

Réforme de la justice et théorie du changement

*Pierre NOREAU**

Justice Reform and Theory of Change

Reforma de la justicia y teoría del cambio

Reforma da justiça e teoria da mudança

司法改革与变革理论

Résumé

Comment le changement est-il possible dans le domaine de la justice et comment peut-on l'étudier? L'étude du changement fait partie des grands défis de la sociologie contemporaine ne serait-ce que parce qu'elle exige l'étude de réalités instables. Dans le domaine plus particulier de la justice, ce défi est inversé parce que le changement y est parfois si lent à venir qu'il semble impossible. Pourtant, la justice a connu d'importantes mutations au cours des décennies. Celles-ci surviennent souvent à la faveur de contextes particuliers. Elles conduisent parfois au désistement de la justice à l'égard de certains domaines de la régulation sociale, et parfois au contraire à la récupération juridique de nouvelles pratiques sociales, apparues en marge de la justice.

Abstract

How is change possible in the world of justice and how can it be studied? The study of change is one of the major challenges in contemporary sociology, if only because it requires examining unstable realities. In the more specialized field of justice, this challenge is reversed because change is sometimes so long in coming that it seems impossible. Yet, over the decades, justice has gone through great transformations, often because of special circumstances. In some cases, justice has been abandoned in favour of social regulation, but in others, on the contrary, law has been adapted to cover new social practices that have appeared on the fringes of the scope of justice. This process of institutionalization and deinstitutionalization offers an analytical framework useful

* Pierre Noreau est professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et chercheur au Centre de recherche en droit public.

Ce processus d'institutionnalisation et de désinstitutionnalisation offre une grille d'analyse utile à la compréhension du changement au sein des systèmes fortement institutionnalisés, comme celui de la justice.

Resumen

¿Cómo es posible el cambio en el área de la justicia y cómo se puede estudiar? El estudio del cambio es uno de los grandes desafíos de la sociología contemporánea aunque solo sea porque requiere el estudio de realidades inestables. En el área más específica de la justicia, este desafío se invierte porque el cambio a veces es tan lento en llegar que parece imposible. Sin embargo, la justicia ha sufrido grandes cambios a lo largo de las décadas. Estos a menudo surgen a favor de contextos particulares. A veces conducen al desistimiento de la justicia con respecto a ciertas áreas de la regulación social, y a veces, por el contrario, a la recuperación jurídica de nuevas prácticas sociales, que han aparecido al margen de la justicia. Este proceso de institucionalización y desinstitucionalización ofrece un marco analítico útil para comprender el cambio al interior de sistemas altamente institucionalizados, como el de la justicia.

摘要

司法界怎样才能变革，怎样研究变革？对变革的研究是当代社会学的一项重大挑战，如果只是因为要求对不稳定的社会现实进行研究。在更加专业的司法领域，这项挑战被翻转过来，因为司法领域的变革缓慢到似乎无法实现的程度。然而，近几十年来，司法还是经历了重大变化，它们通常是由特殊情况引起的。在某些情况下，司法让位于其他社会管制方式；另一些情况则刚好相反，法律又能适应并覆盖出现在法律边缘的新社会实践。这一制度化 and 去制度化的过程可作为理解高度制度化的司法体系内部变革的分析框架。

for understanding change in highly institutionalized systems, such as that of justice.

Resumo

Como a mudança é possível na seara da justiça e como podemos estudá-la? O estudo da mudança faz parte dos grandes desafios da sociologia contemporânea porque exige o estudo de realidades instáveis. No domínio da justiça particularmente, este desafio é invertido porque a mudança é às vezes tão lenta para dar-se que parece impossível. Entretanto, a justiça conheceu mutações importantes ao longo das décadas. Esta últimas sobre-vêm segundo contextos particulares. Conduzem às vezes a desistência da justiça em relação a certos campos de regulação social e, às vezes, ao contrário, à recuperação judicial de novas práticas sociais, surgidas à margem da justiça. Este processo de institucionalização e desinstitucionalização oferece uma grade de análise útil à compreensão da mudança no bojo de sistemas fortemente institucionalizados, como o da justiça.

Plan de l'article

I.	De la résistance au changement : le cas particulier de la justice	56
II.	Réformes judiciaires et théorie du changement	64
	A. Du problème du changement social à celui de l'innovation.....	67
	B. L'étude de l'innovation sociale : des théories diverses et variées.....	69
	C. À la recherche d'un modèle théorique de <i>moyenne portée</i>	71
	D. Les instances symbolique, institutionnelle et pratique du changement	73
	E. Les processus d'institutionnalisation et de désinstitutionnalisation	79
	F. Changement et stabilité : la question du contexte	86
	G. L'arrêt <i>Jordan</i> et la crise des délais	88
	H. La crise provoquée par la COVID-19.....	94
III.	Mutations de la justice : la concurrence et la complémentarité des instances sociales	100

Il y a peu de milieux plus intéressants à étudier que celui de la justice. La cohérence de ses structures, de ses pratiques et de ses acteurs, la stabilité des représentations qui lui servent de justification correspondent à tout ce qu'on peut attendre d'une institution, d'un système ou d'un champ social complet.

Tout changement y est par conséquent abordé avec réserve, notamment parce qu'une mutation même marginale de la structure, des pratiques ou des croyances qui fondent ce système est perçue comme une menace en regard de tel ou tel principe fondamental : que ce soit celui du débat contradictoire, de l'indépendance judiciaire, de l'égalité juridique des citoyens, du droit d'être entendu, du droit à une défense pleine et entière ou du droit à la protection du secret professionnel.

Pourtant, au sein même du système de justice québécois, de nombreux changements se sont imposés au cours des décennies¹, que ce soit au moment de la création de la « Cour des petites créances » (1971)², de l'Aide juridique (1973), de la Cour du Québec (1988), du Tribunal des droits de la personne (1990) ou du système de paiement automatique des pensions alimentaires (1995). En regard de toute théorie du changement, l'étude empirique de ces mutations est essentielle du fait de leur caractère improbable : survenant au sein de systèmes fortement institutionnalisés, ils mettent en lumière les processus réellement en cause dans le développement, l'implantation ou l'expérience de pratiques, sinon de croyances, dont la matérialisation et la diffusion étaient *a priori* aléatoires.

Plusieurs barrières expliquent cependant que les nombreuses mutations envisagées en matière de justice ont pu prendre des décennies à s'implanter ou se sont tout simplement épuisées avant d'avoir été mises en œuvre. Une double question demeure cependant : comment le changement est-il possible dans le domaine de la justice et comment peut-il être étudié ?

¹ Pierre NOREAU, « L'accès au droit et à la justice : perspectives nouvelles et recherche empirique », dans Pierre NOREAU et al. (dir.), *22 chantiers pour l'accès au droit et à la justice*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, p. XXXV.

² Plus formellement, on réfère ici à la *Division des petites créances de la Chambre civile de la Cour du Québec*.

I. De la résistance au changement : le cas particulier de la justice

Au sein de l'institution judiciaire, trois blocages de nature différente permettent de comprendre la lenteur du changement. Ils rendent cependant compte du processus de résistance observable dans un grand nombre de champs sociaux.

Ces blocages sont d'abord **d'ordre épistémologique**. En effet, le droit est un discours de certitude. C'est la face cachée du «devoir être». Définissant la norme dans sa totalité, le droit trouve son sens en lui-même et sa certitude dans sa complétude. Son hégémonie est une nécessité, et sa cohérence, le produit d'un constant travail sur lui-même. Sa mise en contradiction avec la réalité courante des rapports sociaux ne l'invalide pas. L'imputation, en tant que fondement de l'activité juridique, facilite le développement de cette clôture disciplinaire. Elle permet de faire l'économie d'une confrontation avec d'autres modalités de la connaissance, de même qu'elle le rend étanche au changement. La forme doctrinale est particulièrement révélatrice de cet enfermement, où il ne s'agit pas tellement de faire correspondre le droit et la réalité sociale que d'assurer la mise en phase du droit avec lui-même. On y parvient par l'élimination des contradictions logiques qu'on rencontre parfois dans le discours juridique, soit en rangeant ces contradictions dans un espace particulier (de cas d'exception fondant un régime spécifique) où elles cessent de s'opposer aux autres, soit en les plaçant sous le couvert d'une logique plus générale où *tout est à sa place*, soit encore en présentant le raisonnement juridique dans ces matières comme le produit d'une synthèse entre pôles opposés : la sécurité publique et la réhabilitation, l'intérêt de l'enfant et la stabilité filiale, la liberté d'association reconnue en droit du travail et le droit de gérance des entreprises, etc.³. Mais ces tensions sont généralement résolues dans le cadre de « tests » ou de critères réduisant ces oppositions à une question de *poids et mesures*.

³ Je m'empresse d'indiquer ici qu'à ma connaissance il manque dans le champ de la doctrine une véritable théorie de l'interprétation dialectique des lois. Les binômes dont on donne ici quelques exemples (et qui n'épuisent d'ailleurs pas la diversité des tensions internormatives qui traversent tout le discours juridique) n'ont pas de résonance en droit occidental, essentiellement centrée sur une définition unidimensionnelle et autoritaire de l'interprétation. Pour une perspective différente sur le texte, on consultera avec intérêt : Aurélie LANCTÔT, *Je m'appelle Jacques Derrida : Remarques sur la réception de Force de Loi dans la pensée juridique nord-américaine*, Montréal, Université de Montréal, Mémoire de maîtrise en droit, décembre 2019, 97 pages.

Toute l'activité juridique et judiciaire est mise au service de ce processus d'unification et de mise en sens, condition de la sécurité juridique des sociétés. Mais cette posture ne favorise évidemment pas le développement de la pensée critique et, par extension, toute mutation institutionnelle, organisationnelle ou pratique susceptible de remettre en question les équilibres établis est abordée avec suspicion. Il en va de même de toute velléité de réforme.

Un second blocage est **d'ordre idéologique**⁴. On parle ici de l'idéologie juridique. Celle-ci ne se résume évidemment pas seulement à l'obligation de cohérence et de complétude dont on a parlé. Après tout, cet idéal est également poursuivi par d'autres disciplines même si de façon générale la pratique sociale s'embarrasse moins de ces exigences théoriques de cohérence que ne le fait la pratique juridique et judiciaire. Ainsi, si on accepte assez facilement que la réalité de nos sociétés vienne invalider le fondement des théories sociologiques qui prétendent les décrire, on ne peut évidemment pas dire la même chose du droit.

C'est que le droit, contrairement aux autres modes de connaissance, a vocation à s'imposer. Ne constitue-t-il pas le plus visible de nos mécanismes de régulation sociale? Cet état de fait conduit à une inversion du sens de cet adage qui veut que *là où se trouve la société, se trouve le droit*. L'intuition la plus souvent rencontrée chez les juristes suppose au contraire que le droit est le fondement même de toute société. Ainsi Kelsen ne fait-il pas de distinction entre les notions d'ordre juridique et de société. C'est le postulat de la *Raison* – et plus spécifiquement encore celui de la rationalité – qui se trouve tout à coup placé au centre de la société⁵.

Cette posture consacre la supériorité du droit sur tout autre mécanisme de régulation sociale⁶. Par *effet domino*, on est forcé de déduire que toute

⁴ Jean-Guy Belley s'est notamment intéressé au poids de l'idéologie juridique dominante dans son opposition à d'autres perspectives, servant elles-mêmes parfois d'idéologie de substitution. Lire Jean-Guy BELLEY, « Georges Gurvitch et les professionnels de la pensée juridique », (1986) 4 *Droit et société* 353-371 et Jean-Guy BELLEY, « Le droit comme *terra incognita*: conquérir et construire le pluralisme juridique », (1997) 12-2 *Revue canadienne droit et société* 1-15.

⁵ Sur le droit comme raison voir: Jacques COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit?*, Paris, Gallimard (coll. Folio essais), 2015, 522 pages.

⁶ Pour une interprétation des conditions de montée en puissance du droit étatique, on lira: Max WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, PUF (coll. Recherches politiques), 1986, 242 pages.

modification du droit ou des pratiques de justice menace l'équilibre de la société elle-même. Cette intuition est d'ailleurs cautionnée par l'opinion publique. Devant l'éventualité d'une disparition du droit (« si tout à coup, il n'y avait plus de lois »), près des deux tiers des personnes interrogées se disent également convaincus que les citoyens s'engageraient dans une *guerre de tous contre tous* plutôt que d'établir tout simplement de nouvelles normes sociales entre eux⁷. Le système de justice peut ainsi appuyer sa propre légitimité sur le fait qu'entre toutes les institutions, il représente une *valeur refuge*. Il vaut ainsi en tant que garant social.

Ces dispositions consacrent et justifient à la fois la fonction conservatrice du droit et de la justice. Elle affirme dans son principe même que la stabilité est le produit de la fixité des formes, des normes et des procédures. C'est le ressort premier de la règle de droit. Sa fonction est de rendre le monde prévisible (et partant rationnel), ce qui n'est possible qu'à la condition que soit assurée la stabilité des normes et des pratiques. Dans le cadre de cette logique, une règle apparaît d'autant plus certaine que son origine s'est perdue. Il est alors tentant de lui reconnaître une valeur intrinsèque. Le principe affirmant que le législateur *ne parle jamais pour ne rien dire* conforte cette certitude⁸. Si la norme existe, on doit bien pouvoir lui trouver une utilité, sinon une justification. Pourtant des travaux antérieurs sur le sort des lois tombées en désuétude démontrent le contraire⁹. Les dernières modifications apportées au *Code criminel* ne visaient après tout qu'à retirer des articles anciens que les tribunaux avaient depuis longtemps invalidés¹⁰.

⁷ Pierre NOREAU, *Droit et société*, Rapport de sondage présenté au Centre de droit préventif du Québec, Montréal, septembre 1993, 110 p. et annexes; Pierre NOREAU, « La scolarité, la socialisation et la conception du droit : un point de vue sociologique », (déc. 1997) 38-4 *Les Cahiers de droit* 741-768 et Pierre NOREAU, « Accès à la justice et démocratie en panne: constats, analyses et projections », dans Pierre NOREAU (dir.) *Révolutionner la justice*, Montréal, Thémis, 2010, p. 13-43.

⁸ Ainsi, l'article 41 de la *Loi d'interprétation* (RLRQ, ch. 1-16), prévoit-il que: « Toute disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage ». L'article 49 de la même loi prévoit que: « La loi parle toujours ».

⁹ En contrepartie le législateur est périodiquement appelé à retirer du corpus des lois, des législations dont l'origine et la fonctionnalité se perdent: José WOEHLING, « La désinflation normative au Québec: rationalisation et maîtrise du processus législatif et réglementaire », (1988) 22 *Revue juridique Thémis* 115-138.

¹⁰ On pense notamment ici à la *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*; L.C. 2019, ch. 2, sanctionnée le 21 juin 2019.

La notion d'*ordre juridique*, même définie dans une perspective sociologique, présente la stabilité des normes et des procédures, comme la condition empirique de cet « ordre ». Une indissociable relation existe ainsi entre le droit et la structuration, la stabilisation et la conservation des rapports sociaux. Du moins cette orientation est-elle inhérente à la forme juridique. Elle fonde l'idéologie juridique. Aussi, la communauté juridique aborde-t-elle généralement avec suspicion l'essentiel des projets de réforme dont ses membres ne seraient pas à l'origine¹¹.

Le blocage du système juridique à l'égard du changement s'explique également par un certain nombre de **facteurs d'ordre structurel**. Il s'agit d'une réalité largement mise en évidence, sur le plan théorique, par les tenants de l'analyse systémique. Le droit est un champ d'action ancien et spécialisé. Une distinction drastique s'y impose entre le spécialiste (le juriste) et le profane. Si bien que plusieurs théoriciens du droit ne manquent pas de rappeler que ce qui constitue du droit est essentiellement formé par le corps des normes que les juristes eux-mêmes désignent en tant que droit. Gardiens de l'orthodoxie juridique, on assure ainsi la clôture du champ, on en circonvient les limites. On en assure l'intégrité en tant que définition du monde.

Sur le strict plan normatif, les articles de la loi s'interprétant les uns par les autres¹², le texte devient son propre fondement. Mais cette complémentarité n'est jamais aussi bien assurée que dans le champ de la pratique judiciaire elle-même. Chaque disposition procédurale trouvant sa justification dans la réponse qu'il oppose à une autre (conséquence de l'équilibre inhérent au débat contradictoire), il est très difficile d'en changer une seule sans en modifier plusieurs, sauf de soustraire du *Code de procédure civile* l'ensemble des articles reliés au dispositif. Il s'agit partant d'un système qui se parle à lui-même. Il s'ensuit que la plupart des modifications apportées au *Code* au cours des dernières années ont visé à régler des problèmes créés par la mise en œuvre de dispositions antérieures. On a surtout cherché par là à faciliter la vie des praticiens plutôt que celle des justiciables. C'est toujours une question de spécialistes. Ces réformes répondent à

¹¹ Une étude en cours sur les positions successives défendues par le Barreau en Commission parlementaire durant les dernières décennies tend à démontrer très clairement cette assertion.

¹² « Les dispositions d'une loi s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble et qui lui donne effet ». Extrait de l'article 41.1 de la *Loi d'interprétation* (RLRQ, ch. 1-16).

une certaine logique d'action, à un sens pratique spécifique : celui des praticiens, du personnel de cour et des juges que leur imbrication mutuelle lie les uns aux autres¹³.

Au cours des dernières décennies, les réformes successives imposées à la pièce (par exemple en matière de poursuites bâillons en 2009¹⁴) ou conçues dans le cadre de démarches plus globales (en 2003 et 2016) ont eu peu d'impact sur la réalité des justiciables, même si elles ont toutes été proposées au nom de l'accessibilité de la justice¹⁵. Dans plusieurs cas, elles n'ont aucun effet non plus sur la pratique des tribunaux.

Si certains de ces changements ont pu être introduits dans la législation, ils ont systématiquement été placés en marge du système de justice, comme c'est le cas de la médiation familiale ou des autres modes de gestion des différends en matière civile, qui sont des mesures de déjudiciarisation sinon des mesures préjudiciaires; initiatives qui, par leur nature, n'interfèrent pas dans la trajectoire judiciaire. D'autres innovations (interférant davantage dans cette trajectoire) ont été contournées de multiple façon, comme la règle exigeant que les parties mettent leur dossier « en état » dans les 180 jours suivant l'introduction de l'instance. Si les conférences de règlement amiable ont finalement trouvé leur place dans la trajectoire judiciaire, ce n'est que très graduellement, et parce qu'elles ne remettaient en cause ni le statut du juge, toujours maître de la procédure, ni la fonction-conseil des avocats. D'autres innovations encore ont été totalement absorbées dans le modèle d'affaire des praticiens, comme c'est le cas des prestations compensatoires en matière de poursuite-bâillon¹⁶ ou

¹³ Hubert REID, « Le justiciable est-il toujours au centre des réformes de la justice civile? », dans Pierre NOREAU (dir.), *Révolutionner la justice*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 45-60.

¹⁴ Roderick A. MACDONALD, Pierre NOREAU et Daniel JUTRAS, *Les poursuites stratégique contre la mobilisation publique – les poursuites-bâillons (SLAPP)*, rapport du Comité au ministre de la justice, Montréal, 15 mars 2007.

¹⁵ Concernant la réforme de 2003, lire: Sylvette GUILLEMARD, « La réforme du *Code de procédure civile* du Québec: quelques réflexions sur le contrat judiciaire », (2004) 45-1 *Les Cahiers de droit* 133-155. Concernant celle de 2016, le préambule prévoit que la loi « vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile », en ligne: <<https://www.canlii.org/fr/qc/legis/lois/rlrq-c-c-25.01/derniere/>> (dernière consultation 7 mars 2020).

¹⁶ Le cas du livre *Noir Canada* est particulièrement intéressant à ce propos. Les auteurs de l'ouvrage et l'éditeur *Écosociété* poursuivis par plusieurs minières canadiennes pour leurs propos sur les exactions commises par l'industrie minière en Afrique, après avoir

des mandats d'aide juridique confiés aux avocats de pratique privée. La pratique de la médiation familiale, développée pendant plus d'une quinzaine d'années par les professionnels de l'intervention sociale (travailleurs sociaux et psychologues essentiellement), est très majoritairement assurée aujourd'hui par des juristes spécialisés en matière familiale, ce qui démontre la capacité étonnante des professionnels du droit de garder le contrôle de leur champ. À l'intérieur même de la profession, ce sont d'ailleurs plutôt les avocats que les notaires qui ont investi la pratique de la médiation familiale, récupérant l'espace professionnel qu'ils avaient toujours occupé et qui risquait tout à coup de leur échapper¹⁷.

On comprend immédiatement que toute réforme de la justice est susceptible de remettre en cause le monopole professionnel d'un acteur du champ au profit d'un ou plusieurs autres¹⁸. Ainsi, au sein de l'institution

bénéficié d'une telle *provision pour frais* ont néanmoins dû « régler hors cour » à des conditions contrevenant directement aux objectifs de la loi, en condamnant à l'avenir les auteurs au silence, une fois que leurs propres avocats aient épuisé les fonds mis à leur disposition pour protéger leur droit à la liberté d'expression. Il s'ensuit que ces mécanismes auront strictement servi à financer les honoraires des praticiens engagés par la partie défenderesse sans que la cause n'ait jamais pu procéder... toutes les ressources prévues à cette fin ayant été investies dans la préparation de la cause. Si les praticiens ont trouvé là les moyens de gagner leur vie honorablement, ce n'est surtout pas le cas des auteurs! Lire à ce propos: Alain DENEULT et William SACHER, *Noir Canada: pillage, corruption et criminalité en Afrique*, Montréal, Éditions Écosociété, 2008, 252 pages. Lire également: Anne-Marie VOISARD, *Le droit du plus fort*, Montréal, Éditions Écosociété, juillet 2018, 341 pages.

¹⁷ Actuellement 80 % des membres de l'*Association de médiation familiale du Québec* sont juristes. Le Comité des organismes accréditeurs en médiation familiale indiquait en 2016 que 70 % des médiateurs accrédités étaient des juristes; 52 % des avocats. Voir Comité des organismes accréditeurs en médiation familiale, *Guide de normes de pratique en médiation familiale*, Montréal, COAME, 2016, p. 3. Or, en 1997, au lendemain de l'adoption de la Loi 65 consacrant la médiation familiale, les juristes représentaient moins de 60 % des médiateurs accrédités; 44 % étaient avocats. Et avant 1997, ceux-ci ne représentaient qu'une très petite proportion des médiateurs. Lire: Myriam SPIELVOGEL et Pierre NOREAU, « Régulation étatique du divorce et médiation familiale: Essai d'interprétation à partir du cas Québécois », (2002) 70 *Recherches et Prévisions* 31-48.

¹⁸ Sur cette perspective, on consultera les travaux déjà anciens dirigés ou menés par Yves Dezalay, inspirés par la sociologie de Pierre Bourdieu. Lire notamment, Yves DEZALAY (dir.), *Batailles territoriales et querelles de cousinage. Juristes et comptables européens sur le marché du droit des affaires*, Paris, LGDJ, (Coll. Droit et Société), 1993 pages. Lire également: Yves DEZALAY et Bryan GARTH, « Fussing about the Forum: Categories and Definitions in Dispute Resolution as Stakes in a Professional Competition about the "Rules of the Game" », (1996) 21-2 *Law and Social Inquiry* 285-312.

judiciaire, les procédures contentieuses (qui définissent le monopole des avocats) sont distinctes des procédures non contentieuses (plus propre au domaine notarial). Bien qu'il s'agisse d'un aspect peu abordé par la doctrine, l'activité judiciaire met toujours tacitement en opposition les praticiens et les juges, pour le contrôle du procès. Les juges chargés de la gestion de l'instance voient leur intervention limitée directement par la maîtrise du dossier reconnue aux praticiens. On parle plus *euphémiquement* ici de « parties ». Cette tension non résolue est mise en évidence par les dispositions mêmes du *Code de procédure civile* (chapitre C-25.01) :

19. Les parties à une instance ont, sous réserve du devoir des tribunaux d'assurer la saine gestion des instances et de veiller à leur bon déroulement, la maîtrise de leur dossier dans le respect des principes, des objectifs et des règles de la procédure et des délais établis.

Lors même que les nouvelles dispositions du *Code* reconnaissent au juge un pouvoir d'intervention étendu en matière de gestion d'instance, on hésite parfois à mobiliser ces possibilités, souvent par crainte de « faire perdre un droit » ou de briser un équilibre ancien dans le cadre duquel la procédure sert d'armure au juge et le protège de la *concurrence latente* qui l'oppose au praticien. Tout cela ne signifie pas que toute modification du régime procédurale court à l'échec, mais que les rééquilibres ne sont envisageables que sur une très longue période.

On saisit immédiatement que, quelle que soit la réforme envisagée, elle doit trouver son chemin entre des acteurs en tension. Leur destinée étant liée, aucun d'entre eux n'a la crédibilité nécessaire pour en prendre l'initiative, et ces « frottements » dépassent largement le domaine judiciaire, entendu au sens strict. Le monde juridique lui-même peut être conçu comme un champ de force où s'opposent des intérêts, des statuts, des monopoles, des pouvoirs et des symboles comme autant de forces motrices et de forces de résistances. Une forme de *polyarchie* paralysée par la capacité que possède chacune de ses composantes de neutraliser toutes les autres¹⁹. En définitive, les réformes les plus susceptibles de connaître un atterrissage réussi sont celles qui ne déplacent rien, comme c'est le cas en matière de conciliation aux petites créances, dont la mise en œuvre connaît pour d'autres raisons, certaines difficultés d'implantation.

¹⁹ J'abuse ici du concept proposé par Robert DAHL, *Polyarchy: Participation and Opposition*, New Haven, Yale University Press, 1972, 267 pages.

Ainsi, aux tensions dont on vient de décrire le ressort s'ajoutent des frictions entre compétences juridictionnelles. C'est notamment le cas entre les tribunaux judiciaires et administratifs dont le volume des causes et la présence institutionnelle augmentent constamment, alors que le nombre des dossiers inscrits au rôle des tribunaux judiciaires diminue. Récemment, des tensions ouvertes ont fait s'opposer les tribunaux judiciaires eux-mêmes²⁰. D'autres différends opposent parfois la *Direction des poursuites criminelles et pénales* et le ministère de la Sécurité publique ou le DPCP et le ministère de la Justice. La direction des tribunaux et le ministère de la Justice entretiennent également eux-mêmes des relations complexes concernant la répartition des budgets de la justice, le partage des juridictions ou la nomination des juges, du fait du principe de séparation des pouvoirs. Sur un autre plan, le Barreau est périodiquement appelé à s'opposer aux orientations proposées par le MJQ, que ce soit en matière de politique judiciaire ou de tarification des services d'aide juridique²¹. Il arrive que le Barreau se trouve lui-même « en délicatesse » avec ses propres membres²². Le système juridique évolue ainsi dans une logique de neutralisation mutuelle continue...

De manière plus globale encore, la pratique du droit oppose la condition professionnelle des avocats d'affaires et des avocats engagés dans la représentation des particuliers qui constituent deux groupes sociaux

²⁰ On pense immédiatement au Renvoi concernant les juridictions respectives de la Cour supérieure et de la Cour du Québec que doit entendre la Cour suprême. Voir *Renvoi à la Cour d'appel du Québec portant sur la validité constitutionnelle des dispositions de l'article 35 du Code de procédure civile qui fixent à moins de 85 000 \$ la compétence pécuniaire exclusive de la Cour du Québec et sur la compétence d'appel attribuée à la Cour du Québec*, 2019 QCCA 1492. D'autres tensions opposent également la juridiction de la Cour du Québec et celle de la Cour municipale en matière de violence conjugale. Mais il ne doit pas faire oublier que les décisions *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631 et *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659 font également apparaître des tensions inédites au sein de la hiérarchie judiciaire, la Cour suprême imposant en matière de délais judiciaires des contraintes très ciblées aux tribunaux inférieurs, dans le champ du droit criminel.

²¹ Voir en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/fr/actualites/memoires-enonces-positions/refus-offre-finale-gouvernement-tarifs-aide-juridique/>> (dernière consultation 16 mars 2020).

²² Cela a notamment été le cas dans le dossier du bilinguisme législatif au Québec, en ligne : <<https://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-faits-divers/actualites-judiciaires/201805/28/01-5183582-bilinguisme-le-barreau-du-quebec-se-retire-du-recours.php>> (dernière consultation 9 juillet 2020).

distincts au sein de la profession. Il s'agit cependant d'une « division de classe » dont on ne parle jamais, alors qu'elle est déterminante au moment de définir les priorités en matière de pratique judiciaire. Cette tension oppose en partie également les avocats exerçant dans les grands centres et les avocats « de province » dont les préoccupations divergent. Tous ces facteurs structureaux expliquent les embûches qui jonchent le chemin des réformes successives que pourrait autrement connaître le système de justice. Elles fondent les bases d'une forme d'anarchie organisée²³.

Dans un contexte de cette nature, il est tentant de considérer la *statu quo* comme une vertu.

II. Réformes judiciaires et théorie du changement

Pourtant, les projets de réformes sont nombreux dans le domaine de la justice. Ils surgissent périodiquement au sein de la communauté juridique et judiciaire : redécoupage des juridictions en matière civile ; reconsidération des enquêtes préliminaires en matière criminelle ; création d'une cour unifiée de la famille²⁴ ; reconsidération de la place des victimes dans le processus criminel et pénal ; développement de la justice réparatrice ; établissement de procédures simplifiées en matière civile en réponse à l'augmentation des justiciables non représentés ; élargissement des fonctions assumées par les parajuristes et par les étudiants œuvrant en clinique juridique ; ouverture de tribunaux en soirée ; redécoupage des espaces et des services des palais de justice ; adaptation du plumitif aux besoins concrets des justiciables ; développement d'un *guichet Internet* unifié en matière de droit et de justice ; adaptation des modalités de la communication juridique aux exigences de la lisibilité des jugements, des lois et des contrats²⁵ ; développement du statut d'*avocat de service public* dont les services seraient

²³ Sur la notion d'anarchie organisée, on lira également : Pierre NOREAU, Jean PROULX, Serge BROCHU et Gilles RONDEAU, « Innovation sociale en matière pénale : du clivage des professions à l'anarchie organisée », dans Guy LEMIRE, Pierre NOREAU et Claudine LANGLOIS (dir.), *Le pénal en action. Le point de vue des acteurs*, Presses de l'Université Laval, 2004, p. 131-153. Voir également Erhard FRIEDBERG, *Le Pouvoir et la règle : dynamiques de l'action organisée*, Paris, Seuil (coll. Sociologie), 1993, p. 76.

²⁴ Valérie COSTANZO, *Un tribunal unifié de la famille au Québec? Une histoire de justice et d'accessibilité*, Montréal, Mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2019, 136 pages.

²⁵ ÉDUCALOI, *La communication claire à l'ère moderne/Plain Language in modern Time*, Montréal, Actes du colloque Clarity 2018, 2019, 179 pages.

financièrement accessibles aux citoyens à revenus moyens; reconnaissance des fonctions de médiation des avocats de l'aide juridique²⁶; développement de modèles de pratique alternatifs offrant des services adaptés à la capacité de payer des particuliers; formation au droit des élèves du secondaire; établissement de services de suivi systématique des jeunes au sortir des *Centres jeunesse*; création de cliniques interprofessionnelles de services juridiques, de services sociaux ou financiers et de services de santé; imposition de l'obligation des témoins experts de concilier leurs conclusions; diminution conséquente du nombre de jours prévus pour inscription et jugement; imposition de frais judiciaires particuliers aux personnalités morales recourant aux tribunaux dans des juridictions où les particuliers ne peuvent eux-mêmes se présenter, du fait de l'encombrement du rôle; etc.

Les tentatives suivies d'échecs sont cependant nombreuses pour des raisons épistémologiques, idéologiques et structurelles qu'on a exposées. Ainsi, de nombreuses résistances empêchent encore aujourd'hui l'implantation de la médiation civile, une idée dont on peut retracer l'origine au tout début des années 1990²⁷. Les pressions exercées par le Barreau ont conduit à la fermeture de la première *Maison de la justice* au Québec²⁸. L'expérience a été suivie par la création de *Centres de justice de proximité*, au sein desquels

²⁶ Ainsi le Projet de loi n° 32 intitulé *Loi visant principalement à favoriser l'efficacité de la justice pénale et à établir les modalités d'intervention de la Cour du Québec dans un pourvoi en appel* établit à son article 150 que la *Loi sur l'aide juridique* soit modifiée dans ce sens: «L'aide juridique est accordée, dans la mesure déterminée par les dispositions de la présente sous-section et des règlements, pour les services rendus avant la judiciarisation, notamment dans le cadre de la participation à des modes privés de prévention et de règlement des différends visant à éviter la judiciarisation, ainsi que pour les affaires dont un tribunal est ou sera saisi. Elle peut être accordée à toute étape du processus et en tout état de cause, en première instance ou en appel. L'aide juridique s'entend, dans la même mesure, aux actes d'exécution».

²⁷ Pierre NOREAU, *Droit préventif: le droit au-delà de la loi*, Montréal, Thémis, 1993, 200 pages. Un système d'accréditation des médiateurs en matière civile vient tout juste d'être établi en 2020, alors que le principe de la médiation civile a été consacré juridiquement en 2015, au moment de l'adoption du nouveau *Code de procédure civile* entré en vigueur en janvier 2016, en ligne: <<https://www.justice.gouv.qc.ca/vos-differends/modes-de-prevention-et-de-reglement-des-differends-prd/la-mediation/mediation-civile/repertoire-des-mediateurs-civils-accredites/>> (dernière consultation 16 mars 2020).

²⁸ Sur la fermeture de la Maison de la justice de Québec, voir en ligne: <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/293655/maison-justice-fermeture>> (dernière consultation 16 mars 2020).

aucun conseil juridique ne peut véritablement être donné²⁹. Les services de médiation offerts aux petites créances connaissent des ratés, notamment parce qu'ils sont proposés le matin même de l'audience à des justiciables qui croyaient pouvoir enfin rencontrer un juge³⁰. Le recours collectif qui devait constituer un mécanisme d'accès à la justice est devenu aujourd'hui l'un des champs de pratique les plus lucratifs de la profession, alors que, parallèlement, les justiciables ne réclament plus leurs gains³¹. Malgré les dispositions très précises du nouveau *Code de procédure civile*, l'expertise judiciaire unique reste une exception à la cour³². De même, malgré la nouvelle juridiction reconnue à la cour de la Chambre de la jeunesse en matière de garde, il reste des ambiguïtés concernant le respect des ordonnances antérieures imposées par la Cour supérieure³³. Les modalités de nomination des juges administratifs n'ont pas fait l'objet de la réforme réclamée depuis plusieurs années, alors que ces modalités de nomination sont bien connues³⁴. La dématérialisation de la justice est encore en projet alors que le ministère de la Justice s'y affine pour la troisième fois en 15 ans³⁵.

²⁹ Pierre NOREAU et Alexandra PASCA, « Les grands modèles de justice de proximité : bilan d'une nouvelle pratique de justice », (2014) 44 *Revue générale de droit* 305-351.

³⁰ Richard-Alexandre LANIEL, *Le pire règlement vaut mieux que le meilleur jugement : une ethnographie des pratiques de médiation à la Division des petites créances de la Cour du Québec*, Mémoire de maîtrise, Montréal, Université du Québec à Montréal, 2018, 217 pages.

³¹ Catherine PICHÉ, *L'action collective : ses succès et ses défis*, Montréal, Éditions Thémis, 2019, 348 pages. Lire également : Pierre-Claude LAFOND, *L'accès à la justice civile au Québec. Portrait général*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, 391 pages.

³² Daniel JUTRAS, « L'expert et la justice civile : savoir et comprendre, mais à quel prix? », dans Pierre NOREAU et al. (dir.), *22 chantiers pour l'accès au droit et à la Justice*, Montréal, Yvon Blais, 2020, p. 145-162.

³³ Voir en ligne : <<https://www.droit-inc.com/article18985-Cour-du-Quebec-C-s-et-garde-d-enfants-quel-partage-de-competences>> (dernière consultation 19 mai 2020).

³⁴ Pierre NOREAU, France HOULE, Pierre ISSALYS et Martine VALOIS, *La justice administrative : entre indépendance et responsabilité : Jalons pour la création d'un régime commun pour les décideurs administratifs indépendants*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, 428 pages.

³⁵ Ainsi le projet *Système intégré d'information de la justice* (SIIJ) lancé en 1999 sera abandonné quelques années plus tard avant d'être remplacé par le projet TOJ, puis le Projet de modernisation de la justice. Lire sur ses origines : Michel RICARD, « Le SIIJ : vers une administration de la justice sur support numérique », dans *Acte de colloque de la Conférence des juristes de l'État, XVI^e édition*, Atelier 3, 2004, p. 175-186, en ligne : <<https://www.lccjti.ca/doctrine/ricard-m-le-siij-vers-une-administration-de-la-justice-sur-support-numerique/>> (dernière consultation, 16 mars 2020). Il aura été suivi par le projet TOJ dont les résultats sont en ligne : <<https://www.tvanouvelles.ca/2017/09/27/>

On l'a dit, d'autres initiatives ont été plus heureuses. Ces mutations démontrent la capacité du monde juridique à se réformer périodiquement dans certaines de ses fonctions, tout autant qu'à s'enfermer dans certaines autres³⁶. Il s'agit d'ailleurs de tendances rencontrées dans bien d'autres champs sociaux, réputés pour leur spécificité ou la professionnalisation poussée de leur activité, comme c'est le cas dans le domaine de l'éducation ou de la santé³⁷. Le système de justice représente pour cette raison un objet particulièrement adapté à l'étude des mutations de l'action publique comme à celle des résistances au changement et à l'innovation.

A. Du problème du changement social à celui de l'innovation

L'étude du changement et de la stabilité traverse directement ou indirectement tout le champ des sciences sociales depuis le XIX^e siècle, et particulièrement celui de la sociologie. Les perspectives ont cependant beaucoup évolué alors que se succédaient les paradigmes. Les fondateurs de la sociologie abordaient sans trop de timidité la question du changement en la plaçant dans des perspectives sociohistoriques ambitieuses qui donnent le vertige aujourd'hui. Qu'elle ait été structurée sur l'hypothèse d'une succession de périodes historiques prévisibles, comme chez Marx³⁸ et plus tard

front-commun-pour-une-modernisation-de-la-justice> (dernière consultation 16 mars 2020).

³⁶ Gunther TEUBNER, *Le droit un système auto-poïétique*. Paris : PUF, 1993, 296 pages.

³⁷ Julien PRUD'HOMME, *Pratiques cliniques, aspirations professionnelles et politiques de la santé : histoire des professions paramédicales au Québec, 1940-2005*, Thèse de doctorat, Faculté des études supérieures en histoire, Université du Québec à Montréal, Montréal, Québec, 2007, 534 pages, en ligne : <<http://www.archipel.uqam.ca/643/1/D1609.pdf>> (dernière consultation 3 avril 2020). Voir aussi, Julien PRUD'HOMME, « La formation universitaire et l'établissement d'une nouvelle profession. L'orthophonie-audiologie à l'Université de Montréal, 1956-1976 », (2004) 56-3 *Revue d'histoire de l'Amérique française*, p. 329-356.

³⁸ L'idée que les rapports sociaux changent en fonction de l'évolution des rapports de production est au fondement du matérialisme historique : Karl MARX, *Le Capital : critique de l'économie politique*, Paris, Presses universitaires de France, 1993 (1^{er} édition 1867), 940 pages.

chez Parsons³⁹, Touraine⁴⁰ ou Freitag⁴¹, ou (dans une perspective plus processuelle) sur la spécialisation et la complexification croissante des fonctions sociales comme chez Spencer⁴², Tönnies⁴³, Durkheim⁴⁴, Luhmann⁴⁵ ou Giddens⁴⁶, elle a dominé la sociologie du XX^e siècle. On la trouve encore aujourd'hui illustrée dans la distinction contemporaine opposant sociétés modernes et postmodernes.

Une lente distanciation est venue s'interposer entre le projet sociologique et le projet historique. Elle a accompagné la remise en cause d'une conception linéaire de « l'évolution » sociale, de sorte que, graduellement, la sociologie s'est plus modestement intéressée à la question de l'*innovation sociale* plutôt qu'à celle, plus globalisante, du changement⁴⁷. La référence historique s'est graduellement rétrécie, avec la fin des grands modèles d'interprétation sociohistoriques (Lyotard dirait, des *grands récits*⁴⁸) et la sociologie s'est de plus en plus déployée dans des perspectives compréhensives et expérientielles, souvent plus descriptives. La monographie est redevenue une forme valorisée de la recherche sociologique, comme en témoigne un nombre important de travaux en sociologie du droit et de la justice. Étudiant la société telle qu'elle se présente, la recherche empirique a graduellement pris la place des grandes interprétations.

³⁹ Talcott PARSONS, *Sociétés: Essais sur leur évolution comparée*, Paris, Dunod, 1973, 151 pages.

⁴⁰ Alain TOURAINE, *La voix et le regard*, Paris, PUF (coll. Sociologie permanente), 1978, 192 pages.

⁴¹ Michel FREITAG, *Dialectique et société. Tome 2: Culture, pouvoir, contrôle. Les modes de reproduction formels de la société*, Montréal: Éditions coopératives Albert Saint-Martin (coll. Connaissance de la société), 1986, 443 pages.

⁴² Herbert SPENCER, *Principes de sociologie*, vol. 1, éd. 1878-1887, Paris, Hachette Livre BNF (coll. Sciences sociales), 1^{er} mai 2012, 663 pages.

⁴³ Ferdinand TÖNNIES, *Communauté et société*, Paris, PUF (coll. Le lien social), 2010, 336 pages.

⁴⁴ Émile DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 2007, 360 pages.

⁴⁵ Niklas LUHMANN, *Systèmes sociaux. Esquisse d'une théorie générale*, Québec, PUL (coll. Inter-Sophia), 2011, 578 pages.

⁴⁶ Anthony GIDDENS, *La constitution de la société: Éléments de la théorie de structuration*, Paris, Presses universitaires de France (coll. Quadrige), 2012, 484 pages.

⁴⁷ Pierre NOREAU, « L'innovation sociale et le droit: est-ce bien compatible? », dans Fonds de recherche sur la société et la culture, *Le développement social au rythme de l'innovation*, Québec, FQRSC, Presses de l'Université du Québec, 2004, p. 73-108.

⁴⁸ Jean-François LYOTARD, *La Condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Paris, Éditions de Minuit, 1979, 128 pages.

Située dans cette perspective, la sociologie contemporaine nous pousse du côté de la microsociologie. Mais il est possible aussi de situer l'étude des mutations de la justice dans une perspective plus systémique, fonctionnelle, idéologique ou processuelle, bref sous un angle résolument analytique et interprétatif. Les modèles appuyant une ambition de ce type ne manquent pas. On s'y intéresse surtout aux facteurs susceptibles de favoriser ou de limiter le développement de nouvelles pratiques sociales, facilement observables. On parle plus généralement alors d'*innovation sociale*. On peut cependant replacer ces *innovations* dans une perspective plus étendue sur le changement, comme on le verra ici.

B. L'étude de l'innovation sociale : des théories diverses et variées

En matière d'innovation, les travaux du *Theoretical, Empirical and Policy Foundations for Social Innovation in Europe* (TEPSIE) menés à la demande de la *Commission européenne* font la synthèse de plusieurs propositions théoriques récentes. On y rappelle que la notion a connu de multiples définitions et fait parfois figure de concept à la mode, ou de *quasi-concept*⁴⁹. On y accole ainsi régulièrement des dimensions programmatiques ou réformatrices. La notion est, selon le cas, associée à la recherche du bien public⁵⁰, à la *résolution de problèmes*⁵¹, à la recherche de la justice et

⁴⁹ Paul BERNARD, « La cohésion sociale : critique dialectique d'un quasi-concept », (1999) 41 *Lien social et Politiques* 47-59.

⁵⁰ Michael HARRIS et David ALBURY, *Why Radical Innovation is Needed to Reinvent Public Services for the Recession and Beyond: The Innovation Imperative*, London, NESTA (Discussion Paper), March 2009, 30 pages. en ligne : <https://media.nesta.org.uk/documents/the_innovation_imperative.pdf> (dernière consultation 9 juillet 2020).

⁵¹ Lester M. SALAMON, Stephanie L. GELLER et Kasey L. MENGEL, « Nonprofits, Innovation and Performance Measurement: Separating Fact from Fiction », *Communique n° 17*, Baltimore, Centre for Civil Society Studies, Johns Hopkins University, 2010, 24 pages, en ligne : <http://ccss.jhu.edu/wp-content/uploads/downloads/2011/09/LP_Communique17_2010.pdf> (dernière consultation 10 juillet 2020); Alex NICHOLLS, et Alex MURDOCK (dir.), *Social Innovation: Blurring Boundaries to Reconfigure Markets*, London, Palgrave Macmillan, XVIII, 2012, 302 pages et Geoff MULGAN, Simon TUCKER, Rushanara ALI et Ben SANDERS, *Social Innovation: What It Is, Why It Matters, How It Can Be Accelerated*, Oxford, Skoll Centre for Social Entrepreneurship, Oxford Saïd Business School et The Young Foundation, 2007, 52 pages.

de l'équité⁵² ou à l'*empowerment* citoyen⁵³. Polymorphe, l'innovation sociale est présentée comme *objet de délibération*⁵⁴, espace d'apprentissage⁵⁵, expression d'une *action solidaire*⁵⁶ destinée aux populations vulnérables⁵⁷ en vue d'assurer *a macro-quality of life* ou *an extended life expectancy*⁵⁸ dans une perspective d'intervention *effective, efficiente et durable*⁵⁹ visant le service aux communautés et aux individus⁶⁰. C'est évidemment beaucoup exiger d'un même concept!

Au-delà de ces dimensions performatives (sinon prophétiques), le champ de la théorie du changement offre également des orientations de nature analytique qui renvoient notamment au caractère multicentrique de l'innovation, « *micro and macro level* »⁶¹, au bouleversement des pratiques ritua-

⁵² A. NICHOLLS et A. MURDOCK (dir.), *Social Innovation: Blurring Boundaries to Reconfigure Markets*. London, Palgrave Macmillan, XVIII, 2012, 302 pages.

⁵³ Julia GEROMETTA, Hartmut HÄUSSERMANN and Giulia LONGO, « Social Innovation and Civil Society in Urban Governance: Strategies for an Inclusive City », (oct. 2005) 42-11 *Urban Studies* 2007-2021.

⁵⁴ NICHOLLS et MURDOCK, *op. cit.*, note 52.

⁵⁵ Katherine J. KLEIN et Andrew P. KNIGHT, « Innovation Implementation: Overcoming the Challenge », (2005) 14-5 *Current Directions in Psychological Science* 243-246.

⁵⁶ Julie CLOUTIER, *Qu'est-ce que l'innovation sociale? Document d'introduction*, Montréal, Les Cahiers du CRISES, Collection Études théoriques, n° ET0314, 2003, 46 pages, en ligne: <<https://crises.uqam.ca/wp-content/uploads/2018/10/ET0314.pdf>> (dernière consultation 10 juillet 2020).

⁵⁷ Frances WESTLEY et Nino ANTADZE, « Making a Difference: Strategies for Scaling Social Innovation for Greater Impact », (2010) 15-2 *The Innovation Journal: The Public Sector Innovation Journal* 1-19; Frances WESTLEY, Nino ANTADZE, Darcy J. RIDDELL, Kinsten ROBINSON et Sean GEOBEY, « Five Configurations for Scaling Up Social Innovation Case Examples of Nonprofit Organizations From Canada », (2002) 50-3 *The Journal of Applied Behavioral Science* 234-260; et Frank MOULAERT, Diana MACCALLUM, Abid MEHMOOD et Abdelillah HAMDOUCH (dir.), *The International Handbook on Social Innovation, Collective Action, Social Learning and Transdisciplinary Research*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2013, 528 pages.

⁵⁸ Eduardo POL et Simon Philip VILLE, « Social Innovation: Buzz Word or Enduring Term? », (2009) 38-6 *The Journal of Socio-Economics* 878-885.

⁵⁹ James A. PHILLS JR, Kriss DEIGLMEIER et Dale T. MILLER, « Rediscovering Social Innovation », (2008) 6-4 *Stanford Social Innovation Review* 34-43.

⁶⁰ CLOUTIER, *op. cit.*, note 56.

⁶¹ Pel BONNO et Thomas BAULER, « Charting Novelty or Inventing Realities? Framing Aporias of Social Innovation Research », TRANSIT project, Lille (France), 8-10 juillet 2015, 22 pages. Cité par Alex HAXELTINE et al., « On the Agency and Dynamics of Transformative Social Innovation », TRANSIT Working Paper #7, novembre 2016, 35 pages.

lisées susceptibles de provoquer des ruptures⁶², à sa nature systémique⁶³ et sa réalité à la fois relationnelle, matérielle, normative et idéale, etc. C'est cette perspective plus analytique et plus large que nous adoptons ici.

La notion d'innovation sociale renvoie à toute expérience individuelle ou collective, ou aux références susceptibles de modifier les pratiques, les structures et les représentations sociales dans un champ d'action donné. Lorsque ces innovations connaissent une certaine pérennité, on parlera également de *mutation sociale*.

C. À la recherche d'un modèle théorique de *moyenne portée*

L'étude du changement ou des réformes au sein du système de justice s'inscrit ici dans une perspective de recherche à la fois théorique et empirique, bénéficiant notamment des expériences de réformes proposées par le projet *Accès au droit et accès à la justice* (adaj.ca)⁶⁴. Contrairement aux orientations proposées par une partie de la littérature, on y admet que l'innovation sociale ne constitue pas un bien « en soi ». On s'intéresse surtout aux causes de l'innovation sociale et à ses obstacles, quels qu'en soient la source et les effets. Plutôt que d'aborder l'innovation comme un moyen d'atteindre une finalité précise, une approche analytique sur les changements reconnaît que certaines innovations n'ont pas de fonction téléologique spécifique et répondent parfois à un glissement indistinct des pratiques, des fonctions organisationnelles ou des représentations sociales. Ainsi doit-on reconnaître que les innovations ne sont pas toujours portées

⁶² Denis HARRISSON et Jane JENSEN, *Social Innovation Research in Europe: Approaches, Trends and Future Directions; Policy Review*, Brussel, European Commission, Luxembourg Publications Office of the European Union, 2013, 62 pages et PHILLS et al., *op. cit.*, note 59.

⁶³ TEPSIE, *Social Innovation Theory and Research: A Guide for Researchers, a Deliverable of the Project: "The Theoretical, Empirical and Policy Foundations for Building Social Innovation in Europe"* (TEPSIE), European Commission – 7th Framework Programme. Brussels: European Commission, DG Research, 2014, 50 pages, en ligne : <<http://www.transitsocialinnovation.eu/resource-hub/social-innovation-theory-and-research--a-guide-for-researchers>> (dernière consultation le 10 juillet 2020).

⁶⁴ Pour plus d'informations sur le projet *Accès au droit et à la justice*, voir en ligne : <<http://adaj.ca/>> (dernière consultation 10 juillet 2020).

par un dessein particulier, par un promoteur ou un entrepreneur social identifiable⁶⁵.

Finalement, dans une perspective souvent différente de celle que suggère une partie de la littérature, on s'intéresse ici à des expériences potentiellement très localisées. L'innovation n'y est pas seulement définie en tant qu'expression ou conséquence d'un vaste *mouvement social* et n'est pas toujours le produit d'un projet collectif partagé, d'un *Mass Social Change*⁶⁶. Certaines de ces innovations sont cependant susceptibles de connaître ou de bénéficier d'effets d'agrégation ou d'effets additifs qui, par extension, peuvent effectivement générer une mutation plus générale. Il ne s'agit pas ici de nier le potentiel réformateur de certaines innovations, mais d'élargir l'étude du phénomène à une multitude d'expériences sociales, que celles-ci participent ou non d'un mouvement plus large de nature culturelle, idéologique ou historique, même si on tiendra également compte de ces ressorts sociaux.

On s'intéresse particulièrement à la conception d'un modèle *de moyenne portée*⁶⁷. Cette stratégie intellectuelle, déjà suggérée par Merton, situe la fonction théorique à un niveau où sa fonction empirique est perceptible⁶⁸. On entend ainsi proposer les éléments d'une théorie du changement fondée sur trois variables différentes : 1) les instances de régulation sociale où sont susceptibles de naître et se déployer les innovations ; 2) les processus d'institutionnalisation favorisant leur inscription sociale ; et 3) le contexte d'apparition et de diffusion de ces innovations. Ces perspectives intègrent plusieurs contributions théoriques et empiriques contemporaines.

⁶⁵ Giovany CAJAIBA-SANTANA, « Social Innovation : Moving the Field forward. A Conceptual Framework », (2014) 82 *Technological Forecasting and Social Change* 42-51.

⁶⁶ Peter F. DRUCKER, « Social Innovation, Management, New Dimension », (1987) 20-6 *Long Range Plan* 29-34.

⁶⁷ Pierre NOREAU, « Une sociologie... pour le société », dans Marc-Henry SOULET (dir.), *Sociétés en mouvement, sociologie en changement*, Québec, Presses de l'Université Laval (coll. Sociologie contemporaine), 2018, 325-346.

⁶⁸ Robert K. MERTON, *Éléments de théorie et de méthode sociologique*. 2^e éd. Paris, Plon, 1965, 514 pages.

D. Les instances symbolique, institutionnelle et pratique du changement

On a indiqué plus haut qu'une innovation pouvait connaître des prolongements sur plusieurs « niveaux » de l'action sociale. L'idée d'une telle gradation est souvent reprise dans la littérature. Dans un article important publié dans les *Cahiers du Crises*, Cloutier distingue ainsi les innovations centrées sur les individus, sur les milieux ou sur les entreprises⁶⁹. TEPSIE les distingue selon qu'elles touchent les services, les pratiques, les processus, les règles ou les organisations⁷⁰. Edwards-Schachter et Wallace différencient ces niveaux en fonction de ce qu'ils renvoient aux interactions sociales, aux institutions ou à la société tout entière, par le biais du marché ou de la culture⁷¹. Cajaiba-Santana retrace de façon plus schématique la trajectoire des innovations. Celles-ci, une fois apparues au sein des *systèmes sociaux*, sont relayées par des agents sous forme de pratiques sociales, avant d'être encadrées par les institutions. Ces niveaux d'action se trouvent ainsi reliés entre eux par une succession d'étapes prévisibles⁷².

Plutôt que d'endosser cette conception linéaire du changement et de traquer la destinée de l'innovation le long d'une échelle hiérarchisée d'inspiration structuro-fonctionnaliste passant du haut vers le bas (soit du monde des idées vers celui de l'action), nous croyons plus utile d'en étudier la naissance et la destinée sans postuler de séquence particulière. C'est-à-dire en posant l'hypothèse que chaque innovation ou chaque mutation met potentiellement « en tension » ou « en phase » trois instances sociales distinctes toutes susceptibles d'en être le siège⁷³. D'abord l'instance des

⁶⁹ CLOUTIER, *op. cit.*, note 56.

⁷⁰ TEPSIE, *op. cit.*, note 63.

⁷¹ MONIKA EDWARDS-SCHACHTER et MATTHEW L. WALLACE, « Shaken, But Not Stirred: Sixty Years of Defining Social Innovation », (2017) 119 *Technological Forecasting and Social Change* 64-79.

⁷² CAJAIBA-SANTANA, *op. cit.*, note 65.

⁷³ J'ai recouru moi-même dans un autre contexte à la notion de *niveaux sociaux*, laissant indirectement entendre qu'il existait une forme de supériorité d'influence des représentations sociales sur les autres (institutionnelles ou pratiques). J'ai cependant bien décrit dans un texte antérieur en quoi la source des innovations au sein des systèmes fortement institutionnalisés était plus susceptible de survenir d'une mutation des pratiques que d'un changement de mentalité. C'est également l'hypothèse que je soutiens en conclusion de ce texte. Tout cela ne signifie évidemment pas que la notion de seuil ou de niveau soit sans intérêt heuristique. L'action sociale peut en effet se décliner en fonction de ses dimensions symboliques ou instrumentales croissantes ou décroissantes. Mais

relations pratiques dont les fonctions sont souvent instrumentales; on renvoie ici aux interactions personnelles ou professionnelles et à l'ajustement des attentes mutuelles quotidiennes. Puis l'instance de la **régulation institutionnelle**, structurée par des règles formalisées, mises en œuvre dans un cadre organisationnel précis (le tribunal, par exemple, ou le Palais de justice), de manière à assurer la coordination anticipée des comportements et la gestion des différends. Et enfin l'instance des **référents symboliques**, c'est-à-dire celui des représentations sociales, des idéologies ou des positionnements idéels qui donnent leur sens et fournissent leur justification au changement. Cette distinction permet d'intégrer les acquis du pluralisme juridique, tel qu'il a été développé au Québec au cours des 50 dernières années, en reconnaissant la nature *normative* de chacune de ces instances sociales⁷⁴. Abordés dans cette perspective, tout changement ou toute innovation durables (toute mutation de l'action sociale), exigent un recadrage normatif, que cette normativité soit de nature – ou occupe une fonction – symbolique, régulatrice ou instrumentale⁷⁵.

S'agissant de cette instance où se déploient les **relations pratiques** (souvent de nature instrumentale), toute expérimentation ou toute innovation sont appelées à bousculer les usages ou les modalités courantes de l'interaction sociale dans les dimensions les plus matérielles et relationnelles de

cette observation n'a qu'un intérêt partiel ici. Voir : Pierre NOREAU, « The Old... and the New? Elements for a General Theory of Institutional Change: The Case of Paperless Justice », dans Karim BENYEKHLEF, Jane BAILEY, Jacquelyn BURKELL et Fabien GÉLINAS (dir.), *eAccess to Justice*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2016, p. 263-304.

⁷⁴ Guy ROCHER, *Études de sociologie du droit et l'éthique*. 2^e éd. Montréal, Thémis, 2016, 614 pages; Roderick A. MACDONALD, « Custom Made: For a Non-Chirographic Critical Legal Pluralism », (2011) 26 *Canadian Journal of Law and Society* 301-327 et Roderick A. MACDONALD, « L'hypothèse du pluralisme dans les sociétés démocratiques avancées », (2002) 33 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 133-152; Andrée LAJOIE, « Contribution à une théorie de l'émergence du droit: le droit, l'État, la société civile, le public, le privé; de quelques définitions interreliées », (1991) 25-1 *Revue juridique Thémis* 103-143; Pierre NOREAU, « Comment la législation est-elle possible? Objectivation et subjectivation du lien social », (2001) 47-1 *Revue de droit de McGill* 195-236; Jean-Guy BELLEY, « L'État de la régulation juridique des sociétés globales: pour une problématique du pluralisme juridique », (1986) 18-1 *Sociologie et société* 11-32.

⁷⁵ Sur ces trois fonctions normatives, on lira : Pierre NOREAU, « Et le droit, à quoi sert-il? : Étude des usages étatiques et des fonctions du droit contemporain », dans Pierre NOREAU (dir.) *Le droit à tout faire*, Montréal, Thémis, 2008, p. 205-251.

l'action⁷⁶. L'innovation y transite inévitablement par le développement de formes de socialisation nouvelles, telles qu'elles sont conçues par Simmel⁷⁷, et s'accompagnent généralement de nouvelles raisons pratiques⁷⁸. Les différentes expressions de l'individualité et de la créativité – du moment qu'elles s'inscrivent dans un espace d'interaction spécifique – y trouvent à la fois des conditions d'expérimentation et de validation sociale, c'est-à-dire de légitimation ou de censure⁷⁹. Sur le plan de la **régulation institutionnelle**, l'innovation ou la stabilité s'expriment sous forme de normes connues et sanctionnées d'une manière ou d'une autre : directives, réglementation interne, normes contractuelles, cahiers de charge, lois statutaires, conventions collectives, normes professionnelles, codes de déontologie, organigrammes, etc. Dans tous les cas la mobilisation de ces normes suppose l'existence d'un *ordre juridique* au sens de Romano⁸⁰ ou de Rocher⁸¹. Si cette *instance* de régulation prend souvent la forme d'une *organisation* ou d'une *bureaucratie*, ces normativités se développent dans une multitude de champs sociaux moins bien circonscrits, mais non moins formalisés, du fait du caractère impératif de ces règles, qu'elle prenne la forme de normes tacites, de modalités d'action ritualisées ou de coutumes bien établies⁸². Finalement, l'instance des **référénts symboliques** renvoie à l'espace des représentations « idéelles » ou idéologiques. Elles sont, elles aussi, susceptibles, de favoriser l'innovation ou, au contraire, l'ossification des rapports sociaux : références partagées, valorisation d'un certain mode de vie, repères identitaires, figures

⁷⁶ Martha E. SIMMONS, « Applying Innovation Theory on a Micro Level in Dispute Resolution: The Contribution of Collaborative Law », (2015-2016) 6 *Journal of Arbitration and Mediation* 89-123.

⁷⁷ Georg SIMMEL, « Disgression sur le problème : comment la société est-elle possible? », dans Patrick WATIER (dir.), *Georg Simmel: la sociologie et l'expérience du monde moderne*, Paris, Méridiens-Klincksieck, 1986, p. 21-45.

⁷⁸ Pierre BOURDIEU, *Raisons pratique: sur la théorie de l'action*. Paris, Seuil, 1994, 256 pages et Pierre BOURDIEU, *Le sens pratique*. Paris, Éditions de minuit, 1980, 480 pages.

⁷⁹ Danilo MARTUCCELLI, « Programme et promesses d'une sociologie de l'intermonde », dans Marie-Blanche TAHON (dir.), *Sociologie de l'intermonde: La vie sociale après l'idée de société*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2011, p. 47-64.

⁸⁰ Santi ROMANO, *L'ordre juridique*. Paris, Dalloz, 1975, 174 pages.

⁸¹ Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29-1 *Les Cahiers de droit* 91-120.

⁸² Roderick A. MACDONALD, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et 'inférentielle' », (1986) 18-1 *Sociologie et société* 47-57.

ou mythes partagés, etc.⁸³. Ceux-ci peuvent être très largement répandus socialement, mais sont parfois propres à certains champs d'action spécifiques, comme c'est le cas en matière de justice.

On l'a indiqué, la définition de ces instances de régulation a d'abord une fonction analytique. Rien n'exige qu'on les situe dans un ordre hiérarchique particulier. On conclurait assez rapidement alors que tout changement suit une séquence prévisible, introduisant un certain *ordre dans le désordre*. Nous avons plutôt abordé ces *instances de régulation* dans une perspective *horizontale* plutôt que verticale. Bien sûr, on pourrait facilement prétendre que tout changement trouve ses origines dans l'espace abstrait des référents symboliques avant de se déployer vers d'autres instances sociales. C'est une hypothèse fondée sur le postulat rassurant voulant que *les idées mènent le monde*. Toute mutation de l'action sociale (comme de l'action publique) serait du coup le produit d'une longue décanation de ces référents, du niveau le plus abstrait de la régulation sociale (où ils sont nés) jusqu'à leur mise en œuvre au niveau des relations organisationnelles et interpersonnelles⁸⁴. Or, l'analyse rapide que nous avons faite du système de justice laisse plutôt entendre que les blocages qui empêchent ces mutations sont généralement d'ordres idéologique, épistémologique ou structurel. Bref, c'est actuellement « du haut » que viennent principalement les résistances au changement. Elles mettent en cause les instances de régulation **symboliques** et **institutionnelles**, qu'on présente pourtant souvent comme l'origine même du changement. D'ailleurs, de façon tout à fait symptomatique, la mise en œuvre de tout changement au sein du système de justice est systématiquement accompagnée d'un appel à un « changement de culture »⁸⁵. En contrepartie évidemment, ce serait une

⁸³ Pieter J. BEERS, Frans HERMANS, Tom VELDKAMP et Jules HINSSSEN, « Social Learning Inside and Outside Transition Projects: Playing Free Jazz for a Heavy Metal Audience », (2014) 69 NJAS – *Wageningen Journal of Life Sciences* 5-13.

⁸⁴ Sur le plan managérial, tout cela suppose évidemment l'élaboration d'un vaste plan, téléguisé par une hiérarchie précise. Toute initiative du genre exige par extension une stratégie de « gestion du changement », sinon une théorie de la transition (*Transition Theory*). On consultera dans cette perspective l'ouvrage de Trevor C.W. FARROW et Patrick MOLINARI (dir.), *The Courts and Beyond: The Architecture of Justice in Transition*, Montréal, Institut canadien d'administration de la justice, 2013, 252 pages.

⁸⁵ On réalise immédiatement la dimension épistémologique, idéologique et structurelle (et partant institutionnelle et normative) qui accompagne toute mutation des activités de justice. Ainsi, chaque réforme successive du *Code de procédure civile* s'accompagne d'un appel en faveur d'un changement de culture: lire: COMITÉ DE RÉVISION DE LA

erreur de croire que tout changement naît seulement d'une mutation des **relations pratiques** entre les acteurs du champ, ce qui, n'est sans doute vrai qu'à certaines conditions. On peut simplement supposer qu'on pourra toujours trouver sur le marché des idées, des justifications et des rationalités *en valeur* susceptibles d'appuyer *a posteriori* une éventuelle réforme des pratiques de justice, notamment lorsque cette réforme est devenue indispensable⁸⁶. Il en va de même de l'ajustement des normes juridiques et des règles de pratique qui encadrent l'activité judiciaire. Elles suivent plus souvent qu'elles ne précèdent ces mutations pratiques⁸⁷. Quoi qu'il en soit, il est présomptueux de supposer que toute réforme vient toujours du haut (*top-down*)⁸⁸, car elles empruntent généralement des formes « plurivoques », pour reprendre l'expression proposée par Jacques Commaille⁸⁹. Sur le strict

PROCÉDURE CIVILE, *Une nouvelle culture judiciaire*, Québec, ministère de la Justice, juillet 2001, 294 pages et annexes. Et plus récemment : Michelle THÉRIAULT, « Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de la justice participative », (printemps 2015) 74 *La Revue du Barreau* 1-38 et Jean-François ROBERGE, *La justice participative : Fondements et cadre juridique*, Montréal, Yvon Blais, 2019, 188 pages. Et plus récemment encore, les déclarations du ministre de la Justice du Québec concernant la dématérialisation de l'activité judiciaire, en ligne : <<http://www.fil-information.gouv.qc.ca/Pages/Article.aspx?aiguillage=diffuseurs&listeDiff=49&idArticle=2604241445>> (dernière consultation 10 juillet 2020).

- ⁸⁶ La naissance et la justification de la médiation familiale au Québec est emblématique de cette trajectoire. Pierre NOREAU, « Pluralisme juridique et institutionnalisation des pratiques sociales : le cas de la médiation familiale », dans Bjarné MELKEVIK (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1998, p. 41-66.
- ⁸⁷ Ainsi, les normes juridiques encadrant l'exercice de l'arbitrage commerciale ont plutôt suivi que précédé le développement de nouveaux modes de résolutions des conflits entre entreprises. Il en va encore ici de même de la médiation civile et familiale.
- ⁸⁸ Plusieurs auteurs différencient les innovations initiées par le bas (dites *Bottom up* ou *Grassroots Innovations*), des réformes venues du haut, (*Top down*) : Anil K. GUPTA et al., « Mobilizing Grassroots' Technological Innovations and Traditional Knowledge, Values and Institutions : Articulating Social and Ethical Capital », (2003) 35-9 *Futures* 957-987 ; Gil SEYFANG et Alex HAXELTINE, « Growing Grassroots Innovations : Exploring the Role of Community-Based Initiatives in Governing Sustainable Energy Transitions », (2012) 30 *Environment and Planning C: Government and Policy* 381-400 et Gil SEYFANG et Adrian SMITH, « Grassroots Innovations for Sustainable Development : Towards a New Research and Policy Agenda », (2007) 16-4 *Environmental Politics* 584-603.
- ⁸⁹ Jacques COMMAILLE, *Territoires de justice. Une sociologie politique de la carte judiciaire*, Paris, Presses universitaires de France, 2000, 291 pages. Lire également, sur ces mouvements ascendants et descendants : le texte de Jacques Commaille dans les pages de la présente édition de la *Revue juridique Thémis*. De même, en matière de gestion de

plan de la recherche, une étude systématique du changement exigerait la mise en compétition d'hypothèses diverses sur ses origines et sur sa trajectoire – entre les instances de régulation –, en tenant compte d'autres variables touchant notamment le contexte social général et la diversité des expériences sociales disponibles; susceptibles d'inspirer une éventuelle réforme de la justice. Tout cela suppose cependant de s'interroger sur la porosité du système de justice à l'égard de l'innovation sociale (sous toutes ses formes), problème central de l'analyse systémique⁹⁰.

l'action publique, le *New Public Management*, qu'on suppose toujours dirigé par une volonté jupitérienne n'est possible que dans la complémentarité de multitude de modalités de régulation, à la fois symbolique, institutionnelle (normative) et pratique. Comme le rappelait Philippe BEZES: « Le NPM constituerait ainsi le "référentiel" ou le "paradigme" politiques contemporaines de l'administration, c'est-à-dire une doctrine assemblant des diagnostics des problèmes, des images et des valeurs (impératif d'efficacité, de transparence, de redevabilité, etc.), des normes générales d'action (changer l'organisation, développer un gouvernement par la performance, réformer la procédure budgétaire, etc.) et des instruments (raisonnements micro-économiques, contractualisation, indicateurs de performance, enveloppe globale, standards de qualité pour les usagers, création d'agences, etc.) ». Tiré de Philippe BEZES, *Réinventer l'État, Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, Paris, Presses universitaires de France (coll. Le Lien social), 2009, p. 13-59, en ligne: <<https://www.cairn.info/reinventer-l-etat--9782130558132-page-13.htm>> (dernière consultation 10 juillet 2020). Cela étant, pour une analyse très fine du processus de régression conduisant de la nouvelle gouvernance publique à sa mise en forme juridique, en tant que simple outil de management, on lira avec intérêt: Daniel MOCKEL, *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 149 et s. et Daniel MOCKEL, « La réglementation intelligente: réglementer mieux ou réglementer moins? », (2015) 6 *Revue française de droit administratif* 1225-1231.

⁹⁰ On pourrait ainsi dégager mécaniquement jusqu'à neuf scénarios différents, selon l'origine (pratique, institutionnelle ou symbolique) des innovations étudiées, et leur trajectoire d'une instance de régulation à l'autre. Certains de ces tracés sont évidemment plus vraisemblables que d'autres, mais leur analyse ne devrait pas empêcher l'étude des effets de superposition et de simultanéité accompagnant certaines mutations importantes. On court cependant alors le risque d'une fuite en avant théorique, dont plusieurs autres aventures intellectuelles ont montré les limites. Une étude plus inductive, structurée par les catégories d'analyse que nous proposons ici, serait peut-être plus productive, dans l'état actuel de nos connaissances.

E. Les processus d'institutionnalisation et de désinstitutionnalisation

S'intéressant à l'innovation et à la mutation des champs sociaux fortement institutionnalisés – comme la justice –, on est inévitablement appelé à observer les mouvements d'*institutionnalisation* et de *désinstitutionnalisation* qui traversent l'évolution des pratiques de justice. En effet, hors des mutations attribuables aux exigences de la gestion courante de la cour et du greffe, la plupart des innovations apportées aux pratiques de justice et aux attentes de justice au cours des dernières années tiennent à une forme de « mouvement » entre ce qui est considéré comme relevant ou non de l'activité judiciaire. Elles sont largement fonction de ce qui est considéré, à un moment précis du temps social, comme relevant – ou ne relevant plus – de l'activité des juges ou de celle des praticiens du droit, de la pratique judiciaire ou du service juridique, sinon de la régulation juridique elle-même.

Bien sûr, une partie des changements observables au sein de l'institution judiciaire sont de nature managériale. On pense ici à la gestion opérationnelle des activités de justice. Ces initiatives sont évidemment confrontées aux tensions qui opposent des acteurs aux intérêts et au statut différent. Comme dans toutes les organisations, ces questions touchent essentiellement des problèmes de gestion des stocks et des flux : problème d'efficacité, d'efficience et d'effectivité de l'organisation judiciaire. Il s'agit comme on l'a dit, d'initiatives et d'innovations visant à régler les problèmes que le système se crée à lui-même. Elles concernent tout à la fois l'administration des cours, la gestion de l'instance et, par extension, la structuration des activités des acteurs entre eux. On parle dans tous les cas d'administration de la justice, entendue au sens strict : gestion des rôles, réduction des délais, monopolisation du temps de la cour par certains dossiers spécifiques, seuils et tarifs de l'aide juridique, insuffisance des budgets de la justice, aménagement des salles d'audience et palais de justice, régulation des rapports entre les tribunaux et les services carcéraux en matière criminelle et pénale, coordination des juridictions, etc. Ces réformes de nature interne concernent essentiellement la fonctionnalité du système de justice, encore qu'elles puissent comporter des dimensions de nature **pratique** (assouplissement de la procédure, reconfiguration du service des greffes ou dématérialisation de la trajectoire judiciaire), **institutionnelle** (modification des règles de pratique ou du calendrier judiciaire, imposition d'un protocole d'instance

ou de nouveaux délais de rigueur, redécoupage des juridictions) **ou symbolique**. Elles sont alors menées au nom d'une *nouvelle culture judiciaire*, de la *modernisation de la justice* ou d'une plus grande *justice de proximité*. Comme on l'a indiqué, ces mutations de nature managériale rencontrent une fréquente résistance, dès qu'elles supposent une reconfiguration des rapports internes au système ou une remise en question des pratiques et des statuts établis. Ces changements, lorsqu'ils surviennent, doivent être le produit d'une impulsion venue du champ judiciaire lui-même.

Mais dans une perspective élargie sur le changement social, on peut raisonnablement supposer que les changements les plus susceptibles de favoriser une mutation de l'activité et des pratiques de justice sont fondés sur des tendances observables dans un certain nombre d'autres champs de l'activité sociale. Ces changements dépendent alors directement de la nature des rapports qu'entretient le système de justice avec l'ensemble de ces autres domaines d'action. Ils prennent très souvent alors la forme d'un *saisissement* ou d'un *dessaisissement* de la justice à l'égard de ces champs, pratiques ou techniques d'intervention sociale, de ces technologies émergentes, ou de ces normes de références, croyances et convictions nouvelles⁹¹.

Notre intérêt porte plus directement ici sur l'intégration au sein du système de justice de pratiques sociales (*i.e.* d'innovations) généralement développées au sein de la « société civile », c'est-à-dire dans l'espace des interactions sociales, personnelles ou professionnelles⁹². On parle alors d'*institutionnalisation* des pratiques sociales. On se penche également sur la tendance du système juridique à se délester d'une partie de ses activités traditionnelles. On parle alors de *désinstitutionnalisation*. Ce mouvement touche évidemment le droit substantiel, mais également toute forme de pratiques de justice.

Les processus de colonisation des références, des normes et des pratiques sociales par la normativité juridique ou par la justice sont particulièrement intéressants, ne serait-ce que parce que le droit est potentiellement appelé à réguler les activités menées dans tous les autres champs de l'ac-

⁹¹ Pierre NOREAU, « L'innovation sociale et le droit: Est-ce bien compatible? », dans Fonds de recherche sur la société et la culture (dir.), *Le développement social au rythme de l'innovation*, Québec, Presses de l'Université du Québec, FQRSC, 2004, p. 73-108. Pierre NOREAU, « Comment la législation est-elle possible? Objectivation et subjectivation du lien social », (novembre 2001) 47-1 *Revue de droit de McGill* 195-236.

⁹² TEPST, *op. cit.*, note 63.

tion sociale. L'évolution du droit peut ainsi être étudiée comme le produit d'un processus normatif évoluant au gré de la définition fluctuante de ce qui, dans un contexte donné, est considéré comme relevant de l'ordre ou de l'intérêt public se trouve tout à coup défini comme une priorité sociale ou comme l'expression d'une référence en valeur, élevée par voie législative, au rang de consensus social. Ce mouvement de la législation n'échappe évidemment pas à l'activité judiciaire qui est appelée par à-coup à s'en saisir sinon à s'en trouver saisie. La mutation du système judiciaire, lorsqu'elle est envisagée comme le produit d'un tel processus d'*institutionnalisation* suppose le contrôle de champs d'action et le recours à des pratiques sociales qui lui échappaient jusque-là. Il peut arriver que l'intégration de ces nouvelles références exige une redéfinition des principes qui fondent la légitimité et la normativité judiciaire. On assisterait alors à une véritable mutation des activités de justice (*Scaling up Social Innovation*)⁹³.

Ce mouvement d'*institutionnalisation* peut d'ailleurs connaître lui-même deux variantes⁹⁴. Soit cette institutionnalisation vient de la capacité des porteurs d'une pratique innovante d'imposer unilatéralement leur activité dans le champ des activités de justice (on parle alors d'*auto-institutionnalisation*), soit elle se voit « absorbée » dans le répertoire des pratiques instituées. On parle alors de *méta-institutionnalisation* comme c'est le cas en matière de conciliation judiciaire, depuis 2003⁹⁵ et de médiation civile, lorsque ces services

⁹³ Si le transfert d'une innovation d'une instance de régulation vers toutes les autres est la condition d'une véritable mutation de l'action (*Scaling up Social Innovation*), elle n'est pas *a priori* nécessaire. Puisque certaines de ces innovations sont susceptibles de ne connaître qu'une expression « locale » ce qui ne leur fait rien perdre de leur caractère novateur bien qu'elle en limite la portée. France WESTLEY, Nico ANTADZE, Darcy J. RIDDELL, Kristen ROBINSON, Sean GEOBEY, « Five Configurations for Scaling Up Social Innovation: Case Examples of Nonprofit Organizations From Canada », (2004) 50-3 *The Journal of Applied Behavioral Science* 234-260.

⁹⁴ Pierre NOREAU (en coll. avec Romilda MARTIRE), « De l'institutionnalisation de la justice réparatrice », dans Mylène JACCOUD (dir.), *Justice réparatrice et médiation pénale: Convergence ou divergence?*, Paris, L'Harmattan (coll. Sciences criminelles), 2003, p. 209-225.

⁹⁵ Jean-François ROBERGE, « La conférence de règlement à l'amiable: les enjeux du raisonnement judiciaire et du raisonnement de résolution de problème », (2005) 3-1 *Revue de prévention et de règlement des différends* 25-50; Jean-François ROBERGE, « Emerging Trends in Access to Justice and Dispute Resolution in Canada », (2014) 4-2 *Revue d'arbitrage et de médiation/ Journal of Arbitration and Mediation (RAMJAM)* 69-88; Jean-François ROBERGE, « Sense of Access to Justice as a Framework for Civil Procedure Justice Reform », (2016) 17-2 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 323-361

sont offerts par la cour. Il s'agit évidemment de deux mouvements complémentaires. Les exemples d'institutionnalisation sont multiples et témoignent indirectement du besoin du système de justice de s'approcher de la demande sociale, qu'il s'agisse de dématérialisation de la trajectoire judiciaire, du développement de services d'accompagnement des personnes se présentant seules à la cour, de recours au principe du langage *clair et accessible* dans les jugements, du développement graduel de la justice administrative, de la création de l'aide juridique ou des petites créances. Pour l'essentiel, ces initiatives sont inspirées de l'évolution qu'ont connu d'autres juridictions sinon d'expériences communautaires ou professionnelles développées au cours des années, souvent les acteurs d'autres champs de pratique ou d'autres institutions. Cela étant, elles n'ont souvent de sens et ne se justifient que dans la mesure de leur intégration aux activités courantes de l'institution où elles sont intégrées. Il s'ensuit qu'elles doivent d'abord répondre aux besoins de l'institution elle-même, ici de l'institution judiciaire, et que l'institutionnalisation de ces innovations est souvent faite pour des raisons managériales, encore qu'elles puissent répondre également à certaines finalités sociales⁹⁶.

L'étude du changement exige également une prise en compte des processus de *désinstitutionnalisation* des activités de justice, c'est-à-dire de la tendance du « système » à se désengager de domaines d'action autrefois encadrés par la normativité juridique et judiciaire et régulés dorénavant hors du système judiciaire. C'est le cas de certaines infractions criminelles : aide médicale à mourir, usage médical puis social de la marijuana, homosexualité, etc. C'est également le cas en matière de justice de proximité⁹⁷, de mesures de rechange pour adultes⁹⁸, de justice réparatrice ou de médiation civile recourant à des modes « privés » de prévention et de résolution des différends (PRD)⁹⁹, etc. Il arrive alors que ce mouvement s'accompagne

et Jean-François ROBERGE et Elvis GRAHOVIC, « L'accès à la justice et le succès en conférence de règlement à l'amiable : mythes et réalités », (2014) 73 *Revue du Barreau* 435-469.

⁹⁶ Il s'agit de cas très nombreux où, comme je l'ai écrit ailleurs, on finit par faire la bonne chose... mais pour la mauvaise raison.

⁹⁷ Pierre NOREAU et Alexandra PASCA, *op. cit.* note : 29.

⁹⁸ Catherine ROSSI, « Über die Schwierigkeiten der Justiz mit dem TOA in Quebec (Les problèmes relatifs à l'implantation de mesures de rechanges dans le système de justice au Québec) », (2017) 2 *Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung* 42-44.

⁹⁹ Jean-François ROBERGE, « La justice participative. Fondements et Pratique », dans Paola CECCHI-DIMEGLIO et Béatrice BRENNEUR (dir.), *Manuel interdisciplinaire des modes*

d'une forme de déprofessionnalisation de l'action juridique, comme on peut le constater en matière d'autoreprésentation¹⁰⁰ ou de certaines activités criminelles exigeant une intervention de nature sociale. C'est par exemple le cas en matière d'exploitation des aînés¹⁰¹, mais aussi dans le cadre de situations exigeant la création de tribunaux dits *thérapeutiques* ou *spécialisés* en matière de violence conjugale, d'itinérance, de dépendance et de consommation de drogue ou d'alcool¹⁰². C'est également le cas en matière de médiation civile dès lors que la fonction de tiers est assumée par un non-juriste¹⁰³. Dans certains cas, la désinstitutionnalisation des activités de justice transite par des services périjuridiques qui font appel à des *parajuristes* ou à des plateformes informatiques de règlement des différends, comme il en existe actuellement en matière de droit de la consommation¹⁰⁴. Il en va de même du recours à des formulaires Web en matière de petites créances qui allègent le travail-conseil des employés du greffe civil ou des centres de justice de proximité servant systématiquement de centres de référence aux fonctionnaires du greffe débordés par la demande. Sur une autre échelle,

amicales de résolution des conflits. Bruxelles, Éditions Larcier, 2015, p. 813-832; Jean-François ROBERGE, Axel-Luc HOUNTOHOTÉGBÈ et Elvis GRAHOVIC, « L'article 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile du Québec. Des recommandations pour réussir un changement de culture », (2015) 49-2 *Revue Juridique Thémis* 487-524 et Catherine PICHÉ, « Disposition préliminaire », dans Pierre-Claude LAFOND (dir), *Jurisclasseur Québec, Procédure civile II*, 2^e éd, Montréal, LexisNexis, 2015.

- ¹⁰⁰ Emmanuelle BERNHEIM et Richard-Alexandre LANIEL, « Un grain de sable dans l'engrenage du système juridique. Les justiciables non représentés : problèmes ou symptômes ? » (2013) 31-1 *Recueil annuel de Windsor d'accès à la justice* 47-68.
- ¹⁰¹ Catherine ROSSI, Jennifer GRENIER, Raymonde CRÊTE et Alexandre STYLIOS, « L'exploitation financière des personnes aînées au Québec : le point de vue des professionnels », (2016) 46 *Revue générale de droit* 99-153 et Catherine ROSSI et Robert CARIO, « Restorative Justice: Acknowledged Benefits Versus Emerging Issues », (2016) 4-2 *International Journal on Criminology* 1-14.
- ¹⁰² Dominique BERNIER, *Le droit pénal dans le continuum des soins de santé, réflexions sur le rôle des acteurs du système judiciaire et sur les mécanismes de protection de l'usager de drogue ou d'alcool dans les formes de prise en charge thérapeutique*, Thèse de doctorat, Faculté des études supérieures en droit, Université d'Ottawa, Ottawa, Ontario, 2017, 275 pages.
- ¹⁰³ C'est notamment le cas des membres de l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec, en ligne : <<http://imaq.org/>> (dernière consultation 1^{er} avril 2020).
- ¹⁰⁴ On consultera le site PARLe, en ligne : <<https://www.opc.gouv.qc.ca/a-propos/parle/>> (dernière consultation 1^{er} avril 2020).

c'est également le cas des plateformes proposant des informations juridiques spécialisées¹⁰⁵.

Bien sûr, la désinstitutionnalisation des services juridiques et judiciaires sert souvent les besoins du système de justice lui-même. Ainsi, la reconnaissance juridique de la médiation familiale a d'abord visé à répondre à la crainte d'une inflation des requêtes en modification des pensions alimentaires, dans la foulée d'une réforme prévoyant la défiscalisation des pensions¹⁰⁶. De même, les programmes de mesure de rechange pour adultes sont surtout devenus une nécessité du fait de l'allongement démesuré des délais en matière de justice criminelle et pénale et de l'engorgement des tribunaux¹⁰⁷.

Le tableau 1 propose une cartographie des mouvements d'institutionnalisation et de désinstitutionnalisation qu'on peut observer ou qui sont périodiquement envisagés au sein du système de justice québécois. Sa valeur est plus descriptive qu'explicative. Elle offre cependant une description schématisée des mutations qu'a connues le système de justice au Québec depuis une cinquantaine d'années. C'est le mouvement et la combinaison de ces instances de régulation symboliques, institutionnelles et pratiques et leur relation avec les processus d'institutionnalisation, de gestion et de désinstitutionnalisation qu'on circonscrit ici, et à partir desquelles un certain nombre d'hypothèses peuvent être élaborées sur l'origine et la destinée du changement en matière de justice.

Avant de nous pencher sur les « effets de contexte » susceptibles d'accélérer ou de ralentir l'implantation d'une innovation, il apparaît opportun d'aborder également les « effets de cycle » qui peuvent accompagner l'évolution de toute innovation sociale. C'est souvent le cas lorsque ces expériences se développent à la périphérie de systèmes fortement institutionnalisés comme celui du système de justice. Au processus de désinstitutionnalisation peut ainsi succéder un autre, dit de *ré-institutionnalisation*.

¹⁰⁵ On pense notamment ici à Éducaloi, en ligne : <<https://www.educaloi.qc.ca/>> (dernière consultation 1^{er} avril 2020).

¹⁰⁶ Pierre NOREAU, *op. cit.* note 86.

¹⁰⁷ On lira avec intérêt à ce propos les communiqués de presse du Ministère de la justice du Québec, en ligne : <<https://www.newswire.ca/fr/news-releases/le-gouvernement-respecte-ses-engagements-pour-reduire-les-delaix-en-matiere-de-justice-et-annonce-de-nouvelles-mesures-innovantes-629738893.html>> (dernière consultation 1^{er} avril 2020).

**Tableau 1 : Institutionnalisation et désinstitutionnalisation
en matière de justice**

	Institutionnalisation	Gestion opérationnelle	Désinstitutionnalisation
Référents symboliques	Principe de proportionnalité Déontologie judiciaire Justice de <i>proximité</i> Charte des victimes	Nouvelle culture judiciaire <i>Modernisation</i> de la justice <i>New public management</i> <i>Justice de proximité</i>	Accès au droit et à la justice Droit préventif Justice participative Justice prédictive
Régulation institutionnelle	Conf. règlement amiable Tribunaux spécialisés Aide juridique Loi anti-slapp Justice administrative	180 jours Case management Protocole d'instance Hub tubing Règles de pratique Découpage juridictionnel	Rôle des Parajuristes Mesures de rechange pour adultes Patrimoine familial Paiement automatique des pensions Tribunaux spécialisés
Relations pratiques	Service d'accompagnement Programmes & protocoles Respect des victimes Jugements en langage clair Éduc jur. au secondaire Médiation civile obligatoire	Justice sans papier Fonction de greffe Aménagement des PJ Modèles de pratique Avocat de service public Procédure simplifiée Statistique judiciaire	Médiation familiale Médiation civile Centre Just. proximité Justice Réparatrice Vulgarisation juridique Cliniques universitaires Guichet unique Plaideur citoyen

Réinstitutionnalisation

Il s'agit d'un mouvement facilement observable en matière de justice, même dans un contexte de dessaisissement où, après la désinstitutionnalisation d'une partie de sa juridiction, le tribunal réintègre dans la trajectoire judiciaire le domaine d'action qu'il avait temporairement cédé à l'initiative de la société civile. C'est également le cas lorsque ce dessaisissement est partiel, et que la justice se garde un pouvoir d'intervention ou d'homologation. C'est par exemple le cas en matière de médiation familiale alors que les conventions signées par les ex-conjoints doivent obligatoirement faire l'objet d'une décision judiciaire. Plusieurs auteurs ont de même souligné qu'il était contradictoire que les conventions établies entre des parties dans le cadre d'une médiation civile ne puissent pas être considérées exécutoires qu'après avoir été homologuées par le tribunal, alors que c'était précisément pour éviter l'intervention du tribunal que ces pratiques nouvelles de médiation ont été établies et promues¹⁰⁸.

F. Changement et stabilité : la question du contexte

On doit finalement aborder la question du contexte social, entendu en tant que condition de changement ou de stabilité. Certains contextes agissent ainsi comme catalyseurs alors que d'autres rendent tout changement pratiquement impossible à envisager. Ainsi, traversée par un réflexe défensif, une institution caractérisée par ses dysfonctionnalités peut longtemps maintenir son activité en la fondant sur un équilibre bancal, chaque dysfonction venant en compenser une autre. Il devient d'autant plus difficile alors de remonter aux origines de ces blocages agrégés : « c'est comme ça que ça marche » ! C'est l'étonnement du néophyte (sinon le regard impie du chercheur) qui révèle l'emplacement de ces points douloureux qui sont souvent devenus aveugles à ceux qui s'y sont habitués... et s'en accommodent.

¹⁰⁸ Comme le souligne Sylvette Guillemard : « En somme, on voit mal l'utilité de promouvoir les modes non judiciaires de règlement des différends dans l'optique de détourner les citoyens des tribunaux si cela ne les en détourne pas ou, pire, si cela ne les oblige pas à s'en détourner ! On aurait pu croire en paraphrasant et en inversant les propos du juge Pidgeon, cités plus haut, que si l'on est capable de s'entendre, on ne se présente pas devant la cour ». Sylvette GUILLEMARD, « Comment mettre fin à son différend sans procès, selon le *Code de procédure civile* du Québec », (2016) 118-2 *Revue du notariat* 359-382.

On sait du moins que ces seules dysfonctionnalités sont insuffisantes pour provoquer un changement des pratiques, des normes et des référents. Les études menées sur la résistance au changement offrent un panorama très complet des « barrières » que peuvent rencontrer les innovations, même les plus nécessaires¹⁰⁹. On en inventorie plus d'une soixantaine, impliquant, selon le cas, le contexte, le processus, les structures et les acteurs (*agenciers*)¹¹⁰. La recherche contemporaine vient d'ailleurs documenter le phénomène. Elle se penche sur la contribution de certains acteurs clés du système de justice. La demande en faveur d'une justice plus accessible, l'apparition de nouvelles structures en marge des institutions (comme les centres de justice de proximité, etc.) font du système de justice un véritable laboratoire pour l'étude des innovations et des mutations sociales¹¹¹. Il en va de même de l'apparition de nouveaux entrepreneurs sociaux prenant souvent la forme de groupes réunis en faveur d'une réforme de la justice : le Forum québécois sur la justice civile et familiale, l'*Observatoire du droit à la justice* ou l'*Institut québécois de réforme du droit et de la justice*, par exemple. Guy Rocher s'est particulièrement intéressé aux différents profils d'acteurs susceptibles d'orienter la destinée d'une réforme, dans un secteur ou un autre de l'action publique.

Mais c'est l'étude du contexte qui nous interpelle ici. Serge Moscovici a depuis longtemps rappelé que certains contextes (dits contextes d'innovation) favorisent davantage le changement que d'autres (dits de conservation)¹¹². On parle également alors de *conjoncture fluide* pour décrire les crises susceptibles de forcer un recalibrage du champ politique, et pourquoi pas, du champ juridique et judiciaire¹¹³. À défaut de pouvoir modéliser de

¹⁰⁹ TEPSIE, *op. cit.*, note 63. Voir aussi, Ariane HUGUENIN et Hugues JEANNERAT, « Creating Change Through Pilot and Demonstration Projects: Towards a Valuation Policy Approach », (2017) 46-3 *Research Policy* 624-635.

¹¹⁰ Armerico MENDES et al., *Barriers to Social Innovation. A Deliverable of the Project: "The Theoretical, Empirical and Policy Foundations for Building Social Innovation in Europe"* (TEPSIE), Brussels, European Commission – 7th Framework Programme, European Commission, DG Research, 2012, 61 pages.

¹¹¹ Duygu TÜRKER et Ceren ALTUNTAS VURAL, « Embedding Social Innovation Process into the Institutional Context: Voids or Supports », (2017) 119 *Technological Forecasting and Social Change* 98-113.

¹¹² Serge MOSCOVICI, *Psychologie des minorités actives*, Paris, Presses universitaires de France (coll. Sociologies), 1979, 293 pages.

¹¹³ Michel DOBRY, *Sociologie des crises politiques*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1986, 432 pages.

façon complète et satisfaisante ces *effets de contextes*, on peut en observer les effets empiriques.

Deux exemples suffisent à illustrer ces *effets de contexte* pour l'étude du changement. On observera les effets des crises successives provoquées par l'arrêt *Jordan* de 2016, et par l'épisode de la COVID-19 qui ont tous les deux eu un impact direct sur le fonctionnement du système de justice. Il s'agit de cas distincts, notamment parce que la première de ces crises est provoquée par des facteurs internes au système de justice, alors que la seconde aura émergé d'une situation extérieure au champ judiciaire.

G. L'arrêt *Jordan* et la crise des délais

Le cas de l'arrêt *Jordan* est particulièrement intéressant¹¹⁴. En effet, en imposant dorénavant des limites strictes aux délais courant entre l'inculpation d'un accusé et la tenue de son procès, la Cour suprême bouleverse d'une manière sans précédent les contraintes de l'activité judiciaire dans le domaine de la justice criminelle et pénale¹¹⁵. Au sein du système de justice canadien, la décision a eu l'effet d'un séisme¹¹⁶. On parle depuis de la *crise des délais*¹¹⁷. Appliquant de façon rigoureuse l'article 11b de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui reconnaît le droit de tout inculpé *d'être jugé dans un délai raisonnable*, l'arrêt *Jordan* impose un plafond très précis pour le traitement judiciaire des dossiers soumis à la Cour du Québec (18 mois) et à la Cour supérieure (30 mois). Au-delà de cette limite, la cour pourra juger ces délais déraisonnables et interrompre les procédures. Ces contraintes ont forcé un réajustement complet en matière de gestion de l'instance. La décision met en évidence le caractère déterminant de ce que nous avons appelé plus haut les *effets de contexte* sur le changement du système

¹¹⁴ R. c. *Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631 et R. c. *Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659.

¹¹⁵ Chloé LECLERC et Pierre NOREAU, « L'arrêt *Jordan*: le procès inattendu de notre système de justice », dans Annick POITRAS (dir.), *L'État du Québec 2018*, Montréal, Éditions Del Busso, 2017, p. 158-165.

¹¹⁶ Le bâtonnier M^e Paul-Matthieu Grondin parle plutôt pour sa part d'un électrochoc : « C'est un électrochoc dont on avait besoin en droit criminel. C'est une décision créative », extrait tiré de Louis-Samuel PERRON, « Trois ans de l'arrêt *Jordan*: délais réduits, avocats épuisés? », *La Presse*, 8 juillet 2019, en ligne : <<https://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-faits-divers/201907/07/01-5233039-trois-ans-de-larret-jordan-delaix-reduits-avocats-epuises-.php>> (dernière consultation 5 avril)

¹¹⁷ *Ibid.*

de justice. En effet, dans ce cas particulier, l'arrêt *Jordan* touche un problème connu depuis plus d'une vingtaine d'années, comme le rappelle la cour :

[44] L'intervenant le procureur général de l'Alberta soutient qu'un changement de culture en salle d'audience s'impose. Cet argument fait écho à l'appel lancé il y a deux décennies par l'ancien juge en chef Lamer aux participants au système de justice de [TRADUCTION] « trouver des moyens de conserver un processus équitable [...] qui peu[t] aboutir à des résultats pratiques dans des délais raisonnables et à un coût raisonnable » (« The Role of Judges », allocution prononcée devant l'Empire Club of Canada, 1995 (en ligne)).

C'est aussi dans une perspective essentiellement tournée vers le système de justice lui-même que le problème a été traité. L'organisation judiciaire doit régler ici des difficultés qu'elle s'est en partie créées. La question a donc surtout été abordée comme un problème d'administration de la justice, c'est-à-dire de suivi des rôles, de gestion de l'instance et d'allocation des ressources. Dans cette perspective, l'idée de désinstitutionnaliser certaines fonctions ou d'en institutionnaliser de nouvelles ne s'est pas spontanément imposée, bien que le contexte créé par *Jordan* ait également favorisé l'expérimentation de pratiques nouvelles, connues depuis longtemps, implantées dans toutes les autres provinces et susceptibles d'alléger rapidement le rôle de la cour. Pour l'essentiel cependant, les initiatives ont plutôt pris la forme d'une « reprise en main » de l'institution par elle-même. Les réformes qui ont suivi ont surtout visé une sortie de crise, et ont exigé une reconfiguration rapide des rapports internes à l'organisation judiciaire, où la magistrature a vu son rapport de force s'accroître considérablement au détriment des autres acteurs du système – procureur de la Couronne, avocat de la défense, responsable de greffes et enquêteurs – mais également au détriment des pouvoirs exécutifs et législatifs pris à partie dans le débat :

[117] [...] Nous savons que, dans la plupart des demandes fondées sur l'alinéa 11*b*), on a rarement à gratter longtemps pour voir apparaître la question des ressources. En encourageant tous les participants au système de justice à se montrer plus proactifs, certaines questions relatives aux ressources se régleront de manière naturelle, parce que les parties seront encouragées à éliminer ou à éviter les pratiques inefficaces. Le nouveau cadre d'analyse fait par ailleurs intervenir la suffisance des ressources *en rappelant aux législateurs et aux ministres que le fait de tarder déraisonnablement à traduire un accusé en justice est non seulement contraire à l'intérêt public, mais aussi inacceptable sur le plan constitutionnel*, et qu'il sera considéré comme tel. [italique de nous]

On serait tenté de parler ici d'un coup de force. Cependant, en regard des effets de contexte, l'évolution du système de justice a suivi une direction déjà empruntée. L'urgence institutionnelle créée par la décision de la Cour suprême a largement déterminé chez les acteurs du champ un réajustement de la pratique¹¹⁸. La gestion par crises successives présente cependant des limites. Ainsi les nouvelles contraintes apportées à l'action des acteurs ne sont-elles pas fondées sur une connaissance fine ou un diagnostic étayé des pratiques et des mécanismes qui ont conduit à l'allongement graduel des délais, mais sur le simple constat de ces délais. Le jugement de la Cour suprême s'adosse par conséquent à des notions et des explications assez floues : « culture de complaisance » ou « culture des délais », références intuitives qui reviennent une vingtaine de fois tout au cours du jugement. Aussi, les exigences imposées n'ont-elles pas tant visé une modification des processus ou des structures judiciaires, que l'atteinte d'un résultat :

[110] Le traitement du préjudice est le domaine de la jurisprudence relative à l'al. 11*b*) qui a créé le plus de dissension depuis deux décennies. Traiter le préjudice comme un élément contribuant à l'établissement du plafond, plutôt que comme un facteur d'analyse, reflète également mieux, comme nous l'avons dit, le fait que les délais prolongés causent un préjudice non seulement aux accusés, mais également aux victimes, aux témoins et au système de justice dans son ensemble.

Cette réforme fondée sur les résultats plutôt que sur le processus judiciaire lui-même (ex. la réévaluation des sanctions obligatoires ou des enquêtes préliminaires) aura néanmoins conduit à toute une série d'initiatives, d'innovations et, par extension, de mutations : la nomination de nouveaux juges, l'embauche de plus de personnel de cour et l'ouverture d'un plus grand nombre de salles d'audience. À la Cour supérieure, des juges du banc civil ont aussi été transférés à la juridiction criminelle et les délais de nomination des nouveaux juges ont été réduits de dix à trois mois. Comme on pouvait le prévoir, un renversement de l'initiative judiciaire a conduit les juges à s'impliquer plus directement dans la gestion d'instance en imposant un agenda serré et assurant le suivi du dossier. « On demande aux avocats de cibler les questions en litige, combien de temps le procès

¹¹⁸ Pour un exemple des mutations administratives provoquées par l'arrêt *Jordan* au Québec, on consultera : Québec, Plan d'action 2016-2017 élaboré par la Table-Justice : Pour une justice en temps utile en matières criminelle et pénale, Québec, ministère de la Justice, 11 pages, en ligne : <http://www.tribunaux.qc.ca/c-quebec/Communiqués-Documentation/PlanTJQ2016_2017.pdf> (dernière consultation 13 juillet 2020).

peut durer»¹¹⁹. Les juges ont ainsi invité de façon plus systématique les avocats à leur bureau de manière à faire évoluer les dossiers, en exigeant du coup que les parties se parlent. On aura de même multiplié les conférences de facilitation. La cour siègera maintenant tout l'été. À Montréal, le projet *Dialogue* oblige dorénavant les avocats et les Procureurs à discuter de la conduite des dossiers à l'avance plutôt que le matin même de la comparution ; bref d'aménager des espaces de négociations avant de se présenter devant une cour «à volume»¹²⁰. On libère ainsi «du temps de cour» pour les autres dossiers. De façon plus ambitieuse encore, l'arrêt *Jordan* a permis la réouverture du dossier de la dématérialisation de la justice. Un important projet de modernisation de la justice est ainsi sorti des cartons du ministère, essentiellement justifié par la crise des délais en matière criminelle, et dont on reparle ultérieurement dans le contexte de la crise de la COVID-19. De même, après 25 ans de retard, le *Programme de mesures de rechange pour adultes* en matière criminelle est enfin implanté de manière à alléger le rôle des cours criminelles à la faveur d'une déjudiciarisation systématique des infractions les moins lourdes¹²¹.

Suivant un mode argumentaire souvent rencontré dans le passé en matière de réforme de la justice, ces initiatives auront évidemment rencontré des résistances de principes fondées sur des arguments qui, pris dans l'absolu, empêcheraient n'importe quelle réforme de la justice de se matérialiser :

Avec *Jordan*, on est vraiment dans un changement de paradigme. Un paradigme de gouvernance, d'efficacité. J'espère qu'on va réussir à maintenir la légitimité du droit et ne pas la sacrifier sur l'autel de l'efficacité. Le droit n'est

¹¹⁹ PERRON, *op. cit.*, note 116.

¹²⁰ «Les avocats de la défense ont désormais accès à un interlocuteur auquel ils peuvent s'adresser tout au long du processus. Dorénavant, ils doivent prévoir un entretien téléphonique ou une rencontre en personne à une date qui précède la comparution afin de discuter et négocier leurs dossiers » : Élyse PERREAULT, «Projet Dialogue : l'initiative du DPCP est lancée!», *Droit-inc.*, 18 janvier 2019, en ligne : <<https://www.droit-inc.com/article23991-Projet-Dialogue-l-initiative-du-DPCP-est-lancee>> (dernière consultation 13 juillet 2020).

¹²¹ Catherine ROSSY, Julie DESROSIERS, Alexandre BÉLAND-OUELLETTE et Vicky BRASSARD, «Le programme de mesures de rechange général pour adultes en matière criminelle au Québec : la mise en forme tardive d'une idée innovante», dans Pierre NOREAU et al. (dir.), *22 chantiers pour l'accès au droit et à la justice*, Montréal, Yvon Blais, 2020, p. 273-290.

pas purement mathématique. La défense des droits, ce n'est pas de l'administration publique, ça prend du temps, ça prend des requêtes.¹²²

Définis dans l'urgence d'une crise de nature institutionnelle et organisationnelle dont la légitimité est inscrite dans la hiérarchie de normes, ces changements ont évidemment eu des effets inattendus. « Comme le compteur des délais se déclenche dès le dépôt des accusations, les procureurs de la Couronne attendent maintenant la conclusion de l'enquête policière, qui peut prendre des années »¹²³. On évite ainsi de porter des accusations dans l'attente de voir les dossiers d'enquête complétés. Les avocats de la défense feront rapidement remarquer que des innocents se trouvent cependant susceptibles de voir alors leur réputation mise en cause sans avoir sans avoir la possibilité de bénéficier d'une défense pleine et entière. Certains ont ainsi pu parler de l'ajout d'une phase « préinculpatoire »¹²⁴. Par extension, les avocats en défense bénéficient d'un temps plus court « pour consulter la preuve, préparer les dossiers et rencontrer les clients ». La Cour siégeant dorénavant tout l'été, on parle du côté de la défense d'épuisement professionnel. On souligne de même que du fait de ces délais raccourcis, les clients ne sont pas toujours en mesure de payer leurs avocats alors que leur dossier a déjà fait l'objet d'un jugement. Ainsi, une forme de déséquilibre se serait créée entre les avocats de la défense « laissés à eux-mêmes » et les procureurs de la couronne bénéficiant tout à coup de ressources nouvelles. Des juges de la juridiction civile ayant été amenés à siéger dans la juridiction criminelle, les délais des tribunaux civils auront parfois augmenté à la Cour supérieure¹²⁵. On exigera par conséquent un *Jordan* en matière civile¹²⁶.

A contrario, l'arrêt *Jordan* démontre la difficulté de modifier le système de justice hors d'un contexte de crise. On remarquera également que

¹²² PERRON, *op. cit.*, note 116.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ La direction des poursuites judiciaire et pénale indique ainsi que : « De façon générale, on s'assure aujourd'hui d'avoir un dossier qui est complet au moment où on autorise le dépôt d'une accusation ».

¹²⁵ Amélie PINEDA, « Arrêt *Jordan* : les procès criminels prennent de la vitesse au dépend du droit familial », *Le Devoir*, 5 juillet 2017, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/societe/502735/un-an-apres-l-arret-jordan-les-delaix-en-matiere-criminelle-ont-diminue-alors-que-ceux-en-droit-civil-ont-augmente>> (dernière consultation 7 avril 2020)

¹²⁶ BARREAU DU QUÉBEC, *Pour un système de justice en santé*, Montréal, Barreau du Québec, février 2018, 11 pages.

l'origine de la réforme est essentiellement autopoïétique et fondée sur une modification du droit interne applicable aux tribunaux. Elle s'appuie, partant, sur une modification drastique des critères qui avaient jusque-là servi de balise à la régulation institutionnelle en matière criminelle¹²⁷. Dans le cadre d'une décision de politique judiciaire, la Cour suprême a tout simplement établi une nouvelle norme. On peut considérer ici que la justice a parlé son propre langage, sa propre grammaire. C'est la caractéristique même des systèmes fortement institutionnalisés. Ce qui est particulièrement intéressant ici, c'est l'échec des réformes envisagées antérieurement, et dont la nécessité était connue depuis longtemps¹²⁸. Ces solutions auraient d'ailleurs pu être envisagées dans le cadre juridique et judiciaire existant. Du moins certaines d'entre elles sont nées de la simple modification des normes internes à l'organisation judiciaire, comme le démontrent l'implantation du programme de mesure de rechange pour adultes ou l'établissement des nouvelles directives établies par la Direction des poursuites criminelles et pénales.

L'après *Jordan* révèle par ailleurs, comme on l'a indiqué antérieurement, qu'en-dehors d'un recalibrage des relations impliquant tous les acteurs du système de justice, aucun changement ne peut être envisagé. Chaque pièce du casse-tête restant à sa place et aucune d'entre elles ne peut plus bouger. Cet état de fait confirme la force des blocages habituels qu'on a décrits plus haut et démontre la nécessité d'étudier toute expérience de réforme en fonction des dimensions pratiques de l'activité, c'est-à-dire au sein des instances sociales les plus associées à l'interaction des acteurs eux-mêmes. Par contraste, les nouveaux référents en matière de gestion publique n'avaient jusqu'ici eu pratiquement aucun effet sur la pratique judiciaire, qu'on parle de *Nouvelle gouvernance publique*, de gestion par les résultats ou d'efficacité de l'action publique, dénoncés comme autant de tendances à la «managérisation des activités de justice». Il s'ensuit que tout changement ou toute mutation de l'activité judiciaire exige un rééquilibrage complet des relations entre les acteurs du champ, rééquilibrage que les tentatives de réformes antérieures n'ont pas réussi à imposer. En contrepartie, le cas particulier de l'arrêt *Jordan* laisse entendre qu'un changement très localisé

¹²⁷ TEUBNER, *op. cit.*, note 36.

¹²⁸ Ainsi, pendant près d'une décennie déjà, les juges de nomination fédérale avaient formé sur la plan canadien un comité spécifique mandaté pour étudier la possibilité de gains d'efficacité dans la gestion de la justice criminelle.

au sein d'un système ossifié (ici du rapport de force entre juges et praticiens) est susceptible de modifier l'équilibre général du système.

H. La crise provoquée par la COVID-19

Une des avenues envisagées pour répondre à la situation provoquée par l'arrêt *Jordan* réside dans la dématérialisation des activités de justice. L'adoption du *Plan pour la modernisation du système de justice* dans la foulée du budget 2018-2019, s'appuie notamment sur la crise des délais pour justifier un virage informatique attendu pourtant depuis près de deux décennies :

En juillet 2016, la Cour suprême du Canada a déclaré dans l'arrêt *Jordan* qu'un délai déraisonnable représentait « un déni de justice pour l'inculpé, les victimes, leurs familles et la population dans son ensemble ». [...] Le Plan pour moderniser le système de justice annoncé dans le cadre du Plan économique du Québec de mars 2018 se veut notamment une seconde réponse gouvernementale afin de réduire les délais judiciaires.¹²⁹

La conviction des défenseurs de cette orientation est que la circulation et la gestion des dossiers « papier » et l'absence de recours aux technologies de communication constituent d'importants facteurs d'allongement des délais judiciaires, notamment en matière criminelle et pénale :

Un système de justice moderne devrait permettre de gérer un dossier judiciaire numérique, sans papier (dépôt, signification, comparution, etc.), et de mener une audience numérique lorsque possible.¹³⁰

Près d'un demi-milliard de dollars ont été prévus pour l'implantation des infrastructures numériques nécessaires à cette modernisation. Pourtant, deux ans plus tard, aucune initiative concrète n'avait encore été prise en réponse à cette politique. La crise des délais n'aura donc pas été suffisante pour pousser le système de justice à modifier ses procédés, et c'est la COVID-19 qui démontrera que cette réforme des pratiques de justice est possible.

¹²⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Un plan pour moderniser le système de justice*, Québec, Budget 2018-2019, mars 2018, 33 pages.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 18.

Il s'agit ici d'une crise d'origine externe, dont la conséquence la plus immédiate aura été la déclaration de l'état d'urgence sanitaire et la paralysie de tous les services publics, à commencer par l'activité judiciaire¹³¹ qui sera rapidement reconnue comme un « service essentiel ». Alors que le système judiciaire n'était jusque-là parvenu à aucune avancée notable en matière de dématérialisation, la pratique judiciaire est devenue en moins de deux semaines un important champ d'expérimentation sociale.

Cette soudaine conversion aux vertus de la communication numérique aura emprunté tellement de formes diverses, que leur seule énumération frôle l'incantation : la création d'un greffe électronique à la Cour d'appel en matière civile¹³², ou l'adoption par tous les tribunaux judiciaires d'une plateforme commune de collaboration et de communication numérique (TEAMS, créée par *Microsoft*) permettant la tenue de rencontres à distance et offrant des fonctionnalités de messagerie instantanée, d'appel Internet audio et vidéo avec partage d'écran et de partage de fichiers, ouvrant du coup la voie à la coédition de documents ! Tout au long de l'état d'urgence sanitaire, une convention entre le MJQ et la magistrature a rendu possible la signification d'un acte de procédure par huissier par voie électronique. On y stipule que : « En vertu de l'article 133 du Code de procédure civile¹³³, pendant la période visée au premier alinéa, la partie non représentée ne peut refuser de recevoir un document par un moyen technologique que pour un motif raisonnable », ce qui confirme évidemment que ce mode de signification est depuis longtemps déjà prévu au Code¹³⁴.

¹³¹ Voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, « Accès restreint aux palais de justice et autres établissements dès lundi et suspension de certains délais », *Justice Québec*, 15 mars 2020, en ligne : <<https://www.justice.gouv.qc.ca/communiqués/acces-restreint-aux-palais-de-justice-et-autres-etablissements-des-lundi-et-suspension-de-certains-d/>> (dernière consultation 10 avril 2020).

¹³² Voir COUR D'APPEL DU QUÉBEC, « Greffe numérique de la Cour d'appel : Projet-pilote relatif au dépôt électronique de la déclaration d'appel en matière civile – Disponible dès le 9 avril prochain », 7 avril 2020, en ligne : <<https://courdappelduquebec.ca/actualités/détail/greffe-numérique-de-la-cour-dappel-projet-pilote-relatif-au-depot-electronique-de-la-declaration/>> (dernière consultation 10 avril 2020).

¹³³ L'article 133 C.p.c. prévoit que : « La notification par un moyen technologique se fait par la transmission du document à l'adresse que le destinataire indique être l'emplacement où il accepte de le recevoir ou à celle qui est connue publiquement comme étant l'adresse où il accepte de recevoir les documents qui lui sont destinés, dans la mesure où cette adresse est active au moment de l'envoi ».

¹³⁴ Voir COUR D'APPEL DU QUÉBEC, « Arrêté n° 4267 de la juge en chef du Québec et de la ministre de la Justice du 27 mars 2020 », en ligne : <<https://courdappelduquebec.ca/>

Bien que l'activité des tribunaux ait été ralentie, sinon suspendue, du fait de la pandémie, les matières urgentes auront fait l'objet d'une préoccupation particulière. Ainsi, concernant «la garde en établissement, les enlèvements d'enfants, les recours en *habeas corpus*, les ordonnances de soins et autres dossiers de même nature, les parties [auront été] invitées à communiquer par télécopieur ou par courriel avec les greffes de la Cour d'appel afin de s'assurer que ces dossiers continuent à cheminer malgré la suspension des délais de procédure civile¹³⁵. Des mesures équivalentes ont par la suite été prises par la Cour supérieure et la Cour du Québec¹³⁶. Ainsi, la division de Québec de la Cour supérieure a mobilisé toutes les modalités nécessaires à l'administration des dossiers qui ne peuvent attendre :

[Ainsi peuvent être notifiées] à l'adresse conferenceqc@justice.gouv.qc.ca : les demandes urgentes de toute nature (civile, familiale, commerciale, etc.) ; les demandes de soins (par visioconférence, sauf exception). *S.v.p. procédez par cet unique canal, et non par le dépôt de procédures au comptoir du palais concerné; [...] vous serez rapidement joint pour confirmation de la date et du lieu de l'audience, et du format choisi (téléphone, visioconférence, etc.), en vue d'une notification à la partie adverse*¹³⁷. (les italiques sont de nous)

Au Tribunal administratif du Québec, les délais habituels étant suspendus, on demande que les *requêtes introductives de recours* de même que les autres documents reliés au dossier soient dorénavant transmis à une adresse électronique dédiée à cette fin¹³⁸.

fileadmin/Fichiers_client/Actualites/Arrete-4267-JCQ-MJQ_2020-03-27__1_.pdf> (dernière consultation 10 avril 2020).

¹³⁵ Voir COUR D'APPEL DU QUÉBEC, «État de la situation – Pandémie COVID-19 – 24 mars 2020», en ligne : <<https://courdappelduquebec.ca/actualites/detail/etat-de-la-situation-pandemie-covid-19-24-mars-2020/>> (dernière consultation 14 juillet 2020).

¹³⁶ Dans certaines juridictions, ces modalités procédurales avaient pu être expérimentées antérieurement. À titre d'illustration, dans la région de l'Abitibi-Témiscamingue-Nord-du-Québec, les demandes de ce type peuvent se faire par voie de visioconférence depuis plusieurs années à la Cour du Québec. C'est également le cas en matière d'ordonnances de garde en établissement, dans la région du Bas-St-Laurent-Gaspésie, mais le recours à ces procédures était jusque-là atypique et a connu en quelques jours une accélération inusitée, en ligne : <https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais_/centredoc/professionnels-nonsecurise/avocats/sj1118.pdf> (dernière consultation 19 mai 2020).

¹³⁷ Voir en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/media/2377/20200409-message2-cour-superieure-division-quebec.pdf>> (dernière consultation 14 juillet 2020).

¹³⁸ Voir en ligne : <<https://www.taq.gouv.qc.ca/>> (dernière consultation 14 juillet 2020).

Ainsi la chose la plus impossible à envisager jusque-là devient en quelque sorte la plus nécessaire! C'est également vrai en matière de signification des actes de procédures destinés au gouvernement et visant notamment à interrompre les délais de prescriptions prévus. Dorénavant il ne sera plus possible de signifier par huissier un acte de procédure à la procureure générale du Québec (PGQ) pour mettre fin aux délais de prescription extinctive et de déchéance en matière civile. La chose pourra dorénavant se faire par courriel¹³⁹. Encore ici, ce qui était impératif quelques heures plus tôt, en vertu des *Droits particuliers de l'État* (art. 77 C.p.c.) est tout simplement interdit.

Il en va de même en matière criminelle, alors que la Cour d'appel indiquait que «les parties [estimant] n'être pas en mesure de respecter leur échéancier pour le dépôt des mémoires ou des documents tenant lieu de mémoire (appel de sentence), [étaient invitées] à *envoyer une lettre par télécopieur ou un courriel* [...] afin de faire des demandes de prolongation de délai¹⁴⁰. Ainsi, une crise succédant à une autre, celle de la COVID-19 rend celle des délais criminels bien secondaires.

Des changements de pratique rapides ont également été observés à l'aide juridique où, de façon exceptionnelle, les demandes d'assistance auront été traitées «par téléphone ou tout autre moyen technologique disponible», et plus encore, qu'advenant la décision du tribunal d'autoriser le recours à «des modes particuliers de transmission des représentations et argumentaires, l'attestation d'une présence physique [du praticien] devant le tribunal ne sera plus requise»¹⁴¹.

De façon encore plus radicale, on aura assisté à la conduite des premières comparutions par visioconférence¹⁴² et, en matière civile, à la conclu-

¹³⁹ Voir en ligne: <<https://www.barreau.qc.ca/media/2244/arrete-juge-chef-quebec-ministre-justice.pdf>> (dernière consultation 14 septembre 2020).

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Voir en ligne: <<https://www.barreau.qc.ca/media/2294/avis-commission-services-juridiques.pdf>> (dernière consultation <https://www.barreau.qc.ca/media/2244/arrete-juge-chef-quebec-ministre-justice.pdf> 10 avril 2020).

¹⁴² Yannick BERGERON, «Le coronavirus permet d'accélérer la modernisation du système de justice», *ICI Radio-Canada*, 25 mars 2020, en ligne: <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1685884/covid-19-salles-cour-virtuelles-coronavirus-justice-quebec>> (dernière consultation 10 avril 2020).

sion du tout premier procès en salle virtuelle¹⁴³. Encore là cependant, on aura eu recours à des fournisseurs de services privés, *Wedex* (Cisco) et *Dropbox*, le système de justice québécois n'étant pas parvenu, malgré trois tentatives successives, à fournir les interfaces et les fonctionnalités nécessaires à la conduite des activités courantes du milieu judiciaire. C'est d'autant plus surprenant que les chercheurs du *Laboratoire de cyberjustice* de l'Université de Montréal offrent depuis plusieurs années une salle entièrement équipée des facilités permettant l'expérimentation ou la conduite de telles audiences!

Cette dématérialisation des activités de justice aura également rendue possible la multiplication des *Conférences de règlement à l'amiable* et séances de conciliation à distance qui n'auraient jamais pu être envisagées dans un autre contexte, même si on a pu occasionnellement recourir à ces expédients¹⁴⁴.

D'autres initiatives ont pu démontrer que de la distanciation pouvait faire naître des pratiques tout à fait déphasées en regard des principes supérieurs défendus antérieurement. La plus intéressante a trait à la création d'une Clinique de conseils juridiques téléphoniques gratuits par le Barreau¹⁴⁵! Ainsi, après avoir toujours interdit aux *Centres de justice de proximité* de fournir aux citoyens autre chose que de l'information juridique (pour éviter de mettre leur service en concurrence avec ceux des praticiens), le Barreau en vient lui-même à offrir des services de conseils gratuits. C'est inespéré. On se prend tout à coup à rêver que le service juridique puisse un jour devenir un véritable service public! La ministre de la Justice demandera de même aux praticiens de l'aide juridique d'offrir des services de consultation équivalents¹⁴⁶.

¹⁴³ Voir Michelle RAZA, « Un premier procès 100 % virtuel au Québec », *ICI Radio-Canada*, 31 mars 2020, en ligne: <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1689908/premier-proces-virtuel-quebec-justice-trois-rivieres>> (dernière consultation 10 avril 2020).

¹⁴⁴ Voir en ligne: <<https://www.barreau.qc.ca/media/2375/20200409-message-cour-superieure-division-quebec.pdf>> (dernière consultation 10 avril 2020).

¹⁴⁵ Voir en ligne: <<https://www.justice.gouv.qc.ca/communiqués/clinique-dassistance-juridique-covid-19-ligne-telephonique-de-conseils-juridiques-gratuits/>> (dernière consultation 14 septembre 2020).

¹⁴⁶ Voir en ligne: <<https://www.justice.gouv.qc.ca/communiqués/clinique-dassistance-juridique-covid-19-ligne-telephonique-de-conseils-juridiques-gratuits/>> (dernière consultation 10 avril 2020).

De même, les notaires auront dans le contexte de la pandémie la possibilité de dresser et de transmettre un acte notarié par voie électronique : l'acte notarié technologique¹⁴⁷. Or, il s'agit d'une avenue explorée depuis de très nombreuses années¹⁴⁸ et qui s'oppose encore aujourd'hui aux dispositions de la *Loi sur le notariat*¹⁴⁹ qui prévoit à son article 50 que :

L'acte notarié est clos par la signature des parties et des témoins requis suivant le cas, en présence du notaire instrumentant et par la signature de ce dernier, qui doit être apposée le même jour et au même lieu où la dernière des parties à signer l'a fait.

Toutes ces innovations sont caractérisées par les mêmes limites : elles répondent aux contraintes imposées par une crise impliquant tous les acteurs du système de justice à la fois. Elles ont par ailleurs été développées sans qu'aucune modification de la législation n'ait été nécessaire, et parfois en contradiction même avec les dispositions législatives. Il s'ensuit qu'elles ont essentiellement trouvé leur fondement sur la base d'un consensus partagé par les acteurs du champ, tous confrontés à la même urgence¹⁵⁰. Il n'aura jamais été si bien démontré que *Nécessité fait loi!* En effet, ces innovations répondent toutes à des exigences reconnues et étudiées depuis longtemps par les observateurs et les acteurs du système de justice. Elles ne se sont donc pas imposées du fait de leur nécessité institutionnelle ou symbolique, mais uniquement en fonction des conditions pratiques de l'action, c'est-à-dire au niveau le plus instrumental de la normativité. Ces situations appellent d'elles-mêmes un travail plus poussé sur l'origine du changement au sein des systèmes fortement institutionnalisés, comme la justice.

Sur un autre plan, la gestion par crises successives présente certaines limites que nous avons soulevées antérieurement. Les choix réalisés dans ce contexte ne sont pas tant centrés sur les causes des problèmes qu'on entend

¹⁴⁷ Voir en ligne : <<https://www.cnq.org/DATA/TEXTEDOC/directives-normes-acte-techno-06-04-2020-corr.pdf>> (dernière consultation 11 avril 2020).

¹⁴⁸ On réfère notamment ici aux travaux de Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^e éd., Montréal, LexisNexis Canada, 2018, 502 pages (on consultera particulièrement les pages 277 à 305). Lire également, Nicolas VERMEYS et Dahlia CHALATI, « La sécurité des actes notariés dématérialisés », (2019) 120-3 *Revue du notariat* 479-682.

¹⁴⁹ *Loi sur le notariat*, RLRQ, ch. N-3.

¹⁵⁰ Ce qui n'empêche évidemment pas les justiciables eux-mêmes d'en contester le bien-fondé : Janie GOSSELIN, « Protection de la jeunesse : des parents d'enfants contestent l'arrêté ministériel », *La Presse*, 16 avril 2020, en ligne : <<https://www.lapresse.ca/covid-19/202004/15/01-5269530-protection-de-la-jeunesse-des-parents-denfants-contestent-larrete-ministeriel.php>> (dernière consultation 19 mai 2020).

résoudre que sur leurs symptômes. Aussi, les expériences tentées au sein du système de justice exigent-elles systématiquement le recours à des ressources externes : plateformes d'échanges disponibles sur le marché, procédés de numérisation déjà commercialisés, etc. Cette seule donnée est révélatrice d'une tendance observée dans le cadre des réformes antérieures qui, pour l'essentiel, s'appuient sur des expériences sociales et des pratiques développées et consolidées au sein d'autres champs sociaux que celui de la justice. Il est inévitable que ces innovations – répondant à l'urgence du moment – entrent rapidement en tension avec les régulations institutionnelles établies et les référents symboliques du système où elles sont implantées. Elles feront donc inévitablement l'objet d'une *réinstitutionnalisation* dont les modalités garantiront la mise en concordance des différentes instances de régulation sociale qui traversent le système de justice¹⁵¹. Dans le cadre de cette consolidation, les acteurs temporairement unanimes reprendront leur place dans la négociation alors que le contexte d'innovation sinon d'expérimentation qui avait favorisé un retournement de la pratique judiciaire fera place à un nouveau contexte conservateur. Ces innovations s'implanteront alors dans la mesure où elles s'inscrivent dans une nouvelle *logique imbriquée* et répondent aux intérêts les plus stables des acteurs du champ. Ces observations devront être réintégrées dans une approche plus empirique du changement.

III. Mutation de la justice : la concurrence et la complémentarité des instances sociales

Forcées par la nécessité, les mutations imposées par l'arrêt *Jordan* et la pandémie de la COVID-19 se distinguent par leur origine interne et externe. Pour reprendre les catégories établies antérieurement, si l'arrêt *Jordan* est essentiellement une crise fondée sur des impératifs liés à la régulation institutionnelle des activités de justice (*i.e.* à une mutation de la normativité interne à l'organisation judiciaire), celle de la COVID-19 est d'origine externe et tient essentiellement à l'exigence d'une mutation radicale des pratiques associée aux impératifs de la distanciation sociale et impliquant

¹⁵¹ Pour une remise en question de tout numérique devant les tribunaux, voir Emmanuelle BERNHEIM et Pierre PARISEAU-LEGAULT, « LA JUSTICE PAR TÉLÉPHONE EN SANTÉ MENTALE : PROGRÈS OU PENTE GLISSANTE ? », *Droit-inc.*, 6 avril 2020, en ligne : <<https://www.droit-inc.com/article26556-La-justice-par-telephone-en-sante-mentale-progres-ou-pente-glissante>> (dernière consultation 19 mai 2020).

l'ensemble des acteurs du système : juges, praticiens, officiers de justice, greffiers, administrateurs et personnels des cours, etc. Sur le plan de l'innovation des pratiques de justice, ces deux crises interpellent donc des instances sociales différentes, rattachées respectivement à la régulation institutionnelle d'un côté et à la recomposition des pratiques sociales de l'autre.

Dans un texte antérieur déjà cité¹⁵², et rédigé bien avant les crises successives provoquées par l'arrêt *Jordan* et le « grand confinement », on avait exploré les *effets de contexte* susceptibles de forcer une mutation des activités de justice. On y indiquait déjà que de tels changements trouvaient rarement leur origine dans un renversement soudain des représentations sociales, bien que la lente mutation de ces représentations puisse *a posteriori* leur servir de justification¹⁵³. On proposait plutôt d'en retracer la cause dans la mutation des normes de l'organisation, et plus encore, dans celle des pratiques sociales quotidiennes des acteurs, c'est-à-dire de leur relation entre eux. Comme on l'a vu, au sein d'un système fortement institutionnalisé comme la justice, ces mutations ne peuvent survenir qu'à la faveur de circonstances facilitant le passage d'un contexte de conservation à un contexte d'innovation ou d'expérimentations¹⁵⁴. On a ainsi parlé antérieurement de contextes *fluides*. Sur le strict point de vue du changement, une mutation des pratiques sociales est d'autant plus vraisemblable qu'elle s'accompagne d'une mutation simultanée des normes de l'organisation et des représentations sociales qui donnent du sens à cette activité : éthique de la responsabilité ou éthique de la conviction¹⁵⁵, idéologies légitimatrices, repères historiques, etc.

On entend par là que ces changements sont plus susceptibles de se réaliser lorsqu'ils interpellent toutes les instances sociales à la fois ce qui, on l'a rappelé déjà, survient rarement. On sait cependant à présent que ce

¹⁵² NOREAU, *op. cit.*, note 73.

¹⁵³ Une toute récente thèse de Cléa Lavarone-Turcotte révèle ainsi que l'ancienneté du discours évoquant la nécessité de placer le citoyen au centre du système de justice (dont on trouve déjà l'origine au début des années 1980) n'aura eu que très peu d'impact sur l'économie générale de nos systèmes de justice, bien qu'il ait souvent fait l'unanimité au sein du système et ait pu servir souvent de justification à des changements provoqués par de toutes autres causes : Cléa LAVARONE-TURCOTTE, « *Placer le citoyen au cœur du système de justice* » analyse d'un discours contemporain, Montréal, Thèse de doctorat, Université McGill, 2020, 536 pages.

¹⁵⁴ NOREAU, *op. cit.*, note 73.

¹⁵⁵ J'emprunte ces concepts à MAX WEBER, *Le savant et le politique* (trad. de Catherine Calliot-Thélène), Paris, La découverte, 2003, p. 49-60.

n'est pas impossible... Les mutations qui traversent ces instances (symboliques, institutionnelles et pratiques) en viennent alors à se renforcer mutuellement. Un contexte favorable à l'innovation ou à l'expérimentation se trouve alors doublé de dimensions processuelles, plus particulièrement ici fondées sur la complémentarité des attentes, des normes et des pratiques. Ces conditions contextuelles et processuelles sont sommairement décrites dans le Tableau 2. Elles reprennent les catégories de situations décrites déjà dans le texte dont il vient d'être question.

Tableau 2 : Changements, effets de contexte et processus

	Référents symboliques	Régulation institutionnelle	Relations pratiques
Contexte	<p>Tensions et contradictions entre références sociales et expérience vécue</p> <p>Retournement des critères de la légitimité institutionnelle</p> <p>Contestation des figures d'autorité</p> <p>Exigence en faveur d'une réappropriation sociale de la justice (humanisation ou accès à la justice)</p>	<p>Développement de nouveaux critères normatifs</p> <p>Remise en cause de l'efficacité normative d'un standard</p> <p>Contradictions systématiques entre les normes établies</p> <p>Insatisfaction d'un joueur important du champ à l'égard des normes établies</p> <p>Changement des rapports de force entre les acteurs du champ</p>	<p>Inefficacité avérée de l'organisation judiciaire (délais, agilité, etc.)</p> <p>Discrédit des pratiques archaïques de la justice</p> <p>Remise en cause des coûts personnels et institutionnels de la justice</p> <p>Dénonciation des difficultés liées aux activités de justice : coûts, délais</p> <p>autoreprésentation, abandon de procédures, etc.</p>
Processus	<p>Retournement des priorités collectives et du programme social</p> <p>Fluidité des représentations et des catégories sociales de justice</p> <p>Existence de paradigmes concurrents, connus et structurés</p> <p>Légitimité de porteurs de références ou idéologies concurrentes</p>	<p>Négociation continue sur la signification partagée des normes</p> <p>Intégration d'une norme « compatible » avec les autres</p> <p>Capacité d'une nouvelle norme de modifier l'équilibre de l'ensemble normatif</p> <p>Imposition extérieure d'une autre normativité</p>	<p>Intégration d'innovations peu intrusives</p> <p>Réponse à des impératifs précis partagés (fonctionnels ou financiers)</p> <p>Rééquilibrage de l'ensemble des pratiques du champ</p> <p>Injections de ressources spécifiques associées à la mise en œuvre de l'innovation</p>

S'agissant des changements récents observés au sein du système de justice, de telles mutations de contexte ou de processus ont pu jouer plus directement sur certaines instances du système de justice. Dans le cas de l'arrêt *Jordan*, qui trouve son origine première au sein des instances de régulation institutionnelle, on sait que le développement de nouveaux critères normatifs en matière de délai a eu un impact direct sur les changements survenus, notamment parce qu'il concorde avec la remise en question de l'efficacité normative des standards antérieurs: la fameuse *culture de délais*. Il en va de même de l'insatisfaction d'un joueur important du système à l'égard des normes établies (la Cour suprême) et, par extension, d'un changement des rapports de force entre les acteurs du champ, essentiellement les juges, le DPCP, la police et les avocats de la défense, mais aussi à une toute autre échelle entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif.

Concernant la crise provoquée par la COVID-19, ces mêmes mutations institutionnelles ont longtemps été envisagées sans déterminer pour autant de changement important au sein du système de justice. Ainsi la dématérialisation des activités de justice provoquées par la crise est depuis toujours inscrite au calendrier perpétuel. Ce sont les exigences quotidiennes de la pratique qui ont brusquement muté. Pour faire exactement la même chose que d'habitude, il a fallu faire exactement autre chose que d'habitude... Le changement a donc trouvé appui sur une mutation des pratiques plutôt que sur celle des normes. Elle aura simplement fait jouer un contexte mettant en évidence l'inefficacité déjà bien dénoncée de l'organisation judiciaire (délais, agilité, etc.), le discrédit de pratiques archaïques de justice, etc. Or, ces critiques des limites de la justice contemporaine sont considérées depuis des décennies comme indissociables des raisons pratiques qui président à l'activité des juges, sinon à la rentabilité de l'exercice du droit. Les amendements successifs du *Code de procédure civile* n'auront pas suffi à changer l'équilibre des pratiques établies jusque-là, et confortées dans leur complémentarité paralysante.

D'autres dimensions de nature plus processuelle ont également joué, qu'il serait long d'illustrer en conclusion de ce texte. Elles démontrent cependant que la structuration d'une étude systématique du changement au sein de champs d'action fortement institutionnalisés est possible. Par exemple, l'intégration d'innovations peu intrusives (et connues déjà), la nécessité reconnue unanimement de répondre à des impératifs précis partagés (fonctionnels ou financiers) et le rééquilibrage simultané de l'ensemble des

pratiques du champ ou l'injection de ressources spécifiques associées à la mise en œuvre de ces innovations. Ces processus ont joué un rôle équivalent dans les deux crises étudiées ici, bien que leur origine soit différente, ce qui démontre la prégnance des instances de pratiques sociales sur toutes les autres (d'ordre référentiel ou institutionnel).

Il est inutile de conclure plus longuement ici sur les deux questions que nous avons voulu aborder : comment le changement est-il possible dans le domaine de la justice et comment peut-il être étudié ? Le programme de recherche que nous proposons ici démontre l'insuffisance absolue des concepts de systèmes « ouverts » ou « fermés ». Plusieurs des dimensions explorées par ce programme dépassent en effet la seule question de la grammaire spécifique de ces systèmes, un concept qui laisse entendre une forme d'incommunicabilité des champs sociaux que suggère une partie de la sociologie, même si la clôture particulière du système de justice semble en faire, comme on l'a dit, un système complet. En contrepartie, l'étude des mutations de certains espaces sociaux, comme celui de la justice, oblige la reconnaissance des diverses formes du lien social. Le fait qu'aucun de ces champs ne puisse évoluer en vase clos et doive sa propre mutation à celle des autres champs sociaux.