

CHAPITRE 15
Les citations par les tribunaux comme
mode d'évaluation des travaux universitaires
en droit : étude critique fondée
sur les références jurisprudentielles à l'ouvrage
Interprétation des lois

MATHIEU DEVINAT¹

*Professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke et Chercheur
invité, Faculté de droit, Université de La Rochelle*

Qu'elle porte sur ses enseignements, ses travaux de recherche, sa participation à la vie universitaire ou sa contribution à la collectivité, l'évaluation des différentes fonctions d'un professeur d'université se répète de manière récurrente au cours de sa carrière. Contrairement à ce qu'en pensent les étudiants, ce sont « les chercheurs et les enseignants-chercheurs [qui] sont probablement les personnes les plus fréquemment évaluées »². Parmi les différents volets des activités

1. Je souhaite remercier Mme Sophie Audette-Chapdelaine, doctorante à la Faculté de droit, Université de Sherbrooke, et assistante de recherche pour ce projet, ainsi que M. Pierre-André Côté, professeur émérite, Faculté de droit, Université de Montréal et M. Olivier Debat, professeur agrégé, Faculté de droit, Université de La Rochelle, pour leurs commentaires pertinents à l'égard d'une version antérieure de ce texte. Je tiens également à souligner l'apport du professeur Finn Makela, de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, qui m'a transmis de précieuses références et m'a partagé ses opinions éclairées qui se trouvent exprimées dans le texte suivant, à paraître à la La revue de droit de McGill / McGill Law Journal : F. MAKELA, « It's all Academic Anyway : Scholarly Research on Law Inside and Outside the University ».

2. Y. GINGRAS, « Les systèmes d'évaluation de la recherche », *Documentaliste – Sciences de l'information*, Vol. 46, N° 34, 2009, p. 35.

professorales, la fonction « recherche » est celle dont les critères et indicateurs sont les plus discutés et aussi, parfois, les plus flous. Et cela est particulièrement vrai dans le domaine du droit où la définition de ce qu'*est* la recherche³, quelles seraient sa finalité ou sa méthode font toujours l'objet de débats⁴.

Parce qu'elle est en manque de repères, la recherche en droit fait rarement l'objet d'une appréciation strictement « objective » ou « quantitative ». Dans les facultés de droit québécoises, par exemple, l'appréciation de la recherche s'effectue par des pairs à des moments charnières de la carrière d'un professeur. Que ce soit à son embauche ou lors des différentes demandes de promotion (agrégation – où il obtient la permanence – et titularisation), le dossier de recherche d'un professeur est soumis à une évaluation fondée sur des critères et indicateurs qui sont choisis par les membres des différentes facultés, mais dont l'application repose sur une appréciation que l'on pourrait qualifier de *globale*, marquée par la subjectivité des évaluateurs, la tradition facultaire et la réputation du chercheur.

En retour, une tendance lourde, qui se profile dans le milieu universitaire, incite les institutions à se doter d'outils permettant de quantifier la recherche produite par les chercheurs. Y contribuent tout particulièrement les différents classements des universités fondés sur des approches quantitatives ou sur des données qui mesurent l'intensité des activités de recherche et leur impact au sein de leur communauté⁵. À ces classements s'ajoutent la compétition croissante

3. Sur les différentes formes que peut prendre la recherche en droit, voy. : A. JEAMMAUD, « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *Jurisprudence - Revue critique*, Vol. 1, 2010, p. 181.

4. Voy., parus récemment : G. AZZARIA (dir.), *Les cadres théoriques et le droit. Actes de la 2^e Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques*, Cowansville, Yvon Blais, 2013 ; M. VAN HOECKE, *Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, Oxford, Hart Publishing, 2013. Sur les difficultés d'établir une méthode d'évaluation de la recherche universitaire en droit, voy. : R. VAN GESTEL et J. VRANKEN, « Assessing Legal Research: Sense and Nonsense of Peer Review versus Bibliometrics and the Need for a European Approach », *German Law Journal*, Vol. 12, 2011, p. 901 ; L. CATA BACKER, « Defining, Measuring, and Judging Scholarly Productivity: Working Towards a Rigorous and Flexible Approach », *Journal of Legal Education*, Vol. 52, p. 317 ; E. L. RUBIN, « On Beyond Truth: A Theory for Evaluating Legal Scholarship », *California Law Review*, Vol. 80, N° 4, 1992, p. 889 ; P. C. KISSAM, « The Evaluation of Legal Scholarship », *Washington Law Review*, Vol. 63, 1988, p. 221.

5. Le classement de Shanghai en est un exemple. Au Canada, les facultés de droit font l'objet d'un classement annuel fondé sur des données objectives et quantitatives, dont les résultats sont le plus souvent contestés, voy. : <http://oncampus>.

entre chercheurs désirant se démarquer pour accéder à des fonds de recherche limités et la volonté des gouvernements, dans l'esprit d'une bonne gouvernance, à vouloir quantifier le *retour sur investissement* de la recherche, et donc le rendement des chercheurs.

Parmi les outils utilisés pour évaluer des travaux de recherche, nous nous sommes intéressés à ceux qui reposent sur les mesures du nombre de citations. Fondées sur des études « bibliométriques » couvrant des banques de données privées, notamment *Thomson Reuters (Science Citation Index (SCI), le Social Sciences Citation Index (SSCI) ou le Arts and Humanities Citation Index (AHCI))* et *Scopus*, ces mesures ont pour but de quantifier la production scientifique d'individus ou d'institutions et de fournir un indicateur objectif de leur rayonnement ou de l'impact de leurs travaux⁶. Essentiellement réservées à certaines disciplines scientifiques, elles ont fait l'objet de débats importants sur l'interprétation des données qu'elles génèrent, et sur l'importance que l'on devrait leur accorder⁷. Malgré leur pérennité et leur popularité (ou leur usage « sauvage » selon Yves Gingras⁸), elles n'ont pas, à ce jour, convaincu les juristes d'en étendre l'usage à la recherche en droit. Tel que l'ont écrit Terry Hutchison et Nigel Duncan :

« A strongly bibliometric approach which may be appropriate in scientific fields of endeavour is not entirely meaningful to lawyers. The use of metrics within the legal discipline is proving highly controversial. Of course, this is because there are no effective metric measures of citation in law. In addition, many in the discipline do not accept that this is a legitimate way to judge the worth of research. Quality of research within the law is normally evaluated not only

macleans.ca/education/2013/09/19/2013-law-school-rankings/ (consulté le 7 janvier 2014).

6. Par exemple, sur le site internet de Scopus (<http://www.elsevier.com/online-tools/scopus/who-uses-scopus>, consulté le 7 janvier 2014) on peut lire que les données fournies peuvent servir les fins suivantes : « Assess the scientific output of individual researchers or of your institution ; Allocate financial resources to researchers or departments by tracking impact ; Check researcher and tenure candidates' production, citations, and h-index and compare them to others in the same subject area. »

7. Déjà, en 1979, la démarche avait engendré une controverse et fait l'objet d'une littérature abondante, voy. : E. GARFIELD « Is Citation Analysis A Legitimate Evaluation Tool ? », *Scientometrics*, 1979, p. 359 ; T. BRAUN, W. GLÄNZEL et A. SCHUBERT, « The footmarks of Eugene Garfield in the Journal *Scientometrics* », *Annals of Library and Information Studies*, Vol. 57, 2010, p. 177.

8. Y. GINGRAS, « Le classement de Shanghai n'est pas scientifique », *La recherche*, 2009, pp. 46 et 47.

by the citation of research papers by other researchers, but also by the referencing of pertinent research by courts or law reform bodies. This is not the type of citation measure that is customary for other disciplines⁹».

En effet, les banques de données citées plus haut regroupent généralement, sinon exclusivement, des revues avec comité de lecture, la plupart en anglais¹⁰, parmi lesquelles on trouve très peu de revues juridiques. Et comme l'indiquent les professeurs Hutchison et Duncan, ces banques ne recensent pas les décisions jurisprudentielles, les rapports gouvernementaux et les ouvrages, pourtant des modes usuels de diffusion de la recherche universitaire en droit.

Jusqu'à présent, les diverses initiatives (que nous avons pu répertorier) visant à mesurer les citations en droit sont demeurées ponctuelles et n'avaient pas pour objectif affirmé d'évaluer la qualité des travaux cités. Par exemple, aux États-Unis, les études du libraire Fred R. Shapiro ont permis de dresser une liste des articles les plus cités dans les revues juridiques¹¹. D'autres études, comme celles – nombreuses – menées par Peter McCormick, ont porté tour à tour sur la jurisprudence, les articles de doctrine, les revues juridiques¹² et les ouvrages¹³ cités par la Cour suprême du Canada (ci-après « CSC ») ou par certaines cours d'appel canadiennes¹⁴. Bien qu'elles puissent

9. T. HUTCHISON et N. DUNCAN « Defining and Describing What We Do: Doctrinal Legal Research », *Deakin Law Review*, Vol. 17, 2012, p. 83, aux pp. 91-92 ; voy. aussi : R. VAN GESTEL et J. VRANKEN « Assessing Legal Research : Sense and Nonsense of Peer Review versus Bibliometrics and the Need for a European Approach », *German Law Journal*, Vol. 12, 2011, p. 901.

10. Pour une critique du répertoire anglophone dans l'évaluation de la recherche dans les sciences humaines, voy. : E. ARCHAMBAULT *et al.*, « Benchmarking Scientific Output in the Social Sciences and Humanities : The Limits of Existing Databases », *Scientometrics*, Vol. 68, 2006, p. 329.

11. F. R. SHAPIRO, « The Most-Cited Law Review Articles », *California Law Review*, Vol. 73, 1985, p. 1540 ; F. R. SHAPIRO, « The Most-Cited Law Review Articles Revisited », *Chicago-Kent Law Review*, 1996, p. 751 ; F. R. SHAPIRO, « The Most Cited Articles from the *Yale Law Journal* », *Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, p. 1449 ; F. R. SHAPIRO, et M. PEARSE, « The Most-Cited Law Review Articles of All Time », *Michigan Law Review*, Vol. 110, 2011-2012, p. 1483.

12. P. MCCORMICK, « The Judges and the Journals : Citation of Periodical Literature by the Supreme Court of Canada, 1985-2004 », *Revue du Barreau canadien*, Vol. 83, 2004, p. 633.

13. V. BLACK et N. RICHTER, « Did She Mention My Name? Citation of Academic Authority by the Supreme Court of Canada, 1985-1990 », *Dalhousie Law Journal*, 1993, pp. 377-383.

14. P. MCCORMICK, « The Manitoba Court of Appeal, 2000-2004: Caseload, Output and Citations », *Manitoba Law Journal*, Vol. 31, 2005, p. 13 ; P. MCCORMICK,

servir à établir des statistiques sur les pratiques d'écriture en droit et à mettre en évidence les réseaux de citations, la tentation est grande d'en faire des outils d'évaluation des travaux de recherche. Tout en relativisant la portée de sa propre recension, Shapiro reconnaît en effet que :

« those using citation data for evaluative purposes have justified such use by pointing to research demonstrating a high correlation between the total of citations to a scientist's or scholar's writings and judgments by peers of the "productivity", "significance", "quality", "utility", "influence", "effectiveness", or "impact" of scientists and their scholarly products¹⁵. »

En raison de leur apparente neutralité, objectivité et comparabilité, il devient tentant de traiter ces données quantitatives comme étant des indicateurs de la qualité des travaux. Conformément à cette logique, le classement des facultés de droit canadiennes, effectué annuellement par la revue *McLeans*, attribue 50 % de son évaluation au « Faculty Quality » dont le coefficient est basé exclusivement sur une compilation du nombre de citations dans les revues juridiques canadiennes de l'ensemble du corps professoral de chaque faculté, divisé par le nombre de professeurs qui la compose¹⁶. Les revues juridiques font également l'objet d'un important travail de classement fondé sur leur citation dans d'autres revues et dans les décisions judiciaires, ainsi que sur leur facteur d'impact¹⁷.

« Do Judges Read Books, Too? Academic Citations by the Lamer Court 1991-96 », *Supreme Court Law Review*, Vol. 9, 1998, p. 463 ; les travaux de Peter McCormick ont également permis d'établir des statistiques sur les références aux décisions judiciaires, voy. : P. McCORMICK, « Judicial Citation, the Supreme Court of Canada, and the Lower Courts: The Case of Alberta », *Alberta Law Review*, Vol. 34, 1995-1996, p. 870 ; P. McCORMICK, « Judicial Authority and the Provincial Courts of Appeal: A Statistical Investigation of Citation Practices », *Manitoba Law Journal*, Vol. 22, N° 2, 1993, p. 286 ; P. McCORMICK, « A Tale of Two Courts : Appeals from the Manitoba Court of Appeal to the Supreme Court of Canada, 1970-1990 », *Manitoba Law Journal*, Vol. 19, N° 3, 1990, p. 357 ; P. McCORMICK, « A Tale of Two Courts II: Appeals from the Manitoba Court of Appeal to the Supreme Court of Canada, 1906-1991 », *Manitoba Law Journal*, Vol. 21, N° 1, 1992, p. 1.

15. F. R. SHAPIRO, « The Most Cited Articles from the *Yale Law Journal* », *Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, p. 1449, pp. 1453-1454.

16. Voy. le site :

<http://oncampus.macleans.ca/education/wp-content/uploads/Canadian-Law-schools-e1379625113826.jpg> (consulté le 10 janvier 2014).

17. Sur les modes de classement des revues juridiques au Canada, voy. : N. CRAIK, P. BRYDEN, et K. IRETON, « Law Review: Scholarship and Pedagogy in Canadian Law Journals », *Queen's Law Journal*, Vol. 36, 2011, p. 391, aux pp. 417

Quel que soit l'objectif poursuivi, ces différentes démarches visant à quantifier la recherche à partir des citations n'ont pas été accompagnées d'une appréciation qualitative ou critique de celles-ci¹⁸. C'est sous cet angle que nous avons voulu aborder la question de la pertinence de cette mesure d'appréciation des travaux de recherche en droit : jusqu'à quel point les statistiques dénombrant les citations, dont font l'objet les travaux de recherche, permettent de tirer des conclusions sur la qualité de leur contenu ?

Afin d'engager cette réflexion, qui se veut exploratoire, nous avons cru utile de nous appuyer sur un exemple concret. Nous avons choisi de recenser les références jurisprudentielles à la 4^e édition d'un ouvrage auquel nous avons collaboré, celui de Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, qui a été cité à plusieurs reprises par la Cour suprême du Canada et par les différentes cours d'appel canadiennes¹⁹.

Depuis sa parution en 1982²⁰, l'ouvrage *Interprétation des lois* de Pierre-André Côté a en effet été cité fréquemment par les tribunaux canadiens. Entre 1985 et 1990, les juges de la CSC s'y seraient référés à 17 reprises²¹, soit un peu plus fréquemment que celui d'Elmer Driedger, *Construction of Statutes*²² (14 citations), figurant ainsi parmi les 5 premiers ouvrages cités au cours de cette période. La seconde édition, parue en 1990²³, aurait été citée à 27 reprises entre 1991 et 1996 par la CSC, à la 3^e place du palmarès des auteurs les plus cités, après Peter Hogg (29 références) et Elmer Driedger (28 références)²⁴. Une recherche superficielle, effectuée

et s. Voy. également le site suivant qui recense les citations des revues : <http://lawlib.wlu.edu/LJ/> (consulté le 17 janvier 2014).

18. F. R. SHAPIRO et M. PEARSE, « The Most-Cited Law Review Articles of All Time », *Michigan Law Review*, Vol. 110, 2011-2012, p. 1483, p. 1518.

19. Notre choix s'est arrêté sur cet ouvrage en raison de notre connaissance de son contenu et des nombreuses références jurisprudentielles dont il a fait l'objet.

20. P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Cowansville, Yvon Blais, 1982, 685 p.

21. Les données proviennent de l'étude de Black et Richter : V. BLACK et N. RICHTER, « Did She Mention My Name ? Citation of Academic Authority by the Supreme Court of Canada, 1985-1990 », *Dalhousie Law Journal*, 1993, p. 377, pp. 390 et s.

22. E. DRIEDGER, *The Construction of Statutes*, Toronto, Butterworths, 1974 (2^e éd. 1983).

23. P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990, 766 pp.

24. Les données proviennent de l'article de Peter McCormick : P. MCCORMICK, « Do Judges Read Books, Too ? Academic Citations by the Lamer Court 1991-96 », *Supreme Court Law Review*, Vol. 9, 1998, p. 463, p. 490.

dans les banques de données de la CSC, du nombre de citations depuis 1996 nous a permis de dégager 106 résultats. Il s'agit donc, indéniablement, de l'un des ouvrages les plus fréquemment cités par les tribunaux canadiens.

Suivant la logique bibliométrique exposée plus haut, ces nombreuses références à l'ouvrage constitueraient autant d'indices de son appréciation par les juges. Même si le lien entre la quantité de citations et la qualité d'une œuvre est au mieux indirecte, il demeure que lorsqu'un juge cite un ouvrage, on peut supposer qu'il lui accorde une certaine autorité²⁵. C'est sur cette prémisse que repose essentiellement le recours aux mesures de citations comme outil d'évaluation des travaux. En étudiant les différentes références à l'ouvrage *Interprétation des lois*, nous avons voulu en vérifier le bien-fondé en répertoriant, d'une part, les différentes *manières* avec lesquelles les juges s'y référaient pour ensuite, d'autre part, examiner à quel point les citations permettaient de conclure à une adhésion²⁶ aux opinions de l'auteur.

Avant de présenter les résultats, il est utile de situer brièvement le contexte dans lequel se déroule la référence à des textes doctrinaux dans la jurisprudence canadienne, ainsi que la méthode de recension retenue. Depuis l'abandon de la règle voulant qu'on ne puisse citer un texte rédigé par un auteur « vivant »²⁷, la CSC, ainsi que les tribunaux après elle, ont graduellement modifié leur mode de rédaction des jugements. Depuis les années 1950, où seulement 15 % des décisions comportaient des références à des articles ou à des ouvrages de doctrine, la CSC s'est référée à des textes de doctrine dans 48 %

25. N. CRAIK, P. BRYDEN et K. IRETON, « Law Review : Scholarship and Pedagogy in Canadian Law Journals », *Queen's Law Journal*, Vol. 36, 2011, p. 391, p. 433 : « [c]itation frequency has only an indirect link to quality, and it equates it to a certain kind of influence. The premise is that a citation to an article demonstrates that the citing author or judge felt it to be of sufficient merit to warrant explicit reference ».

26. Afin de connaître « réellement » leur appréciation de l'ouvrage, il faudrait probablement procéder par voie d'entrevues avec les juges eux-mêmes.

27. Sur la teneur de cette règle de common law et son abandon graduel par les tribunaux, voy. les références citées dans : R. J. SHARPE et V.-J. PROULX, « The Use of Academic Writing in Appellate Judicial Decision-Making », *Canadian Business Law Journal*, Vol. 50, 2011, p. 550, aux pp. 552 et s. ; voy. également les réserves formulées au sujet de la pratique actuelle par E.A.C. MOHAMMED, « How Many Times Have You Been Cited By The Supreme Court? », *The Advocates' Quarterly*, Vol. 35, 2009, p. 170.

des décisions rendues entre 1985-1990²⁸ et à un taux légèrement plus bas (30 à 40 %) entre 1985 et 2004²⁹.

Afin de dégager un bassin significatif de références à l'ouvrage *Interprétation des lois*, nous avons limité nos recherches à la période postérieure à la 4^e édition, parue en 2009, jusqu'au 31 décembre 2013, et nous n'avons examiné que les décisions rendues par la Cour d'appel du Québec et la CSC. Ensemble, elles se sont référées 66 fois à l'ouvrage, soit dans 49 arrêts de la Cour d'appel du Québec et dans 17 arrêts de la CSC, ce qui, à notre avis, constitue un échantillon permettant de dresser un certain nombre de constats.

Une première question que nous avons abordée est celle du traitement ou niveau d'analyse réservé à l'ouvrage. Dans certains cas, les juges ne font que citer l'ouvrage dans une note³⁰, tandis que dans d'autres, on constate que le contenu de l'ouvrage fait l'objet d'une approbation explicite. Dans *Charlebois c. Barreau du Québec*, on peut lire en effet que : « Il faut entendre les termes pertinents dans leur sens ordinaire tout en recherchant la volonté du législateur et l'accomplissement de l'objet de la loi [note]. Le professeur Côté ajoute à cette démarche classique les éléments suivants qui reçoivent mon adhésion (nos soulignements) »³¹, suivi d'une reproduction d'un long extrait tiré de l'ouvrage. Il nous semble que les deux manières de se référer à l'ouvrage permettent d'inférer différents niveaux d'adhésion à son contenu. Nous avons donc examiné les citations à l'ouvrage en tentant de les distinguer à partir d'une échelle de 1 à 4 :

28. V. BLACK et N. RICHTER, « Did She Mention My Name? Citation of Academic Authority by the Supreme Court of Canada, 1985-1990 », *Dalhousie Law Journal*, 1993, p. 377, p. 383. Avec une grande différence entre les décisions portant sur des questions régies par le droit civil québécois (87,5 % des décisions comportant une référence à de la doctrine, contre 46,5 % pour les décisions rendues en common law). Si on exclut les décisions très courtes qui ne comportent aucune référence à des autorités, jurisprudentielles ou doctrinales, et qu'on ne retient que les décisions longuement motivées, ce taux atteindrait 75 % environ (P. McCORMICK, « Do Judges Read Books, Too? Academic Citations by the Lamer Court 1991-96 », *Supreme Court Law Review*, Vol. 9, 1998, p. 463, p. 473).

29. P. McCORMICK, « The Judges and the Journals : Citation of Periodical Literature by the Supreme Court of Canada », *Canadian Bar Review*, Vol. 3, 2004, p. 633, p. 639.

30. Par exemple : *Dupuy c. Gauthier*, 2013 QCCA 774 (CanLII), au par. 50 : « Le principe de la cohérence de la loi nécessite que ses éléments forment un tout cohérent et que l'on évite, tant que faire se peut, la contradiction ou le résultat absurde [14]. [note 14] Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, pp. 352 et s. »

31. *Charlebois c. Barreau du Québec*, 2012 QCCA 788 (CanLII), par. 20.

LES CITATIONS PAR LES TRIBUNAUX COMME MODE D'ÉVALUATION

- 1) **triviale** : référence à l'ouvrage, sans autre précision ;
- 2) **mineure** : référence à une expression ou un passage dans le texte de l'ouvrage, sans autre précision ;
- 3) **substantielle** : reproduction d'un passage substantiel du texte (plus d'une phrase), sans en discuter le bien-fondé ;
- 4) **majeure** : reproduction d'un passage du texte, qui serait discuté ou qui ferait l'objet d'un commentaire favorable.

Parmi les décisions recensées, nous avons pu classer les citations de la manière suivante :

	Décisions	Triviale	Mineure	Substantielle	Majeure
CAQ	49	22	3	13	11
CSC	17	12		3	1
Total	66	34	3	16	12

Comme on peut le constater, une large part des références jurisprudentielles à l'ouvrage ne va pas au-delà de la simple note, sans que n'en soit reproduit un extrait ou que le juge ne formule un commentaire sur le fond. Bien que ces renvois puissent paraître a priori superficiels, il serait erroné, à notre avis, de leur retirer toute valeur ou importance. En effet, on peut présumer que le juge choisit les sources d'autorité en fonction de leurs qualités intrinsèques : soit qu'elles résument adéquatement le droit sur une question donnée, soit qu'elles abordent correctement une problématique qui est traitée dans le jugement ou soit que les opinions exprimées servent, de par l'autorité de leur auteur ou leur bien-fondé, à consolider l'opinion du juge³². En retour, il nous apparaît discutable de traiter ces citations sur un pied d'égalité avec celles où un juge reproduit de longs extraits en les commentant favorablement. À titre d'indicateurs de l'*impact* d'un travail doctrinal, elles devraient vraisemblablement faire l'objet de mesures distinctes.

32. Nous reprenons les différentes fonctions des citations décrites par Peter McCormick : « citations are used to demonstrate a basic knowledge of the relevant subject matter » ; « citations are used to locate the immediate analysis on the context of established principles and standards » ; « citations are used to add weight and credibility to the explanation that are being advanced making them more convincing and therefore more acceptable to the relevant principle » : P. McCORMICK, « Judicial Citation, the Supreme Court of Canada, and the Lower Courts : The Case of Alberta », *Alberta Law Review*, Vol. 34, 1995-1996, p. 870, pp. 872-873.

Outre la pondération des différents types de références, nous avons pu dégager des pratiques d'écriture qui sont susceptibles de produire des distorsions dans la quantification des citations. Par exemple, parmi les renvois à l'ouvrage, nous avons constaté que certains semblaient être le résultat de formules consacrées. Un style de rédaction judiciaire consiste en effet à intégrer des références à l'intérieur d'une série d'autorités citées, qualifiée en anglais de *string citations*. Il n'est pas rare que ces « chaînes » d'autorités, combinant des décisions judiciaires et des textes de doctrine, soient répétées d'une décision à l'autre. Dans l'affaire *Fédération des caisses Desjardins du Québec c. Marcotte*, on peut lire :

« Faut-il le rappeler, l'interprétation législative est régie de nos jours par un seul grand principe : «[traduction] [...] il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (Elmer A. DRIEDGER, *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983, p. 87 ; Pierre-André CÔTÉ avec la collaboration de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, par. 1086 et s., pp. 331 et s. ; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, 1998 CanLII 837 (CSC) [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21)³³. »

La même chaîne d'autorités est reproduite dans la décision *Sobeys Québec inc. c. Commission de la santé et de la sécurité du travail* (2012 QCCA 1329, par. 47), où on peut lire, dans le texte : « L'interprétation législative est régie de nos jours par un seul grand principe : [...] » et dans la note de fin de document, la référence suivante, similaire à celle citée plus haut :

« Elmer A. DRIEDGER, *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983, p. 87 ; Pierre-André CÔTÉ avec la collaboration de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^eéd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, par. 1086 et s., pp. 331 et s. ; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, 1998 CanLII 837 (CSC), [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21 ; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42 (CanLII), [2002] 2 RCS 559, 2002 CSC 42 ; art. 41(2) de la Loi d'interprétation, L.R.Q., c. I-16. »

Outre les *string citations*, il arrive parfois que les juges reproduisent volontairement les mêmes motifs d'un arrêt lorsqu'ils règlent plusieurs litiges similaires. Parmi les décisions étudiées, nous avons

33. 2012 QCCA 1395 (CanLII), au par. 40.

trouvé quatre arrêts de la Cour d'appel du Québec dans lesquels des extraits rigoureusement identiques de l'ouvrage ont été reproduits, avec les mêmes commentaires³⁴.

Ces exemples illustrent, selon nous, les limites d'une approche strictement quantitative des citations comme mode d'appréciation de l'impact des travaux, du moins lorsqu'on se réfère aux sources jurisprudentielles. Plusieurs caractéristiques de l'argumentation et du style judiciaire introduisent des distorsions dans le nombre de citations. À tout le moins, ils favorisent une approche plus fine complétée par une étude qualitative des citations, quitte à introduire des nuances entre les différentes espèces de citations et à en écarter d'autres.

Une deuxième interrogation que soulève l'évaluation de la recherche par les citations repose sur la prise en compte de la fidélité ou de la correspondance entre les propositions de droit qui sont associées à un ouvrage et le contenu de celui-ci. Parmi les arrêts étudiés, nous avons constaté que les propositions étaient généralement fidèles au contenu de l'ouvrage. Certains extraits ont néanmoins soulevé des difficultés. La plus importante, qui constitue certainement une erreur, est celle où une citation est présentée comme étant tirée de l'ouvrage *Interprétation des lois* alors qu'il s'agit en réalité d'une citation traduite d'Elmer Driedger. C'est ce que nous avons relevé dans *Protection de la jeunesse – 13364* où les juges ont écrit :

« C'est cet alinéa qui nécessite une interprétation. Permet-il au tribunal de prolonger la période de conservation du dossier au-delà de l'atteinte de la majorité ? À mon avis, on ne peut s'en tenir ici strictement au sens littéral de la disposition. Il faut plutôt chercher quelle était l'intention du législateur en l'adoptant. Comme le mentionne le professeur Pierre-A. Côté, il faut interpréter une loi dans son contexte global en recherchant l'intention du législateur :

Aujourd'hui, il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur. [note de fin de document : Côté, Pierre-A., *L'interprétation des lois*, 4e édition, Thémis, 2009, p. 52]³⁵. »

34. *Thériault c. R.*, 2009 QCCA 185 (CanLII) ; *Turgeon c. R.*, 2009 QCCA 186 (CanLII) ; *R. c. Asselin*, 2009 QCCA 188 (CanLII) ; *Morin c. R.*, 2009 QCCA 187 (CanLII).

35. *Protection de la jeunesse – 13364*, 2013 QCCA 584 (CanLII), par. 28.

L'extrait rapporté (« Aujourd'hui, il n'y a qu'un seul principe ou solution [...] ») constitue évidemment un passage tiré de la 2^e édition de l'ouvrage *Construction of Statutes* d'Elmer Driedger³⁶ dont la traduction est effectivement reproduite à la page 52 de l'ouvrage *Interprétation des lois*. Il serait contestable, nous semble-t-il, de le traiter comme une citation de l'ouvrage *Interprétation des lois*.

Dans d'autres cas, nous avons pu noter une certaine discordance entre l'opinion du juge et le contenu de l'ouvrage. Ces cas surviennent, entre autres, lorsque les juges évoquent plusieurs autorités au soutien d'une proposition³⁷. Pour reprendre un exemple évoqué plus haut, la Cour d'appel du Québec a cité les deux autorités suivantes comme si elles servaient de soutien à une même proposition :

1) Elmer A. DRIEDGER, *Construction of Statutes*, 2nd, ed., Toronto, Butterworths, 1983, p. 87 :

[traduction] il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

et

2) Pierre-André CÔTÉ avec la collaboration de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^eéd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, par. 1086 et s., pp. 331 et s.

Si la première citation reproduit effectivement la pensée de l'auteur de l'ouvrage cité, il n'en va pas de même pour la seconde. En

36. E. DRIEDGER, *Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983, p. 87.

37. Un autre exemple probant de rapprochements contestables entre extraits se trouve dans le passage suivante écrit par le juge Bastarache, dissident, dans l'arrêt 65302 *British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, au par. 5 :

« Il est bien établi que la méthode appropriée d'interprétation des lois est la méthode contextuelle moderne » », énoncée par E. A. DRIEDGER dans *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87 : [traduction] il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur. La règle moderne est encore énoncée dans *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), par R. SULLIVAN, à la p. 131 : « “[traduction] Il n'existe qu'une seule règle d'interprétation moderne : les tribunaux sont tenus d'interpréter un texte législatif dans son contexte global, en tenant compte de l'objet du texte en question, des conséquences des interprétations proposées, des présomptions et des règles spéciales d'interprétation, ainsi que des sources acceptables d'aide extérieure. Autrement dit, les tribunaux doivent tenir compte de tous les indices pertinents et acceptables du sens d'un texte législatif.” » [nos soulignements]

Alors que le premier extrait met l'accent sur le texte comme point de départ de l'interprétation, le second renvoie au contexte sans faire appel au texte lui-même...

effet, aux pages 331 et suiv. de l'ouvrage *Interprétation des lois*, le professeur Côté décrit la pratique de la CSC consistant à se référer au fameux passage d'Elmer Driedger, en expliquant son rôle dans l'évolution de l'interprétation des lois en droit canadien³⁸. Ces pages n'ont pas pour objet de confirmer la justesse du principe lui-même. Lorsque les juges s'y réfèrent, c'est probablement moins pour faire appel à la pensée de Monsieur Côté qu'à celle des juges de la CSC, et d'Elmer Driedger, évidemment. Une ambiguïté se dégage alors dans la valeur qu'il conviendrait d'accorder à ces références.

Un autre cas qui nous est apparu plus délicat est celui de la citation qui ne reflète pas « entièrement » l'opinion d'un auteur sur une question donnée. Dans l'arrêt *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Dollarama*, on peut lire :

« Enfin, même si l'on postule que l'article 236 de la LSST est ambigu, ce qui n'est pas démontré, il devrait, s'agissant d'une disposition pénale, s'interpréter restrictivement[7]. [note de fin de document :] voir CÔTÉ, Pierre-André (avec la collaboration de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT), *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, qui énonce le principe de manière lapidaire et claire : "Les lois pénales, c'est-à-dire celles qui prévoient des infractions et des peines, s'interprètent restrictivement." (nos soulignements)³⁹. »

Or, dans l'ouvrage *Interprétation des lois*, l'auteur souligne de manière tout aussi claire le caractère subsidiaire du principe de l'interprétation stricte des lois pénales, de la manière suivante :

« Les lois pénales, c'est-à-dire celles qui prévoient des infractions et des peines, s'interprètent restrictivement. On veut dire par là que si, dans la détermination de leur sens ou de leur portée, il surgit une difficulté réelle, une difficulté que le recours aux règles ordinaires d'interprétation ne permet pas de surmonter d'une façon satisfaisante, alors on est justifié de préférer l'interprétation la plus favorable à celui qui serait susceptible d'être trouvé coupable d'infraction⁴⁰ ».

38. Sur l'importance qu'a pu prendre le « Modern principle » de Driedger dans la jurisprudence de la CSC, voy. : S. BEAULAC et P.-A. CÔTÉ, « Driedger's "Modern Principle" at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization », *Revue juridique Thémis*, Vol. 40, 2006, p. 131.

39. *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Dollarama*, s.e.c., 2013 QCCA 336 (CanLII), par. 7 et la note correspondante.

40. P.-A. CÔTÉ, avec la collaboration de S. BEAULAC et M. DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, aux pages 351-352 ; voy. également au par. 1717. Cet extrait est pourtant cité *in extenso* dans *Charlebois c. Barreau du Québec*, 2012 QCCA 788 (CanLII), par. 21.

Dans ces cas, on peut admettre que la citation à l'ouvrage reflète une certaine reconnaissance par les juges de sa valeur. En retour, est-ce qu'elle peut servir à mesurer l'impact de la recherche d'un auteur, alors même que le contenu cité ne reflète pas son opinion ou ses conclusions⁴¹ ?

Ces différents exemples tendent à montrer que l'appréciation purement quantitative des citations comporte des enjeux méthodologiques importants qui devraient être discutés et traités si l'on devait en faire un instrument d'évaluation de la qualité de la recherche en droit. Un aspect, qui n'a pas été traité ici, consisterait à s'interroger sur les sources de distorsion qui proviendraient de la source jurisprudentielle elle-même. Nous avons pu constater, en effet, que les deux ouvrages les plus cités par la CSC portaient sur l'interprétation des lois⁴². Il se pourrait que les ouvrages ayant une vocation méthodologique, surtout dans le cas présent où deux ouvrages d'interprétation des lois exercent une espèce de *duopole* en la matière⁴³, soient surreprésentés dans le décompte des citations et qu'un ajustement soit nécessaire afin d'en tenir compte. Également, on pourrait être tenté de quantifier différemment les textes rédigés en français et ceux en anglais. Une étude a en effet montré une corrélation entre les capacités linguistiques des juges et la citation de textes rédigés en français : « In short, our study provides support for the claim that while québécois judges are quite prepared to utilize scholarship available only in English, non-Québec judges, as a group, are slow to make use of works available only in French »⁴⁴. Bref, la quantification des citations tirées de la source jurisprudentielle devrait être pondérée en fonction de ces différentes caractéristiques.

Conclusion

Pour les raisons évoquées plus haut, il est probable que les juristes-chercheurs soient de plus en plus incités à se soumettre à

41. Cet aspect reflète l'ambiguïté des ouvrages de doctrine qui, comme c'est le cas pour le texte étudié, sont en grande partie fondés sur une description de l'état du droit.

42. Voy. les références citées plus haut, aux notes 20 et s.

43. Ceux de Pierre-André Côté et d'Elmer Driedger (dont les rééditions ont été rédigées par la professeure Ruth Sullivan : R. SULLIVAN, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd., Toronto, Lexis, 2008).

44. V. BLACK, et N. RICHTER, « Did She Mention My Name ? Citation of Academic Authority by the Supreme Court of Canada, 1985-1990 », *Dalhousie Law Journal*, 1993, p. 377, p. 394.

l'évaluation de leurs travaux fondée sur des données bibliométriques. Si une telle évaluation devenait cependant la norme, il serait essentiel qu'ils puissent en déterminer les paramètres. Un des enjeux importants, selon nous, serait celui du contenu des banques de données utilisées pour mesurer le rayonnement scientifique d'un travail de recherche en droit. Si d'autres disciplines ont pu se satisfaire de banques composées de revues sélectionnées en raison de leur renommée, il nous semble que pour les juristes évoluant dans des systèmes où les juges s'appuient expressément sur des sources doctrinales dans leurs décisions, une prise en compte des références jurisprudentielles soit nécessaire⁴⁵.

En effet, une démarche qui se limiterait aux seules citations contenues dans les revues juridiques serait susceptible d'établir un biais en faveur des travaux ayant pour objet des préoccupations propres à la communauté universitaire⁴⁶. De plus, elle ne rendrait pas compte de l'impact réel que provoque la référence à un texte doctrinal par les juges, particulièrement lorsqu'ils siègent à la CSC⁴⁷. En droit canadien, comme en droit américain, « [o]ne of the most popular and respected measurements of impact is reference in court opinions »⁴⁸. Outre l'inclusion des données jurisprudentielles, une mesure de l'impact des travaux de recherche en droit pourrait difficilement faire abstraction de

45. Nous partageons l'avis exprimé par les professeurs Hutchison et Duncan cités plus haut : T. HUTCHISON et N. DUNCAN, « Defining and Describing What We Do: Doctrinal Legal Research », *Deakin Law review*, Vol. 17, 2012, p. 83, pp. 91-92.

46. Il est probable qu'il existe un décalage entre les types de textes valorisés par la doctrine et ceux auxquels se réfèrent les juges. Sur cette question, on peut lire l'observation suivante de Karen Petroski : « in most respects, citations of legal scholarship by courts and by legal scholars follow different patterns, indicating that academics value different forms of scholarship than judges do. [Note: Courts, for example, cite more articles on state law, fewer articles from critical legal studies perspectives, more articles from less-elite reviews, and more articles from non-scholarly authors (practitioners, judges) than legal scholars do.] But judges and legal academics do tend to cite similar articles in certain subject areas, including legal interpretation, and specifically, statutory interpretation. » (K. PETROSKI, « Does It Matter What We Say About Legal Interpretation? », *McGeorge Law Review*, Vol. 43, 2012, p. 359, pp. 363-364).

47. L'adhésion de la CSC à une thèse défendue par un professeur est généralement perçue comme une consécration et un moment phare de sa carrière ! La simple citation ne reste pas, non plus, inaperçue. Tel que le reconnaît le professeur Mohammed : « Most academics, and law schools for that matter, use the frequency of such citations (at the SCC) as powerful marketing tools and as weapons for promotion and tenure. » (E.A.C. MOHAMMED, « How Many Times Have You Been Cited By The Supreme Court ? », *The Advocates' Quarterly*, Vol. 35, 2009, p. 170).

48. F.R. SHAPIRO et M. PEARSE, « The Most-Cited Law Review Articles of All Time », *Michigan Law Review*, Vol. 110, 2011-2012, p. 1483, à la p. 1514.

citations contenues dans les ouvrages de doctrine ou dans les articles publiés dans des revues juridiques locales, ou en français⁴⁹.

La présente étude vise à explorer les différentes caractéristiques et enjeux que présente la mesure des citations par les juges comme outil d'évaluation de la qualité d'un texte juridique. L'échantillonnage forcément limité, à la fois des décisions étudiés et de la période abordée, ainsi que l'absence de comparaison avec d'autres sources de citation de textes juridiques empêche de tirer des conclusions générales. Néanmoins, elle a permis de mettre au jour certaines sources de distorsion dans la mesure des citations et a soulevé certaines interrogations quant à leur interprétation. Il est important de rappeler, en retour, que cet instrument de mesure repose sur des fondements controversés⁵⁰ : si le fait de citer un auteur constitue, en effet, une reconnaissance implicite de son autorité, les exemples décrits plus haut tendent à montrer qu'il existe différents types de citation et que ces dernières ne dévoilent pas toutes, de la même manière et avec la même intensité, une appréciation égale de la qualité d'un texte. Par conséquent, le nombre brut de citations ne pourrait, à lui seul, servir de paramètre à l'évaluation de son mérite⁵¹.

49. La dimension linguistique, qui n'a pas été abordée ici, constituerait un volet important dans la constitution d'une banque de données dans le contexte canadien.

50. N. CRAIK, P. BRYDEN et K. IRETON, « Law Review : Scholarship and Pedagogy in Canadian Law Journals », *Queen's Law Journal*, Vol. 36, 2011, p. 391, p. 433.

51. Comme l'écrivent Shapiro et Pearse :

[a]ny type of metric measuring scholarly impact is often inherently subjective and imperfect and should be interpreted in the context of the source data in which it was based and its intended use or meaning. All citation studies and new tools and metrics for assessing the « impact » of legal scholarship are arguably incomplete in some sense. Furthermore, many of the tools and methodologies often lack a « qualitative » aspect (e.g., whether the citing reference was responding directly to the article, relying on the article heavily, or merely mentioning it in a string citation, et cetera). More importantly, scholarship may be cited in a critical or negative way.

F.R. SHAPIRO et M. PEARSE, « The Most-Cited Law Review Articles of All Time », *Michigan Law Review*, Vol. 110, 2011-2012, p. 1483, p. 1518. Dans le même sens, les propos suivants d'Eugene Garfield, pourtant considéré comme l'un des promoteurs de la méthode : « Citation analysis is not meant to replace judgement, but to make it more objective and astute » (E. GARFIELD, « Is Citation Analysis A Legitimate Evaluation Tool ? », *Scientometrics*, 1979, p. 359, p. 364).