

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

Vol. 27
N° 02

**Lex
Electronica
2022**

CENTRE
DE RECHERCHE
EN DROIT
PUBLIC



Sous la direction de Vincent Gautrais

Note importante : Les contributions dans le présent dossier sont des actes de conférence qui n'ont pas été soumis au processus d'évaluation de la Revue.

Table des matières

Acteurs de la justice : Présentation	6
Vincent Gautrais	6
Les acteur.trices de la justice : Les légistes	13
Éliane Boucher	13
Introduction	15
1. Les légistes et les réglementaristes : qui sont-ils ? que font-ils ?	15
1.1. Les grandes lignes de leur pratique	15
1.2. Où pratiquent-ils ?	16
1.3. Justice et évolution des pratiques de la légistique : la corédaction	17
2. Comment les légistes participent-ils à la notion de justice	19
2.1. Justice, accessibilité du droit et accessibilité du texte législatif	19
2.2. Langage clair et rédaction législative	20
2.3. La syntaxe législative et la clarté	22
2.3. La complexité des textes législatifs en français	27
Conclusion	28
Les juges, acteurs et actrices de la justice sociale	30
Emmanuelle Bernheim	30

Introduction	32
1. Le contexte de la pratique judiciaire en matière sociale	35
2. Les juges comme agent.e.s thérapeutiques	38
3. Un rôle judiciaire à repenser	42
Conclusion : La justice sociale : une responsabilité collective	44
Quelle contribution des avocats à la justice sociale ?	46
Benoit Bastard	46
Introduction	48
1. Les transformations de la profession d'avocat	49
2. Quelle régulation de la profession ?	51
2.1. La discipline avec un oeil fermé	51
2.2. Le numérique, vecteur d'unification de la profession ?	52
3. Contributions des avocats à la justice sociale	55
3.1. De quoi est faite la justice sociale ?	55
3.2. La justice sociale dans l'action des avocats	55
Conclusion	57
Les arbitres comme acteurs de justice	60
Fabien Gélinas	60
Introduction	62
1. Le décideur de l'île	62

2. Le tiers désintéressé	63
3. L'arbitre sans âge	64
4. L'arbitre affranchi	65
5. L'arbitre et son droit	65
6. Le droit et la décision de justice	66
Conclusion	67

ACTEURS DE LA JUSTICE : PRÉSENTATION

6

Vincent Gautrais¹

Vincent GAUTRAIS
Les acteurs de la justice : présentation

¹ Professeur titulaire, Centre de recherche en droit public (ancien directeur (2014-2022)), Titulaire de la Chaire LR Wilson en droit des technologies de l'information et du commerce électronique, Faculté de droit, Université de Montréal.

[1] Ce collectif est une version écrite quelque peu épurée d'un cycle de conférences sur les acteurs comme vecteurs de la justice sociale qui eut lieu lors de l'année 2021/2022². Plus exactement, ledit cycle se situe dans une approche en trois étapes où nous avons souhaité évaluer la notion de « Justice face aux changements » qui constitue la méta-notion étudiée par les chercheurs du Centre de recherche en droit public (CRDP). La première année, un cycle sur les écoles de la pensée avait été organisé. Du fait de la pandémie, les interventions avaient été réunies autour de deux conférences, l'une plus générale sur la notion d'écoles du savoir³ et l'autre sur les écoles de la régulation (autour des écoles de Montréal, Orléans, Bruxelles)⁴. En 2022/2023, la troisième perspective de ce cycle se déroule actuellement et porte cette fois sur les espaces de justice.

[2] Au-delà des chevauchements qui forcément s'immiscent dans cette approche triennale, il s'agit de mieux appréhender la notion de justice et comment celle-ci évolue dans un contexte de changements tout aussi nombreux que profonds. Paradoxalement, la notion de justice ne trouve pas une place précise dans les catégories ordinairement mobilisées par les sciences sociales. Davantage, on fait face à une indéfinition de la notion, ce qui est d'autant plus étonnant dans la mesure où il s'agit d'une référence constamment mobilisée dans l'espace public. Pourtant, l'intérêt qu'on lui porte en tant que critère de la décision collective montre qu'elle fournit des indices essentiels sur l'évolution des représentations, des institutions et des pratiques sociales. Cette imprécision de la notion de justice est de surcroît accentuée par le fait que nous vivons une période propice aux changements sociaux, où tant les professions traditionnelles que d'autres, émergentes, font face à des évolutions importantes. Afin de contribuer à une meilleure appréhension de la notion, nous allons donc nous intéresser à ses acteurs, traditionnels ou non, en tentant de déceler les facteurs d'innovation qui autorisent à davantage de justice sociale.

[3] Institutionnalisés ou spontanés, issus de la pratique, de la société civile ou de la société marchande, il importe d'analyser comment ces acteurs influencent la justice et quelle est leur imputabilité sociale. L'actualité a démontré parfois les limites de certains d'entre eux, tels les tribunaux qui face à certains types de litiges ont ouvert la voie à de nouvelles instances formelles et informelles tentant ainsi de répondre au mieux aux besoins de justice; aux aspirations de justice. Aussi, en premier lieu, les métiers classiquement associés à la justice font d'abord l'objet d'une série de phénomènes (mutualisation, déjudiciarisation, privatisation, numérisation, etc.) qui invitent au voir autrement. Ainsi, les professions traditionnelles

² L'ensemble des conférences de ce cycle (Juges – Arbitres – Légistes – Avocat.e.s – Lanceurs d'alerte – Dénonciateur.rice.s sur les médias sociaux) peuvent être visionné à l'adresse suivante : <https://www.crdp.umontreal.ca/domaines/acteurs-de-la-justice/>.

³ Pour en savoir plus, Pour en savoir plus, <https://www.crdp.umontreal.ca/nouvelles/2021/01/11/les-ecoles-du-savoir/>

⁴ Pour en savoir plus, <https://www.crdp.umontreal.ca/nouvelles/2021/01/20/les-ecoles-de-la-regulation/>

œuvrant dans le domaine (juges, avocats, arbitres, législateurs) sont amenées à fonctionner autrement, là encore au regard d'objectifs renouvelés. Mais en second lieu, outre ces acteurs habituels, faisant généralement l'objet d'un cadre institutionnel fort, apparaissent de plus en plus des alternatives qui viennent concurrencer la trilogie « législateur – juge – avocat ». De nouveaux acteurs voient le jour (travailleurs sociaux, lanceurs, d'alerte, dénonciateur Facebook, etc.) qui de plus en plus interfèrent sans y avoir été initialement invités, à une quête d'une justice mieux adaptée à ces bouleversements. Sans prioriser un modèle par rapport à l'autre, ce cycle de conférences a tenté de préciser les contours de la justice en s'intéressant à ses acteurs; il vise à identifier les facteurs de changements qui caractérisent ces professions et préconise les modèles construits susceptibles de proposer des solutions dites innovantes.

[4] Ce collectif propose donc des regards obliques sur les acteurs de la justice qui sont sujets à cette double perspective des changements sociaux et de l'innovation. Du fait du sujet, l'ensemble des articles est très en lien, sans en être exclusif, avec la régulation institutionnelle qui constitue l'un des axes du CRDP⁵. En écoutant les conférences des six intervenants⁶, la place des institutions est en effet déterminante, et ce, même si une concurrence se présente par des regroupements non institutionnalisés mais néanmoins en quête d'une structuration gage d'assurance et de prévisibilité. Malheureusement pour ce collectif, des contraintes de délais ont fait que les acteurs institutionnalisés (légistes, juges, arbitres, avocats) sont davantage représentés que ceux qui ne le sont pas. Conscient de ce déséquilibre, nous sommes néanmoins en mesure d'identifier certains lieux communs qui semblent centraux dans l'analyse des acteurs de justice; du moins dans ceux qui composent ce compendium. Trois éléments nous semblent dignes de mention.

[5] Prosélytisme social. Dans un premier temps, plus ou moins directement, les autrices et auteurs de ce cycle regardent la capacité de ces acteurs à intégrer la quête de justice sociale que nous cherchions à évaluer. Cette analyse est d'autant plus importante que les questions économiques et sociales, de plus en plus, s'invitent dans les débats juridiques et notamment législatifs et judiciaires (Bernheim, 31). Au-delà de sa fonction régulatrice, le droit se confronte aux rapports de force; il valide des questions d'un autre ordre, légitimant et déterminant une expertise tierce. Et la réciproque est vraie. Le droit et la justice sont eux aussi « intimement liés aux pratiques et aux décisions prises dans les autres sphères de l'action publique, notamment la santé, les services sociaux, la sécurité publique, l'éducation, l'économie » (Bernheim, 40).

[6] Un va-et-vient entre droit et justice sociale s'opère dont constamment. Si l'objectif d'intégrer cette composante semble essentiel, du fait de modalités

5 Pour en savoir plus, <https://www.crdp.umontreal.ca/recherche/axes/>

6 Si le cycle était originellement prévu à sept interventions, une intervenante concernant « les acteurs sociaux » s'est décommandée.

difficiles de fonctionnement, le système judiciaire traditionnel peine à optimiser cette prise en compte. Il en est de même auprès de certains ordres professionnels qui, dans le cas de la France du moins, semblent peu enclins à considérer cette valeur (Bastard, 52 citant Boigeol, 1988) ; au-delà d'actions isolés. Dans le cadre du processus législatif, la notion de justice sociale passe par une croissance tant de la représentativité des idées que, en sens inverse, de la capacité des lois à les traduire simplement auprès des administrés (Boucher, 13). La loi est donc bien cet élément de dialogue qui exige une technique rédactionnelle irréprochable d'accessibilité. Au-delà de son contenu, dans une société juste, la loi est donc aussi outil de communication. Concernant l'arbitre, son affranchissement au système dominant, étatique, nous amène à croire que la valeur de justice est quant à elle inhérente à la prise de décision (Gélinas, 62). Elle semble davantage centrée sur la considération des intérêts des parties que sur la mise de l'avant d'une perspective externe, sociale.

[7] Ternalité. Il n'en demeure pas moins, et c'est notre deuxième point, que l'arbitre, comme les autres acteurs de justice, sont tous intriqués dans une relation triangulaire. Même en marge de la procédure étatique, l'arbitre, et c'est particulièrement présent dans le texte du professeur Gélinas, représente bien l'intervention d'un tiers qui en l'occurrence s'exprime dans la prise de décision (Gélinas, 61, citant Kojève, 1981 et Ost, 2021). Si au commencement était l'arbitre, étant « sans âge », cette relation ternaire se retrouve évidemment aussi dans celle orchestrée par le juge. Elle est en fait le propre de toute relation juridique qui est vouée à être interprétée ou exprimée par un tiers. Or, « [c]ette ternalité est généralement ignorée des sciences sociales » (Supiot, 2022) tout comme elle l'est de l'imaginaire technique.

[8] Désinstitutionnalisation. Enfin, en troisième lieu, la comparaison de ces différents acteurs illustre des degrés certes variables mais généralement assez élevés d'institutionnalisation. Pourtant, une tendance désinstitutionnalisante semble de mise. Les avocats, en France du moins, semblent présenter un niveau de centralisation délibérément contrôlé, une volonté inhérente, peut-être plus culturelle – liée à la manière française – que professionnelle, cherchant à ne pas trop centraliser les pouvoirs autre qu'étatiques (Bastard, 47). L'effet « loi le Chapelier » sévit toujours en France, au contraire de l'exemple de l'Allemagne cité par le professeur Bastard, où la représentation professionnelle a toujours eu meilleure presse; une sorte de légitimité naturelle. Plus exactement, les cercles d'influence sont moins institutionnalisés subissant ses « démons centrifuges » (Bastard, 53) favorisant davantage certains facteurs géographiques (la prévalence des avocats des grandes villes) ou économiques (les avocats d'affaires). Dans un autre registre, si les juges semblent œuvrer dans un contexte hautement formalisé, un certain désengagement structurel et surtout financier de l'État se constate malheureusement (Bernheim, 29). Une tendance lourde qui prévaut aussi pour les avocats (Bastard, 53) ; peut-être moins chez les arbitres, du fait de l'affranchissement précité de la profession. Quant aux

légistes, certes l'uniformisation des manières de faire participe à la solution. Le langage est lui aussi affaire de normes (Boucher, 16). Néanmoins, une certaine désacralisation de la loi s'opère celle-ci étant concurrencée par d'autres sources (Gélinas, 60), ne devenant plus toujours le « centre de gravité normatif ». Elle est aussi destinée au plus grand nombre, le grand public devant en bien des cas être identifié comme le destinataire principal de ces textes (Boucher, 25, citant Sullivan, 2001). Les professions juridiques n'ont pas – n'ont plus – le monopole de la destination des textes législatifs. Évidemment, cette tendance vers moins d'institutionnalisation n'est pas neutre et il importe de s'assurer que cette perte puisse se substituer par une structuration capable de maintenir les mêmes objectifs.

[9] Cette transition n'est pas aisée mais semble incontournable du fait de la socialisation grandissante tant de l'acte de juger que de celui d'exprimer le droit. L'ouverture des professions juridiques est requise; à tous les étages; auprès de tous les acteurs. Le texte de professeure Bernheim tient lieu de plaidoyer concernant les juges (Bernheim, 40). D'autres la revendiquent pour la rédaction des lois (Verpreaux et Padovani, 2021). L'indépendance inhérente et transversalement revendiquée pour tous les acteurs (les juges vis-à-vis de l'exécutif; les légistes vis-à-vis de l'administration; les arbitres vis-à-vis de l'État; les avocats vis-à-vis du Barreau) doit donc s'approprier avec cette quête d'imputabilité sociale croissante.

(Par ordre de présentation des différentes conférences, voici les textes composant le présent collectif)

- Éliane Boucher, « Les acteur.trice.s de la justice : les légistes »
- Emmanuelle Bernheim, « Les juges : acteurs et actrices de la justice sociale ».
- Benoit Bastard, « Quelle contribution des avocats à la justice sociale? ».
- Fabien Gélinas, « Les arbitres comme acteurs de justice ».

Références bibliographiques

- Boigeol Anne, « De l'idéologie du désintéressement chez les avocats », (1981) 23-1 Sociologie du travail, p. 78-85.
- Kojève Alexandre, Esquisse d'une phénoménologie du droit, Paris, Gallimard : 1981.
- Ost François, Le droit ou L'empire du tiers, Paris, Dalloz : 2021.
- Sullivan Ruth, « The Promise of Plain Language Drafting », (2001) 47 R. D. McGill 97.
- Supiot Alain, « Le crédit de la parole », Le grand continent, 01 août 2022, en ligne <https://legrandcontinent.eu/fr/2022/08/01/le-credit-de-la-parole/>.
- Verpreaux Michel et Julien Padovani, La participation du citoyen à la confection de la loi, Paris, Mare et Martin, 2021.

LES ACTEUR.TRICES DE LA JUSTICE : LES LÉGISISTES

Éliane Boucher⁷

⁷ L'autrice est avocate (Barreau du Québec), conseillère législative au ministère de la Justice du Canada et doctorante en droit à l'Université d'Ottawa. Ses recherches portent sur la rédaction législative en français et l'accessibilité des textes législatifs québécois. Le présent texte est le fruit de ses réflexions et opinions personnelles et ne représente pas l'opinion du ministère de la Justice du Canada ni du gouvernement du Canada .

Résumé

Ce texte fait suite à la présentation de l’auteur lors du cycle de conférences « Les soirées de la justice : Les acteurs de justice face aux changements et à l’innovation ». Les légistes sont des acteurs de justice, dont la responsabilité est de traduire une orientation politique en langage normatif. Pour ce faire, ils peuvent bénéficier de l’appui de spécialistes comme les jurilinguistes et les réviseurs légistiques. La pratique de la légistique a dû par le passé évoluer et s’adapter pour faire une plus grande place à une rédaction plus « juste », notamment sur le plan du respect des langues officielles et du bilinguisme. Les légistes doivent aujourd’hui prendre acte de la complexité des textes normatifs, et chercher à diminuer la complexité apportée à ces textes par la manière dont ils sont rédigés. En français, cela signifie notamment porter une attention particulière à la syntaxe et à l’expression abstraite, comme le montrent certains exemples tirés de la Loi sur la protection du consommateur et du Code civil du Québec.

INTRODUCTION

[1] Les acteur.trices de la justice sont pluriel.les. Juristes ou non juristes, travaillant à l'extérieur ou à l'intérieur des palais de justice, iels sont essentiel.les au bon fonctionnement de chaque étape de notre appareil juridique et judiciaire. Cela commence dès la rédaction des textes de loi. Les légistes⁸, ou rédacteur.trices législatif.ves, sont des acteur.trices de justice. Iels ont donc aussi un rôle à jouer dans les questions d'accessibilité du droit et de la justice, et dans la mise en place de changements ou d'innovations dans nos manières de concevoir et de rédiger les textes normatifs.

[2] Ce texte situe le travail des légistes dans le contexte théorique plus large des enjeux d'accès au droit et à la justice. Il présente brièvement les grandes lignes de la pratique de la légistique au Québec et au Canada, avant de traiter plus en profondeur d'un aspect de l'interaction entre la justice et la pratique de la rédaction législative : la réduction de la complexité strictement textuelle des textes législatifs. En français, cette réduction passe notamment par la compréhension du rôle de la syntaxe dans la complexité ou la simplicité de l'expression de la règle de droit. Des exemples de différents aspects de la complexité syntaxique des textes législatifs en français, tirés de lois québécoises, seront examinés.

1. LES LÉGISTES ET LES RÉGLEMENTARISTES : QUI SONT-IELS ? QUE FONT-IELS ?

[3] Bien que touxtes les juristes rédigent divers types de documents dans le cadre de leur pratique (contrats, actes notariés, actes de procédure, etc.), la légistique, soit la pratique de la rédaction de textes législatifs ou réglementaires, est l'apanage des juristes travaillant dans le secteur public. Cette pratique est organisée différemment au sein des différents ordres de gouvernement.

1.1. LES GRANDES LIGNES DE LEUR PRATIQUE

[4] La pratique de la rédaction législative et réglementaire s'inscrit dans le domaine du droit public et administratif. Les légistes sont souvent des expert×es en matière de droit administratif, qui encadre leur pratique. Par exemple, en matière de rédaction réglementaire, les légistes doivent être en mesure de bien interpréter les dispositions habilitantes des lois avec lesquelles iels travaillent pour que les textes réglementaires soient valides. Les légistes sont également des spécialistes des questions d'interprétation

⁸ Le terme « légiste » a été choisi pour désigner les rédacteur.trices législatif.ves ou les conseiller.ères législatif.ves, parce qu'il est épïcène. De même, l'autrice a choisi d'utiliser dans ce texte le pronom neutre « iel » et le point médian. Les extraits de textes de loi cités n'ont pas été modifiés.

législative et sont appelées à donner des conseils quant à la structure ou à du texte, ou encore quant au processus législatif⁹. Toutefois, la pratique de la rédaction législative amène à rédiger dans tous les domaines de droit substantif. Même lorsque l'on travaille au sein d'une équipe de rédaction plus spécialisée qui ne traite que d'un seul domaine de droit, il faut bien connaître plusieurs régimes législatifs distincts¹⁰.

[5] Les légistes traduisent une intention de politique ou une orientation en langage législatif, dans une structure législative. Avant de commencer à rédiger, il faut que les étapes préalables de l'élaboration des orientations politiques et de l'approbation de ce qu'on appelle les « instructions de rédaction » soient complétées pour que la rédaction en tant que telle puisse commencer.

[6] Les instructions de rédaction sont préparées par le ministère qui sera responsable de la mise en œuvre du texte projeté, et elles permettent aux légistes de comprendre les idées, les orientations et les effets juridiques recherchés. Elles peuvent prévoir la rédaction d'un nouveau texte ou, comme c'est souvent le cas, la rédaction de modifications à un texte législatif ou réglementaire existant.

1.2. OÙ PRATIQUENT-IELS ?

1.2.1. AU QUÉBEC

[7] Au Québec, les légistes pratiquent une rédaction décentralisée¹¹ : les légistes ne sont pas regroupés au sein du ministère de la Justice ou de l'Administration centrale, mais sont plutôt à l'emploi des services juridiques des différents ministères et organismes publics qui élaborent des mesures législatives sur les sujets qui relèvent de leur compétence¹² Iels bénéficient ensuite de l'apport du ministère de la Justice une fois la première version du texte rédigée¹³. Il s'agit d'un processus en deux étapes : la rédaction est effectuée en français uniquement, et le texte fait ensuite l'objet d'une traduction vers l'anglais un fois le texte rendu à l'Assemblée nationale¹⁴. Les légistes québécois sont aussi impliqués dans le processus de commission parlementaire¹⁵ et d'adoption du texte par l'Assemblée nationale.

9 Par exemple, les légistes peuvent répondre aux questions d'entrée en vigueur et d'application temporelle de la loi : voir notamment sur ce point Richard Tremblay, « Les dispositions relatives à l'application de la loi dans le temps », dans Richard Tremblay, dir., *Éléments de légistique : Comment rédiger les lois et les règlements*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 715.

10 Même si on ne travaille qu'au sein d'un seul ministère ou pour le compte d'un seul ministère, il est fort probable que celui-ci soit responsable de plusieurs cadres législatifs ou réglementaires.

11 Graham Hay, « Le processus législatif québécois », Actes de la XIVe Conférence des juristes de l'État, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, 343, à la p. 344.

12 *Ibid.*

13 *Ibid.*, à la page 346.

14 Pour remplir les obligations relevant de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, (R-U), 30 & 31 Vict, c 3 : *ibid.*, à la p. 349.

15 *Ibid.*, à la page 350.

1.2.2. AU CANADA (FÉDÉRAL)

[8] Au fédéral, les légistes pratiquent la rédaction des projets de loi émanant du gouvernement et des projets de règlement de manière centralisée. Les légistes sont des avocat.es ou des notaires à l'emploi du ministère de la Justice du Canada, qui rédigent pour le compte de client.es qui sont en fait les autres ministères fédéraux et agences gouvernementales fédérales. La plupart des légistes à l'emploi du gouvernement fédéral travaillent au sein de la Direction des services législatifs du ministère de la Justice du Canada¹⁶. Cette Direction comporte quatre sections : trois sections pour la réglementation dont, deux sections spécialisées¹⁷, et une section pour la législation¹⁸.

[9] La pratique en rédaction centralisée permet une application uniforme des normes de rédaction. Elle permet également aux légistes de bénéficier de services de révision légistique et de jurilinguistique¹⁹, ce qui aide à rendre les textes conformes sur les plans de l'équivalence terminologique entre la version française et anglaise, grâce au travail des jurilinguistes, et sur le plan des conventions et normes de rédaction, notamment en ce qui a trait à la mise en forme, grâce au travail des réviseur.es légistiques. Les légistes peuvent également compter sur l'appui de spécialistes du bijuridisme, qui sont responsables de l'analyse et de l'évaluation des projets de textes législatifs et réglementaires. Un texte législatif qui émane du Parlement ou du gouvernement fédéral doit en effet pouvoir s'adresser à quatre auditoires : les anglophones des provinces de common law et les francophones du Québec, mais aussi les francophones des provinces de common law et les anglophones du Québec²⁰. Il faut que le texte soit équivalent juridiquement et linguistiquement dans toutes ces versions.

1.3. JUSTICE ET ÉVOLUTION DES PRATIQUES DE LA LÉGISTIQUE : LA CORÉDACTION

[10] Les légistes qui travaillent pour le gouvernement fédéral pratiquent la corédaction depuis 1976²¹. Cette pratique, qui est une initiative du gouvernement canadien, avait pour objectif initial la mise en place d'un

16 Une équipe de légistes travaille également au ministère des Finances, et fait appel aux services de révision légistique de la Direction des services législatifs.

17 Section de la réglementation – Santé Canada et Section de la réglementation de Transports Canada.

18 Outre les légistes qui travaillent pour le ministère de la Justice, il y a aussi des légistes au Parlement : à la Chambre des Communes et au Sénat, il y a en effet des personnes chargées de la rédaction des projets de loi émanant de députés ou de sénateurs, ou encore de la rédaction des amendements aux projets de loi du gouvernement proposés par des députés ou des sénateur.trices. Ces légistes, eux, doivent parfois rédiger dans les deux langues officielles. (Canada, Parlement du Canada, *La procédure et les usages de la Chambre des Communes*, ch. 21, « Les affaires émanant des députés », en ligne : https://www.noscommunes.ca/procedure/procedure-et-les-usages-3/ch_21-f.html)

19 Canada, Ministère de la Justice, *Guide fédéral de jurilinguistique française*, en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/redact-legis/juril/index.html>; Canada, Ministère de la Justice, *Legistics*, en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/redact-legis/legistics/tdm-toc.html>

20 Canada, ministère de la Justice, *À propos du bijuridisme*, en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/harmonization/bijurillex/aproposb-aboutb.html>.

21 Canada, Bureau du Conseil privé, *Lois et règlements : L'essentiel*, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/conseil-privé/services/publications/lois-reglements-essentiel.html>

système visant l'amélioration de la version française des lois qui étaient auparavant traduites de l'anglais²². C'est un modèle qui a été repris ailleurs : le Nouveau-Brunswick rédige aussi ses lois provinciales en corédaction²³.

[11] La corédaction signifie que les deux versions linguistiques sont rédigées au même rythme, et qu'il n'y a pas de traduction. Les deux légistes, un.e francophone et un.e anglophone, rédigent les deux versions du texte côte à côte. La corédaction est une illustration de comment la pratique de la rédaction législative a été adaptée pour réellement mettre en œuvre le bilinguisme législatif et le respect des deux langues officielles. La pratique de la légistique a ainsi pu évoluer pour atteindre l'égalité réelle des versions linguistiques des textes législatifs, et parvenir à la rédaction de textes qui sont mieux compris et qui atteignent mieux leurs objectifs. On a donc pu, par le passé, trouver des manières de faire évoluer la pratique pour une accessibilité et une qualité textuelles accrues. Peut-être alors serait-il toujours possible de faire évoluer la pratique de la légistique aujourd'hui.

1.3.1. LES LIMITES DE LEUR RÔLE

[12] Les légistes ne décident pas du contenu de la norme; il s'agit plutôt du rôle des personnes qui décident des orientations de politique, et ultimement du Parlement ou de l'autorité réglementaire. Les légistes sont responsables du texte qui donne vie à cette norme, et ce texte doit être conforme aux principes de rédaction et d'interprétation, en plus de respecter le style législatif propre au type de texte en question²⁴. La marge de manœuvre laissée aux légistes est très mince, d'autant plus que souvent, le droit à mettre en œuvre est complexe et doit suivre des lignes précises.

[13] Toutefois, même si les rédacteur.trices n'ont que peu de contrôle sur la complexité du sujet sur lequel iels rédigent, iels peuvent cependant contrôler la complexité du texte lui-même²⁵, par exemple la longueur et la structure des phrases, l'organisation du texte, le recours aux notes marginales, etc. Pour certain.es²⁶, l'une des plus grandes missions du légiste vis-à-vis de la Justice est donc de ne pas ajouter à la complexité du droit par la complexité du texte²⁷. En contexte de rédaction bilingue, la commande est double²⁸.

²² *Ibid.*

²³ Et c'est aussi au Nouveau-Brunswick qu'a été développée la terminologie de la common law en français : Université de Moncton, Faculté de droit, Le Centre de traduction et de terminologie juridiques de la Faculté de droit de l'Université de Moncton, en ligne : <https://www.umoncton.ca/umcm-droit/node/83>.

²⁴ Si on travaille sur un règlement modificatif ou sur un projet de loi modificatif, il faut respecter le style du texte d'origine.

²⁵ Susan Krongold, « Writing Laws : Making them easier to understand », (1992) 24 *Ottawa Law Review* 495 p. 504.

²⁶ Notamment Susan Krongold, consultante en rédaction législative, ancienne rédactrice législative et autrice d'un article sur la rédaction en langage clair en contexte fédéral canadien.

²⁷ Krongold, *supra* note 18, à la p. 504; Paul Salembier, *Legal and Legislative Drafting*, Toronto, LexisNexis, 2018, à la p. 16.

²⁸ La complexité est aussi portée par le fait que, au fédéral, il faut que l'on compose avec quatre auditoires (voir *supra*, note 13). Il faut donc que le texte dise la même chose dans les deux langues. Parfois quelque chose qui serait plus simple à exprimer en français de la manière A doit être formulé de la manière B, parce que le texte anglais ne peut pas exprimer A de la même manière. C'est un exercice constant de compromis linguistiques et juridiques.

2. COMMENT LES LÉGISISTES PARTICIPENT-IELS À LA NOTION DE JUSTICE

[14] Les légistes participent à définir les normes linguistiques du droit²⁹. Ce privilège vient avec la responsabilité de s'en acquitter de manière à véritablement permettre la mise en œuvre de la justice, puisque les écrivain·xes du droit – légistes, juges, professeur·xes, auteur·trices de doctrine, etc. – s'entre-influencent en effet dans leur style de rédaction³⁰.

2.1. JUSTICE, ACCESSIBILITÉ DU DROIT ET ACCESSIBILITÉ DU TEXTE LÉGISLATIF

[15] Les légistes travaillent à créer la représentation matérielle de la démocratie qu'est le texte de loi³¹. Penser le texte de loi comme un acte de communication du législateur au justiciable permet, selon l'experte Ruth Sullivan³², de concevoir la démocratie et l'État de droit de manière concrète et fonctionnelle³³. Les légistes sont en quelque sorte des facilitateur·trices pour cette communication entre le législateur et les justiciables. Cette position privilégiée des légistes peut, voire devrait être mobilisée pour initier des changements sur le plan de la complexité du langage législatif, pour qu'il n'ajoute pas à la complexité du texte législatif. Les légistes sont en effet dans une position intéressante, en raison de leur double rôle de spécialistes du droit et de spécialistes du langage du droit. Les questions d'accessibilité du droit et de la justice, de prise en compte de son lectorat et de recherche de l'accessibilité du texte législatif font partie de la pratique de la rédaction législative.

[16] Or, certains aspects de la vie en société évoluent trop rapidement pour que la pratique de la rédaction législative est en effet encadrée par des principes et des guides, qui visent à garantir une certaine accessibilité et lisibilité au texte législatif tant sur le plan des normes matérielles de présentation que sur les grands principes de rédaction en « langage clair³⁴ ». L'art de la rédaction législative, c'est de parvenir à garder toutes ces règles, ces principes ou ces recommandations en tête et de faire l'exercice constant de les pondérer les un·es par rapport aux autres selon le contexte de rédaction précis dans lequel on se trouve. Il n'y a pas de principe absolu en rédaction législative – c'est aux légistes que revient la responsabilité de

29 Nicole Fernbach, *La lisibilité dans la rédaction juridique au Québec*, Ottawa, Centre canadien d'information juridique, Centre de promotion de la lisibilité, 1990, à la p. 33.

30 Stéphanie Roy, « Le langage clair en droit : pour une profession plus humaine, efficace, crédible et prospère! » (2013) 54 *C de D* 975, aux pp. 985-986

31 Ruth Sullivan, « The Promise of Plain Language Drafting », (2001) 47 *R. D. McGill* 97, à la p. 99.

32 Professeure de droit spécialisée en interprétation et rédaction législative et ancienne rédactrice législative au ministère de la Justice du Canada.

33 Ruth Sullivan, « Some Implications of Plain Language Drafting », (2001) 22 *Statute Law Review* 145, à la p. 158.

34 Par exemple, dans le *Guide fédéral de jurilinguistique française* (*supra*, note 12), on trouve des règles qui portent sur le vocabulaire, sur la syntaxe, etc. On recommande aux légistes de rédiger pour leur lecteur·trice, de s'exprimer de la manière la plus simple possible et d'organiser clairement leur texte, notamment en utilisant à bon escient les énumérations verticales; on enjoint également les légistes à faire attention à la construction des phrases et au choix des mots, certes, mais aussi à la division en articles, en paragraphes ou en alinéas.

décider de quels principes doivent prévaloir dans le texte qu'ils rédigent, et pourquoi.

2.2. LANGAGE CLAIR ET RÉDACTION LÉGISLATIVE

[17] La notion de langage juridique clair en français et, surtout, son expression dans le texte législatif en français est une riche avenue pour explorer l'interaction entre la Justice et la rédaction législative. Faut-il le rappeler : le texte est primordial en droit, et le texte législatif l'est encore plus.

[18] On lit souvent que les textes du droit en général, et le texte législatif en particulier, sont des textes techniques, des textes de spécialité, et qu'il est impossible pour « Madame tout le monde » de s'y retrouver sans l'aide d'un·e professionnel·le³⁵. Or le texte de loi n'est pas un texte technique spécialisé au même titre que les textes des sciences « pures » ou des sciences de la santé. Le texte de loi encadre la vie en société et fixe les normes qui régissent la vie des gens. Le fait que les textes législatifs soient perçus comme illisibles par la très grande majorité de la population³⁶ est donc préoccupant.

[19] L'adage « Nul·le n'est censé ignorer la loi » est peut-être surutilisé lorsqu'il est question de langage clair, mais il a néanmoins du bon. Il faut avoir des attentes élevées envers l'accessibilité des textes législatifs. Encore faut-il que l'on sache ce que l'on souhaite atteindre comme objectif lorsque l'on enjoint les légistes à produire des textes « clairs ». Qu'est-ce que la clarté, et quelle est la relation entre la clarté, la concision ou la précision, par exemple? Ces objectifs et les moyens de les atteindre ne sont pas toujours évidents lorsque l'on rédige des lois en français.

[20] Essentiellement, nous cherchons à savoir si la justice peut être rendue sur llatifs ne fait pas consensus. Au Québec, les avis des théoricien·nes et des praticien·nes diffèrent grandement. Certain·es considèrent que le plain language d'origine anglaise et américaine ne se prête pas au contexte de la rédaction législative en français en droit civil, et que c'est plutôt la recherche d'abstraction et de généralité en droit civil qui rendrait le texte clair et simple en français³⁷. Certain·es autres croient au contraire qu'il est tout à fait possible d'appliquer ces concepts au français juridique³⁸, même en droit civil.

35 Voir notamment sur ce point Jacques Lagacé, « L'accessibilité du langage des lois », dans Richard Tremblay, dir, *Éléments de légistique : Comment rédiger les lois et les règlements*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p.419, à la p. 425 et Salembier, *supra* note 16 aux pp. 593 et 594, citant Jeffrey Barnes : « The Continuing Debate About 'Plain Language' Legislation : A Law Reform Conundrum », (2006) 27 *Statute Law Review* 83 et Francis Bennion : « If It's Not Broke Don't Fix It : A Review of the New Zealand Law Commission's Proposal on the Format of Legislation », (1994) 15 *Statute Law Review* 163.

36 Les textes législatifs sont considérés comme « illisibles » par 79% de la population québécoise : Pierre-Claude Lafond, *L'accès au droit et à la justice civile au Québec : portrait général*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, à la p. 74.

37 Richard Tremblay, « L'abstraction au service de la clarté en rédaction législative », dans Anne Wagner et Sophie Cacciaguidi-Fahy, dir, *Legal Language and the Search for Clarity : practices and tools*, Berne/New York, Peter Lang, 2006, p. 105, à la p. 112; Richard Tremblay, « Le degré souhaitable de précision des textes législatifs », dans Richard Tremblay, dir, *Éléments de légistique : Comment rédiger les lois et les règlements*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 363, à la p. 386.

38 Roy, *supra* note 23, à la p. 990.

Le Canada et le Québec offrent toutefois un terrain fertile aux questions de langage législatif et d'accessibilité.

[21] Malgré la position que l'on peut avoir quant à la clarté de l'expression législative en droit civil en français, il en demeure que le texte législatif diffère objectivement du texte « ordinaire » à plusieurs égards : le vocabulaire en est certes différent, mais la syntaxe et l'organisation textuelle le sont également. Il y aurait en effet un « écran linguistique³⁹ » qui isole le langage du droit du langage « ordinaire ».

[22] Quand on pense à rédiger en « langage clair », on pense généralement à éliminer d'abord le jargon juridique : il s'agit souvent de questions de vocabulaire. Le vocabulaire du droit lui est propre et le droit civil en français comprend en effet des termes techniques qui sont purement juridiques, comme « usufruit » ou « emphytéose ». Il comporte aussi plusieurs polysèmes⁴⁰ qui ont un sens juridique et un sens courant (p. ex. « offre », « solidaire », « louer », etc.). Ces polysèmes peuvent être des termes purement juridiques à l'origine, mais qui ont acquis un sens ordinaire. Il peut aussi s'agir de termes qui avaient un sens courant mais qui ont été repris par le droit dans une acception plus précise.

[23] Au-delà du vocabulaire, la syntaxe est également d'une importance capitale pour l'expression de la clarté dans le texte législatif. La phrase est l'unité de base du langage⁴¹. Or, on retrouve dans les textes législatifs certaines formes syntaxiques rares ou archaïques⁴² que les lecteur.trices ne rencontrent pas aussi fréquemment dans la langue courante⁴³. Il s'agit d'une complexité beaucoup plus difficile à détecter que celle portée par le vocabulaire purement juridique ou par les polysèmes, surtout lorsque l'on est habitué à lire souvent des textes législatifs ou juridiques. La syntaxe juridique fait en effet, en quelque sorte, partie du « style » juridique, pourtant non essentiel au discours juridique⁴⁴ que les futur.es juristes apprennent à maîtriser dès l'université⁴⁵.

[24] Afin d'illustrer de quelles manières la syntaxe contribue à donner un caractère « juridique » au texte législatif rédigé en français et le rendre complexe et distinct d'un texte « ordinaire », nous avons fait l'analyse de la

39 Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, 3e éd, Paris, Montchrestien, 2005, à la p. 12.

40 Un polysème est un mot possédant plus d'un sens. L'immense majorité des termes juridiques sont des polysèmes : *ibid.*, à la p. 68.

41 Elmer A. Driedger, *The Composition of Legislation*, 2e éd, Ottawa, Ministère de la Justice, 1976, à la p. xxiv.

42 Il s'agit notamment des inversions, des formes impersonnelles ou encore de la fréquence des élisions : voir notamment Heikki Mattila, *Comparative Legal Linguistics : Language of Law, Latin and modern Lingua Francas*, 2e éd, Londres, Routledge, 2013, aux pp. 207-208.

43 *Ibid.*

44 Cornu, supra note 32, aux p. 209-210.

45 John M. Conley et William O'Barr, *Just Words : Law, Language and Power*, 3e éd., Chicago, The University of Chicago Press, 2019, à la p. 195.

syntaxe⁴⁶ de quelques exemples de dispositions tirées de la Loi sur la protection du consommateur⁴⁷ (LPC) et du Code civil du Québec⁴⁸(CcQ). Ces exemples illustrent de quelle manière les légistes peuvent travailler à réduire la complexité purement textuelle – ici syntaxique – des textes législatifs, et ainsi contribuer à améliorer l’accessibilité du droit et de la justice.

2.3. LA SYNTAXE LÉGISLATIVE ET LA CLARTÉ

2.3.1. ARTICLE 50 LPC

[25] La durée de validité d’une garantie prévue par la présente loi ou d’une garantie conventionnelle est prolongée d’un délai égal au temps pendant lequel le commerçant ou le fabricant a eu le bien ou une partie du bien en sa possession aux fins d’exécution de la garantie ou à la suite d’un rappel du bien ou d’une partie du bien par le fabricant. L’analyse de cet article sur le plan syntaxique révèle d’abord qu’il s’agit d’une seule phrase de 63 mots, qui ne comporte aucune ponctuation à l’exception du point final.

[26] Le groupe du nom qui remplit la fonction du sujet de la phrase principale (« La durée de validité... garantie conventionnelle ») comporte 15 mots, tandis que le prédicat comporte 48 mots (« est prolongée...par le fabricant »). La longueur de ce prédicat s’explique notamment par la longueur du complément indirect⁴⁹, qui commence directement après le verbe principal.

[27] Le sujet de la phrase est composé grammaticalement de plusieurs noms suivis d’un complément du nom, placés l’un à la suite de l’autre comme en « cascade », c’est-à-dire que le dernier nom dans le complément est souvent lui-même suivi de son propre complément, qui est lui-même composé d’un nom qui est suivi de son propre complément, etc. Une telle manière de placer les compléments du nom n’est pas idéale⁵⁰ puisqu’elle sollicite beaucoup la mémoire à court terme et rend la lecture de la phrase difficile.

Figure 1 : illustration de la « cascade » de compléments dans le sujet de l’article 50 LPC

La durée
de validité
d’une garantie

⁴⁶ Nous avons fait l’analyse en utilisant les termes de la « nouvelle » grammaire – les termes correspondant en grammaire « traditionnelle » ont été inclus en notes lorsque cela était pertinent.

⁴⁷ RLRQ, c. P.-40.1.

⁴⁸ L.Q. 1991, c. 64.

⁴⁹ Complément d’objet indirect, en grammaire traditionnelle.

⁵⁰ Groupe Rédiger (Université Laval), en collaboration avec l’Office québécois de la langue française, *De la lettre à la page Web : Savoir communiquer avec le grand public*, Québec, Publications du Québec, 2006, à la p. 71.

prévue
par la présente loi
ou d'une garantie
conventionnelle

[28] Outre la cascade de compléments du nom dans le sujet de la phrase, on retrouve également une « cascade » dans le complément indirect (« d'un délai... par le fabricant »), on trouve plusieurs différentes périodes ou délais qui sont assortis de conditions particulières. Cette seconde cascade rend également la phrase difficile à lire, d'autant plus que l'on y trouve plusieurs coordonnants⁵¹ qui viennent exprimer des ajouts de précisions ou de possibilités. Par exemple, on compte 4 « ou » dans le complément indirect. Cela rend le texte d'autant plus ardu qu'il ne comporte aucune ponctuation pour séparer ces précisions ou ces conditions. Il est alors difficile pour la personne qui lit le texte de savoir quelle période ou quel délai est associé à quel groupe de noms coordonnés.

[29] Cet article manque de clarté ou, du moins, il pourrait être plus clair. Cet article correspond en quelque sorte à l'idée qu'on a peut-être traditionnellement du texte juridique peu clair sur le plan syntaxique : il s'agit d'un bloc de texte dense et lourd, caractéristique caricaturale du style juridique⁵². L'absence totale de ponctuation contribue à augmenter la complexité de l'article par une complexité purement syntaxique. Pour ajouter de la clarté à cet article, la phrase longue gagnerait à être scindée, que ce soit en deux phrases ou en plusieurs phrases plus courtes

[30] Dans certains domaines, comme dans celui de la preuve technologique, il a été bien que reformuler en scindant la phrase en plusieurs petites phrases ait pour effet de rendre l'article plus long, cela le rend également plus simple à suivre, et peut-être plus clair. L'article pourrait par exemple être reformulé comme suit :

Lorsque le commerçant ou le fabricant a eu le bien ou une partie du bien en sa possession, que ce soit pour exécuter une garantie prévue par la présente loi ou à la suite d'un rappel du bien ou d'une partie du bien par le fabricant, la durée de validité de la garantie est prolongée. Cette prolongation est d'une durée égale au temps pendant lequel le commerçant ou le fabricant a eu le bien en sa possession.

Le présent article s'applique à une garantie conventionnelle.

51 Conjonctions de coordination, en grammaire traditionnelle.

52 Roy, supra note 23, à la p. 981.

[31] Il aurait aussi pu être intéressant de recourir à une énumération verticale⁵³ ce qui permettrait une coupure visuelle et une meilleure présentation des différents éléments qui composent la règle énoncée dans cet article.

2.3.2. ARTICLE 11 LPC

Est interdite la stipulation qui réserve à un commerçant le droit de décider unilatéralement :

- a) que le consommateur a manqué à l'une ou l'autre de ses obligations ;
- b) que s'est produit un fait ou une situation.

[32] L'analyse syntaxique révèle au premier coup d'œil que les paragraphes a) et b) sont des phrases subordonnées relatives⁵⁴, elles-mêmes enchâssées à l'intérieur d'une phrase subordonnée relative dans la portion initiale de l'article, introduite par « qui réserve... » avant le paragraphe a).

[33] De plus, l'article comporte deux inversions du verbe et de son sujet. La première est au tout début de l'article, d'emblée (« Est interdite la stipulation... »). La seconde se trouve dans le paragraphe b) (« que s'est produit un fait ou une situation »). Cet ordre, qui est pour certain.es, caractéristique du langage législatif⁵⁵, va à l'encontre de l'ordre usuel de présentation des composantes syntaxiques en français qui veut généralement que le sujet soit placé avant le verbe. L'inversion du verbe et de son sujet, bien qu'elle soit correcte sur le plan grammatical, est une technique de rédaction qui est en effet plus prévalente en français législatif qu'en français standard⁵⁶. Elle peut toutefois être utile dans certains cas afin de ne pas saturer la mémoire à court terme du ou de la lecteur.trice⁵⁷. Ces inversions sont en effet souvent utilisées pour suivre ce que certain.es appellent la « loi de longueur » des groupes syntaxiques⁵⁸, soit que si le sujet est plus long que le prédicat, celui-ci devrait être placé en premier.

[34] Ce qui est toutefois particulier dans l'article 11 de la LPC, c'est qu'il y a une inversion verbe-sujet dans une subordonnée enchâssée à l'intérieur d'une phrase principale qui commence elle-même par une inversion verbe-sujet. Puisque le prédicat de la phrase principale n'est composé que du verbe

53 Sur la construction des énumérations verticales, voir notamment : Salembier, *supra* note 16, à la p. 231; voir également l'analyse effectuée par Céline Beaudet, linguiste québécoise : Céline Beaudet, « Lisibilité textuelle et configuration des énumérations dans un texte procédural », (2002) 5 *Revue canadienne de linguistique appliquée* 7.

54 Propositions relatives, en grammaire traditionnelle.

55 Emmanuel Didier, *Langues et langages du droit*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990, à la p. 84.

56 Mattila, *supra* note 35, à la p. 208.

57 Jacques Lagacé, « La structuration des textes normatifs », dans Richard Tremblay, dir, *Éléments de légistique : Comment rédiger les lois et les règlements*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, 217, à la p. 271; le rôle de la structure syntaxique sur la capacité de rétention de l'information par le ou la lecteur.trice est bien connu, et une structure plaçant davantage d'information en début de phrase risque d'être plus difficile à lire et à comprendre qu'une phrase construite à l'inverse : voir notamment Salembier, *supra* note 20, à la p. 52.

58 Lagacé, *supra* note 50, à la p. 271.

« être » et de l'attribut du sujet « interdite », il sera nécessairement plus court que le groupe sujet qui est composé du nom « stipulation » complété par une longue subordonnée relative. De plus, le verbe contenu dans la subordonnée relative au paragraphe b) a été placé avant son sujet, alors que le groupe verbal ne compte que trois mots de moins que le groupe sujet. Le niveau de complexité d'une telle construction syntaxique et le coût qu'elle entraîne pour l'intelligibilité de la règle de droit ne justifient peut-être pas toujours son utilisation, et peut-être vaudrait-il mieux y recourir avec parcimonie et de manière équilibrée. Les principes de rédaction comme la « loi de longueur » des groupes syntaxiques ne sont en effet pas des règles obligatoires.

[35] Finalement, l'analyse syntaxique révèle que l'énumération verticale composée des paragraphes a) et b) n'est pas explicitement introduite. La phrase est physiquement coupée après « unilatéralement », et seuls les deux-points indiquent le début de l'énumération. Pour un.e lecteur.trice qui n'est pas habitué.e au style législatif, cela peut être surprenant⁵⁹. Il serait facile d'indiquer aux lecteur.trices qu'une énumération suivra, de la manière suivante par exemple :

Le commerçant ne peut pas, dans une stipulation, se réserver le droit de décider unilatéralement des matières suivantes :

- a) que le consommateur a manqué à l'une ou l'autre de ses obligations ;
- b) qu'un fait ou une situation s'est produit.

[36] Cette reformulation a également l'avantage de mettre l'accent sur l'une des personnes faisant l'objet de la règle de droit, plutôt que sur le contenu du contrat de consommation. Somme toute, l'article 11 de la LPC est un article où la complexité de la règle est jumelée à la complexité du texte lui-même, par la manière dont la disposition est rédigée. Dans le contexte de la LPC, on remarque que cet article se trouve près d'autres articles qui traitent tous de stipulations interdites⁶⁰, et qui sont tous construits de la même manière. Il serait peut-être possible de revoir la manière dont cette section est organisée.

2.3.3. ARTICLE 2886 C.C.Q

Celui qui ne peut aliéner ne peut renoncer à la prescription acquise.

[37] Cet article a été décrit comme une « phrase simple »⁶¹. D'un point de vue strictement grammatical, cependant, il s'agit d'une phrase « complexe⁶² » puisqu'elle compte deux verbes conjugués; un se trouve dans la phrase

⁵⁹ Beaudet, *supra* note 46, à la p. 8.

⁶⁰ Art. 10, 11, 11.1, 11.2, 11.3 et 11.4 LPC

⁶¹ Jacques Lagacé, « L'accessibilité du langage des lois », dans Richard Tremblay, dir, *Éléments de légistique : Comment rédiger les lois et les règlements*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, 419, à la p. 423, note 4.

⁶² Le Petit Robert en ligne, *Phrase simple*, en ligne : <https://dictionnaire.lerobert.com/guide/phrase-simple>.

principale (« ne peut renoncer ») et l'autre se trouve dans la phrase subordonnée relative dans le sujet (« ne peut aliéner »). Il s'agit néanmoins d'une phrase courte.

[38] En somme, bien qu'encore énormément de questions devront trouver réponse avant de pouvoir accorder une reconnaissance formelle des normes techniques en droit public, le point de départ semble se situer à cet encadrement de leur légitimité et à une éventuelle reconnaissance.

[39] L'analyse syntaxique de cet article montre que la construction de la phrase est très impersonnelle : le sujet est un pronom indéfini de troisième personne (« Celui »), et les verbes porteurs de sens sont à l'infinitif (« aliéner » et « renoncer »). Les verbes conjugués ne servent qu'à exprimer la faculté d'aliéner ou de renoncer.

[40] De plus, tant la phrase principale que la phrase subordonnée relative sont négatives. Toutefois, l'adverbe « pas », nécessaire en français standard à l'expression de la négation⁶³, a fait l'objet d'une élision. Cette élision est une marque d'un registre de langue écrite caractéristique du texte législatif⁶⁴ puisqu'elle est généralement considérée archaïque ou vieillie en français standard. En français familier, surtout à l'oral, c'est plutôt le « ne » qui subira une élision⁶⁵.

[41] Finalement, il n'y a pas de marqueur de relation ou de conjonction entre les deux groupes du verbe, qui sont directement placés l'un à la suite de l'autre. Bien que cela soit grammaticalement correct, si l'un désigne une cause et l'autre son effet juridique, cela n'est pas indiqué. De manière générale, le fait que cet article exprime la règle de droit de manière très abstraite fait en sorte que le ou la lecteur×trice doive tenter de faire les liens entre les concepts qui ne sont pas autrement exprimés dans la phrase. Par exemple, on parle probablement ici d'un bien que l'on ne peut pas aliéner et pour lequel on ne peut pas renoncer à la prescription. Le verbe « aliéner », dans ce contexte, suppose l'existence d'un objet. Or cet objet n'est pas exprimé dans l'article. Cette abstraction permet de rendre l'application de la règle plus générale, mais elle se fait au détriment de la clarté de la règle. Certes, il faut un minimum de connaissances juridiques pour bien comprendre les concepts tels que l'aliénation et la prescription acquisitive⁶⁶, mais pour être en mesure de comprendre cet article du CcQ, il faut également être capable de saisir les nuances de l'expression française abstraite. Une phrase courte n'est pas forcément simple, ni forcément claire.

63 *Le Larousse*, en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/pas/58421>, *sub verbo* « pas ».

64 Mattila, *supra* note 35, à la p. 208.

65 Anne-Marie Beaudouin-Bégin, *Le français rapaillé : Combattre l'insécurité linguistique des Québécois*, Montréal, Éditions Somme Toute, 2015, aux pp. 64-65; voir aussi Larousse, *supra* note 56.

66 Et nous sommes d'avis que, si l'expression de la règle est claire sur le plan de la syntaxe et de l'organisation des idées, il sera plus facile pour la personne lisant le texte d'identifier les concepts juridiques qui lui sont inconnus et de chercher de l'information à leur sujet.

[42] On ne sacrifierait pas le style législatif ni le registre soigné si on rendait un peu moins abstraits la logique et les liens entre les concepts à l'aide d'outils syntaxiques, peut-être comme suit :

La personne qui ne peut pas aliéner un bien ne peut pas non plus renoncer à la prescription acquise sur ce bien.

2.3. LA COMPLEXITÉ DES TEXTES LÉGISLATIFS EN FRANÇAIS

[43] Cela commence peut-être par une simple question à se poser au début de chaque nouveau dossier de rédaction, et que l'on devrait continuer de se poser tous les jours lorsque l'on reprend son ébauche : « pour qui est-ce que je suis en train de rédiger? ». Les légistes peuvent travailler sur la forme directe de leurs textes, mais ils doivent aussi tenter de véritablement placer le ou la lecteur.trice au centre de leurs préoccupations et de voir leur rôle comme celui d'un.e guide pour le ou la lecteur.trice⁶⁷, pour l'aider à trouver l'information qu'il cherche. En pratique, cela peut notamment se traduire par un souci de ne pas systématiquement adopter le point de vue de l'administration lorsque l'on rédige⁶⁸. Il ne faut pas penser l'organisation du texte du point de vue des institutions et de l'autorité qui sont chargées de son application, mais plutôt de celui des individus qui seront régi.es par ce texte.

[44] Ruth Sullivan recommande aux légistes de faire l'inventaire des différents groupes qui composent l'auditoire potentiel d'un texte législatif. Cela signifie qu'il faut s'intéresser aux personnes qui peuvent raisonnablement être affectées par le texte que l'on rédige⁶⁹. En pratique, cela veut dire de ne pas rédiger uniquement pour son ou sa client.e. Cela veut aussi dire s'intéresser à la façon dont les gens lisent les textes, et mieux comprendre les mécanismes cognitifs de la lecture.

[45] Cela implique aussi en pratique de constamment chercher à minimiser la complexité portée par le texte lui-même, parce que la complexité du sujet sur lequel on légifère et du droit substantif encadrant ce sujet est déjà amplement suffisante. Le langage est la colonne vertébrale du droit, il est nécessaire à l'expression du droit. Si le langage peut apporter de la complexité au droit, il peut aussi apporter de la clarté. Si on veut intégrer les questions d'accessibilité du droit et de la justice dans la rédaction législative, il faut cesser de croire qu'il y aura toujours un intermédiaire comme un.e avocat.e

67 Les légistes peuvent aider les lecteur.trices à trouver leurs repères dans le texte : Alison Bertlin, « What Works Best for the Reader? A Study on Drafting and Presenting Legislation », (2014) *The Loophole* 25, à la p. 46.

68 Jacques Lagacé, « La détermination de l'information à communiquer dans les dispositions normatives », dans Richard Tremblay, dir., *Éléments de légistique : Comment rédiger les lois et les règlements*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 289, à la p. 297.

69 Sullivan, *supra* note 24, à la p. 110. Auditoire identifié par le Parlement ou le moins expérimenté.

entre la loi et les justiciables⁷⁰. Il faut considérer les justiciables comme des lecteur.trices du texte de loi à part entière.

CONCLUSION

[46] La légistique est davantage un art qu'une science⁷¹, mais le style législatif actuel est singulier, et contribue à maintenir la complexité du droit. Or le style législatif n'est pas immuable. Il faut en tant que légistes, et surtout en tant qu'acteur.trices de justice, privilégier la souplesse de l'expression et encourager la créativité dans les manières d'exprimer les normes. Il faut sans cesse se poser des questions, et réfléchir aux raisons derrière l'adoption de telle ou telle pratique de rédaction, ou de tel ou tel style d'expression. Cela pourra peut-être permettre de réduire la complexité des textes normatifs, et ainsi rendre le droit plus accessible. La complexité en rédaction législative en français peut se frayer un chemin même dans des textes comme le Code civil. La recherche de l'abstraction n'est pas nécessairement un gage de clarté⁷² – on n'a pas besoin d'écrire le droit comme les maximes⁷³ et les proverbes qui se trouvent dans les pages roses du Petit Larousse illustré. Le langage évolue, le droit évolue, et le langage du droit doit évoluer aussi.

[47] La pratique de la légistique a pu évoluer par le passé, elle le peut encore aujourd'hui. La pratique de la légistique doit faire de l'accessibilité des textes normatifs l'une de ses priorités : il en va de la justice la plus fondamentale⁷⁴ et de la légitimité de nos institutions. Une telle évolution ne peut toutefois pas se faire en vase clos : elle devra se faire avec la contribution de toutes les acteur.trices de justice, des tribunaux et des praticien.nes du droit, pour que ces innovations puissent réellement prendre effet.

70 Ne serait-ce que parce que les services d'un.e avocat.e sont financièrement inaccessibles pour une bonne partie de la population : la quasi-totalité des personnes se représentant seules devant les tribunaux au Canada mentionnent le manque de ressources financières pour retenir les services d'un.e avocat.e comme l'une des raisons les ayant poussées à se représenter seules : Julie Macfarlane, *The National Self-Represented Litigants Project : Identifying and Meeting the Needs of Self-Represented Litigants*, rapport final, mai 2013, en ligne : <https://representingyourselfcanada.com/wp-content/uploads/2016/09/sdreportfinal.pdf>, aux pp. 8 et 39.

71 Driedger, *supra* note 34, à la p. xxviii.

72 *Contra* Tremblay, « L'abstraction au service de la clarté en rédaction législative », *supra* note 29 et *contra* Tremblay, « Le degré souhaitable de précision des textes législatifs », *supra* note 26.

73 Sur la notion de « maxime » en droit, surtout en droit civil, voir notamment Cornu, *supra* note 32, à la p. 330, et Mattila, *supra* note 35, aux pp. 40, 75 et 151.

74 Krongold, *supra* note 18, à la p. 501.

LES JUGES, ACTEURS ET ACTRICES DE LA JUSTICE SOCIALE

30

Emmanuelle Bernheim⁷⁵

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

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

Résumé

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

INTRODUCTION

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. LE CONTEXTE DE LA PRATIQUE JUDICIAIRE EN MATIÈRE SOCIALE

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

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

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

¹⁰² Art 672.81 Ccr.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. LES JUGES COMME AGENT.E.S THÉRAPEUTIQUES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tout le monde éclate d'un rire bienveillant.

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

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

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

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

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

3. UN RÔLE JUDICIAIRE À REPENSER

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CONCLUSION : LA JUSTICE SOCIALE : UNE RESPONSABILITÉ COLLECTIVE

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

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

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

QUELLE CONTRIBUTION DES AVOCATS À LA JUSTICE SOCIALE ?

46

Benoit Bastard¹⁴²

Benoit BASTARD
Quelle contribution des avocats à la justice sociale ?

¹⁴² Sociologue, CNRS, ISP, École normale supérieure Paris-Saclay

Résumé

S'il ne fait pas de doute que les avocats contribuent à l'accès à la justice, contribuent-ils également à la justice sociale ? La profession d'avocat a connu des changements considérables dans les dernières décennies, mais les clivages qui la traversent sont restés intacts. La lutte contre les discriminations revient pour l'essentiel aux avocats judiciaires, qui représentent, au civil et au pénal les justiciables démunis ou en difficulté. D'autres segments du barreau se trouvent peu concernés par l'action en justice et concentrent davantage de ressources. Pourtant, la profession présente un front uni et maintient sa position malgré ces clivages, ce qui donne tout son intérêt à l'étude de ses instances dirigeantes. En prenant appui sur une recherche portant sur le rôle que joue l'Ordre des avocats, notamment en matière de discipline et dans le développement du numérique, cette conférence questionne l'impact des transformations récentes sur la vie judiciaire et la manière dont les avocats participent à l'exercice de la justice.

INTRODUCTION

[1] La question de savoir quel lien on peut faire entre la profession d'avocat et la justice sociale peut susciter légitimement une hésitation, voire un certain étonnement¹⁴³. En effet, la connexion n'est pas forcément évidente entre les deux termes – l'activité des avocats et la réalisation de la justice dans la société. Les avocats contribuent certes à l'accès à la justice au sens précis de l'accès à l'institution judiciaire. Ils ont à cet égard un rôle essentiel « d'auxiliaire », d'intermédiaire, de traducteur. Mais la justice sociale, n'est-elle pas bien autre chose que la justice en tant qu'institution ? De fait, l'institution judiciaire n'est, si l'on peut dire, que le lieu de la mise en œuvre des normes du droit, des règles de la vie en société. Et on connaît bien les limites de cette justice-là. Nos justices sont imparfaites. Elles sont patriarcales, elles prêtent davantage aux riches. On pense à l'article classique de Marc Galanter : « Why the "Haves" Come out Ahead » (Galanter, 1974 et 2013) Ou encore on peut reprendre l'analyse de Pierre Bourdieu : la justice est un champ relativement autonome, dans lequel s'exercent des luttes entre différents groupes jusqu'à produire des décisions qui se donnent comme l'expression de l'autorité de l'État et contribuent en réalité à la reproduction du pouvoir et des inégalités (Bourdieu, 1986).

[2] N'est-ce pas à cette justice-là que la profession d'avocat contribue par son action plutôt qu'à la « justice sociale » – une notion qui reste à définir ? Une fois le premier étonnement passé, il est possible, pour avancer dans la réflexion, de faire un pas de côté par rapport à cette question de la justice sociale et de chercher à décrire ce que sont les avocats en tant qu'acteurs dans le système de justice et ce qu'ils font, ce qu'ils produisent dans et pour la société tout entière.

[3] Pour ce faire, je m'appuierai ici sur un ensemble de recherches réalisées au cours des dernières années : un rapport sur la profession d'avocat, rédigé avec Christian Bessy (Bessy, Bastard, 2020), une enquête sur l'Ordre des avocats en France (Bastard et al., 2016) et des travaux sur la justice familiale (Bastard 2022). J'esquisserai d'abord un état de la profession d'avocat en France et je montrerai qu'il s'agit d'une profession « divisée ». Puis, j'évoquerai la régulation de la profession et le rôle de ses instances dirigeantes : comment les avocats se maintiennent-ils en tant que groupe malgré les divisions ? Enfin je reviendrai à la « justice sociale » et à la question de savoir quelles contributions y apportent les avocats.

143 Ce texte reprend les idées présentées lors de la conférence donnée à Montréal le 8 mars 2022. Je remercie les organisateurs et tout particulièrement Vincent Gautrais pour leur invitation et leur accueil chaleureux.

1. LES TRANSFORMATIONS DE LA PROFESSION D'AVOCAT

[4] Dans les quatre dernières décennies, en France, la profession a connu des changements considérables – des changements qui toutefois n’ont fait que confirmer les lignes de fracture préexistantes mises en évidence il y a trois décennies par les travaux d’Anne Boigeol et de Lucien Karpik et sur lesquelles on reviendra plus loin (Boigeol, 1988, Karpik, 1995).

[5] Le nombre des avocats a plus que doublé. Ils étaient 25 000 en 1990, plus de 60 000 en 2014 et ils sont près de 70 000 aujourd’hui. Cet accroissement s’est fait, entre autres, par la fusion avec différents groupes professionnels : après la fusion avec l’autre profession historique, celle des avoués, qui avait eu lieu dès 1971, on a assisté à l’entrée des conseils juridiques en 1991, puis à celle des avoués des cours d’appel en 2011. En parallèle, le nombre des étudiants en droit qui sont devenus avocats s’est accru considérablement compte tenu de l’attractivité de la profession. De ce fait, la « densité » des avocats s’est accrue sur le territoire français - même si elle reste loin derrière les taux qu’on observe dans d’autres pays européens. Dans le même temps, la féminisation de la profession s’est poursuivie. Les femmes constituaient le tiers de la profession dans les années 1980. En 2009, elles en étaient plus de la moitié et elles sont plus de 56 % des avocats aujourd’hui. Cet accroissement ne peut cependant pas cacher les inégalités dans la profession. Les hommes et les femmes ne font pas les mêmes choses. Et si on prend un seul indicateur, le revenu : celui des femmes est inférieur de moitié à celui des hommes. La moyenne des revenus des avocats s’élevait à 74 000 euros en 2011. Ceux des femmes étaient alors de 37 000 euros en moyenne, ceux des hommes de 79 000 euros.

[6] Aux changements démographiques s’est ajoutée la diversification des formes de pratique (Bessy, 2015). Jusqu’aux années 1950, seul existait l’exercice individuel de la profession. Aujourd’hui, les avocats qui exercent seuls n’ont pas disparu et représentent encore 36 % de la profession. Cependant sont apparus différents types de structures collectives, et le nombre de celles-ci n’a pas cessé d’augmenter. Il y en avait environ 3 000 en 1997 et 7 500 en 2014. Sans les décrire dans toute leur complexité, on peut indiquer que la plus grande partie de ces regroupements est constitué par les sociétés d’exercice libéral à responsabilité limitée (SELARL) – elles étaient 51 % en 2016. Puis viennent les sociétés civiles professionnelles (SCP), soit 28 % de l’ensemble, et enfin les associations qui sont 12 %. Aujourd’hui, plus de 60 % des avocats exercent dans ces structures collectives : la moitié comme associés, l’autre comme collaborateurs.

[7] Il faut évoquer enfin la dimension internationale : de grands cabinets américains et surtout anglais se sont installés à partir du début des années 1990. La part de l’activité du barreau à l’international s’est accrue. Le nombre des avocats étrangers reste néanmoins faible – environ 3 % de l’ensemble.

[8] La plupart des changements évoqués ici étaient déjà amorcés dans les années 1980 et avec eux se dessinait une caractéristique essentielle de la profession, sa fragmentation, qui s'est maintenue et encore accrue depuis. Il existe, on le sait, différents modes d'exercice de la profession, avec des profils d'avocats différents. Il s'agit d'un profond clivage du point de vue des pratiques, de l'économie et du prestige, ce que Lucien Karpik avait déjà parfaitement décrit dans son ouvrage sur les avocats (Karpik, 1995). D'un côté, il y a les avocats judiciaires : ce sont des avocats individuels ou exerçant dans de petites structures, en contact permanent avec les juridictions. À leur sujet, Karpik parle de « barreau classique » ou encore de « logique du public ». Ils ont des revenus moyens ou faibles – le même auteur les caractérise par une « économie de la modération ». Dans les constats que j'ai pu faire moi-même, un principe d'exercice de la profession est ici essentiel : celui de la confraternité, parce que c'est celui qui permet à ces avocats de travailler les uns avec les autres dans des conditions convenables. D'un autre côté, il y a les avocats d'affaires – ici prime la « logique du marché ». Ils appartiennent à de grandes structures à dimension internationale. Celles-ci ont une forte attractivité, développent une sorte d'« élitisme » et concentrent beaucoup de la puissance économique de la profession. Karpik parle d'« économie de l'intensité ». Dans mes observations, un principe est ici essentiel, celui de la confidentialité, car « la déontologie ne doit pas empêcher le business », comme le dit un avocat d'affaires interviewé dans le cadre de l'enquête citée plus haut.

[9] On peut encore ajouter ici un constat important confirmé par Christian Bessy : il n'existe pas en France de structures de taille intermédiaire (Bessy, 2015). Les organisations de taille moyenne sont absentes et elles manquent. Les choses se polarisent toujours plus : les grands cabinets absorbent de plus en plus d'avocats et, de façon un peu étonnante, les avocats individuels sont eux aussi en nombre croissant.

[10] À cette opposition majeure s'ajoute la fragmentation des barreaux qui regroupent les avocats. En France, ils sont 164, autant que le nombre des tribunaux judiciaires, la juridiction de base qui a fusionné les tribunaux d'instance et de grande instance en 2020. Les barreaux ont des tailles et des capacités extrêmement différentes : 37 barreaux ont moins de 50 avocats – à Compiègne, par exemple, le siège d'un petit tribunal au nord de Paris, il y en a 75. À l'inverse, 12 barreaux regroupent 70 % de la profession. Lyon en a 3 000 et Paris 29 000, soit 42 % de la profession. Cette fragmentation et ces dissymétries ont généré beaucoup de divisions et de luttes d'influence dont certaines se poursuivent aujourd'hui.

[11] En définitive, la profession d'avocat est faite de segments qui ont peu de relations entre eux : le barreau classique et le barreau d'affaire, Paris et la province, etc. Ces clivages ne semblent pas se réduire à travers le temps. La question se pose alors de l'identité d'ensemble de la profession. Est-ce qu'il s'agit même d'une seule profession ou de plusieurs ? Cette interrogation

donne tout son intérêt et tout son sens à la problématique de la régulation de la profession. Qui la gouverne ? Pour faire quoi ?

2. QUELLE RÉGULATION DE LA PROFESSION ?

[12] Les instances qui gouvernent la profession sont à son image : multiples et fragmentées. Chacun des 164 barreaux est dirigé par un conseil de l'Ordre élu avec à sa tête le bâtonnier. La Conférence des bâtonniers est une émanation des barreaux et elle est l'une des instances nationales des avocats. À cette instance ancienne s'est ajouté, depuis 1990, le Conseil national des barreaux (CNB). C'est une autre émanation de la profession au plan national : une assemblée élue de 80 membres, plus le président de la conférence des bâtonniers et le bâtonnier de Paris. Le CNB contribue lui aussi à la représentation des avocats et à la régulation de l'ensemble. Il faudrait encore, pour être complet ici, mentionner les principaux syndicats d'avocats : la Fédération nationale des UJA (Union des jeunes avocats), l'ACE (Avocats conseils d'entreprises) et le SAF (Syndicat des avocats de France). Environ un quart des avocats seraient syndiqués.

[13] La gouvernance de la profession répond à une idée majeure, celle de l'indépendance. C'est d'abord l'indépendance de l'avocat : personne ne peut lui dire comment il doit penser ou agir. Et c'est aussi celle des barreaux : les membres du conseil de l'Ordre – et par conséquent le bâtonnier – « tournent » constamment pour éviter que qui que ce soit puisse prendre le pouvoir. Plus généralement, la profession se caractérise par son autonomie. Celle-ci lui est concédée par l'État, ce qui n'est pas le cas dans d'autres pays d'Europe – on pense par exemple à l'Allemagne. La profession édicte ses principes, fixe ses règles de pratique et gère les dysfonctionnements éventuels du point de vue professionnel.

[14] Sans décrire davantage en détail l'Ordre et sans évoquer ses activités, on voudrait ici prendre seulement deux exemples étudiés récemment pour souligner comment cette institution contribue à donner à la profession son unité, alors même que celle-ci est divisée, et à lui conserver l'indépendance à laquelle elle tient particulièrement et qui pourrait se trouver menacée, notamment par l'intervention de l'État ou encore par les règles émanant de l'Union européenne. On évoquera la question centrale à cet égard de la discipline, puis le développement du numérique auquel les Ordres sont fortement associés.

2.1. LA DISCIPLINE AVEC UN Oeil FERMÉ

[15] L'action disciplinaire au sein du barreau repose sur les conseils de l'Ordre qui font respecter les « principes essentiels » et les règles de pratique. Ces principes sont énoncés d'une manière très générale : la délicatesse, l'honneur, la probité, la confraternité, etc. Au fur et à mesure que les exigences de transparence de l'État et de la société se sont faites plus

précises, l'action de l'Ordre s'est renforcée. Elle est devenue un peu plus explicite, un peu moins feutrée qu'elle n'était naguère. Les Ordres reçoivent les plaintes qui viennent des avocats ou de leurs clients ou encore des tribunaux, ils mènent des enquêtes et ils poursuivent et sanctionnent, le cas échéant, les avocats qui ont manqué aux principes de la profession. Mener cette action est essentiel : il en va, pour l'Ordre, du maintien de son autonomie et du monopole qui lui est concédé.

[16] La recherche menée sur le rôle de l'Ordre a comporté l'étude détaillée du traitement d'une trentaine d'affaires disciplinaires dans trois barreaux, dont celui de Paris. Sans présenter ici le contenu de ces affaires, on peut indiquer que les poursuites menées par les conseils disciplinaires concernaient deux types d'avocats que la recherche s'est attachée à caractériser (Bastard, 2016). Il s'agit, d'une part, d'avocats malades, perdus, un peu fous pour certains d'entre eux – des avocats « paumés » qui dérivent et n'arrivent plus à tenir leur cabinet. Et d'autre part de « voyous » – des avocats qui outrepassent les limites et qui volent les clients, ou les confrères, ou le fisc, avec toutes sortes de pratiques de dissimulation, de fuite en avant, d'emprise, etc. Ce résultat est intéressant et il est aussi intrigant parce qu'il conduit au constat suivant : curieusement, il s'agit exclusivement dans ces deux catégories d'avocats du premier type évoqué plus haut, les avocats « judiciaires ».

[17] Les dossiers disciplinaires étudiés n'incluent pas d'avocats d'affaires. Ceux-ci n'y apparaissent pas, soit parce qu'il ne leur arrive jamais ce genre de problème, ce dont on peut bien évidemment douter, soit parce que ce genre de problème, lorsqu'il leur arrive, est traité « en interne » au sein même des grands cabinets qui disposent, on le sait, de services visant par exemple à « trier » les clients, à prévenir les difficultés et qui peuvent aussi vouloir préserver leur image. Ce constat doit néanmoins être considéré avec beaucoup de précautions : comment interpréter un « manque », un non-résultat ? Il reste cependant que tout se passe comme si la discipline de l'Ordre s'exerçait avec « un œil à demi-fermé ». On est dès lors conduit à former une hypothèse : alors que la discipline, telle qu'elle est exercée par le barreau, couvre en apparence toutes les activités des avocats, elle en manque en réalité une partie. Elle est une protestation de transparence et d'« accountability » pour l'ensemble de la profession et l'Ordre des avocats s'y adonne très sérieusement, donnant ainsi à voir une apparente homogénéité. Cependant, il le fait en réalité « avec un œil fermé », autrement dit, il « oublie », ou même il masque, les grands écarts qui séparent les différents segments de la profession.

2.2. LE NUMÉRIQUE, VECTEUR D'UNIFICATION DE LA PROFESSION ?

[18] C'est à la suite de ses travaux de théorisation des institutions qu'Ostrom s'est Rappelons d'abord un constat remarquable fait par Lucien Karpik : l'Ordre et le bâtonnier n'ont pas de pouvoir dans l'administration des hommes

– à cause du principe de l'indépendance – mais, en contrepartie, ils en ont dans l'administration des choses. C'est précisément pourquoi le développement des nouvelles technologies a pu constituer une opportunité pour la réorganisation de la profession. Le développement du numérique voulu par l'institution judiciaire, et largement subi par les avocats, appelle une attention toute particulière du fait qu'il a donné une légitimité et une dimension nouvelles à l'action des Ordres et qu'il contribue de ce fait à la reconfiguration de la profession.

[19] Les avocats n'étaient pas vraiment en avance sur ce sujet il y a une dizaine d'années – on pense ici en particulier au développement des communications avec les juridictions. Ce sont les autorités judiciaires qui ont poussé à organiser la numérisation des échanges. Pour les tribunaux, c'était une manière de pallier leur pauvreté en externalisant certaines tâches et ils s'y sont lancés sans avoir vraiment les moyens de leur politique, mais en comptant sur leurs partenaires.

[20] Les avocats ont dû suivre pour répondre aux attentes de l'institution judiciaire. Cela a constitué un processus très pénible, une avancée en grand désordre (Velicogna et alii., 2011). Compte tenu de la fragmentation évoquée plus haut, différents systèmes de communication entre barreaux et tribunaux ont été mis en place : un à Paris, d'autres dans quelques grands barreaux de province, sans communication possible entre eux. Il en est résulté des difficultés et des conflits qui ont duré des années et qui ont généré beaucoup de souffrance pour les avocats. La mise en place des nouveaux dispositifs engendrait des problèmes sans fin et des tensions fortes. Les effets sur le travail des avocats et de leurs collaborateurs se sont fait longtemps sentir : les communications étaient difficiles à établir et, par exemple, il fallait s'y reprendre à de nombreuses reprises pour réussir l'envoi des pièces des dossiers dont la taille devait être beaucoup limitée. Beaucoup de questions juridiques et déontologiques se posaient sans recevoir de réponse.

[21] Aujourd'hui, la pratique des interactions judiciaires sur le support digital s'est normalisée, notamment grâce à l'action du CNB et aux accords qui ont été trouvés entre les barreaux de province et avec Paris. Beaucoup de procédures se font obligatoirement sur le réseau des juridictions (la déclaration d'appel, par exemple). Certaines audiences sont virtuelles (la mise en état des causes). Une très grande partie des communications avec les tribunaux passent par le numérique, ainsi que les échanges entre avocats au cours du déroulement des procédures. La pandémie n'a évidemment fait que prolonger et précipiter cette évolution.

[22] On peut noter au passage que la question reste entière à savoir quel est l'effet de ces transformations sur la justice qui est rendue. Dès lors qu'elle est numérisée, la justice est devenue de plus en plus « écrite », une tendance qu'elle avait déjà développée auparavant, mais qui s'est encore affirmée. Il y a de moins en moins d'avocats dans les palais de justice et de moins en moins d'opportunités pour des relations informelles entre les acteurs

judiciaires, alors qu'on peut penser que ces opportunités contribuaient à la construction du milieu professionnel et aux traitements des affaires. La tendance est à la disparition du débat judiciaire et les avocats s'en plaignent à juste titre.

[23] Quoi qu'il en soit, il s'agit ici surtout de souligner les conséquences de la numérisation de la justice pour la profession d'avocat. La digitalisation des échanges a atténué les effets de frontière. Les cloisonnements entre barreaux ont de moins en moins de raisons d'être, dès lors qu'un avocat peut adresser ses écritures dans tout le pays. Une règle ancienne, la postulation selon laquelle un avocat est obligé de faire appel à un confrère, un correspondant, quand il plaide devant un autre tribunal que celui où il est inscrit au barreau, a déjà été assouplie en 2015 et certains pensent qu'il serait bon qu'elle disparaisse, ce qui aboutirait à ce qu'il ne reste qu'un seul barreau aux dimensions de la France entière.

[24] À partir de ces constats sur le barreau, son évolution et la manière dont il est gouverné, on peut en venir à une première conclusion. La profession d'avocat, on ne peut que le constater, dure, se maintient et se renouvelle constamment. Si sa force vient de sa capacité à se développer, à intégrer de nouvelles composantes et à se redéfinir, sa réussite dans ce processus tient au fait qu'elle dispose de ressources importantes et de compétences pour les mettre en jeu. À cet égard, les avocats jouent sur plusieurs tableaux à la fois. Parmi les capitaux dont ils disposent, il y a des capacités narratives, essentielles. Il s'agit de raconter l'histoire multi-centenaire de la profession et de mettre en scène et réaffirmer la permanence des principes essentiels, le souci des droits de la défense, la préoccupation plus générale pour les droits humains et la démocratie, etc. Les avocats ont su aussi renouveler le fonctionnement des barreaux qui ont pris la dimension d'organisations modernes et performantes, quelle que soit leur taille. À côté de cela, il y a aussi les ressources économiques, la puissance et l'attractivité du barreau d'affaires. Ces avocats-là sont certes loin du judiciaire et se sentent moins attachés au barreau qu'à l'entreprise dans laquelle ils travaillent, mais dans les dernières années, les membres des grands cabinets ont vu aussi l'intérêt qu'ils peuvent avoir à se rapprocher de l'Ordre et à participer au fonctionnement de ses instances.

[25] En définitive, alors qu'on aurait pu craindre un grand écart délétère, certains signes montrent que les tensions entre les segments du barreau se réduisent. On pense, par exemple, à la réforme de la postulation citée plus haut ou à la création du concours d'entrée national dans la profession d'avocat en 2016. Avec le succès du CNB et la réduction des antagonismes avec le barreau Paris, une tendance à la diminution des particularismes des barreaux locaux se fait jour.

[26] D'ailleurs, certains thèmes rassembleurs ont pour effet de souder les avocats de tous bords. Tous ne sont-ils pas d'accord pour manifester contre les conditions actuelles du fonctionnement de l'institution judiciaire et pour

protester lorsque l'État, et parfois les juges, s'en prennent aux avocats en critiquant les stratégies qu'ils emploient ou en mettant certains de leurs confrères sous surveillance ? Tout ceci montre la capacité de la profession à rebondir et à réagir collectivement face aux menaces dont elle est ou dont elle pourrait être l'objet.

3. CONTRIBUTIONS DES AVOCATS À LA JUSTICE SOCIALE

[27] Il est possible de revenir maintenant à notre question de départ, celle de savoir si et comment les avocats contribuent à la justice sociale. Pour cela, il nous faut donner une définition, même provisoire, de cette notion, puis réunir quelques données sur la manière dont se structure la participation des avocats à cette justice.

3.1. DE QUOI EST FAITE LA JUSTICE SOCIALE ?

[28] Pour évoquer les dimensions de la justice sociale, on peut faire un détour en citant l'approche philosophique et politique que propose Nancy Fraser (Fraser, 2011). Partant d'une critique de la notion de justice sociale envisagée uniquement sous l'angle économique, Fraser constate que l'idée de lutte entre classes s'est affaiblie et qu'elle ne permet plus à elle seule de rendre compte des sentiments d'injustice qui traversent la société. Elle considère donc qu'il faut élargir notre notion de la justice sociale en lui donnant plusieurs dimensions – l'une rétributive, l'autre de reconnaissance et la troisième de représentation. En ne retenant ici que les deux premiers aspects, on peut indiquer que la dimension rétributive inclut les revenus, la propriété, mais aussi l'accès à l'emploi, à l'éducation, aux soins de santé, aux loisirs, ou encore l'exposition à la pollution environnementale, etc. Quant à la dimension de la reconnaissance, elle se réfère au genre, à la race, à l'ethnicité et à la nationalité – en sachant que, selon notre auteur, ces listes pourraient être modifiées ou allongées. De plus, il est essentiel, selon elle, de considérer que ces dimensions ont des liens intrinsèques : quand on envisage l'une d'entre elles, elle contient nécessairement certains aspects des deux autres. De plus, le principe le plus général qui est proposé englobe toutes ces dimensions : « l'égle participation des personnes concernées aux débats associés à la mise en œuvre des modèles qui guident les enjeux de redistribution, de reconnaissance et de représentation ». Autrement dit, la justice sociale, ainsi projetée, renvoie à une visée discursive et démocratique, à la capacité des acteurs d'interagir à propos de ces différentes dimensions. Cette façon de voir les choses semble très inspirante dans la situation actuelle et notamment par rapport à notre question.

3.2. LA JUSTICE SOCIALE DANS L'ACTION DES AVOCATS

[29] À première vue, les avocats ne semblent pas avoir collectivement en « point de mire » la justice sociale telle qu'on vient de l'évoquer. Ils ont beau

faire du « désintéressement » l'un de leurs principes essentiels, on sait que ce principe qui renvoie aux origines du groupe professionnel n'est pas véritablement mis en œuvre en tant que tel. À suivre les sociologues critiques, comme Anne Boigeol, cette affirmation du désintéressement, si elle constitue une contrainte structurelle, une condition nécessaire à l'exercice de la profession, a aussi une autre fonction : servir d'écran à des pratiques extrêmement intéressées (Boigeol, 1988, p. 79). De fait, il est aisé de constater que des segments entiers de la profession ont des activités qui contribuent à la reproduction des rapports de pouvoir dans la société et au maintien des inégalités. Et pourtant, à y regarder de plus près, on peut voir aussi que d'autres secteurs importants du barreau contribuent peu ou prou à la justice sociale, soit sous l'angle redistributif, soit sous l'angle de la reconnaissance qu'on vient d'évoquer. On en citera quelques aspects sans chercher à les ordonner ni prétendre à l'exhaustivité.

[30] Tout d'abord, dans la sphère économique, il faut évidemment penser aux avocats qui interviennent dans les luttes contre les discriminations relatives à l'emploi, notamment devant la juridiction des prudhommes, à leur action face aux licenciements collectifs, aux opérations de restructuration des entreprises qui portent atteinte à l'emploi, à leurs interventions qui touchent les conditions de travail, la pénibilité, les inégalités et les discriminations liées au sexe ou au handicap, etc. Sans ajouter ici d'autres exemples, on peut noter, en suivant Nancy Fraser, que si la dimension économique est ici prédominante, les interventions qu'elle occasionne sont aussi d'un autre ordre. Obtenir des signes de reconnaissance est tout autant important dans ces luttes – reconnaissance du travail effectué, de la pénibilité endurée, de la participation à l'histoire commune d'une entreprise. Le travail des professionnels du droit peut y contribuer. D'autres situations pourraient être ajoutées : la gestion du contentieux relatif aux étrangers en situation irrégulière, par exemple. Et on pourrait aussi évoquer les conséquences possibles de telles actions légales sur les transformations de la loi elle-même.

[31] Quand on envisage la justice sociale sous l'angle de la reconnaissance, on ne peut que constater l'ampleur de la contribution de la profession, avec les avocats qui relèvent le défi de la défense des plus démunis et des plus fragilisés. Il s'agit bien sûr des avocats des affaires familiales ou ceux de la justice des mineurs. C'est ainsi qu'on assiste en France, depuis quelques décennies, au développement militant, assez lent mais régulier, de la pratique des avocats d'enfants. Le même engagement se retrouve dans le secteur pénal, avec des avocats qui sont confrontés aux exigences immenses de la défense dans un système de justice qui se veut de plus en plus efficace et qui devient en réalité de plus en plus expéditif jusqu'au point d'amoindrir tout débat judiciaire. Au pénal également, il faut considérer aussi ce que le mouvement de reconnaissance de la place des victimes doit aux avocats. On voit l'importance d'un tel rôle dans les procès récents qui font suite aux attentats terroristes. Il importe de réussir ces procès si on veut que les victimes, et la société tout entière, puissent y trouver leur compte – et les avocats y contribuent.

[32] Enfin, il faut faire une place spéciale aux « cause lawyers », ces avocats qui, de multiples manières, luttent contre l'injustice de la justice ou ouvrent de nouveaux fronts dans la lutte contre les discriminations. Je pourrais donner l'exemple, dans le champ du droit de la famille, d'une avocate, Caroline Mécarry, qui a joué un rôle essentiel dans la mise à l'agenda politique du « mariage pour tous » (Yvert, 2021). Elle a notamment pris en charge, d'une manière systématique, des affaires dans lesquelles des couples de même sexe cherchaient à obtenir des droits parentaux. Elle a contribué à tous les moments de la « mise à l'agenda » de cette réforme. De tels avocats ont une place à part dans la recherche de davantage de justice.

[33] Il faut encore noter que l'action des avocats dans une perspective ou l'autre est soutenue par l'État ou dépend de lui quand il s'agit de la représentation et de la défense des plus démunis. C'est toute la problématique de l'aide juridictionnelle (l'AJ). Le nombre d'affaires pour lesquelles l'État français a rétribué un avocat a beaucoup augmenté dans les dernières décennies : il y en a eu 348 000 en 1991 et 698 000 en 2000. En 2014, l'État a payé 745 000 de ces « missions » d'avocats pour un total d'environ 227 millions d'euros¹⁴⁴. Cette année-là, 26 000 avocats ont été rétribués pour au moins une mission d'AJ, soit 41 % des avocats. Mais ce qui est remarquable et fort préoccupant, c'est que cette proportion des avocats concernés a beaucoup diminué : en 2000, c'était près de 80 % des avocats qui étaient intervenus au titre de l'aide judiciaire et ils ne sont plus, comme on vient de le noter, que 41 % aujourd'hui. Que s'est-il passé ? La contribution à cette sorte de justice sociale que représente l'aide judiciaire repose sur une partie des avocats qui se réduit de plus en plus – et il s'agit des avocats relativement les moins aisés. Les syndicats d'avocats militent d'ailleurs en permanence pour une revalorisation de l'AJ, ce qui occasionne des grèves récurrentes.

[34] Il faut aussi noter, dans un autre registre et pour être complet, que l'Ordre des avocats en tant que tel et les grands cabinets ne sont pas entièrement absents de la scène de la justice sociale. Ils y occupent aussi une place à travers des activités diverses : travail pro bono, aide humanitaire, et aussi participation au développement de barreaux étrangers comme un élément de la justice démocratique dans différentes régions du monde.

CONCLUSION

[35] J'ai essayé de suggérer, dans cette contribution, comment la profession parvient à grandir en exorcisant et en contenant ses démons centrifuges. Parmi les ressources qu'elle utilise pour affirmer son unité et revendiquer le renouvellement des garanties dont elle bénéficie – son monopole de la représentation, son autonomie de fonctionnement, sa capacité d'autodiscipline – il y a, évidemment, le discours sur la protection des droits et sur la participation des avocats à des idéaux humanistes, démocratiques, de liberté et d'égal accès à la justice. C'est sans aucun doute à juste titre que la

144 Voir Unca, Statistiques aide juridique 2011, février 2012.

profession peut ainsi revendiquer une participation à l'avènement de davantage de justice sociale – on vient, de le montrer suffisamment. On relèvera cependant encore une fois, pour conclure, comment elle produit cette participation à la justice dans la société – et ceci n'est pas une révélation si on se reporte encore une fois aux travaux réalisés par Anne Boigeol dans les années 1980 à propos du désintéressement. Elle le fait en déléguant le soin de produire cette contribution à certains segments du barreau – qui sont eux-mêmes composés de la partie des avocats relativement la moins dotée. Pour ces avocats la production de la justice sociale peut constituer leur travail et la source de leur revenu, mais certainement aussi leur motivation, voire leur raison de vivre.

LES ARBITRES COMME ACTEURS DE JUSTICE¹⁴⁵

60

Fabien Gélinas¹⁴⁶

Fabien GÉLINAS
Les arbitres comme acteurs de justice

¹⁴⁵ Ce texte est adapté d'une conférence prononcée le 4 novembre 2021. Le style destiné à la communication orale a été maintenu.

¹⁴⁶ Professeur, titulaire de la Chaire Sir William C. Macdonald en droit à l'Université McGill.

Résumé

D'aucuns qualifieront d'inattendue l'intrusion de l'arbitre dans un volume consacré aux acteurs de la justice tant cette dernière est associée, dans la conscience collective, à l'État et à ses juges. Ne dit-on pas que la justice est fonction régaliennne, une fonction dont l'État doit assurer l'organisation ? Ou que le Souverain est source de toute justice ? Cette contribution cherche à replacer dans une perspective plus large la justice en la distinguant de ses incarnations contemporaines les plus visibles, celles qui, encore aujourd'hui, en déterminent la représentation et l'imaginaire. Ce recul historique et conceptuel permet d'entrevoir le potentiel considérable de la décision de justice hors l'investiture d'un juge, où se profile la figure sans âge, ubiquitaire et récurrente de l'arbitre rendant une justice dénudée de ses atours régaliens, purifiée des traces de son incontournable rôle politique, affranchie de ses contraintes nationalistes, et ramenée à son intemporelle expression.

INTRODUCTION

[1] Bonsoir à tous et merci de votre participation à cette soirée du cycle de conférences sur les acteurs de la justice. On m'a convoqué pour vous parler des arbitres et je dois avouer trouver la chose un peu gênante. Il n'est pas très poli, après tout, de parler de soi-même, du moins aussi longuement que ce que l'on me propose de faire aujourd'hui. Laissez-moi donc vous parler des autres arbitres, en excluant, le temps de nos travaux, la personne qui parle. D'aucuns qualifieront d'inattendue l'intrusion des arbitres dans un cycle de conférences sur les acteurs de la justice tant cette dernière est associée, dans la conscience collective, à l'État et à ses juges. Ne dit-on pas que la justice est fonction régaliennne, une fonction dont l'État doit assurer l'organisation ? Ou que le Souverain est source de toute justice ?

[2] Je vous propose donc ici de replacer dans une perspective plus large la justice en la distinguant de ses incarnations contemporaines les plus visibles, celles qui, encore aujourd'hui, en déterminent la représentation et l'imaginaire. Cette perspective offre au regard un vaste domaine dont les sentiers sont couverts de branches enchevêtrées, et dont les voies d'accès sont encombrées par de longues années de sédimentation. Pour y voir plus clair sans avoir à trop défricher, il sera nécessaire de s'aménager une certaine distance par rapport à notre objet. Je vous propose de couvrir cette distance en six temps.

1. LE DÉCIDEUR DE L'ÎLE

[3] Je vous demanderai dans un premier temps de faire preuve d'indulgence et de bien vouloir me suivre par la pensée en imaginant une île perdue sur laquelle se retrouvent bien malgré eux, mais tout de même heureux d'être vivants, un groupe de naufragés. Ce jeu bien connu au XIXe siècle sert à visualiser une forme de tabula rasa sociale. Pour mettre la table bien à nu, imaginons que les membres du groupe sont frappés d'un type d'amnésie qui les prive de tout souvenir des rapports sociaux qu'ils entretenaient avant le naufrage, et des lois et coutumes qu'ils avaient pu observer dans leurs pays d'origine ou à bord du navire.

[4] Très vite, des désaccords surviennent et un membre du groupe est désigné pour les régler. Il prend cette responsabilité très au sérieux. Dès le départ, il se rend compte qu'il ne peut agir selon ses propres préférences, mais qu'il doit penser et peser ses décisions en fonction du bien commun. Il se rend vite compte aussi que l'on s'attend à ce qu'il soit cohérent : ses décisions seront donc inévitablement considérées comme des précédents appelés à former un ensemble de règles qui, à leur tour, guideront le comportement des membres du groupe. Il se sent vite contraint de s'assurer que chaque décision est la bonne décision, la meilleure pour le groupe à la lumière des objectifs du groupe et des principes du vivre ensemble.

[5] Cette île est empruntée à l'imagination du philosophe et juriste américain, Lon Fuller, qui l'évoquait de manière plus détaillée pour illustrer les deux faces de l'univers juridique que sont le droit découvert par la raison, et le droit que l'on pose d'autorité¹⁴⁷. Pour nos fins, le décideur de l'île, que Fuller décrit comme un juge ou un arbitre, aura simplement eu la tâche de nous rappeler la possibilité de la décision de justice et son potentiel hors les ornières, et par-delà des œillères, formées par le modèle de la justice étatique qui domine la conscience juridique depuis quelques centaines d'années. Peut-on contester que le décideur de l'île puisse bel et bien rendre des décisions de justice sans être investi par un État ? Son exemple ne suggère-t-il pas que la décision de justice peut se concevoir hors le cadre juridique de l'État ? Et qu'un ordre juridique pourrait, du moins en théorie, se construire à partir de la décision de justice ?

2. LE TIERS DÉSINTÉRESSÉ

[6] Gardant tout cela bien à l'esprit, je vous demanderai ensuite, dans un deuxième temps, d'envisager notre sujet sous l'angle de l'indépendance et de l'impartialité que l'on exige du tiers décideur, juge ou arbitre. L'indépendance et l'impartialité du décideur de justice sont surtout connues aujourd'hui sous la forme d'un principe souvent constitutionnalisé d'indépendance de la magistrature. Les efforts consentis par des générations de juristes au développement et au raffinement de ce principe ont formé une espèce de corpus de doctrine, de jurisprudence et de textes législatifs ou de droit souple, auquel ont pu se référer les arbitragistes contemporains à la recherche de critères adaptés à la réalité de leur environnement largement détaché des États. Ces arbitragistes se sont toutefois heurtés à un corpus qui tend à confondre dans une mesure importante l'indépendance du décideur de justice avec les protections visant à assurer la capacité institutionnelle du pouvoir judiciaire de faire contrepoids aux autres branches politiques de l'État. Ainsi, un regard historique sur le droit romain, et même au-delà, nous rappelle que l'indépendance du tiers décideur fut pendant longtemps centrée, d'abord et avant tout, sur le procès. Le Code de Justinien indique que nul ne peut être son propre juge ou juger sa propre cause¹⁴⁸. Il doit donc y avoir deux parties prenantes et un tiers désintéressé, le juge ou l'arbitre. Le tiers ne peut être partie, cela s'entend, mais il perd aussi sa qualité de tiers s'il est associé par des liens étroits à l'une des parties, ou s'il y est assimilé en raison de son intérêt dans le résultat du litige qui lui est confié. Cette idée de la décision de justice comme produit d'une configuration tripartite est centrée sur la procédure, judiciaire ou arbitrale, envisagée indépendamment de son contexte politique ou institutionnel et conçue dans l'intérêt des parties aux litiges. C'est ce que suggère plus clairement encore la formulation du Code de Théodose, plus ancien, qui met en parallèle cette exigence d'indépendance et l'interdiction faite aux parties de témoigner dans leur

¹⁴⁷ Lon Fuller, « Reason and Fiat in Case Law », 59 (1946) *Harvard Law Review* 376.

¹⁴⁸ Code de Justinien, 3.5.1.

propre cause¹⁴⁹. Tous cela est centré sur le procès et la protection des parties.

[7] C'est donc sous cette forme que l'indépendance du décideur peut être présentée comme un principe de justice à la fois ancien et universel, applicable aux juges comme aux arbitres. Ce n'est que plus tard que le développement des institutions étatiques actuelles, et surtout d'un « pouvoir » judiciaire envisagé comme branche de l'État et faisant contrepoids aux branches politiques, a fait en sorte qu'une attention plus soutenue soit portée à l'intérêt de la chose publique, au-delà des litigants, dans le développement d'un principe d'indépendance de la magistrature aujourd'hui difficile à démêler, à certains égards, de la séparation des pouvoirs dans l'État contemporain¹⁵⁰.

3. L'ARBITRE SANS ÂGE

[8] Permettez-moi de vous inviter dans un troisième temps à approcher notre sujet sous l'angle des lieux historiques innombrables où l'on a pu trouver la figure de l'arbitre avant l'avènement de l'État moderne. Vu les contraintes qui me sont imposées ici, je m'en remettrai largement au survol historique offert par Thomas Clay dans sa magistrale étude intitulée « L'arbitre »¹⁵¹. Fort d'un survol des lieux historiques de civilisation où l'on pratiquait régulièrement l'arbitrage, il montre la présence de l'arbitre là où émergent les premiers signes d'écriture, non seulement où l'on retrouve la figure du juge, mais là aussi où cette dernière est absente. Des Assyriens de la première souche, vers la fin du troisième millénaire avant notre ère, à l'Arabie préislamique, on trouve l'arbitre, en passant par l'Inde antique, le droit hellénique et l'Empire romain. Ce dernier fournit une version reconnaissable encore aujourd'hui de la pratique de l'arbitrage dans un encadrement juridique détaillé. Un historien du droit écrivait que « la structure romaine est sans doute complexe, mais elle parvient au même résultat, à quelques différences près [...], que l'arbitrage moderne »¹⁵². C'est que sa forme ne nous a jamais quitté : on la retrouve dans l'empire byzantin¹⁵³, de même que chez les Visigoth, dont les lois prévoyaient non seulement la liberté des parties de choisir un arbitre, mais assuraient aussi l'exécution de sa sentence¹⁵⁴. On retrouve encore l'arbitre dans les foires du Moyen Âge en Europe, puis dans les grandes ordonnances royales, jusqu'à la révolution française, où les arbitres prennent un temps la place des juges discrédités. Les arbitres règlent par ailleurs les différends du droit des gens, préfigurant les tribunaux internationaux

149 Code de Théodose, 2.2.1.

150 Sur cette problématique, voir Fabien Gélinas, « The Dual Rationale of Judicial Independence » in Alain Marciano, dir., *Constitutional Mythology*, Londres, Springer : 2011, 135.

151 Thomas Clay, *L'Arbitre*, Paris, Dalloz : 2001, 2-10

152 Michel Humbert, « Arbitrage et jugement à Rome », *Droit et cultures*, vol. 28, 1994, 47, p. 49.

153 Daphné Papadatou, « L'arbitrage byzantin », *Revue de l'arbitrage*, 2000, 349.

154 *Lex Visigothorum*, livre IV, Titre II, 14, 26

interétatiques dont l'expérience est ensuite reprise, notamment par la Chambre de commerce internationale au début du XXe siècle pour les affaires internationales entre parties privées, avant d'être reprise encore pour l'arbitrage mixte des investissements. On pourra avec quelque raison croire que l'arbitre s'est abreuvé à la fontaine de jouvence, car il est sans âge.

4. L'ARBITRE AFFRANCHI

[9] Je vous invite à considérer dans un quatrième temps que l'arbitre semble s'être affranchi de tout élément d'institutionnalisation ou de cristallisation des pratiques qui l'empêcherait de poursuivre sa course à travers le temps et l'espace : il est ubiquitaire et protéiforme. L'arbitrage se pratique entre États et entités étatiques ; entre personnes privées – physiques ou morales – et entre États ou entités étatiques et parties privées. L'arbitrage est aussi mis en œuvre entre les entités constitutives d'une fédération et des organisations internationales gouvernementales ou non gouvernementales, et il peut être adapté à des situations impliquant des associations ou des groupements qui ne correspondraient pas exactement à la nomenclature utilisée jusqu'ici. Un exemple récent de ce dernier cas est celui de l'arbitrage conduit sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage entre le gouvernement du Soudan et le mouvement armé de libération du peuple soudanais¹⁵⁵. L'arbitrage peut se retrouver dans toutes les sphères d'activités et de domaines juridiques.

65

[10] L'arbitre est donc bien en selle sur une monture infatigable, ne craignant aucun terrain et répondant à l'appel de justice dans les espaces négligés par le droit institutionnalisé des États. Il est l'exemple parfait du naturel qui, chassé, ne tarde jamais à revenir au galop. De manière primordiale, l'arbitre met en application des normes provenant de toutes sortes de sources, qu'elles soient publiques ou privées, ainsi que toute combinaison de règles et pratiques qu'il soit possible d'imaginer.

5. L'ARBITRE ET SON DROIT

[11] Ceci nous permet de considérer dans un cinquième temps le rapport de l'arbitre au droit. Le sujet est si vaste qu'il sera devenu autre avant que nous ayons pu ne serait-ce que songer à lui rendre justice. Quelques brèves remarques devront suffire ici. Les arbitres ont à toutes les époques été associés d'un peu plus près que les juges à diverses formes d'équité, ou à l'application plus souple des règles de droit. Aristote en parle à plusieurs reprises, affirmant par exemple que l'arbitre voit l'équité là où le juge ne voit que la loi¹⁵⁶. Les degrés qui séparent le juge de l'arbitre à cet égard ont considérablement varié au fil du temps et des contextes, mais on peut dire

¹⁵⁵ Arbitrage Abyei, Sentence, 22 juillet 2009, Affaire nO 2008-07.

¹⁵⁶ *Rhétorique*, 1-1374 b

avec assurance que cette distinction est dans l'ensemble avérée. Elle se présente aujourd'hui sous trois formes principales.

[12] D'abord, l'amicable composition se retrouve aujourd'hui comme une option systématiquement proposée aux parties par les instruments internationaux gouvernant l'arbitrage. Le pouvoir d'un arbitre de trancher en amiable compositeur doit lui être confié par les parties : il n'est jamais présumé. Les parties n'y ont recours, à notre époque, que très rarement.

[13] Ensuite, les parties sont, devant les arbitres, libres de choisir les règles de droit applicables au fond de leur litige sans devoir nécessairement recourir au droit étatique, permettant ainsi la désignation d'un droit a-national ou transnational, voire d'un droit hybride concocté par l'amalgame de sources variées. Aussi, dans les cas où les parties n'ont pas désigné de règles applicables au fond de leur litige, les arbitres sont généralement affranchis de tout recours aux règles et systèmes de conflit de lois qui lient les juges dans la détermination du droit et confinent ces derniers au droit national pour trancher des questions transnationales. Non seulement le juge est-il contraint d'appliquer les règles de conflit de son propre système ; ce système le contraint aussi d'appliquer un droit national, que les règles de conflit nationales désignent inmanquablement.

[14] Finalement, l'étude des sentences arbitrales internationales suggère que les arbitres tendent à adopter une conception plus large des usages du commerce leur permettant dans certaines circonstances d'écarter les résultats inattendus d'un droit étatique désigné par les parties¹⁵⁷.

[15] À la lumière de ces éléments qui distinguent le juge de l'arbitre apparaissent les linéaments d'une représentation de ce dernier le plaçant au centre d'une constellation de droits, de règles et de systèmes pouvant avoir vocation à s'appliquer. L'arbitre en est le juge, ou le conciliateur.

6. LE DROIT ET LA DÉCISION DE JUSTICE

[16] Je vous invite dans un dernier temps à considérer très brièvement la thèse soutenue par Alexandre Kojève¹⁵⁸, et plus récemment par François Ost. Ces derniers proposent une représentation des pratiques juridiques à travers le temps et l'espace qui font de l'intervention d'un tiers, impartial et désintéressé, le critère même de la juridicité, le noyau du droit¹⁵⁹. Le législateur et le prince sont bien sûr des acteurs tiers qui participent à l'œuvre du droit, mais cette qualité de tiers n'est pas la condition première de leur intervention. Il s'agit donc essentiellement de placer au centre de notre

¹⁵⁷ Voir Emmanuel Jolivet, Giacomo Marchisio et al., « Trade Usages in ICC Arbitration », dans Fabien Gélinas, dir., *Trade Usages and Implied Terms in the Age of Arbitration*, New York, OUP: 2012, 211.

¹⁵⁸ Alexandre Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard : 1981.

¹⁵⁹ François Ost, *Le droit ou L'empire du tiers*, Paris, Dalloz : 2021.

conception du droit la décision de justice, plutôt que, en amont, la loi posée par un législateur ou, en aval, l'exécution forcée de la décision de justice par le prince, puisque le juge et l'arbitre représentent l'idéal-type du tiers, le tiers par excellence.

[17] Cette perspective permet de s'éloigner d'une perception légicentriste ou managériale du droit, la première étant toujours dominante aujourd'hui, surtout en Europe continentale, après avoir succédé à la seconde. Cette perspective centrée sur la décision de justice nous permet d'entrevoir le potentiel d'une conception du droit axée sur la décision de justice, autour de laquelle seraient en orbite les pratiques et usages, les attentes légitimes, les normes posées ou émergentes, voire les systèmes juridiques et leurs prétentions. Il s'agit d'une perspective qui réhabilite en quelque sorte la raison face à l'autorité, tout en reconnaissant bien sûr, pour des raisons de légitimité et de sécurité juridique qui lui sont intelligibles, que la raison tend à rendre à César ce qui lui revient. Cette perspective a eu l'heur d'être longtemps obstruée par la domination du droit par l'État, et tout particulièrement à travers l'appropriation, c'est-à-dire la nationalisation, du droit international privé, des règles qui permettent de gérer les conflits de lois ou, comme mon défunt collègue Patrick Glenn le dirait, d'opérer la conciliation des lois¹⁶⁰.

CONCLUSION

[18] Que retenir de notre périple en six temps ? Le décideur de l'île que nous avons d'abord rencontré nous a permis d'entrevoir le potentiel considérable de la décision de justice hors l'investiture d'un juge par l'État. Les temps qui se sont ensuite succédé nous ont permis de retrouver par la figure sans âge, ubiquitaire et récurrente de l'arbitre le noyau de la décision de justice dénudée de ses atours régaliens, purifiée des traces de son incontournable rôle politique, affranchie de ses contraintes nationalistes, et ramenée à son intemporelle expression. Oui, l'arbitre est un acteur de justice au même titre que le juge : l'un et l'autre s'observent comme dans un miroir, chacun songeant, le temps d'une soirée, à son passé comme à son avenir.

160 H. Patrick Glenn, *La conciliation des lois* (Recueil des cours, Académie de droit international de La Haye, no 364), Leiden, Brill : 2013.