont statistiquement significatives.

L'étude de Johanne Clouet sur les décisions de la Cour supérieure du Québec en matière de garde d'enfants fait ici figure d'exception notable. Il s'agit de la seule étude de notre échantillon à inclure des variables propres aux décideurs dans son modèle explicatif du comportement judiciaire. En incluant des variables sur le sexe et la génération des juges, Clouet cherche ainsi à déterminer si les décisions en matière de garde d'enfants reflètent les dynamiques générationnelles et l'évolution des stéréotypes de genre relatives aux rôles familiaux et au développement de l'enfant. L'étude de Clouet enrichit donc l'analyse du droit de la famille en basant en partie son modèle théorique sur l'analyse comportementale (bien qu'elle ne cite pas directement cette littérature). Cependant, la façon dont elle opérationnalise sa question de recherche ne permet pas tout à fait de confirmer ou d'infirmer ses hypothèses de départ. Dans la constitution de son échantillon, Clouet

⁷⁴ S. ROUSSEAU et N. SMAÏLI, préc., note 59.

procède par retranchements successifs dans le but d'exclure le plus possible les décisions où se présentent des variables confusionnelles (par exemple l'expertise) pour ne garder que des cas « neutres⁷⁵ ». Procéder ainsi *a priori* par retranchements plutôt qu'en contrôlant l'effet des variables confusionnelles *a posteriori* à l'aide de tests statistiques nous paraît affecter grandement la robustesse des inférences causales que Clouet est en mesure de tirer au terme de son étude. La taille de son échantillon après retranchements, c'est-à-dire 33 décisions, limite les possibilités de validation statistique de ses hypothèses. Les statistiques descriptives qu'elle présente sont donc certes intéressantes, mais elles ne permettent pas d'établir de corrélations statistiquement significatives entre le sexe et l'âge des décideurs et leurs décisions en matière de garde d'enfants. Pour notre propos, la principale contribution de cette étude réside dans le développement d'un modèle théorique comportemental étoffé, novateur et plausible d'un point de vue causal. Celui-ci mériterait toutefois d'être testé sur un échantillon plus grand et à l'aide d'analyses statistiques multifactorielles qui permettraient d'évaluer la validité statistique des corrélations et la robustesse des inférences causales suggérées par Clouet⁷⁶.

Même les études qui s'inspirent davantage de la sociologie conservent souvent le mode de problématisation des juristes. Le but poursuivi n'est pas le même puisqu'on ne cherche pas à déterminer l'état du droit en action sur une question *x* ou *y*, mais plutôt à faire une analyse du discours produit par les juges. Cependant, la construction de l'objet d'étude apparaît tributaire de l'approche juridique et de sa façon de concevoir le travail des tribunaux, c'est-à-dire essentiellement des producteurs de textes⁷⁷.

⁷⁵ J. CLOUET, préc., note 60, p. 201 et 202.

⁷⁶ Ce que Clouet semble d'ailleurs reconnaître en conclusion de son ouvrage : « Nos résultats pourraient également être confirmés ou infirmés par une recherche à plus grande échelle... » (*id.*, p. 231).

⁷⁷ Voir, par exemple, l'étude de Christine Vézina sur la culture juridique des droits de la personne qui se base sur la jurisprudence de la Cour suprême du Canada : C. VÉZINA, préc., note 65. L'auteure est bien consciente des limites de cette approche qui ne représente qu'« un seul volet de la culture juridique des droits de la personne, soit celui des juges majoritaires de la Cour suprême du Canada en matière sociale ». Elle souligne d'ailleurs que

Finalement, la parution récente des quatre tomes de l'ouvrage *Approches et fondements du droit* dirigé par Stéphane Bernatchez et Louise Lalonde témoigne du fait que la recherche francophone est demeurée largement imperméable à l'analyse comportementale. Sur 59 textes écrits par 70 auteurs couvrant plus de 2 000 pages, un seul texte aborde les tribunaux du point de vue des sciences politiques et fait abstraction de la littérature sur le comportement judiciaire⁷⁸. La situation est similaire du côté des politologues. Dans un manuel récent couvrant les principaux aspects de la politique canadienne et québécoise, les politologues s'en remettent aux juristes pour traiter « du pouvoir judiciaire » et de la « judiciarisation du politique au Canada » sans que la littérature sur le comportement judiciaire soit mobilisée pour expliquer ce phénomène et ses conséquences possibles⁷⁹. En 1992, le politologue André Bzdera posait le constat suivant : « [i]l est [...] surprenant de devoir constater que la science politique québécoise, à l'opposé des sciences politiques américaine et canadienne, projette une vision singulièrement étriquée du phénomène judiciaire et du rôle politique grandissant de la haute cour fédérale⁸⁰ ». Force est de constater que, 30 ans plus tard, le constat posé par Bzdera tient encore la route. Qu'est-ce qui peut expliquer une telle situation?

[I]'étude des autres volets de cette culture, englobant celle des dissidents de la Cour suprême, des juges des tribunaux d'appel et de première instance, des avocats de l'aide juridique et de la pratique privée, de doctrine, des facultés de droit et des représentants d'organisations non gouvernementales (ONG) fait l'objet d'un projet de recherche plus vaste qui nous permettra ultérieurement de croiser les données relatives aux tendances à la Cour suprême contenues dans ce texte, pour dégager une lecture holistique de la culture des droits de la personne.

(*id.*, 505).

⁷⁸ Erika ARBAN, « Survol de la recherche interdisciplinaire en droit : droit constitutionnel et sciences politiques », dans Stéphane BERNATCHEZ et Louise LALONDE (dir.), *Approches et fondements du droit – Interdisciplinarité et théories critiques*, t. 3, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2019, p. 267.

⁷⁹ Voir, par exemple : Louis-Philippe LAMPRON, « Les institutions judiciaires et le phénomène de la judiciarisation du politique au Québec et au Canada », dans Alain-G. GAGNON et David SANSCHAGRIN (dir.), *La politique québécoise et canadienne : une approche pluraliste*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2014, p. 299.

⁸⁰ A. BZDERA, *préc.*, note 7, 2.

II. Les francophones en marge des développements disciplinaires

On peut discerner deux facteurs principaux qui expliquent pourquoi les francophones sont restés à l'écart de l'analyse comportementale du jugement judiciaire. D'une part, la structure du champ universitaire a eu tendance à raffermir les barrières disciplinaires plutôt qu'à les affaiblir et à accroître l'influence de la culture juridique européenne sur l'enseignement du droit public. D'autre part, l'activisme législatif au Québec sur de nombreux enjeux sociaux et la persistance des débats constitutionnels qui ont accaparé l'attention des politologues ont eu tendance à reléguer les tribunaux au second plan dans l'étude du changement social et politique.

A) La structure du champ universitaire

Le premier élément tient à l'influence de la culture juridique française et anglaise sur le corps professoral au Québec. Déjà dans les années 1930, 1940 et 1950, la trajectoire des quelques étudiants québécois en droit et en sciences sociales qui poursuivaient leurs études supérieures à l'étranger était différente. Tandis que Chicago et Columbia attiraient surtout les politologues et sociologues, les étudiants en droit optaient davantage pour Cambridge et Oxford en droit public et Paris en droit privé⁸¹. Ces étudiants constitueront les premières cohortes de professeurs de carrière dans les facultés de droit des années 1950 et 1960. La mise en place de bourses de mobilité par le Conseil des Arts du Canada en 1957 ne fera que consolider ces différences de trajectoires entre juristes et professionnels des sciences sociales. Dans les années 1960 et 1970, le recrutement de nombreux professeurs ayant obtenu une formation en droit public en France viendra d'ailleurs transformer graduellement la culture juridique au Québec, que l'on pense à Henri Brun (Paris), François Chevrette (Paris), José Woehrling (Strasbourg), Paul Lacoste (Paris) ou Patrice Garant (Paris). Quant aux autres publicistes, c'est encore essentiellement en Angleterre qu'ils obtiendront leur formation, comme c'est le cas de Jacques-Yvan Morin (Cambridge), Jean Beetz (Oxford), René Dussault (LSE) ou Guy

⁸¹ À ce sujet, voir : Robert GAGNON et Denis GOULET, *La formation d'une élite : les bourses d'études à l'étranger du gouvernement québécois (1920-1959)*, Montréal, Boréal, 2020.

Tremblay (UCL)⁸². McGill se démarque quelque peu à ce chapitre où des professeurs comme Irwin Cotler (Yale), Roderick Macdonald (Toronto) ou Patrick Glenn (Harvard) apportent aussi une partie de la conversation qui se développe alors au Canada anglais.

Or la culture juridique française dominante a toujours été fort réfractaire à l'analyse comportementale du jugement judiciaire. D'une part, le format des jugements rend difficile l'analyse comportementale et la statistique judiciaire de manière plus générale, puisque l'identité des juges est cachée. Cette culture de l'impersonnalité de la justice pousse même à une certaine hostilité face aux analyses comportementales. Ainsi, en 2018, le législateur français interdisait-il la publication ou l'utilisation d'informations relatives aux décisions judiciaires ou à l'identité des juges⁸³. De façon plus générale, les sciences sociales françaises ont eu tendance à construire l'étude de la justice sur le modèle d'une séparation institutionnelle entre droit privé et droit public qui occulte le travail des tribunaux comme objet proprement politique⁸⁴.

La deuxième raison tient à la structure du curriculum au Québec par rapport au reste du Canada. Les facultés de droit au Canada anglais décernent des diplômes de doctorat professionnel ou *juris doctor* plutôt que de baccalauréat. Seuls les étudiants qui ont obtenu au préalable un autre diplôme universitaire peuvent postuler les places dans les facultés de droit.

⁸² Bien que les politologues aient continué à opter pour les États-Unis, Andrée Lajoie, celle qui s'est penchée le plus en profondeur sur la question du comportement judiciaire, détient des diplômes de l'Université de Montréal et de l'Université d'Oxford.

⁸³ En France, le *Code de justice administrative* prévoit que « [l]es données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées » (art. L10, al. 3 Code de justice administrative). Cette modification a été introduite par la *Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*. Quiconque enfreint cette règle est passible d'une peine d'emprisonnement de cinq ans (art. 226-18 C. pén.). À ce sujet, voir : Malcolm LANGFORD et Mikael RASK MADSEN, « France Criminalises Research on Judges », *Verfassungsblog*, 22 juin 2019, en ligne : <<https://verfassungsblog.de/france-criminalises-research-on-judges/>>.

⁸⁴ A. VAUCHEZ, préc., note 52.

Cela signifie que la quasi-totalité des professeurs issus de ce système et qui y enseignent possèdent au moins un autre diplôme dans une discipline souvent connexe comme la science politique, l'économie, l'anthropologie, la sociologie, l'histoire ou la littérature. Bien qu'il ne s'agisse pas là d'un gage de qualité des travaux interdisciplinaires produits, ces formations donnent néanmoins l'occasion aux étudiants de se familiariser avec des approches qui objectivent autrement le droit avant de se lancer dans l'étude du droit du point de vue interne comme futurs juristes. À cela s'ajoutent l'embauche de professeurs qui détiennent un doctorat dans une autre discipline que le droit ainsi que les doubles nominations (*cross-appointments*) de professeurs qui enseignent dans plus d'une faculté. Tout ce travail est d'ailleurs facilité par la création de programmes bidisciplinaires qui décernent des doubles diplômes de *juris doctor* et de doctorat (droit et... science politique, criminologie, sociologie, philosophie, etc.)⁸⁵.

Au Québec, le curriculum est plutôt structuré de telle sorte que les étudiants admis au baccalauréat en droit n'ont généralement pas eu l'occasion de se familiariser avec d'autres approches théoriques ou méthodologiques sinon en surface durant leur parcours collégial. Les facultés de droit au Québec, où la grande majorité des professeurs détiennent des doctorats en droit, participent à la consolidation des différences disciplinaires plutôt qu'à leur décloisonnement. Les juristes sont donc laissés à eux-mêmes lorsque vient le temps d'approcher les tribunaux autrement qu'avec le point de vue interne, et la « rupture épistémologique » avec leur objet de recherche peut s'en voir compliquée d'autant⁸⁶.

⁸⁵ Cela ne va pas sans créer un certain nombre de dissonances cognitives chez les professeurs de droit. Voir, à ce sujet : David SANDOMIERSKI, *Aspiration and Reality in Legal Education*, Toronto, University of Toronto Press, 2020.

⁸⁶ Voir : Pierre BOURDIEU, Jean-Claude CHAMBOREDON et Jean-Claude PASSERON, *Le métier de sociologue : préalables épistémologiques*, 5^e éd., Berlin, Mouton de Gruyter, 2005. Constat partagé par Margarida Garcia qui en appelle à « désubstantialiser » les catégories juridiques pour permettre au point de vue externe de prendre la place qui lui revient dans les études multidisciplinaires sur le droit. Voir : Margarida GARCIA, « De nouveaux horizons épistémologiques pour la recherche empirique en droit : décentrer le sujet, interviewer le système et “désubstantialiser” les catégories juridiques », (2011) 52-3-4 *C. de D.* 417.

D'ailleurs, la sociologie du droit a été, au Québec, essentiellement le travail des juristes plutôt que des sociologues⁸⁷.

Par rapport à l'étude des tribunaux de manière plus spécifique, on notera également que le pluralisme juridique comme paradigme dominant de la sociologie du droit⁸⁸ tend à aplanir les différents lieux de production de la normativité sociale. Les tribunaux sont dès lors déçus de leur statut de prééminence dans la production des normes juridiques. Ainsi, la sociologie du droit au Québec s'est développée d'abord comme une sociologie de la normativité plutôt qu'une sociologie des institutions, qu'elles soient simplement juridiques ou plus précisément judiciaires⁸⁹.

Au risque de caricaturer, il semble donc y avoir un écartèlement dans les études sociojuridiques francophones au Canada qui explique la place marginale occupée par l'analyse comportementale du jugement judiciaire. D'une part, une certaine sociologie pluraliste du droit tend à aborder les tribunaux comme un objet de recherche parmi d'autres dans l'étude de la normativité sociale sans importance particulière, sinon comme reflet de prénotions positivistes historiquement dépassées et épistémologiquement naïves. D'autre part, les juristes qui cherchent à mobiliser les sciences sociales dans leur étude de la production normative

⁸⁷ Voir : Guy ROCHER, « La sociologie du droit au Québec : une nouvelle discipline en émergence? », dans Robert D. BUREAU et Pierre MACKAY (dir.), *Le droit dans tous ses états : la question du droit au Québec, 1970-1987*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1987, p. 555. Ce constat, fait par Guy Rocher en 1987, est réitéré dans ses grandes lignes dans : Yan SÉNÉCHAL, « Un “virage” dans l'œuvre de Guy Rocher », dans Violaine LEMAY et Karim BENYEKHLEF (dir.), *Guy Rocher : le savant et le politique*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2014, p. 95.

⁸⁸ À ce sujet, voir : Jean-Guy BELLEY, « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit », (2011) 26-2 *Canadian Journal of Law and Society* 257; Emmanuelle BERNHEIM, « Le “pluralisme normatif” : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques? », (2011) 67-2 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1.

⁸⁹ Je remercie Pierre Noreau d'avoir porté à mon attention l'importance de cette distinction dans le développement de la sociologie juridique au Québec. Sur le sujet, voir, par exemple, l'article programmatique de : Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29-1 *C. de D.* 91. Plus généralement, voir : Vincent GAUTRAIS (dir.), *École de Montréal*, Montréal, Éditions Thémis, 2019.

des tribunaux demeurent prisonniers du mode d'objectivation de leur objet d'étude induit par leur cheminement professionnel et académique.

Finalement, du côté des politologues, il faut noter que la question non résolue du statut constitutionnel du Québec au sein du Canada a continué à occuper une place prépondérante, en particulier chez les canadianistes, contribuant ainsi à marginaliser les questions que posent la montée du pouvoir judiciaire au Canada et ailleurs dans le monde et la contribution de l'analyse comportementale du jugement judiciaire à son étude⁹⁰.

B) La culture politique et l'histoire constitutionnelle

Si la structure du champ universitaire a joué un rôle dans l'imperméabilité des études sociojuridiques francophones à l'analyse comportementale, l'histoire constitutionnelle et la culture politique y sont aussi pour quelque chose. Cherchant à accomplir des changements constitutionnels ou législatifs formels, les acteurs politiques et sociaux ont eu tendance à concentrer leurs énergies, parfois avec un certain succès, sur l'arène législative plutôt que judiciaire.

Par exemple, les stratégies juridiques déployées par les mouvements sociaux au Québec depuis les 50 dernières années se sont largement distinguées de celles adoptées au Canada anglais. Le mouvement féministe, à cet égard, est révélateur. Comme le souligne Alexandra Dobrowolsky, le féminisme au Canada anglais a été largement dominé par les femmes blanches anglo-protestantes⁹¹. Tant en ce qui a trait à la mobilisation autour de l'enchâssement de l'article 28 dans la *Charte canadienne des droits et libertés* qui protège l'égalité et la non-discrimination entre les hommes et

⁹⁰ Phénomène déjà diagnostiqué notamment par Tate et Vallinder en 1995. Voir : C. Neal TATE et Torbjorn VALLINDER (dir.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995. Pour un survol de la littérature qui s'est intéressée à ce changement, voir : Tom GINSBURG et Mila VERSTEEG, « Why Do Countries Adopt Constitutional Review? », (2014) 30 *Journal of Law, Economics and Organization* 587.

⁹¹ Alexandra DOBROWOLSKY, *The Politics of Pragmatism: Women, Representation, and Constitutionalism in Canada*, Don Mills, Oxford University Press, 2000.

les femmes⁹² que par rapport aux développements jurisprudentiels subséquents, les groupes féministes au Québec ont été moins portés par des avocates qu'ailleurs au Canada et leurs stratégies juridiques se sont moins concentrées sur les tribunaux que sur le lobbying politique. Comme le résume Anne Révillard, alors que « les mouvements féministes canadiens dans les provinces anglophones et au niveau fédéral [...] ont adopté depuis le début des années 1980 une stratégie d'investissement de l'arène judiciaire en lien avec la conquête de droits constitutionnels fondamentaux, les Québécoises ont privilégié une stratégie de réforme législative⁹³ ».

Notamment à cause du succès de telles mobilisations politiques, plusieurs changements juridiques importants ont été réalisés à travers le processus politique au Québec tandis qu'ailleurs au Canada, de tels changements n'ont pu se matérialiser qu'après qu'une décision judiciaire eut brisé l'inertie du *statu quo* forçant ainsi les pouvoirs politiques, selon certains auteurs, à « dialoguer » avec les tribunaux, du moins à leur répondre⁹⁴. Ces décisions ont d'ailleurs joué un rôle important dans la

⁹² À ce sujet, voir aussi les conclusions dans : Penney KOME, *The Taking of Twenty-Eight: Women Challenge the Constitution*, Toronto, Women's Press, 1983. Pour une histoire détaillée de la mobilisation des groupes féministes ayant mené à l'inclusion de l'article 28 dans la *Charte canadienne*, y compris les divisions internes au mouvement parfois entre francophones et anglophones, voir : Kerri Anne FROC, *The Untapped Power of Section 28 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, thèse de doctorat, Kingston, Faculty of law, Queen's University, 2015, p. 158 et suiv.

⁹³ Anne RÉVILLARD, « Entre arène judiciaire et arène législative : les stratégies juridiques des mouvements féministes au Canada », dans Jacques COMMAILLE et Martine KALUSZYNSKI (dir.), *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, 2007, p. 144. En général, voir les travaux de Marie-Claire Belleau, notamment : Marie-Claire BELLEAU, « “Féminisme distinct” ou féminisme stratégique », dans Bjarne MELKEVIK (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1998, p. 23; Marie-Claire BELLEAU, « Féminisme juridique “distinct”? Comparaison entre le Québec et le ROC (“rest of Canada”) », (2004-2005) 35-2 *R.D.U.S.* 425.

⁹⁴ Voir, principalement : Peter W. HOGG et Allison A. BUSHELL, « The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All) », (1997) 35-1 *Osgoode Hall L.J.* 75; Peter W. HOGG, Allison A. BUSHELL THORNTON et Wade K. WRIGHT, « Charter Dialogue Revisited – Or “Much Ado About Metaphors” », (2007) 45-1 *Osgoode Hall L.J.* 1;

controverse relative à « l'activisme judiciaire » et au pouvoir politique des juges, une controverse qui semble avoir eu moins d'écho au Québec en raison d'une moins grande problématisation du rôle politique des juges⁹⁵. Pensons notamment à l'enjeu de l'avortement, qui avait déjà été déjudiciarisé au Québec par le gouvernement de René Lévesque en 1978⁹⁶, et à la décision *Morgentaler* de la Cour suprême en 1988 qui a amené des changements similaires ailleurs au Canada⁹⁷. C'est également le cas pour les décisions *Egan*⁹⁸ et *Vriend*⁹⁹ sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, motif de discrimination prohibé déjà inclus dans la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec depuis 1977. Cette asymétrie législative a eu une incidence sur les différentes stratégies de mobilisation des groupes de défense des droits des gais et lesbiennes¹⁰⁰. On

Kent ROACH, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue?*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2016.

⁹⁵ Sur les lacunes de la théorie du dialogue pour rendre compte de l'expérience politique et constitutionnelle québécoise depuis 1982, voir : Jean-Christophe BÉDARD-RUBIN, « Des causes et des conséquences du dialogue constitutionnel », (2018) 23-2 *Revue d'études constitutionnelles* 287, 307-311.

⁹⁶ Sur ces développements, voir : Rachael Elizabeth Grace JOHNSTONE, *The Politics of Abortion in Canada After Morgentaler: Women's Rights as Citizenship Rights*, thèse de doctorat, Kingston, Department of Political Studies, Université Queen's, 2012, p. 103 et 104. Comme l'écrit Johnston : « when the procedure was decriminalized at the federal level in 1988 little changed in Quebec, as the province had already adjusted its policies following its own legal battles » (*id.*, p. 104).

⁹⁷ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

⁹⁸ *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

⁹⁹ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

¹⁰⁰ À ce sujet, voir notamment : Miriam SMITH, « Nationalisme et politiques des mouvements sociaux : les droits des gais et lesbiennes et l'incidence de la charte canadienne au Québec », (1998) 17-3 *Politique et Sociétés* 113. Smith conclut :

L'étude portant sur le mouvement de défense des droits des lesbiennes et des gais au Canada avant et après l'enchâssement de la charte montre que celle-ci a eu une incidence manifeste sur le cadre discursif et sur les stratégies du réseau de défense des droits des lesbiennes et des gais à l'extérieur du Québec. Plus précisément, la charte a donné lieu à un nouveau cadre sémantique axé sur le "discours des droits" et, grâce à elle, la défense formelle et juridique des droits à l'égalité s'est imposée comme le principal objectif politique de fond. [...] Au Québec, par contre, la charte canadienne n'a pas eu les mêmes conséquences sur le mouvement de défense des droits des lesbiennes et des gais. Si le mouvement gai au Québec, notamment le mouvement de libération des

retrouve une asymétrie similaire quant à la question du mariage entre conjoints de même sexe, dossier sur lequel la décision de la Cour suprême du Canada de 2004 a joué un rôle crucial au Canada anglais¹⁰¹. Au Québec, les conjoints de même sexe s'étaient déjà vu reconnaître le droit à l'union civile en droit civil québécois en 2002¹⁰². Finalement, on peut aussi penser à l'aide médicale à mourir. De larges consultations publiques avaient déjà été menées au Québec par une commission parlementaire transpartisane, puis une loi-cadre adoptée en 2014 avant que la Cour suprême du Canada ne rende sa décision dans l'affaire *Carter* en 2015 et ne force les législatures ailleurs au Canada et le Parlement fédéral à réagir¹⁰³.

Tous ces éléments participent à la marginalisation de la Cour suprême du Canada dans l'espace public médiatique au Québec. Comme le

gais, était sans aucun doute un mouvement de promotion de l'égalité avant l'enchâssement de la charte, il en vient à mettre en veilleuse la revendication des droits et les stratégies axées sur l'État à la suite de la modification, en 1977, de la Charte québécoise, qui définit explicitement l'orientation sexuelle comme un motif illicite de discrimination.

Id., 136 et 137. Sur la mobilisation des ressources des mouvements gays et lesbiens et la structure d'opportunité politique qui expliquent pourquoi le Québec a adopté ces mesures antidiscriminatoires avant toute autre juridiction en Amérique du Nord, voir : Manon TREMBLAY, « Mouvements sociaux et opportunités politiques : les lesbiennes et les gays et l'ajout de l'orientation sexuelle à la Charte québécoise des droits et libertés », (2013) 46-2 *Canadian Journal of Political Science* 295.

¹⁰¹ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79. Scott Matthews note d'ailleurs qu'il existait une différence notable dans les années 1990 entre l'opinion publique au Québec, plus favorable aux mariages de conjoints de même sexe qu'ailleurs au Canada. Cette différence s'est estompée à partir des années 2000 et l'opinion publique dans le reste du Canada s'est rapprochée de celle au Québec. Voir : J. Scott MATTHEWS, « The Political Foundations of Support for Same-Sex Marriage in Canada », (2005) 38-4 *Canadian Journal of Political Science* 841.

¹⁰² *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6.

¹⁰³ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des Débats de la Commission spéciale sur la question de mourir dans la dignité*, 1^{re} sess., 39^e légis., 17 février 2011, « Consultation générale et auditions publiques sur la question de mourir dans la dignité », p. 4362; QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Mourir dans la dignité*, Rapport, 2^e sess., 39^e légis., mars 2012; *Loi concernant les soins de fin de vie*, RLRQ, c. S-32.0001; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5.

résumé Sauvageau, Schneiderman et Taras au terme de leur analyse de la couverture médiatique de la Cour suprême du Canada, celle-ci est présentée au Québec essentiellement comme s'il s'agissait d'une institution internationale. Seules les décisions qui touchent directement les intérêts des Québécois sont couvertes pour la peine¹⁰⁴. Lorsque les journalistes qui couvrent la colline parlementaire à Ottawa discutent des décisions elles-mêmes, les nuances du jugement, les dissidences, les alliances entre juges et, plus généralement, le processus décisionnel sont généralement complètement escamotés pour ne se concentrer que sur le résultat final : une décision judiciaire affectant les intérêts des Québécois avec un gagnant et un perdant. L'image que les auteurs utilisent est révélatrice : à travers le traitement médiatique, la Cour suprême ressemble plus à une institution religieuse que politique et *habemus decidam* sont à peu près les termes en lesquels les décisions sont présentées au lectorat québécois¹⁰⁵. Cette couverture médiatique participe certainement d'une problématisation moins grande du rôle de la Cour suprême du Canada dans l'espace public médiatique francophone qu'anglophone au Canada¹⁰⁶.

Même lorsque des enjeux relatifs à la Cour suprême du Canada en viennent à intéresser les principaux acteurs politiques et que la « politique judiciaire » devient un enjeu politique, la Cour elle-même est présentée essentiellement comme une institution lointaine, opérant derrière des portes closes. On discute peu de l'influence des jeux de pouvoir, d'alliance ou d'affiliation de la part des juges pour leur communauté respective. Ainsi, lorsque l'enjeu du bilinguisme judiciaire s'est mis à occuper une place significative dans l'actualité politique à partir de la fin des années 2000, les médias francophones ont présenté le travail des juges essentiellement comme résultant d'une conception « légaliste » du jugement judiciaire. Sans remettre réellement en question l'effet du bilinguisme ou de l'unilinguisme sur le comportement judiciaire lui-même ou sur le travail de la Cour plus largement, les médias d'information généralistes ont concentré leur attention sur les prises de position des divers acteurs politiques sur la

¹⁰⁴ Florian SAUVAGEAU, David SCHNEIDERMAN et David TARAS, *À qui le dernier mot? La Cour suprême et les médias*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006, p. 291 et 292.

¹⁰⁵ *Id.*, p. 249. Les auteurs utilisent l'image de l'encyclique papale.

¹⁰⁶ F. SAUVAGEAU, D. SCHNEIDERMAN et D. TARAS, *préc.*, note 104.

question laissant la Cour elle-même en tant qu'institution largement à l'arrière-plan¹⁰⁷.

III. Les conséquences de l'absence de la recherche francophone

Le développement de l'analyse comportementale du jugement judiciaire sans l'apport des perspectives des chercheurs francophones risque de créer des problèmes. D'un point de vue épistémologique, les chercheurs anglo-canadiens risquent de produire des théories comportementales biaisées s'ils ne connaissent pas suffisamment la culture juridique et le système de justice québécois. De manière corrélative, ces théories seront plus difficiles à généraliser dans le contexte québécois et francophone et, donc, moins utiles pour les chercheurs francophones au Canada. D'un point de vue politique, cette ignorance réciproque risque de marginaliser les francophones et les Québécois dans les débats sur la politique judiciaire ayant ainsi pour effet d'occulter leurs préoccupations et leurs besoins spécifiques dans les discussions relatives aux réformes à apporter au système de justice canadien.

A) Les conséquences politiques et épistémologiques

Le développement de l'analyse comportementale sans l'apport des francophones risque d'engendrer des théories causales biaisées. D'une part, une méconnaissance du système juridique québécois peut tendre à générer une forme d'« orientalisme juridique¹⁰⁸ ». Le Québec, présenté comme altérité radicale, complètement différent du Canada anglais et de sa culture de common law, sera présenté comme un analogue de la France. On craindra, par exemple, que les juges francophones n'apportent une théorie interprétative complètement différente de celle qui a cours en common law.

¹⁰⁷ Voir : Jean-Christophe BÉDARD-RUBIN, « La couverture médiatique du bilinguisme des juges à la Cour suprême du Canada », (2021) 59 *International Journal of Canadian Studies* 50.

¹⁰⁸ Sur cette notion, voir : Teemu RUSKOLA, « Legal Orientalism », (2002) 101-1 *Michigan Law Review* 179. Voir également : J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 7, p. 23-56 (chapitre 2). Bien que l'auteur utilise d'autres notions pour rendre compte du même phénomène, le constat est largement le même.

On aura alors tendance à surévaluer la différence entre les cultures juridico-judiciaires québécoise et canadienne, lesquelles sont, à tout prendre, plus proches que la culture juridique québécoise ne l'est de la culture française¹⁰⁹.

S'il y a un risque que la réalité francophone ou québécoise soit orientalisée lorsqu'on la prend en considération, le risque inverse est que certains éléments propres à la réalité québécoise et franco-canadienne demeurent invisibles aux chercheurs anglo-canadiens. Un exemple, discuté ci-après, est la question du bilinguisme des juges. Bien que plusieurs études qualitatives basées sur des entretiens semi-dirigés avec des juges et d'anciens auxiliaires juridiques aient été menées pour comprendre le fonctionnement interne de la Cour suprême du Canada, aucune d'entre elles ne s'est penchée sur la dimension linguistique dans le travail interne de la Cour. Puisque les analyses statistiques s'appuient sur ces études qualitatives, l'omission de la langue contribue à produire des théories du comportement judiciaire faisant fi de cette dimension pourtant fort importante¹¹⁰.

¹⁰⁹ Outre le fait que le Québec n'a pas un régime de « droit civil » mais bien un régime mixte, on notera que toute la structure des tribunaux, les processus de sélection de la magistrature ainsi que, de manière plus générale, la conception du rôle du juge au Québec tiennent davantage de la common law que des pays de tradition civiliste. Voir, par exemple, l'ouvrage souvent cité de : Mitchel de S.-O.-l'É. LASSER, *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Transparency and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2009, qui dresse un portrait de la magistrature française où bien des juristes et des juges québécois se sentiraient totalement dépayés. Sur la mixité de la culture juridique québécoise, voir notamment : J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 7.

¹¹⁰ Voir, par exemple : D. R. SONGER, préc., note 28; Emmett MACFARLANE, *Governing from the Bench: The Supreme Court of Canada*, Vancouver, UBC Press, 2013. D'un point de vue quantitatif, cela se traduit notamment dans les études sur la composition des formations où les auteurs négligent complètement la question de la compétence linguistique des juges. Voir : Lori HAUSEGGER et Stacia HAYNIE, « Judicial Decisionmaking and the Use of Panels in the Canadian Supreme Court and the South African Appellate Division », (2003) 37-3 *Law & Society Review* 635; Benjamin ALARIE, Andrew GREEN et Edward M. IACOBUCCI, « Panel Selection on High Courts », (2015) 65-4 *U.T.L.J.* 335. Pourtant, Bédard-Rubin et Rubin soulignent que la taille des formations est en partie influencée par la langue utilisée par les parties et que les compétences linguistiques des juges semblent

Pour les chercheurs québécois et francophones, la maîtrise de ces nouvelles approches méthodologiques permettrait d'interroger à nouveaux frais le système de justice au Québec et au Canada. Les questions sont potentiellement infinies. La territorialisation entraîne-t-elle des différences dans les décisions judiciaires? Les juges « métropolitains » sont-ils plus sympathiques, par exemple, à certains types de revendications que les juges « régionaux », notamment en matière de droits et libertés ou, pour reprendre un exemple cité précédemment, en matière de levée du voile corporatif? Les juges de la Cour du Québec nommés par les gouvernements provinciaux successifs se comportent-ils tous de la même façon, par exemple dans les dossiers de droit criminel? Observe-t-on une différence à ce chapitre depuis la mise en place des réformes suggérées par la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges du Québec (Commission Bastarache¹¹¹)? De manière plus générale, les juges aux parcours professionnels différents ont-ils des approches différentes de l'adjudication? Et comment les juges québécois se comparent-ils, sur ce plan, avec les juges ailleurs au Canada? Le nombre de questions potentielles est infini, mais le point se résume au fait qu'en s'appropriant les méthodes de l'analyse comportementale, les chercheurs pourront tableer sur des outils qui leur permettront d'interroger à nouveaux frais leur système de justice avec ses spécificités, sans accepter ou rejeter en bloc des théories développées initialement pour les tribunaux fédéraux supérieurs états-unis.

D'un point de vue politique, le développement de l'analyse comportementale et de la littérature sur la politique judiciaire plus généralement permettrait aussi d'enrichir la discussion sur le rôle des tribunaux dans l'espace public francophone canadien. À défaut d'explications réalistes du travail des juges s'appuyant sur des données empiriques probantes qui permettraient de nuancer ou de mettre en contexte les

influencer la répartition des causes sur lesquels ils siègent, voir : Jean-Christophe BÉDARD-RUBIN et Tiago RUBIN, « Assessing the Impact of Unilingualism at the Supreme Court of Canada: Panel Size, Assertiveness, Caseload and Deference », (2018) 55-3 *Osgoode Hall L.J.* 715.

¹¹¹ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LE PROCESSUS DE NOMINATION DES JUGES DU QUÉBEC, *Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec*, 2 volumes, Québec, Publications du Québec, 2011.

critiques faites aux tribunaux, la discussion publique risque de se diviser en deux camps. D'un côté, les sceptiques accuseront les tribunaux d'être le bras armé de groupes d'intérêts influents ou du pouvoir fédéral qui nomme les juges aux cours supérieures¹¹². De l'autre côté, les apologistes se mobiliseront pour protéger le « mythe de la légalité » en mettant de l'avant une conception foncièrement mystique des tribunaux et de leur fonctionnement¹¹³. Souvent, les différences disciplinaires marqueront la ligne de démarcation entre les juristes, apologues « intéressés au désintéressement¹¹⁴ », et les critiques, inspirés des sciences sociales. Pourtant, une prise en compte honnête des facteurs individuels et institutionnels qui influencent réellement le comportement des juges, une forme de « réalisme modéré¹¹⁵ », d'ailleurs de plus en plus reconnue par les juges

¹¹² À ce sujet, on se référera notamment aux multiples interventions de Frédéric Bastien dans le débat public. Voir ses critiques de l'Association de droit Lord Reading dans : Frédéric BASTIEN, « Invalidation partielle de loi 21 : l'importance du choix du juge », *Journal de Montréal*, 20 avril 2021, en ligne : <<https://www.journaldemontreal.com/2021/04/20/invalidation-partielle-de-loi-21-limportance-du-choix-du-juge-1>>. Cette dimension polémique se retrouve quelquefois dans les analyses qu'il propose dans ses travaux historiques. Voir : Frédéric BASTIEN, *La Bataille de Londres : dessous, secrets et coulisses du rapatriement constitutionnel*, Montréal, Boréal, 2013. Comme l'écrit Philip Girard, historien du droit et biographe de Bora Laskin : « *La Bataille de Londres* is well written and does convey a fresh perspective on some well-known events. But its attempts to undermine the Patriation Reference and the constitutional package of 1982 are based on faulty interpretation and wishful thinking, and have no support whatever in law » (Philip GIRARD, « Judging the Judges: A review of *La Bataille de Londres : Dessous, secrets et coulisses du rapatriement constitutionnel*, by Frédéric Bastien », *Literary Review of Canada*, septembre 2013, en ligne : <<https://reviewcanada.ca/magazine/2013/09/judging-the-judges/>>).

Voir également : Philip GIRARD, « A Tempest in a Transatlantic Teapot: A Legal Historian's Critical Analysis of Frédéric Bastien's *La Bataille de Londres* », (2014) 51-2 *Osgoode Hall L.J.* 673.

¹¹³ Vanessa A. BAIRD et Amy GANGL, « Shattering the Myth of Legality: The Impact of the Media's Framing of Supreme Court Procedures on Perceptions of Fairness », (2006) 27-4 *Political Psychology* 597.

¹¹⁴ L'expression est de Pierre Bourdieu. Voir, notamment : Pierre BOURDIEU, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris, Seuil, 1994, p. 147-173 (chapitre 5). Évidemment, cela ne veut pas dire que les juristes prennent systématiquement la défense des tribunaux.

¹¹⁵ L'expression est de Brian Z. TAMANAHA, *A Realistic Theory of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

eux-mêmes¹¹⁶, permettrait de mieux situer la conversation démocratique sur un terrain empiriquement fondé.

Les études réalisées aux États-Unis, un pays où tant de questions politiques sont transformées en batailles judiciaires antagonistes et où la Cour suprême est largement divisée en camps idéologiques correspondant aux clivages partisans, la connaissance du fonctionnement réel des tribunaux ne semble d'ailleurs pas mener à un quelconque « désenchantement ». Les études empiriques tendent à démontrer que la connaissance des tribunaux accroît le niveau de confiance dont ils jouissent auprès de la population plutôt qu'à le faire décroître, et ce, même lorsqu'une conception « réaliste » du comportement judiciaire domine la couverture médiatique¹¹⁷. Il existe peu d'études similaires sur l'étiologie de l'opinion publique des Canadiens par rapport à la Cour suprême du Canada. Celles qui existent laissent parfois de côté les francophones dans leur échantillonnage ou encore relèvent certaines différences (par exemple chez les électeurs du Bloc Québécois) qui méritent d'être explorées davantage¹¹⁸. Les chercheurs

¹¹⁶ À ce sujet, voir : Lori HAUSEGGER et Troy RIDDELL, « Judges on Judging in Canadian Appellate Courts: The Role of Legal and Extra-Legal Factors on Decision-Making », (2021) 52-1 *Ottawa L. Rev.* 1.

¹¹⁷ Voir : James L. GIBSON et Gregory A. CALDEIRA, « Has Legal Realism Damaged the Legitimacy of the U.S. Supreme Court? », (2011) 45-1 *Law & Society Review* 195. Pour une discussion nuancée de l'impact de la politisation du judiciaire, du « réalisme » et de l'idéologie, voir : James L. GIBSON et Michael J. NELSON, « Reconsidering Positivity Theory: What Roles do Politicization, Ideological Disagreement, and Legal Realism Play in Shaping U.S. Supreme Court Legitimacy? », (2017) 14-3 *Journal of Empirical Legal Studies* 592.

¹¹⁸ Voir : Lori HAUSEGGER et Troy RIDDELL, « The Changing Nature of Public Support for the Supreme Court of Canada », (2004) 37-1 *Canadian Journal of Political Science* 23. Ces auteurs notaient, en 2004, « we believe that a separate analysis should be conducted for each language group. However, in this article we will examine only the sources of diffuse support among English-speaking Canadians. An equivalent analysis for French-speaking Canadians is beyond our scope and must be left for a future study » (*id.*, 34). Les francophones ont été intégrés dans l'échantillonnage des études plus récentes. Voir : Elizabeth GOODYEAR-GRANT, J. Scott MATTHEWS et Janet HIEBERT, « The courts/parliament trade-off: Canadian attitudes on judicial influence in public policy », (2013) 51-3 *Commonwealth & Comparative Politics* 377; Erin CRANDALL et Andrea LAWLOR, « Public Support for Canadian Courts: Understanding the Roles of Institutional Trust and Partisanship », (2022) 37-1 *Canadian Journal of Law and Society* 91.

francophones devraient en prendre note et accueillir les critiques et les remises en question du système de justice et, plus particulièrement, des juges comme une invitation à approfondir empiriquement les diverses dimensions du travail des tribunaux et les sources de la confiance des francophones envers ceux-ci¹¹⁹.

De façon corrélative, si les francophones n'ont ni les outils conceptuels ni le vocabulaire théorique qui leur permettent d'aborder le rôle et le fonctionnement des tribunaux, les décisions en matière de politique judiciaire (entendue ici au sens des politiques publiques concernant le système de justice) se prendront sans leur contribution ni la prise en compte de leurs demandes ou revendications spécifiques. L'exemple du débat sur le bilinguisme des juges de la Cour suprême du Canada en fournit une bonne illustration.

B) L'exemple du bilinguisme des juges

Depuis le milieu des années 2000, le bilinguisme des juges est devenu le principal enjeu clivant relativement au processus de nomination des juges à la Cour suprême du Canada. Pour comprendre l'émergence de cet enjeu, il faut remonter au tournant des années 2000. La fondation du *National Post* en 1998 offre une plateforme nationale pour la diffusion des idées de l'école de Calgary et de ses critiques de l'activisme judiciaire dont se rendrait coupable la Cour suprême sous l'empire de la *Charte*¹²⁰. Au cœur

¹¹⁹ Le gouvernement du Québec mène en ce sens, à chaque année depuis 2019, une étude sur l'accès à la justice et sur les perceptions des Québécois envers le système de justice. Ces données mériteraient d'être exploitées davantage : ACADÉMIE DE LA TRANSFORMATION NUMÉRIQUE, *Enquête sur l'accessibilité et la confiance envers le système de justice québécois*, 2021, en ligne : <https://cdn-contenu.quebec.ca/cdn-contenu/adm/min/justice/publications-adm/rapports/RA_MJQ_Enquete_Acces_Justice_Resultats_2021.pdf?1627328588>.

¹²⁰ Sur l'importance du *National Post* dans la diffusion de ces idées, voir : F. SAUVAGEAU, D. SCHNEIDERMAN et D. TARAS, préc., note 104. Pour un exemple d'attaque du « parti de la cour » particulièrement influent, voir : Rainer KNOPFF et F. L. MORTON, *The Charter Revolution and the Court Party*, Peterborough, Broadview Press, 2000. Pour une étude du positionnement idéologique et politique de cette « école de Calgary », voir : David SANSCHAGRIN, *Les juges contre le Parlement? La conscience politique de l'Ouest et la contre-révolution des droits au*

de ces critiques, plusieurs soulignent l'inadéquation entre le pouvoir politique démesuré qu'ont acquis les juges de la Cour suprême du Canada et le processus de sélection de ses juges non seulement peu démocratique, mais apparemment arbitraire. Tous les pouvoirs étant concentrés entre les mains d'un premier ministre qui n'a de comptes à rendre à personne outre des consultations informelles avec diverses associations, le processus en place ne semble plus en phase avec l'époque de suprématie constitutionnelle inaugurée par l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹²¹. C'est dans ce contexte que la Chambre des communes mandate en 2003 le Comité permanent de la justice pour étudier le processus de nomination des juges et formuler des recommandations de mesures à mettre en place pour favoriser une plus grande transparence dans ce processus. Des 10 experts issus du monde universitaire consultés par le Comité, aucun n'est francophone ni n'évolue pour l'essentiel dans le monde universitaire franco-canadien¹²². Un seul (Christopher Manfredi) enseigne au Québec, à l'Université McGill, et évolue essentiellement dans le monde universitaire anglophone¹²³.

Canada, Québec, Presses de l'Université Laval, 2015. En rapport avec le processus de nomination des juges plus spécifiquement, voir : David SCHNEIDERMAN, *Red, White, and Kind of Blue?: The Conservatives and the Americanization of Canadian Constitutional Culture*, Toronto, University of Toronto Press, 2015, p. 234-289 (chapitre 5).

¹²¹ Pour une mise en contexte des différentes réformes et un survol historique, voir : Peter MCCORMICK, « Selecting the Supremes: The Appointment of Judges to the Supreme Court of Canada », (2005) 7-1 *The Journal of Appellate Practice and Process* 1.

¹²² Pour les autres, il s'agit d'Edward Ratushny (Common Law – Ottawa), Peter H. Russell (Toronto), Lorraine Weinrib (Toronto), Jacob Ziegel (Toronto), Allan Hutchinson (Osgoode Hall Law School), Peter McCormick (Lethbridge), F. L. Morton (Calgary), Kate Malleson (LSE), Judith Resnik (Yale) et Patrick Monahan (Osgoode Hall Law School). Voir : CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Améliorer la procédure de nomination des juges de la Cour suprême du Canada*, Rapport du Comité permanent de la justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile, 2^e sess., 27^e légis., mai 2004, Annexe A.

¹²³ Voir, par exemple, ses livres : Christopher P. MANFREDI, *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, 2^e éd., Toronto, Oxford University Press, 2001; Christopher P. MANFREDI, *Feminist Activism in the Supreme Court: Legal Mobilization and the Women's Legal Education and Action Fund*, Vancouver, UBC Press, 2004.

Dans ces circonstances, il n'est pas particulièrement surprenant que la question du bilinguisme des juges n'ait pas figuré au menu des principales recommandations du Comité. À part une brève mention de la maîtrise des deux langues officielles comme l'une des compétences juridiques à prendre en considération parmi d'autres lors de la sélection des candidats, le Comité n'accorde pas de statut particulier au bilinguisme¹²⁴. D'ailleurs, dans un article prospectif publié en 2006 qui cherchait à dresser le bilan des critiques du processus de nomination et à envisager les développements futurs de la politique judiciaire alors qu'elle commençait seulement à devenir plus transparente, F. L. Morton, lui-même expert de la politique judiciaire et membre de l'école de Calgary, n'anticipait pas du tout l'émergence de la question du bilinguisme, devenue pourtant centrale depuis¹²⁵. C'est donc dire que l'enjeu, au Canada anglais, était loin d'occuper les esprits.

Les nominations des unilingues Marshall Rothstein en 2006 et Michael Moldaver en 2011 par le premier ministre conservateur Stephen Harper ont révélé une situation de fait dont peu de gens avaient alors conscience : la Cour suprême du Canada demeure le seul tribunal fédéral où les justiciables n'ont pas la garantie d'être entendus par une formation de juges capables de les comprendre directement dans la langue officielle de

¹²⁴ Il faut dire que le bilinguisme complet pour l'ensemble des juges de la Cour suprême du Canada n'avait jamais réellement figuré au menu législatif ou constitutionnel lors des propositions de réforme de la Cour suprême du Canada. À ce sujet, voir : Jean-Christophe BÉDARD-RUBIN, « L'émergence inattendue de la dualité institutionnelle à la Cour suprême du Canada depuis Pepin-Robarts », (2021) 29-2 *Bulletin d'histoire politique* 125.

¹²⁵ Voir : F. L. MORTON, « Judicial Appointments in Post-Charter Canada: A System in Transition », dans Kate MALLESON et Peter H. RUSSELL (dir.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World*, Toronto, University of Toronto Press, 2006. Dans le même ordre d'idées, voir aussi : Jacob ZIEGEL, « A New Era in the Selection of Supreme Court Judges », (2006) 44-3 *Osgoode Hall L.J.* 547. Sur l'importance de la question du bilinguisme des juges dans le processus de nomination des juges, voir notamment : D. SCHNEIDERMAN, préc., note 120; Erin CRANDALL et Andrea LAWLOR, « Courting Controversy: The House of Commons' Ad Hoc Process to Review Supreme Court Candidates », (2015) 38-4 *Canadian Parliamentary Review* 35; Andrea LAWLOR et Erin CRANDALL, « Questioning Judges with a Questionable Process: An Analysis of Committee Appearances by Canadian Supreme Court Candidates », (2015) 48-4 *Canadian Journal of Political Science* 863.

leur choix. À partir de 2010, cet enjeu sera amplifié par le dépôt de projets de loi successifs visant à corriger la situation en modifiant soit la *Loi sur les langues officielles* soit la *Loi sur la Cour suprême*¹²⁶.

La réponse venant des francophones est demeurée essentiellement normative. On expliquera, par exemple, que les justiciables ont des droits linguistiques qui devraient leur garantir un tribunal composé de juges compétent dans les deux langues officielles¹²⁷. On soulignera que l'interprétation bilingue, principe officiel d'interprétation juridique des lois fédérales¹²⁸, nécessite la maîtrise des deux langues officielles¹²⁹ ou que la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, d'abord réfractaire à l'idée d'interpréter l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés* d'une manière qui exigerait des juges des cours supérieures et de la Cour suprême du Canada qu'ils soient effectivement bilingues, s'appliquerait maintenant à la Cour suprême depuis l'arrêt *Beaulac*¹³⁰. Le problème est que lorsqu'on

¹²⁶ À propos de l'importance des projets de loi dans la mise à l'agenda de cet enjeu, voir : J.-C. BÉDARD-RUBIN, préc., note 107. Voir aussi : Juan JIMÉNEZ-SALCEDO, « Le débat autour du bilinguisme des juges à la Cour suprême du Canada : analyse de la doctrine et des débats parlementaires », (2020) 33-2 *Revue internationale de Sémiotique juridique* 325.

¹²⁷ Voir, par exemple : Graham FRASER, « In defence of a bilingual Supreme Court », *Maclean's*, 2 août 2016, en ligne : <<https://www.macleans.ca/politics/ottawa/in-defence-of-a-bilingual-supreme-court/>>. Pour un survol des principaux arguments et leurs présuppositions empiriques, voir : Jean-Christophe BÉDARD-RUBIN et Tiago RUBIN, « The Elusive Quest for French on the Bench: Bilingualism Scores for Canadian Supreme Court Justices, 1985-2013 », (2022) 37-2 *Canadian Journal of Law and Society* 249.

¹²⁸ *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6; Michel BASTARACHE, *The Law of Bilingual Interpretation*, Toronto, Butterworths, 2008.

¹²⁹ Michel DOUCET, « Le bilinguisme : une exigence raisonnable et essentielle pour la nomination des juges à la Cour suprême du Canada », (2017) 68 *Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick* 30; Michel DOUCET, « Le bilinguisme et les jugements », (2016) 3 *Revue de droit linguistique* 149.

¹³⁰ *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; Alyssa TOMKINS, « Does Beaulac Reorient Judicial bilingualism? », (2008) 39 *S.C. Law Rev.* 171; Matthew P. HARRINGTON, « Language Rights and Political Compromise Doctrine », (2017) 78 *S.C. Law Rev.* 275; Mark POWER et Marc-André ROY, « De la possibilité d'être compris directement par les tribunaux canadiens, à l'oral comme à l'écrit, sans l'entremise de services d'interprétation ou de traduction », (2015) 45-2 *R.G.D.* 403.

les somme de fournir des preuves concrètes des effets délétères de l'unilinguisme sur le travail de la Cour suprême du Canada, les données se font attendre. Certes, quelques auteurs vont puiser dans d'autres études pour extrapoler, par exemple, le niveau de pénétration de la doctrine francophone et anglophone parmi les juges de la Cour suprême du Canada¹³¹. En l'absence de données empiriques fiables et d'une maîtrise des outils méthodologiques et de la littérature sur le comportement judiciaire, le débat est demeuré essentiellement normatif.

Pourtant, la question du bilinguisme des juges se prête particulièrement bien à une analyse comportementale. Si certains auteurs appelaient de leurs vœux l'application des méthodes « néoréalistes » pour analyser la façon dont les juges unilingues anglophones traitent des revendications, notamment linguistiques, des justiciables des communautés francophones minoritaires au Canada, force est de constater que les analyses empiriques sont encore aujourd'hui embryonnaires¹³². C'est dans ce contexte que nous avons produit, avec Tiago Rubin, une première étude visant à évaluer les effets délétères concrets de l'unilinguisme des juges. Bien que largement exploratoire, cette première étude a permis de constater que la Cour suprême du Canada entend les causes plaidées en français en plus petite formation. Ce phénomène, déjà observé pour les dossiers de droit civil, existe aussi pour les dossiers de droit fédéral plaidés en français. D'ailleurs,

¹³¹ Voir : Sébastien GRAMMOND et Mark POWER, « Should Supreme Court Judges Be Required to Be Bilingual? », dans Nadia VERRELLI (dir.), *The Democratic Dilemma: Reforming Canada's Supreme Court*, Montréal/Kingston, McGill/Queens University Press, 2013, p. 49.

¹³² Voir Pierre CHAMPAGNE, Darius BOSSÉ et Mark C. POWER, « Le statut du français au sein de la profession juridique en Ontario : Réflexions sur le droit d'exiger une audience devant des membres de panel d'audition qui s'expriment en français au Comité d'audition du Barreau du Haut-Canada », (2013) 44-1 *Ottawa L. Rev.* 77, 89 : « Rares sont les auteurs qui ont appliqué le cadre analytique qu'on en commun les écoles néoréalistes à la problématique minoritaire francophone. Pourtant, des juges incapables de s'exprimer en français entendent des francophones et rendent des décisions ayant un impact dans leur vie. » En ce sens, on soulignera la publication récente de : Stéphanie CHOUINARD, « La jurisprudence de droit linguistique à la Cour suprême du Canada sous le règne Harper : comment expliquer le changement de paradigme? », (2020) 61-2-3 *Recherches sociographiques* 297.

les juges unilingues anglophones sont davantage exclus de ces causes. Même lorsqu'ils y siègent, ces juges sont aussi moins enclins à faire valoir leur opinion et plus susceptibles de se rallier à l'opinion de l'un ou l'autre de leurs collègues. Ainsi semble s'opérer une division linguistique du travail des juges influencée par leur niveau de compétence dans les deux langues officielles, les juges unilingues anglophones passant la majorité de leur temps dans des dossiers plaidés en anglais et écrivant la presque totalité de leurs décisions dans ces dossiers. Malgré tout, les juges francophones et anglophones bilingues et les juges unilingues anglophones ne semblent pas avoir un niveau de déférence différent pour les tribunaux francophones¹³³. À savoir si la langue influence le contenu des décisions elles-mêmes, la question reste entière.

L'analyse comportementale permettrait aussi de renouveler les questions et d'approfondir celles qui demeurent généralement implicites ou en arrière-plan dans les débats normatifs : quel niveau de bilinguisme devrait-on exiger? Les juges sont-ils plus ou moins bilingues qu'il y a 20 ou 30 ans? Les méthodes actuelles qui permettent de révéler au public le niveau de bilinguisme des juges (couverture médiatique et apparition en comité parlementaire) donnent-elles un portrait fidèle du niveau de bilinguisme réel des juges? Quels sont les impacts des autres facteurs institutionnels sur le niveau de bilinguisme dont les juges font preuve dans leur travail à la Cour (auxiliaires juridiques, influence de l'environnement de travail bilingue, etc.)¹³⁴? Les chantiers sont nombreux, mais l'éclairage nouveau qui en ressort mérite l'investissement dans ce champ de recherche.

¹³³ Sur tous ces éléments, voir : J.-C. BÉDARD-RUBIN et T. RUBIN, préc., note 110; J.-C. BÉDARD-RUBIN et T. RUBIN, préc., note 127.

¹³⁴ *Id.*, Bédard-Rubin et Rubin tentent de répondre à une partie de ces questions en distinguant deux effets potentiels de la langue sur le travail des juges. D'un côté, le bilinguisme individuel peut avoir un effet *délibératif* sur l'ensemble des juges de la Cour. L'addition d'un juge bilingue augmenterait donc en conséquence le bilinguisme des autres membres de la Cour en rendant l'institution davantage bilingue. D'un autre côté, le bilinguisme individuel peut avoir un effet *institutionnel* sur la répartition du travail au sein de la Cour. Sous cet angle, le niveau de bilinguisme moyen aurait moins d'impact que le rang occupé par chaque juge au sein de la hiérarchie linguistique de la Cour. Les juges les plus bilingues agiraient comme « experts en bilinguisme » chargés d'entendre et de rédiger les opinions dans les causes plaidées en français, indépendamment du niveau de bilinguisme

Conclusion

En conclusion, les chercheurs francophones ont une contribution unique et importante à faire au développement de l'analyse comportementale du jugement judiciaire. Leur contribution permettra d'approfondir ce champ tel qu'il s'est constitué au Canada anglais et d'éviter qu'il ne se développe en reproduisant des stéréotypes ou des inexactitudes sur le système de justice au Québec. Elle donnera également aux chercheurs francophones les outils conceptuels et méthodologiques nécessaires pour interroger leur propre système de justice et approfondir leurs prises de position normatives quant à l'avenir et au développement du système de justice canadien.

Au cours des dernières décennies, les études sociojuridiques francophones au Canada se sont développées avec une vigueur particulière et une couleur qui leur est propre et qui ne devrait pas occulter le fait que d'autres approches théoriques et méthodologiques complémentaires permettraient d'analyser à nouveau le travail des tribunaux. Historiquement, l'étude sociojuridique des tribunaux s'est développée en dialogue avec les divers projets de réforme du système de justice, la recherche universitaire imposant parfois ses objectifs de réforme aux pouvoirs politiques ou vice-versa¹³⁵. À l'heure où se posent de nouvelles questions quant à l'avenir des systèmes de justice et à leur capacité à traiter, notamment, des enjeux de violences sexuelles envers les femmes¹³⁶, ou à la place de l'intelligence artificielle dans le processus décisionnel¹³⁷, la réflexion publique devrait pouvoir s'appuyer sur une conception lucide du comportement judiciaire étayée par des données empiriques fiables et qui admet que le travail des juges comporte son lot d'imperfections et de zones d'ombres.

effectif de leurs collègues les moins bilingues. Cela favorisait une sorte de division linguistique du travail à la Cour.

¹³⁵ Voir : P. NOREAU, Y. SÉNÉCHAL et J.-F. ROBERGE, préc., note 7.

¹³⁶ *Loi visant la création d'un tribunal spécialisé en matière de violence sexuelle et de violence conjugale*, RLRQ, c. T-15.2.

¹³⁷ CENTRE D'ACCÈS À L'INFORMATION JURIDIQUE, « Dossier intelligence artificielle », 30 novembre 2021, en ligne : <<https://www.caij.qc.ca/dossier/intelligence-artificielle>>.