

Les articles de revues de droit les plus cités de tous les temps par la Cour suprême du Canada

Yan Campagnolo and Camille Andrzejewski

Volume 54, Number 1, 2022–2023

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1111093ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1111093ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Ottawa Law Review / Revue de droit d'Ottawa

ISSN

0048-2331 (print)

2816-7732 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Campagnolo, Y. & Andrzejewski, C. (2022). Les articles de revues de droit les plus cités de tous les temps par la Cour suprême du Canada. *Ottawa Law Review / Revue de droit d'Ottawa*, 54(1), 1–61. <https://doi.org/10.7202/1111093ar>

Article abstract

Scholars use citation counts to measure the impact of scholarly works in a wide range of disciplines, including law. The aims of this study are twofold: to present the methods most commonly used to that end and to determine which law reviews and articles the Supreme Court of Canada has cited most since its creation. Part II reveals that legal scholars typically use three methods to generate lists of important works: the periodical citation method, the judicial citation method, and the peer rating method. Part III adopts the second method to identify the law reviews and articles most cited by the Supreme Court. It focuses on publications in generalist, peer-reviewed, and university-based law reviews that were created in or before 1982. Two law reviews — the *McGill Law Journal* and the *University of Toronto Law Journal* — and 39 articles have been particularly successful. These articles were predominantly written in English by male law professors holding degrees from elite law schools and concern pressing constitutional law issues. As society shifts to tackle biases in all professions, including academia and law, the attributes of the most-cited articles can be expected to evolve — and the gender gap to close — in the years to come.

Les articles de revues de droit les plus cités de tous les temps par la Cour suprême du Canada

Yan Campagnolo et Camille Andrzejewski

DANS PLUSIEURS DISCIPLINES, y compris en droit, les universitaires mesurent l'incidence de leurs travaux savants en comptant le nombre de citations. La présente étude vise deux objectifs : présenter les méthodes les plus utilisées à cette fin et déterminer quelles revues de droit et quels articles la Cour suprême du Canada a cités le plus souvent depuis sa création. La partie II révèle que les juristes ont couramment recours à trois méthodes pour dresser des listes de travaux importants : la comptabilisation des citations par les périodiques, la comptabilisation des citations par les tribunaux et l'évaluation par les pairs. La partie III adopte la deuxième méthode pour recenser les revues et articles juridiques les plus cités par la Cour suprême. L'étude porte sur les revues de droit généralistes avec comité de lecture, affiliées à une université canadienne et créées au plus tard en 1982. Deux revues de droit — la *Revue de droit de McGill* et le *University of Toronto Law Journal* — et 39 articles ont connu un succès particulier. La majorité de ces articles ont été rédigés en anglais, par des professeurs de droit masculins diplômés de facultés de droit réputées, et portent sur des questions pressantes de droit constitutionnel. Alors que la société s'attaque aux préjugés dans toutes les professions, incluant dans les milieux universitaire et juridique, on peut s'attendre, à l'avenir, à une évolution des caractéristiques des articles les plus cités et à un rapprochement en nombre entre ceux écrits par des hommes et ceux écrits par des femmes.

SCHOLARS USE CITATION counts to measure the impact of scholarly works in a wide range of disciplines, including law. The aims of this study are twofold: to present the methods most commonly used to that end and to determine which law reviews and articles the Supreme Court of Canada has cited most since its creation. Part II reveals that legal scholars typically use three methods to generate lists of important works: the periodical citation method, the judicial citation method, and the peer rating method. Part III adopts the second method to identify the law reviews and articles most cited by the Supreme Court. It focuses on publications in generalist, peer-reviewed, and university-based law reviews that were created in or before 1982. Two law reviews — the *McGill Law Journal* and the *University of Toronto Law Journal* — and 39 articles have been particularly successful. These articles were predominantly written in English by male law professors holding degrees from elite law schools and concern pressing constitutional law issues. As society shifts to tackle biases in all professions, including academia and law, the attributes of the most-cited articles can be expected to evolve — and the gender gap to close — in the years to come.

TABLE DES MATIÈRES

Les articles de revues de droit les plus cités de tous les temps par la
Cour suprême du Canada

Yan Campagnolo et Camille Andrzejewski

I. Introduction	3
II. Considérations méthodologiques	4
A. La méthode de comptabilisation des citations par les périodiques	5
B. La méthode de comptabilisation des citations par les tribunaux	15
C. La méthode de l'évaluation par les pairs	24
III. Les articles de revues de droit les plus cités	27
A. Aperçu	27
B. Analyse quantitative	28
C. Analyse qualitative	33
IV. Conclusion	52
Tableau 1—Les revues de droit les plus citées par la CSC	53
Tableau 2—Les articles les plus cités par la CSC	55

Les articles de revues de droit les plus cités de tous les temps par la Cour suprême du Canada

*Yan Campagnolo et Camille Andrzejewski**

I. INTRODUCTION

Le Canada n'a jamais compté autant de facultés de droit ou de professeurs et professeures [ci-après «professeurs»] de droit qu'aujourd'hui. Il n'y a jamais eu non plus autant de travaux savants publiés dans des revues de droit. Cependant, toutes les revues de droit et tous les articles ne sont pas d'égale importance. Certaines revues sont prestigieuses, d'autres le sont moins; certains articles sont appelés à devenir des classiques, tandis que d'autres susciteront un intérêt moindre, par comparaison. La présente étude fournit des outils pour mesurer l'incidence (ou l'influence; ces termes étant employés ici de façon interchangeable) des travaux savants et illustre comment ces outils peuvent être appliqués. La partie II présente trois méthodes couramment utilisées par les juristes pour évaluer l'incidence de ce type de travaux, soit la méthode de comptabilisation des citations par les périodiques, la méthode de comptabilisation des citations par les tribunaux et la méthode de l'évaluation par les pairs. Chaque méthode répond à des objectifs différents, est susceptible d'être influencée par différents biais et donne des résultats différents. La partie III recense les revues de droit et les articles les plus cités par la Cour suprême du Canada [ci-après «CSC»]

* Yan Campagnolo est professeur agrégé de la Section de common law de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Camille Andrzejewski est une diplômée du programme de Juris Doctor du même établissement. Une version anglaise de cet article fut préalablement publiée dans le volume 60:1 de la *Alberta Law Review*. Les auteurs souhaitent remercier Vincent Kazmierski, Kyle Kirkup, Vanessa MacDonnell, Peter Oliver, Kent Roach, Terry Skolnik, Lionel Smith et les évaluateurs anonymes pour leurs judicieux commentaires sur une version antérieure de cet article. Ils tiennent également à souligner l'excellent travail d'édition réalisé par Valérie Leclercq et Marie Rodrigue.

suivant la méthode de comptabilisation des citations par les tribunaux. Elle présente en outre une analyse quantitative des données de même qu'une analyse qualitative des trois articles qui figurent à la tête de ce classement. Les résultats montrent que deux revues de droit ont connu un succès particulier et que les articles les plus cités ont des caractéristiques communes. La valeur de la présente étude ne se limite pas à satisfaire la curiosité en dressant la liste des revues et des articles les plus cités. Elle permet également aux lecteurs et lectrices de littérature juridique de mieux cerner ce qu'il faut lire et aide les auteurs et autrices [ci-après «auteurs»] à choisir les sujets sur lesquels écrire et à savoir où publier leurs articles pour accroître leurs chances d'être lus et cités par la communauté juridique.

II. CONSIDÉRATIONS MÉTHODOLOGIQUES

Les universitaires comptent le nombre de citations pour mesurer l'incidence des travaux savants dans un large éventail de disciplines, des sciences naturelles aux humanités, y compris en droit¹. Comme l'a exprimé un journaliste, «[l']équivalent pour un professeur de droit de grands succès de carrière est le “nombre de fois où il est cité” dans des revues» [notre traduction]². Il existe certes une pléthore d'études consacrées à l'historiographie ou à la citologie juridique³, mais très peu de travaux recensent et analysent les différentes méthodes pour évaluer l'incidence des articles sur l'évolution de la science juridique, particulièrement au Canada. La partie II vise à remédier à cette lacune. Elle décrit les trois méthodes les plus utilisées pour évaluer l'influence d'un article — la méthode de comptabilisation des citations par les périodiques, la méthode de comptabilisation des citations par les tribunaux et la méthode de l'évaluation par les pairs — et examine leurs objectifs, leurs forces et leurs faiblesses.

1 Mesurer l'incidence d'un article ou d'un livre en fonction du nombre de fois où il a été cité dans d'autres articles ou livres s'appelle «l'analyse des citations» en études bibliométriques — un domaine qui étudie les habitudes de citations pour évaluer l'incidence des travaux savants. Voir généralement Eugene Garfield, «Citation Analysis as a Tool in Journal Evaluation» (1972) 178:4060 *Science* 471.

2 Joe Palazzolo, «The Most-Cited Law Review Articles of All Time» (1 juin 2012), en ligne: *The Wall Street Journal* <www.wsj.com/articles/BL-LB-42728>.

3 L'expression *citologie juridique* a été définie comme «l'étude systématique des pratiques en matière de citation de ces professeurs, assistants de recherche et rédacteurs en chef de revues de droit qui publient des articles dans des périodiques largement diffusés dans le milieu universitaire juridique» [notre traduction]. JM Balkin et Sanford Levinson, «How to Win Cites and Influence People» (1996) 71:3 *Chicago-Kent L Rev* 843 à la p 843.

A. La méthode de comptabilisation des citations par les périodiques

La méthode qui consiste à compter le nombre de fois où un article est cité dans d'autres articles est couramment utilisée pour fins d'évaluation⁴. Comme il s'agit d'une approche quantitative, elle est efficace pour mesurer la «productivité», l'«importance», la «qualité», l'«utilité», l'«influence», l'«efficacité», ou l'«incidence» [notre traduction] des auteurs et de leurs travaux savants⁵. En effet, certaines universités traitent le nombre de citations comme une forme de monnaie universitaire et s'en servent comme critère pour évaluer et promouvoir les professeurs et autres chercheurs et chercheuses [ci-après «chercheurs»], ou pour attribuer des récompenses⁶. Une personne souvent citée est généralement perçue comme une personne influente. Pour reprendre la formule d'Herma Kay, une des premières professeures et la première doyenne de la Faculté de droit de l'Université Berkeley, «[s]i vous êtes cité, cela signifie qu'on vous considère comme un acteur qui se démarque: un universitaire d'importance» [notre traduction]⁷. Dans le domaine juridique, c'est Fred Shapiro— directeur adjoint de

-
- 4 Voir Jonathan R Cole et Stephen Cole, *Social Stratification in Science*, Chicago, University of Chicago Press, 1973 («le nombre pur et simple de citations est fortement corrélé avec virtuellement toutes les mesures de qualité» [notre traduction] à la p 35). Voir aussi Eugene Garfield, *Citation Indexing—Its Theory and Application in Science, Technology, and Humanities*, New York, John Wiley & Sons, 1979 à la p 241 [Garfield, *Citation Indexing*]; Stephen J Bensman, «Journal Collection Management as a Cumulative Advantage Process» (1985) 46:1 *College & Research Libraries* 13 («le nombre de citations et l'évaluation par les pairs semblent être pratiquement la même mesure» [notre traduction] à la p 23); Fred R Shapiro, «The Most-Cited Legal Scholars Revisited» (2021) 88:1 *U Chicago L Rev* 1595 [Shapiro, «Legal Scholars Revisited»] («[e]n 1979, le professeur Garfield avait été en mesure de mettre de l'avant sept études importantes qui établissaient un lien entre les citations et le «jugement des pairs, qui sont largement reconnus comme moyens valables pour établir un classement selon le rendement scientifique»» [notre traduction; note omise] à la p 1611). Voir toutefois Alfred L Brophy, «The Signaling Value of Law Reviews: An Exploration of Citations and Prestige» (2009) 36:2 *Fla St U L Rev* 229 («le nombre de citations est une façon de mesurer la popularité [d'un ouvrage]; toutefois, la popularité n'est pas toujours un indicateur de qualité» [notre traduction] à la p 233).
- 5 Fred R Shapiro, «The Most-Cited Articles from *The Yale Law Journal*» (1991) 100:5 *Yale LJ* 1449 à la p 1454 [Shapiro, «Articles from *Yale Law Journal*»].
- 6 Voir Garfield, *Citation Indexing*, *supra* note 4 à la p 240. Voir aussi Colin A Chapman et al, «Games academics play and their consequences: how authorship, h-index and journal impact factors are shaping the future of academia» (2019) 286:1916 *Proceedings Royal Soc B* 1 aux pp 2, 6, 8; Jeffrey L Harrison et Amy R Mashburn, «Citations, Justifications, and the Troubled State of Legal Scholarship: An Empirical Study» (2015) 3:1 *Texas A&M L Rev* 45 aux pp 59–60; Shapiro, «Articles from *Yale Law Journal*», *supra* note 5 à la p 1454.
- 7 Herma Hill Kay, «In Defense of Footnotes» (1990) 32:3 *Ariz L Rev* 419 à la p 426.

la bibliothèque et professeur de la Faculté de droit de l'Université Yale, et sommité en citologie juridique—qui utilise au premier chef la méthode de comptabilisation des citations par les périodiques dans une série d'articles⁸. Au fil des ans, le professeur Shapiro s'est fondé sur des bases de données comme la Shepard's Law Review Citations, le Social Sciences Citation Index, HeinOnline et Web of Science, pour déterminer le nombre de fois que des articles juridiques avaient été cités dans d'autres articles et pour les classer en fonction de ce facteur. Dans sa troisième étude sur le sujet, par ailleurs la plus complète, «The Most-Cited Law Review Articles of All Time» publiée en 2012, le professeur Shapiro, de concert avec la bibliothécaire Michelle Pearse, a recensé les 100 articles juridiques publiés aux États-Unis les plus cités de tous les temps⁹. Ces articles avaient été cités entre 645 et 5157 fois¹⁰. Dans son étude la plus récente, publiée en 2021, le professeur Shapiro a recensé les auteurs les plus cités aux États-Unis

8 Voir notamment Fred R Shapiro, «The Most-Cited Law Review Articles» (1985) 73:5 Cal L Rev 1540 [Shapiro, «Most-Cited Articles»]; Shapiro, «Articles from *Yale Law Journal*», *supra* note 5; Fred R Shapiro, «The Most-Cited Law Review Articles Revisited» (1996) 71:3 Chicago-Kent L Rev 751 [Shapiro, «Articles Revisited»]; Fred R Shapiro, «Response to Landes and Posner» (1996) 71:3 Chicago-Kent L Rev 841; Fred R Shapiro et Michelle Pearse, «The Most-Cited Law Review Articles of All Time» (2012) 110:8 Mich L Rev 1483 [Shapiro et Pearse, «Most-Cited of All Time»]; Fred R Shapiro, «The Most-Cited Articles from the *Iowa Law Review*» (2014) 100:1 Iowa L Rev 1; Fred R Shapiro, «The Most-Cited Articles from the *Minnesota Law Review*» (2016) 100:5 Minn L Rev 1735 [Shapiro, «Articles from *Minnesota Law Review*»].

9 Voir Shapiro et Pearse, «Most-Cited of All Time», *supra* note 8 aux pp 1486–88. Les auteurs se sont fondés principalement sur HeinOnline pour recenser les articles juridiques les plus cités. Ils ont d'abord cherché tous les articles contenant le terme «droit»; ils ont ensuite classifié les résultats en fonction du nombre de fois où les articles avaient été cités. Ils se sont aussi prêtés à un exercice similaire dans Web of Science, une base de données en sciences sociales publiée par Thomson Reuters, et ils ont ajouté les articles supplémentaires à la liste. Enfin, ils ont utilisé le nombre total de citations pour établir un classement des 100 articles les plus cités de tous les temps. Pour garantir que la liste était représentative de la recherche juridique, ils ont limité leur liste aux articles dont 50 % des citations subséquentes figuraient dans des revues de droit ou des revues interdisciplinaires à caractère juridique. Comme il faut du temps pour accumuler les citations, les auteurs ont établi des classements supplémentaires pour les cinq articles les plus cités parmi ceux publiés chaque année entre 1990 et 2009. De même, puisque certains sujets sont plus populaires que d'autres (comme le droit constitutionnel, la procédure civile, les contrats, la propriété, les délits civils et le droit criminel), ils ont créé des classements spécifiques pour des domaines plus pointus (comme le droit de la concurrence, le droit des sociétés et des valeurs mobilières, le droit de la famille, la propriété intellectuelle, le droit international, le droit du travail et de l'emploi, ainsi que l'éthique juridique et la profession d'avocat).

10 *Ibid* aux pp 1489–92.

en fonction du nombre de citations à la fois dans les articles et les livres¹¹. Cette étude a couronné Richard Posner (cité 48852 fois), Cass Sunstein (cité 35 584 fois) et Ronald Dworkin (cité 20 778 fois) champions de tous les temps de la citation en droit¹². Si de tels renseignements ont assurément une valeur, la présente étude s'intéresse plus particulièrement à la façon d'évaluer l'incidence des articles plutôt que celle des auteurs¹³.

La méthode de comptabilisation des citations par les périodiques est un outil utile pour mesurer l'incidence d'un article, mais elle a ses défauts. Sa principale lacune découle du fait que la corrélation entre le nombre de fois où un article est cité et son influence sur la recherche juridique n'est pas exacte. Dans certains cas, la corrélation est claire; par exemple, l'article le plus cité d'après la liste des auteurs Shapiro et Pearse, «The Problem of Social Cost» de Ronald Coase (cité 5 157 fois), a aidé à établir une nouvelle façon d'analyser les règles de droit et contribué à l'obtention par son auteur d'un prix en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel¹⁴. Cependant, dans d'autres cas, la corrélation est moins claire¹⁵. Selon le professeur Shapiro, le nombre de citations mesure une caractéristique «définie socialement» [notre traduction]: une citation reflète l'utilité d'un article pour

11 Shapiro, «Legal Scholars Revisited», *supra* note 4.

12 *Ibid* aux pp 1598–1600, 1602. Voir aussi la version antérieure de l'étude du professeur Shapiro, selon laquelle les trois juristes les plus cités étaient Richard Posner, Ronald Dworkin et Oliver Wendell Holmes. Fred R Shapiro, «The Most-Cited Legal Scholars» (2000) 29:1 J Leg Stud 409 à la p 424 [Shapiro, «Legal Scholars»].

13 Une étude sur l'influence des auteurs exigerait forcément de s'atteler à la tâche plus complexe de recenser les citations dans les livres en plus de celles dans les articles. D'un point de vue méthodologique, il est extrêmement difficile de compter les citations dans les livres dans le but d'établir un classement exhaustif et exact. Aux États-Unis, le professeur Shapiro a été en mesure de relever ce défi en obtenant l'accès à un grand volume de données sur les citations colligées par le West Group et par l'Institute for Scientific Information. Voir Shapiro, «Legal Scholars», *supra* note 12 aux pp 410–11. Pour son article le plus récent sur le sujet, le professeur Shapiro a pu tirer profit des nouvelles «capacités puissantes de HeinOnline» [notre traduction] pour mettre ses résultats à jour. Shapiro, «Legal Scholars Revisited», *supra* note 4 à la p 1598.

14 Voir RH Coase, «The Problem of Social Cost» (1960) 3 JL & Econ 1; Shapiro et Pearse, «Most-Cited of All Time», *supra* note 8 à la p 1503 (un grand nombre de citations est corrélé avec l'obtention du prix Nobel). Voir Garfield, *Citation Indexing*, *supra* note 4 à la p 249; Jonathan Cole et Stephen Cole, «Measuring the Quality of Sociological Research: Problem in the Use of the Science Citation Index» (1971) 6:1 American Sociologist 23 aux pp 23–24. De même, les chercheurs dont les travaux ont été beaucoup cités ont tendance à recevoir un plus grand nombre de prix. Voir Stephen Cole et Jonathan R Cole, «Scientific Output and Recognition: A Study in the Operation of the Reward System in Science» (1967) 32:3 American Sociological Rev 377 aux pp 379, 389–90.

15 Pour un exemple, voir le texte correspondant à la note 21, ci-dessous. Voir aussi Balkin et Levinson, *supra* note 3 à la p 866; Shapiro, «Articles Revisited», *supra* note 8 à la p 754.

l'auteur qui le cite, par opposition à la valeur intrinsèque de l'article—ou sa qualité¹⁶. Autrement dit, le nombre de citations peut indiquer qu'un article «a attiré l'attention» ou «[a été] utile pour les autres chercheurs», mais il «ne faut pas y voir une affirmation [de son] exactitude ou [de sa] qualité» [notre traduction]¹⁷.

La fiabilité de cette méthode comme mesure de l'influence d'un écrit dépend des six facteurs suivants, que les juristes devraient prendre en considération¹⁸:

1. Les citations périphériques—lorsqu'un article est cité pour des raisons non liées au raisonnement ou à la thèse de l'auteur—peuvent miner la fiabilité de la corrélation entre le nombre de citations d'un article et son influence¹⁹. Par exemple, un article peut être cité parce qu'il résume efficacement des principes de base²⁰ ou parce qu'il crée un néologisme²¹.

16 Shapiro, «Most-Cited Articles», *supra* note 8 à la p 1544; Shapiro, «Articles from *Yale Law Journal*», *supra* note 5 à la p 1454.

17 Shapiro, «Legal Scholars Revisited», *supra* note 4 à la p 1613.

18 Le phénomène qui porte le nom d'*oblitération* ne fait pas partie des six facteurs sur la liste. Ce phénomène survient lorsque «le travail d'[un auteur] est si influent qu'il finit par être à ce point intégré au corpus commun des connaissances que les chercheurs ne ressentent plus le besoin de le citer explicitement» [notre traduction]. Shapiro, «Most-Cited Articles», *supra* note 8 aux pp 1543–44. Un exemple de découverte qui n'a plus besoin d'être citée explicitement est la théorie de la relativité d'Albert Einstein ($E = mc^2$). Il y a près de cinq décennies, un physicien a fait remarquer que «quiconque citerait aujourd'hui l'article original d'Einstein lorsqu'il écrit que $E = mc^2$ serait la risée de tous» [notre traduction; italiques dans l'original]. Michael J Moravcsik, «Measures of Scientific Growth» (1973) 2:3 *Research Policy* 266 à la p 269. Comme le souligne le professeur Shapiro, il est difficile d'évaluer l'incidence de ce phénomène et, quoi qu'il en soit «toute recherche ayant un succès tel qu'elle atteint ce statut aurait déjà été citée un nombre impressionnant de fois avant d'être «oblitérée»» [notre traduction]. Shapiro, «Most-Cited Articles», *supra* note 8 aux pp 1543–44. Il existe aussi des biais mineurs spécifiques au domaine juridique dont il n'est pas question dans la présente étude. Voir Yaniv Reingewertz et Carmela Lutmar, «Academic In-Group Bias: An Empirical Examination of the Link Between Author and Journal Affiliation» (2018) 12:1 *J Informetrics* 74 à la p 75:

En droit, selon une étude qui a eu recours à une expérience relative aux articles phares, le premier article d'un numéro tend à faire l'objet de plus de citations, sans égard à sa qualité [...]. Une autre étude sur les revues de droit a conclu que les articles dont les titres sont plus courts, ayant moins de notes de bas de page par page et un plus petit nombre d'équations sont davantage cités [notre traduction; notes omises].

19 Pour une liste des diverses raisons pour lesquelles les chercheurs citent des textes juridiques savants, voir Shapiro, «Legal Scholars Revisited», *supra* note 4 à la p 1610.

20 Voir Brophy, *supra* note 4 à la p 233; Shapiro, «Articles Revisited», *supra* note 8 à la p 754.

21 Par exemple, un des articles de Gerald Gunther a obtenu le titre d'article le plus cité dans l'étude du professeur Shapiro de 1985. Cependant, selon les auteurs Balkin et Levinson,

Un chercheur qui cite un écrit peut aussi simplement avoir besoin d'une source pour étayer sa propre affirmation. Lorsqu'un chercheur cite un texte, cela ne veut pas dire qu'il l'a bel et bien lu, ou même compris²². Les juristes américains Jeffrey Harrison et Amy Mashburn ont mené une étude empirique en recourant à la fois à la méthode de comptabilisation des citations par les périodiques et à celle de comptabilisation des citations par les tribunaux²³. L'examen des résultats obtenus en utilisant la première méthode leur a permis de constater que seulement 2 % des articles étaient cités pour discuter du raisonnement ou de la thèse de l'auteur, tandis que tous les autres étaient cités pour (1) étayer un fait ou une opinion ou (2) des motifs qui ne pouvaient être rattachés au cœur du texte²⁴. De plus, comme l'ont souligné leurs collègues Jack Balkin et Sanford Levinson, «de nombreuses citations [...] tirées des textes juridiques savants qui font le plus autorité sont des renvois à ce que l'article symbolise plutôt que des reconnaissances de la vérité de sa teneur» [notre traduction]²⁵. Le fait qu'un article soit cité pour ce qu'il symbolise ne signifie pas pour autant qu'il n'exerce aucune influence; cela signifie plutôt qu'il est influent pour des raisons accessoires à la thèse ou aux arguments de l'auteur, par exemple, parce que ce dernier a créé un néologisme²⁶.

2. Les citations négatives—lorsque les chercheurs citent un article pour exprimer leur désaccord avec la thèse qu'il défend ou les conclusions

l'article a été couronné parce que son auteur a inventé le terme «nouvelle protection égale» [notre traduction] qui est devenu emblématique. Selon leur hypothèse, les chercheurs ont subséquemment cité l'article du professeur Gunther pour fins de référence lorsqu'ils employaient ce terme. Des articles comme ceux du professeur Gunther sont cités «parce qu'ils sont des symboles utiles de tendances et d'évolutions importantes dans la culture juridique» [notre traduction]. Balkin et Levinson, *supra* note 3 à la p 862. Voir aussi Gerald Gunther, «The Supreme Court, 1971 Term: Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection» (1972) 86:1 Harv L Rev 1; Balkin et Levinson, *supra* note 3 aux pp 866–67; Shapiro, «Most-Cited Articles», *supra* note 8 à la p 1549.

- 22 Voir Shapiro, «Articles from *Yale Law Journal*», *supra* note 5 à la p 1485; Balkin et Levinson, *supra* note 3 à la p 867. Les auteurs Balkin et Levinson ont également noté que les étudiants en droit et les professeurs adjoints ont tendance à citer les «articles qui font autorité» plus souvent que les professeurs d'expérience parce qu'ils doivent «faire la démonstration de leur connaissance de la littérature dans le domaine sur lequel ils écrivent» [notre traduction] (*ibid* à la p 861).

23 Harrison et Mashburn, *supra* note 6.

24 *Ibid* à la p 74.

25 Balkin et Levinson, *supra* note 3 à la p 862.

26 Voir, par exemple, le texte correspondant à la note 21, ci-dessus.

qui s'en dégage — peuvent également affaiblir la corrélation entre le nombre de fois où un article est cité et son influence. En effet, un article peut être abondamment cité pour être critiqué plutôt que célébré²⁷. Le fait qu'un tel article génère un nombre élevé de citations n'indique pas nécessairement que les idées de l'auteur ont influencé l'opinion des autres chercheurs. Bien qu'il s'agisse d'une préoccupation, il ne faudrait pas en exagérer la portée. Comme l'a noté l'astronome et expert en gestion de l'information Jack Meadows :

[L]a communauté scientifique ne fait généralement pas d'efforts démesurés pour réfuter des résultats erronés. [...] Si de tels résultats empêchent l'évolution d'un sujet, ou s'ils contredisent des travaux auxquels une personne tient, cela peut alors déclencher l'obligation de mener une attaque frontale [...]. Autrement, il est généralement plus rapide et moins énergivore de passer outre les travaux erronés et de tout simplement les laisser sombrer dans l'oubli [notre traduction]²⁸.

De plus, le fait qu'une idée exprimée dans un article ait été examinée et rejetée peut constituer la preuve que cette idée a influencé l'opinion de certains quant à un sujet donné. Autrement dit, une citation négative peut être jugée malgré tout influente puisqu'elle suscite le débat et façonne la discussion entre les experts²⁹.

27 C'est le cas des articles de Robert Bork, qui sont souvent cités, mais qui suscitent la polémique. Voir notamment Robert H Bork, «Neutral Principles and Some First Amendment Problems» (1971) 47:1 *Ind LJ* 1, qui se classe au septième rang sur la liste du professeur Shapiro de 1996. Voir Shapiro, «Articles Revisited», *supra* note 8 à la p 767. Cet article du professeur Bork est souvent cité pour l'affirmation controversée de son auteur selon laquelle un gouvernement majoritaire aux États-Unis devrait jouir d'un pouvoir illimité, ce qui, «de fait, transformerait [la] république constitutionnelle américaine en régime parlementaire» [notre traduction]. Balkin et Levinson, *supra* note 3 à la p 862, n 70. Citer l'article du professeur Bork est devenu un moyen efficace de critiquer ce point de vue, que les autres juristes ont largement rejeté.

28 AJ Meadows, *Communication in Science*, Londres (R-U), Butterworths, 1974 à la p 45, tel que cité dans Garfield, *Citation Indexing*, *supra* note 4 à la p 244.

29 Shapiro, «Legal Scholars Revisited», *supra* note 4 («quiconque est critiqué à l'écrit des milliers de fois est nécessairement un contributeur controversé, mais important, au débat entre experts» [notre traduction] à la p 1600); Shapiro, «Most-Cited Articles», *supra* note 8 («même si les raisons qui sous-tendent des citations en particulier peuvent être diverses et parfois insolites, et même si toutes les citations ne se valent pas, le fait qu'une publication soit citée à de nombreuses reprises est une preuve solide de son influence dans le milieu de la recherche universitaire» [notre traduction] à la p 1543). Voir aussi Balkin et Levinson, *supra* note 3 («un déchet, tout comme une citation, est un signe ou une trace de tendances ou d'influences culturelles antérieures. [...] Peu importe l'empressément qu'on peut avoir à écarter l'existence d'une corrélation entre le nombre

3. Les autocitations—lorsque les chercheurs citent leurs propres travaux—peuvent être utilisées pour manipuler le nombre des citations et compromettre la fiabilité des classements en la matière³⁰. Cependant, comme dans le cas des citations négatives, cette préoccupation pourrait être plus « théorique que réelle » [notre traduction] puisque rien ne prouve que les autocitations soient répandues et, même si elles l'étaient, elles seraient peu susceptibles de fausser les résultats à long terme, surtout en présence d'un vaste ensemble de données³¹. En outre, un chercheur aurait du mal à tirer avantage de cette pratique sans que son stratagème saute aux yeux. Le pionnier de l'analyse des citations Eugene Garfield fournit, à ce sujet, l'explication suivante :

En théorie, les autocitations constituent un moyen de manipuler les taux de citations. [...] [I] est toutefois assez difficile d'y recourir pour gonfler ses propres résultats sans que cela soit évident. Une personne qui tenterait une telle manœuvre aurait à publier très souvent pour que son approche fasse une différence. Compte tenu du système de révision par les pairs, lequel assure le contrôle de la qualité de la littérature scientifique dans les revues les plus renommées, il faudrait qu'une personne ait suffisamment à dire qui présente au moins un certain intérêt pour réussir à beaucoup publier. Autrement, cette personne n'aurait d'autre choix que de publier dans des revues obscures. Or, l'intention derrière une longue bibliographie d'articles publiés dans de telles revues et un nombre anormalement élevé d'autocitations serait tellement évidente que le stratagème aurait l'effet contraire à celui recherché [notre traduction]³².

Autrement dit, les autocitations ne menacent pas sérieusement l'intégrité des classements de citations dans la mesure où ces derniers sont accompagnés d'une évaluation qualitative dans laquelle les sources des citations de l'article font l'objet d'un examen, exposant ainsi tout biais en lien avec l'autocitation.

de citations d'un article et sa qualité, notre fascination pour ces listes ne se tarit pas, puisqu'un nombre élevé de citations a assurément un lien avec l'importance et l'influence d'un chercheur » [notre traduction] aux pp 843–44).

30 Pour une illustration satirique de l'autocitation, voir Balkin et Levinson, *supra* note 3 aux pp 856–59. De même, un nombre élevé de citations peut être le fruit de *cercles de citation*, une expression qui désigne la pratique d'un groupe de chercheurs de se citer les uns les autres (voir *ibid* aux pp 859, 868).

31 Garfield, *Citation Indexing*, *supra* note 4 à la p 244.

32 *Ibid* à la p 245.

4. Le biais institutionnel—soit les tendances fondées sur la revue de droit qui publie l'article et sur l'affiliation du chercheur—peut avoir une incidence sur le nombre de citations³³. Ce type de biais préoccupe les universitaires œuvrant dans plusieurs domaines et se manifeste de deux façons: (1) les articles publiés dans les revues prestigieuses sont en général cités plus souvent que ceux publiés dans les autres revues; et (2) les chercheurs affiliés aux universités réputées sont quant à eux cités en général plus souvent que ceux affiliés aux autres universités. Reconnaisant l'existence de ce biais à deux volets, les professeurs Balkin et Levinson donnent le conseil suivant: «[Assurez-vous d'avoir déjà fréquenté] les facultés de droit de Harvard, de Yale ou de l'Université de Chicago» et ensuite «[p]ubliez tous vos articles dans la *Harvard Law Review*, le *Yale Law Journal* ou la *University of Chicago Law Review*» [notre traduction; italiques dans l'original]³⁴. En effet, plus de 70 % des auteurs dont les articles figurent sur la liste du professeur Shapiro de 1996 des 100 articles les plus cités ont fréquenté l'une de ces trois facultés de droit et plus de 60 % des articles ont été publiés dans l'une de ces trois revues de droit³⁵. Comme l'explique l'universitaire australien Russell Smyth, «[u]n périodique influent développe une “marque de commerce” qui renvoie une image de prestige et cette marque de commerce réduit les efforts à consacrer pour chercher des articles de haute qualité à citer» [notre traduction]³⁶. Cette réalité soulève l'interrogation

33 Brophy, *supra* note 4 («certaines facultés sont reconnues pour verser des bonus pour les articles publiés dans des revues prestigieuses. Cela découle du fait que les évaluateurs se servent du classement des revues comme indicateur de la qualité des articles» [notre traduction] à la p 230).

34 Balkin et Levinson, *supra* note 3 à la p 849. Un individu qui serait en outre recruté comme professeur par l'une de ces facultés de droit deviendrait ce que les professeurs Balkin et Levinson appellent un juriste «triplement menaçant» [notre traduction] (*ibid* à la p 850). Voir aussi Shapiro, «Legal Scholars Revisited», *supra* note 4 aux pp 1607–08.

35 Voir Shapiro, «Articles Revisited», *supra* note 8 aux pp 763, 765. Voir aussi Brophy, *supra* note 4 à la p 238; Richard A Mann, «The Use of Legal Periodicals by Courts and Journals» (1986) 26:4 *Jurimetrics* 400 («[l]a principale conclusion de cette étude est qu'un nombre relativement peu élevé de revues représente une importante proportion du total des citations tant dans les périodiques que dans les décisions judiciaires» [notre traduction] à la p 419); Olavi Maru, «Measuring the Impact of Legal Periodicals» (1976) 1:1 *American Bar Foundation Research J* 227 aux pp 233–34 («[l]a principale conclusion de cette étude est qu'un petit nombre de périodiques [à savoir la *Harvard Law Review*, le *Yale Law Journal*, et la *Columbia Law Review*] exercent une grande influence» [notre traduction] à la p 249).

36 Russell Smyth, «Academic Writing and the Courts: A Quantitative Study of the Influence of Legal and Non-Legal Periodicals in the High Court» (1998) 17:2 *U Tasm L Rev* 164 à la p 169 [Smyth, «Academic Writing and the Courts»]. Même si le professeur Smyth a formulé ce

suivante: un article est-il davantage cité parce qu'il est publié dans une revue prestigieuse ou ce type de revue est-il davantage cité parce que les chercheurs ayant des idées novatrices choisissent d'y publier leurs articles dans l'espoir de gagner en crédibilité et en visibilité? Les revues réputées sont certes plus susceptibles de publier des articles de qualité. Cependant, la marque de commerce d'une revue ne constitue pas forcément un gage de la qualité des articles qu'elle publie³⁷.

5. Le biais quant au sujet traité—soit les tendances fondées sur le sujet d'un article—peut également avoir une incidence sur le nombre de citations³⁸. Écrire à propos d'une question de droit constitutionnel d'actualité, plutôt que sur un enjeu obscur de droit de la concurrence, peut donner lieu à une plus grande visibilité et, par conséquent, à davantage de citations³⁹. Un grand nombre d'articles figurant sur la liste des auteurs Shapiro et Pearse concernent le droit constitutionnel—un sujet d'intérêt général⁴⁰. Cela dit, il n'est pas certain que les articles qui portent sur ce type de sujet aient réellement plus d'influence que ceux portant sur des questions plus obscures.
6. Les dates de publication—soit le nombre d'années écoulées depuis que l'article a été publié—sont une autre source de biais qui peut avoir une incidence sur le nombre de citations⁴¹. La préoccupation est la suivante: les articles plus récents n'ont pas eu suffisamment de temps pour accumuler un nombre élevé de citations, tandis que les articles plus anciens peuvent avoir accumulé une quantité démesurée de citations du seul fait qu'ils sont sur le marché des idées depuis longtemps. Dans leur étude de 2012, reconnaissant l'existence de ce biais, les auteurs Shapiro et Pearse ont inclus les cinq articles les plus cités publiés chaque année de 1990 à 2009⁴². Ils ont toutefois noté que les articles plus anciens (soit

commentaire en appliquant la méthode de comptabilisation des citations par les tribunaux, il vaut tout autant pour la méthode de comptabilisation des citations par les périodiques.

- 37 Brophy, *supra* note 4 à la p 232. Voir aussi Dennis J Callahan et Neal Devins, «Law Review Article Placement: Benefit or Beauty Prize?» (2006) 56:3 J Leg Educ 374 à la p 375 (selon les conclusions des auteurs, les articles de grande qualité sont cités quelle que soit la revue dans laquelle ils ont été publiés, tandis que ceux qui sont de piètre qualité ne sont pas cités quelle que soit la revue dans laquelle ils ont été publiés).
- 38 Brophy, *supra* note 4 aux pp 232–33; Balkin et Levinson, *supra* note 3 aux pp 854–55; Shapiro, «Articles from *Yale Law Journal*», *supra* note 5 aux pp 1459–60.
- 39 Balkin et Levinson, *supra* note 3 aux pp 854–55.
- 40 Shapiro et Pearse, «Most-Cited of All Time», *supra* note 8 aux pp 1489–92.
- 41 William M Landes et Richard A Posner, «Heavily Cited Articles in Law» (1995) 71:3 Chicago-Kent L Rev 825 aux pp 826–27.
- 42 Shapiro et Pearse, «Most-Cited of All Time», *supra* note 8 à la p 1488.

ceux publiés du début à la moitié du vingtième siècle) avaient tendance à citer moins d'articles que ceux plus récents, ce qui pourrait limiter leur avantage par rapport à ces derniers⁴³. De plus, l'analyse régressive peut servir à contrôler le biais lié à la date de publication⁴⁴. Quoi qu'il en soit, le fait que les articles plus anciens puissent avoir été cités plus souvent que les plus récents n'est pas pertinent si on ne cherche qu'à repérer les articles les plus cités à un moment précis dans le temps.

En somme, les juristes qui adoptent la méthode de comptabilisation des citations par les périodiques devraient reconnaître que le classement des articles les plus cités ne sera pas nécessairement révélateur de leur valeur. Bien qu'une certaine corrélation existe entre le fait qu'un article est souvent cité et son influence sur la recherche juridique, il faut tenir compte des facteurs qui peuvent avoir une incidence sur le nombre de citations, comme les citations périphériques, les citations négatives, les autocitations, le biais institutionnel, le biais quant au sujet traité et le biais découlant de la date de publication. Lorsqu'on tient compte de ces facteurs comme il se doit, la méthode de comptabilisation des citations par les périodiques constitue une approche assez objective pour repérer les articles les plus cités et elle fournit une «évaluation sommaire» [notre traduction] de l'influence d'un article⁴⁵. Cela dit, les juristes devraient éviter de dire des articles les plus cités qu'ils sont les plus influents en se fondant strictement sur le nombre de citations. Il serait utile de plutôt compléter toute liste des articles les plus cités — une mesure quantitative — par une évaluation qualitative de ces articles⁴⁶. Bien qu'une telle démarche puisse être fastidieuse, elle broserait un portrait plus exact de la contribution des articles les plus cités à l'avancement des connaissances.

43 *Ibid* («[l]es articles plus anciens sont aussi désavantagés du fait que la littérature était beaucoup moins volumineuse et l'usage des notes de bas de page beaucoup moins répandu durant la période précédant la fin du vingtième siècle» [notre traduction] à la p 1488). Voir aussi Shapiro, «Articles from *Minnesota Law Review*», *supra* note 8 à la p 1736.

44 Voir notamment Landes et Posner, *supra* note 41 aux pp 829–32.

45 Shapiro, «Articles from *Yale Law Journal*», *supra* note 5 à la p 1454.

46 C'est précisément l'exercice auquel se livrent les auteurs Shapiro et Pearse dans la section *analyse* de leur article, après avoir présenté leurs tableaux des articles les plus cités. Voir Shapiro et Pearse, «Most-Cited of All Time», *supra* note 8 aux pp 1503–08.

B. La méthode de comptabilisation des citations par les tribunaux

La deuxième méthode, soit celle de la comptabilisation des citations par les tribunaux, est propre au domaine juridique. Elle consiste à compter le nombre de fois où un article est cité par les tribunaux durant une période donnée pour en évaluer l'incidence sur l'évolution du droit. Les juristes qui adoptent cette méthode restreignent en général leur étude à l'examen d'un tribunal en particulier sur un territoire donné durant une période donnée. Par exemple, les autrices Deborah Merritt et Melanie Putnam ont recensé les dix articles publiés en 1989, 1990 et 1991 les plus cités par les tribunaux américains⁴⁷. Au Canada, les auteurs Vaughan Black et Nicholas Richter ont dressé la liste des articles et des auteurs les plus cités par la CSC entre 1985 et 1990⁴⁸. Le professeur Peter McCormick a fait un exercice similaire en ce qui a trait aux articles, mais pour la période allant de 1985 à 2004⁴⁹. L'autrice Patricia McMahon a étudié l'influence de la *University of Toronto Faculty of Law Review* à tous les échelons des tribunaux canadiens depuis la création de cette revue⁵⁰. Et finalement, les professeurs Yan Campagnolo et Kyle Kirkup ont analysé l'influence des articles publiés par la *Revue de droit d'Ottawa* sur la CSC entre 1966 et 2017⁵¹.

47 Deborah J Merritt et Melanie Putnam, «Judges and Scholars: Do Courts and Scholarly Journals Cite the Same Law Review Articles?» (1996) 71:3 Chicago-Kent L Rev 871 à la p 873.

48 Vaughan Black et Nicholas Richter, «Did She Mention My Name?: Citation of Academic Authority by the Supreme Court of Canada, 1985-1990» (1993) 16:2 Dal LJ 377. Les auteurs se sont fondés sur les facteurs suivants: l'identité du juge qui a cité la source secondaire; le fait que les citations se retrouvaient ou non dans des décisions unanimes; le fait que l'arrêt était fondé ou non sur le *Code civil*; et le fait que les citations se trouvaient ou non dans des causes relatives à la *Charte* (*ibid* à la p 379). Pour que la source soit considérée comme une citation, il fallait qu'elle soit citée pour faire valoir un point ou pour étayer un argument (*ibid* à la p 380).

49 Peter McCormick, «The Judges and the Journals: Citation of Periodical Literature by the Supreme Court of Canada, 1985-2004» (2004) 83:3 R du B can 633.

50 Patricia McMahon, «Canadian Judicial Citations of Articles Published in the *University of Toronto Faculty of Law Review*» (2001) 59:2 UT Fac L Rev 367. L'autrice a recensé 41 articles publiés dans la revue de droit qui avaient été cités dans 49 décisions judiciaires de partout au Canada. Après avoir dressé la liste des articles les plus cités, elle a relevé les sujets pertinents et évalué l'influence de chaque article en discutant de ce qui avait motivé la citation. Elle a conclu que la revue de droit avait considérablement contribué à l'évolution du droit canadien — une conclusion remarquable dans la mesure où cette revue ne publie que des articles rédigés par des étudiants (*ibid* aux pp 369-70, 385).

51 Yan Campagnolo et Kyle Kirkup, «Étude de l'influence de la *Revue de droit d'Ottawa* auprès de la Cour suprême du Canada (de 1966 à 2017)» (2019) 50:3 RD Ottawa 55. Les auteurs ont examiné minutieusement les articles les plus cités pour évaluer l'influence de chacun d'entre eux sur la CSC. En analysant chaque article, en recherchant pourquoi il avait été cité et en tenant compte du contexte plus large, les professeurs Campagnolo et Kirkup ont

Historiquement, les tribunaux canadiens ne se sont pas beaucoup fondés sur des sources secondaires, comme les articles, dans leurs décisions⁵². Cette pratique était le reflet de l'approche traditionnelle britannique, selon laquelle il était inhabituel de citer ce type de source⁵³, surtout si l'auteur n'exerçait pas de fonction judiciaire⁵⁴ ou s'il était encore vivant⁵⁵. Cela a changé en 1976 après que la CSC a formellement accepté le recours à la preuve extrinsèque dans l'interprétation législative⁵⁶. Durant les années qui ont suivi, la CSC a commencé à citer plus régulièrement des articles juridiques, un phénomène qui s'est accentué après l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui comprenait la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵⁷.

été en mesure de comprendre les circonstances de la citation, le traitement de l'article par la CSC et la mesure dans laquelle la CSC en a tenu compte.

52 Il a été rapporté que, en 1950, le juge en chef du Canada a interdit à un avocat de faire référence à un article publié dans la *Revue du Barreau canadien* parce que « [cette revue] ne fait pas autorité devant cette Cour » [notre traduction]. GVV Nicholls, « Legal Periodicals and the Supreme Court of Canada » (1950) 28:4 R du B can 422 à la p 422.

53 Brian Dickson, « The Role and Function of Judges » (1980) 14 L Soc'y Gaz 138 (« [l]a tradition britannique de résistance à l'égard des sources secondaires (une conséquence du fait qu'il n'y avait pas de professeurs de droit anglais dans les universités jusqu'à relativement récemment) a été écartée » [notre traduction] à la p 164). En revanche, aux États-Unis, la pratique consistant à citer des sources secondaires a été établie à la fin des années 1920. Voir McCormick, *supra* note 49 à la p 636.

54 Dickson, *supra* note 53 à la p 164.

55 Smyth, « Academic Writing and the Courts », *supra* note 36 à la p 167:

Cela reflétait l'opinion selon laquelle certains des contributeurs à des périodiques écrivent expressément pour influencer l'issue d'une cause [...]. Cette convention n'existe toutefois plus en Angleterre et le point de vue selon lequel les auteurs universitaires ne sont pas objectifs a été vertement critiqué [notre traduction].

56 *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 RCS 373 aux pp 422–23, 68 DLR (3^e) 452 [*Renvoi: Loi anti-inflation*]; McMahon, *supra* note 50 à la p 369, n 2; WH Charles, « Extrinsic Evidence and Statutory Interpretation: Judicial Discretion in Context » (1983) 7:3 Dal LJ 7 aux pp 26–27, 37; Dickson, *supra* note 53 à la p 163. En outre, en 1985, les Recueils de la Cour suprême ont adopté un nouveau format comprenant une section intitulée *Doctrine citée*, dans laquelle était dressée une liste de toutes les sources secondaires citées dans les arrêts. On peut déduire de ce changement que, à partir de ce moment-là, la CSC s'est fondée suffisamment souvent sur des sources secondaires pour justifier l'ajout de cette section et que ces sources étaient assez importantes pour être mises en évidence de la sorte. Voir McCormick, *supra* note 49 à la p 634.

57 *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11; *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Charte*]. Certains auteurs ont émis l'hypothèse que la CSC a commencé à citer davantage de sources secondaires après l'adoption de la *Charte* pour donner un sens aux dispositions de cette dernière, étayer ses jugements et aider les juges à interpréter la clause limitative de l'article premier en recourant à des données sociologiques empiriques. Voir Black et Richter, *supra*

Pour comprendre ce phénomène, il est nécessaire d'examiner pourquoi les juges citent des sources secondaires dans leurs décisions. Ils le font pour diverses raisons, y compris : présenter un énoncé de droit qui fait autorité ; aider à déterminer comment des causes antérieures ont été tranchées ; répondre aux arguments des parties ; étayer leur interprétation du droit (dans de telles causes, les citations sont utilisées comme outils rhétoriques afin de donner plus de poids à l'opinion du tribunal) ; pallier le manque d'expertise du juge dans un domaine spécifique ; soutenir l'évolution ou la modification de règles de droit ; et tirer des éléments de preuve des sciences sociales afin de trancher des questions en litige⁵⁸. Le professeur McCormick explique avec éloquence l'importance des citations dans les décisions judiciaires :

Il importe de citer des sources pour un grand nombre de raisons. D'abord, la plus évidente, parce que cela illustre la connaissance que l'auteur a des sources, que des collègues peuvent facilement évaluer en examinant le choix et l'organisation des textes cités. Ensuite, le fait de citer donne du poids à la décision et aux motifs de l'auteur, particulièrement lorsque ses propos visent à énoncer des pratiques établies plutôt qu'à innover. Enfin, lorsque l'auteur fait preuve d'un degré quelconque d'originalité ou de créativité intentionnelle et explicite, les citations lui permettent de se situer et de situer ses idées par rapport à cet ensemble plus large des textes publiés, ce qui est tout aussi important qu'il s'agisse d'étendre, de retrancher ou de réviser des détails relatifs aux principes juridiques existants. En somme, le processus de citation vise à minimiser la possible apparence d'arbitraire dans le processus décisionnel — et donc, dans le choix de l'issue appropriée — en liant cette issue, par une explication raisonnable, à un ensemble d'idées qui ont déjà été formulées par un grand nombre d'autres professionnels [notre traduction]⁵⁹.

note 48 aux pp 388–89. Le professeur McCormick note en outre qu'entre 30 % et 40 % des arrêts de la CSC rendus entre 1985 et 2004 citent au moins un article d'une revue de droit et que, en moyenne, ces arrêts comptaient entre trois et quatre citations d'articles. Voir McCormick, *supra* note 49 aux pp 639–40.

58 Pour d'autres raisons, voir généralement JE Côté, « Far-Cited » (2001) 39:3 *Alta L Rev* 640. Voir aussi Russell Smyth, « Other Than “Accepted Sources of Law”? A Quantitative Study of Secondary Source Citations in the High Court » (1999) 22:1 *UNSWLJ* 19 aux pp 22–24 ; Smyth, « Academic Writing and the Courts », *supra* note 36 aux pp 166–67 ; William O Douglas, « Law Review and Full Disclosure » (1965) 40:2 *Wash L Rev* 227 à la p 227.

59 McCormick, *supra* note 49 à la p 635.

Le principe du *stare decisis* contraint les juges à suivre les règles de droit établies dans les décisions antérieures. Lorsqu'ils sont saisis d'une nouvelle cause — ou de circonstances différentes — ils sont parfois appelés à adapter ces règles. Dans ce contexte, les sources secondaires peuvent aider les juges à comprendre les règles ou fournir une justification pour modifier celles qui sont établies, réduisant ainsi toute perception d'arbitraire dans le processus décisionnel judiciaire. Il est également nécessaire d'examiner le poids que les juges accordent aux sources secondaires. Selon Brian Dickson, ancien juge en chef du Canada, « [l]e poids à accorder à une citation dépend de la force de l'argument, de l'honnêteté intellectuelle du texte, de l'exhaustivité de la recherche, et, oui, de la réputation de l'auteur » [notre traduction]⁶⁰. On peut généralement tenir pour acquis, sans risquer de se tromper, que si un juge cite une source secondaire dans ses motifs de jugement, c'est qu'il estime qu'on a satisfait à ces critères.

Bien que la méthode de comptabilisation des citations par les tribunaux soit largement adoptée dans le domaine juridique pour mesurer l'influence des articles, les juristes qui entendent y recourir devraient être conscients des six considérations suivantes :

1. La méthode de comptabilisation des citations par les tribunaux aboutit en général à des résultats différents de ceux que donne la méthode de comptabilisation des citations par les périodiques. Par exemple, plusieurs articles fréquemment cités dans des revues savantes ne se retrouvent pas sur les listes des articles les plus cités par les tribunaux dressées par les autrices Merritt et Putnam. En effet, « [s]euls cinq des trente articles qui figurent sur [leurs] listes se retrouvent également sur les listes établies par le professeur Shapiro [en 1996] [...]. [En outre,] [p]lus des deux tiers des articles les plus cités dans les revues savantes [suivant le recensement mené par le professeur Shapiro] n'ont pas été

60 Dickson, *supra* note 53 à la p 165. Le juge en chef Dickson s'est fortement appuyé sur des articles de revues de droit dans ses décisions et il ne serait pas faux de prétendre qu'il a accéléré l'adoption de cette pratique au sein de la CSC. Pour un portrait d'ensemble de l'utilisation des sources secondaires par le juge en chef Dickson, voir Black et Richter, *supra* note 48 à la p 385 (avec 239 citations, le juge en chef Dickson était parmi les quatre juges qui ont le plus utilisé les sources secondaires à la CSC entre 1985 et 1990; les trois seuls autres juges qui en ont cité un plus grand nombre sont les juges Wilson (388 citations), L'Heureux-Dubé (290 citations) et La Forest (284 citations)). Selon une étude qui a examiné les citations de revues de droit à la CSC entre 1985 et 2004, les juges qui ont le plus souvent cité des articles de revues de droit étaient les juges L'Heureux-Dubé (613 citations), La Forest (247 citations), McLachlin (204 citations) et Lamer (174 citations). Voir McCormick, *supra* note 49 à la p 644.

cités plus d'une fois par les tribunaux» [notre traduction]⁶¹. Constat possiblement choquant, l'article classique du professeur Coase, «The Problem of Social Cost», ne figure pas dans les listes dressées par les autrices Merritt et Putnam des articles les plus cités par les tribunaux, puisqu'il n'a été cité qu'une fois durant les années 1960, cinq fois durant les années 1970 et 20 fois durant les années 1980⁶². À la lumière de ce constat, faisant preuve de prudence, elles ont reconnu que «[l]es articles inclus dans [leurs] listes ne sont pas nécessairement les “meilleurs” ou les “plus utiles”» [notre traduction]⁶³.

2. Le biais institutionnel—en particulier la préférence de citer comme source des articles publiés dans des revues de droit prestigieuses—est moins marqué lorsqu'il est question de la méthode de la comptabilisation des citations par les tribunaux plutôt que de celle de la comptabilisation des citations par les périodiques. Dans leur étude, les autrices Merritt et Putnam ont examiné ce facteur et ont conclu, que bien que les juges et les chercheurs se fondent davantage sur les revues de droit prestigieuses, relativement parlant, les juges citent davantage d'articles publiés par d'autres revues de droit⁶⁴. Leur étude démontre que les juges sont plus disposés que les chercheurs à citer des articles dont les auteurs ne sont pas des universitaires, mais plutôt des juges, des avocats et avocates ou des étudiants et étudiantes⁶⁵.

61 Merritt et Putnam, *supra* note 47 à la p 880. Inversement, elles ont constaté que «deux des articles les plus cités dans les décisions judiciaires n'avaient jamais été cités dans les périodiques» [notre traduction] (*ibid.*).

62 Coase, *supra* note 14; Merritt et Putnam, *supra* note 47 à la p 881.

63 Merritt et Putnam, *supra* note 47 à la p 873.

64 *Ibid.* aux pp 888–90. Cette conclusion a été confirmée par d'autres études. Voir Harrison et Mashburn, *supra* note 6 aux pp 64–65 (les auteurs ont conclu que la publication dans une des 15 revues de droit américaines les plus réputées doublait la probabilité qu'un écrit soit cité par un tribunal et quadruplait pratiquement la probabilité qu'il soit cité par un autre chercheur); Louis J Sirico Jr, «The Citing of Law Reviews by the Supreme Court: 1971–1999» (2000) 75:3 Ind LJ 1009 à la p 1010; Louis J Sirico Jr et Beth A Drew, «The Citing of Law Reviews by the United States Courts of Appeals: An Empirical Analysis» (1991) 45:5 U Miami L Rev 1051 aux pp 1054–55; Louis J Sirico Jr et Jeffrey B Margulies, «The Citing of Law Reviews by the Supreme Court: An Empirical Study» (1986) 34:1 UCLA L Rev 131 aux pp 132–34. Ce phénomène pourrait s'expliquer par le fait que les chercheurs sont plus susceptibles de consulter des articles publiés dans des revues de droit prestigieuses parce qu'ils veulent participer aux débats universitaires de haut niveau afin de se faire remarquer et de favoriser l'avancement de leur carrière, tandis que les juges qui traitent de causes spécifiques et de faits donnés ont besoin de sources qui touchent une variété de questions beaucoup plus grande.

65 Merritt et Putnam, *supra* note 47 à la p 891.

3. À l'instar des chercheurs, les juges citent parfois un article pour des raisons n'ayant aucun lien avec le raisonnement ou la thèse de l'auteur (voir la discussion relative aux citations périphériques dans la partie traitant de la méthode de comptabilisation des citations par les périodiques). En analysant les résultats obtenus en appliquant la méthode de comptabilisation des citations par les tribunaux, les professeurs Harrison et Mashburn ont remarqué que seuls 18 % des articles étaient cités pour le raisonnement ou la thèse de l'auteur, tandis que 54 % d'entre eux étaient cités pour leur contenu descriptif, et 28 % pour des motifs difficiles à cerner⁶⁶. Il ne faudrait pas en déduire que les articles appartenant à la troisième catégorie n'ont aucune influence; les tribunaux s'en servent tout de même comme sources. En effet, lorsqu'ils citent un article, les juges en accroissent la visibilité, y donnent de la crédibilité et révèlent qu'ils l'ont à l'esprit⁶⁷.
4. Il faut cependant être conscient du fait que les sources secondaires citées dans des décisions judiciaires ne sont pas nécessairement choisies par les juges eux-mêmes. Comme le souligne la juge en chef Diane Wood de la Cour d'appel des États-Unis pour le septième circuit, très souvent, ce sont les auxiliaires juridiques qui rédigent les premières ébauches des motifs de jugements et ce sont souvent eux qui choisissent les sources secondaires qui seront citées⁶⁸. Le professeur Paul

66 Harrison et Mashburn, *supra* note 6 à la p 71 (les auteurs ont conclu que «les tribunaux citent moins souvent [des articles], mais ont tendance à être plus attentifs à [leur] teneur» [notre traduction] (*ibid* à la p 77)).

67 En ce qui a trait au fait qu'une citation accroît la visibilité d'un article, un tribunal qui cite un texte juridique savant dans sa décision accroît la probabilité que ce texte soit lu et que les plaideurs, les juges et les chercheurs y aient davantage recours à l'avenir. Voir William H Manz, «The Citation Practices of the New York Court of Appeals, 1850-1993» (1995) 43:1 *Buff L Rev* 121 à la p 121.

68 Diane P Wood, «Legal Scholarship for Judges» (2015) 124:7 *Yale LJ* 2592 («qui rédige les ébauches des motifs de jugements, qui inclut la citation à l'article et qui a véritablement lu l'article? Si vous pensez que ce pourrait ne pas être le juge, vous avez raison. Les auxiliaires juridiques rédigent un nombre important de premières ébauches et ce sont eux qui proposent quelles citations utiliser à l'appui du résultat des motifs. Les extraits de la Constitution, de lois et de règlements sont faciles à vérifier pour le juge; il en est de même pour les citations tirées de la jurisprudence. En revanche, certaines citations d'articles peuvent figurer dans les motifs sans que le juge en ait fait une réelle vérification» [notre traduction] à la p 2595). Voir aussi Black et Richter, *supra* note 48 («[n]ous n'avons pas été en mesure de déterminer à partir des données dont nous disposons si les auxiliaires juridiques de la Cour suprême du Canada ont quelque influence que ce soit sur le *choix* des sources qui sont citées, même s'il semble raisonnable de penser que leur avis pèse dans la balance du fait qu'ils portent certaines sources à l'attention des juges et décident parallèlement que d'autres sources issues de leur recherche ne sont pas utiles ou pertinentes»

Weiler prévient que « le pire danger consiste à ce qu'un juge prenne une décision intuitive quant à l'issue de la cause et qu'il demande ensuite à son auxiliaire d'écrire des motifs qui justifient ce résultat à la lumière des "sources" » [notre traduction]⁶⁹. Il ne faudrait toutefois pas exagérer cette préoccupation. En effet, le professeur Weiler reconnaît qu'elle n'est pas soutenue par une preuve empirique⁷⁰. Quoi qu'il en soit, les auxiliaires juridiques ne sont pas libres de citer n'importe quelle source secondaire selon leur bon vouloir: en principe, dans un système contradictoire, un tribunal ne devrait se fonder que sur les travaux cités par les plaideurs dans leurs mémoires écrits et leurs représentations orales⁷¹. De plus, même si les auxiliaires choisissent les sources secondaires citées dans la première ébauche des motifs du jugement, le juge peut être en accord ou en désaccord avec les choix en question et décider d'en citer d'autres. En fin de compte, il faut tenir pour acquis que la version définitive des motifs du jugement est le reflet de l'opinion du juge — elle constitue, après tout, les motifs du juge, non ceux de l'auxiliaire.

5. Lorsque les tribunaux citent des articles dans leurs motifs de jugements, ces articles jouent un rôle particulier dans le processus judiciaire. Le simple fait qu'un juge cite une source secondaire peut la transformer en principe juridique. Comme l'explique le juriste américain John Merryman: « [L]es sources secondaires énoncent ou non une règle de droit selon ce qu'en font les tribunaux. S'ils les citent, elles deviennent en quelque sorte le droit du fait de la citation; elles font dès lors partie

[notre traduction; italiques dans l'original] à la p 386); Kelly Bodwin, Jeffrey S Rosenthal et Albert H Yoon, « Opinion Writing and Authorship on the Supreme Court of Canada » (2013) 63:2 UTLJ 159 (« [l]e fruit de nos recherches fournit un fondement empirique aux récits anecdotiques selon lesquels les juges actuels ou récents font davantage appel aux auxiliaires juridiques pour rédiger leurs opinions par rapport à leurs prédécesseurs » [notre traduction] à la p 189).

69 Paul Weiler, « Two Models of Judicial Decision-Making » (1968) 46:3 R du B can 406 à la p 452.

70 *Ibid.*

71 Plus les plaideurs citent des sources secondaires à l'appui de leurs positions, plus il est probable que ces sources seront citées par le tribunal dans ses motifs de jugement. Ce phénomène porte le nom d'*adhésion des citations* [notre traduction de l'expression *citation stickiness*]. Voir Kevin Bennardo et Alexa Z Chew, « Citation Stickiness » (2019) 20:1 J App Pr & Pro 61 (« [u]ne citation suscite l'adhésion si elle figure dans le mémoire d'un plaideur, puis de nouveau dans les motifs du jugement » [notre traduction] à la p 64). Comme l'ont noté les auteurs, « [d]ans un système contradictoire parfait, le pourcentage de citations suscitant l'adhésion dans les motifs de jugements serait proche de 100 % » [notre traduction], ce qui voudrait dire que les juges ne citeraient dans leurs motifs que les articles cités dans les mémoires des parties (*ibid* à la p 62).

du raisonnement judiciaire» [notre traduction]⁷². Dans le système de common law, suivant la règle du *stare decisis*, les décisions judiciaires des tribunaux supérieurs constituent des précédents qui lient les tribunaux d'instances inférieures. Ainsi, les décisions des tribunaux supérieurs qui se fondent sur des sources secondaires pour interpréter ou appliquer une règle de droit existante (ou pour en créer une nouvelle) deviennent des sources qui lient les tribunaux d'instances inférieures du même territoire et des sources à caractère persuasif pour les autres tribunaux.

6. Durant les 25 dernières années, les tribunaux semblent s'être appuyés de moins en moins sur des sources secondaires, particulièrement aux États-Unis. Dans une étude publiée en 1998, Michael McClintock, un ancien auxiliaire juridique de la Cour d'appel des États-Unis pour le dixième circuit, a constaté une diminution de 47,35 % du nombre total de citations utilisées par les tribunaux américains de 1975 à 1996⁷³. Combinée aux demandes pressantes des juges et des avocats pour des articles plus «pratiques», cette baisse peut être perçue comme «la preuve que la recherche juridique n'est plus en phase avec la pratique du droit» [notre traduction]⁷⁴. En fait, plusieurs juges se sont dit préoccupés du fait que la recherche juridique est de moins en moins pertinente pour la magistrature et dominée par des «professeurs d'université déconnectés de la réalité» [notre traduction]⁷⁵. Par exemple, la juge Ellen Peters de la Cour suprême du Connecticut note qu'il «existe un écart croissant entre les intérêts théoriques du juriste qui aspire à une carrière universitaire et les intérêts pragmatiques du juriste qui réussit dans la

72 John Henry Merryman, «The Authority of Authority: What the California Supreme Court Cited in 1950» (1954) 6:4 Stan L Rev 613 à la p 621.

73 Michael D McClintock, «The Declining Use of Legal Scholarship by Courts: An Empirical Study» (1998) 51:4 Okla L Rev 659 aux pp 660, 684. Voir aussi Sirico, *supra* note 64 à la p 1011; Sirico et Margulies, *supra* note 64 aux pp 134-35.

74 McClintock, *supra* note 73 à la p 688.

75 Ce point de vue a été exprimé par le juge Laurence Silberman de la Cour d'appel des États-Unis pour le circuit du district de Columbia, dans l'arrêt *United States v Six Hundred and Thirty-Nine Thousand Five Hundred and Fifty-Eight Dollars (\$639,558) in United States Currency*, 955 F2d 712 à la p 722 (DC Cir 1992). Voir aussi Merritt et Putnam, *supra* note 47 à la p 871; Harry T Edwards, «The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession» (1992) 91:1 Mich L Rev 34 à la p 42. Voir toutefois Lee Petherbridge et David L Schwartz, «An Empirical Assessment of the Supreme Court's Use of Legal Scholarship» (2012) 106:3 Nw UL Rev 995. Les auteurs affirment que «[l]a tendance d'ensemble des derniers 61 ans démontre une augmentation du recours aux textes juridiques savants par la Cour suprême» [notre traduction] (*ibid* à la p 998). De plus, ils ont conclu que «la Cour a recours de manière disproportionnée aux textes juridiques savants lorsque les causes sont soit plus importantes soit plus difficiles à trancher» [notre traduction] (*ibid*).

pratique du droit» [notre traduction]⁷⁶. De même, la juge en chef Wood a récemment souligné l'existence d'une «déconnexion entre l'essentiel de la recherche juridique et le processus décisionnel judiciaire» [notre traduction]⁷⁷. Selon son expérience, lorsque les juges citent des articles juridiques, ils les citent habituellement comme une source de principes juridiques plutôt que pour introduire de nouvelles idées, aider à réorienter les normes ou encore aiguiller subtilement l'évolution du droit⁷⁸. Les chercheurs qui publient dans des revues étant libres d'explorer des approches du droit innovatrices, leur travail peut ne pas s'adresser à la magistrature, mais plutôt aux autres chercheurs. Il est difficile de percevoir si la position des juges canadiens est la même à cet égard; cela dit, en 2004, le professeur McCormick a constaté que, après une hausse continue du nombre de citations des articles savants durant les années Dickson et Lamer à la CSC, un déclin graduel s'est amorcé durant les premières années de l'ère McLachlin⁷⁹.

En somme, les juristes qui adoptent la méthode de comptabilisation des citations par les tribunaux devraient reconnaître qu'elle aboutit à des résultats différents de ceux obtenus lorsqu'on a recours à la méthode de comptabilisation des citations par les périodiques. Ils devraient donc réfléchir à leurs objectifs avant de privilégier une méthode plutôt que l'autre. S'ils cherchent à identifier les articles qui ont façonné la recherche juridique, ils devraient recourir à la méthode de comptabilisation des citations par les périodiques. En revanche, si les juristes souhaitent identifier les articles qui ont guidé l'évolution du droit, ils devraient adopter la méthode de comptabilisation des citations par les tribunaux. Bien que ces méthodes mesurent différentes caractéristiques et ne fournissent qu'une impression sommaire de l'influence d'un article, il s'agit de deux approches quantitatives et plutôt objectives⁸⁰. Ainsi, les juristes qui se servent de l'une ou l'autre de ces méthodes auraient avantage à compléter leurs listes d'articles les plus cités au moyen d'une évaluation qualitative pour comprendre

76 Ellen A Peters, «Reality and the Language of the Law» (1981) 90:5 Yale LJ 1193 à la p 1193.

77 Voir Wood, *supra* note 68 à la p 2592.

78 *Ibid.* Voir aussi Balkin et Levinson, *supra* note 3 («[q]uiconque souhaite être cité par les juges et les avocats de pratique privée devrait écrire des articles qui traitent de principes juridiques plus spécifiques que ne le font la plupart de ceux qui figurent sur la liste du professeur Shapiro» [notre traduction] à la p 865).

79 McCormick, *supra* note 49 à la p 639.

80 Smyth, «Academic Writing and the Courts» *supra* note 36 («[l']avantage principal du recours au nombre de citations est qu'il fournit un indicateur quantitatif de l'influence» [notre traduction] à la p 169).

comment les articles ont été utilisés par les tribunaux. Cette approche leur permettrait d'y voir plus clair lorsqu'ils tentent de tirer des inférences quant à l'influence d'un article.

C. La méthode de l'évaluation par les pairs

La troisième méthode—soit celle de l'évaluation par les pairs—consiste à mesurer l'influence des articles juridiques en s'appuyant sur l'évaluation qu'en font les experts. C'est la méthode qu'ont adoptée les professeurs David Kennedy et William Fisher de l'Université Harvard dans leur ouvrage, *The Canon of American Legal Thought*, dans lequel ils répertorient et analysent les 21 articles les plus influents sur la pensée juridique rédigés par des chercheurs américains⁸¹. Leur méthodologie a consisté à solliciter l'opinion de leurs collègues de l'Université Harvard sur une douzaine des écrits qu'ils jugeaient les plus influents et à ensuite compiler et expédier une liste des réponses à des amis et homologues de diverses universités⁸². Enfin, ils ont choisi les articles qui ont suscité le consensus le plus large parmi les experts consultés⁸³. Bien que les professeurs Kennedy et Fisher n'aient pas choisi les 21 articles en fonction du nombre de citations (parce que les pratiques à l'égard des citations changent avec le temps), ils ont souligné que cinq des articles qui figurent sur leur liste se retrouvent parmi les dix les plus cités selon la liste dressée par le professeur Shapiro en 1996⁸⁴. Comme les auteurs s'intéressaient à la philosophie juridique, un grand nombre de

81 David Kennedy et William W Fisher III, dir, *The Canon of American Legal Thought*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2006 à la p 1. Les auteurs se sont concentrés sur les travaux de chercheurs américains qui travaillent aux États-Unis:

Ces articles représentent la trajectoire de l'innovation méthodologique parmi les avocats et les juristes aux États-Unis au cours du dernier siècle. Pour autant que nous puissions le déterminer, ils ont tous été écrits par des citoyens américains qui travaillent aux États-Unis, donc, en ce sens, bien entendu, ils sont «américains» [notre traduction] (*ibid* à la p 14).

Ils souhaitaient principalement choisir des travaux qui traitent du raisonnement juridique plutôt que de sujets spécifiques. Leurs articles ont été organisés en fonction de huit écoles de pensées: le réalisme juridique, le processus juridique, le droit et l'économie, le droit et la société, les études juridiques critiques, le libéralisme moderne, la pensée juridique féministe et la théorie critique sur les races (voir *ibid* à la p 7).

82 *Ibid* à la p 13.

83 *Ibid*.

84 *Ibid*, citant Shapiro, «Articles Revisited», *supra* note 8 à la p 767. Les articles figurant dans le top dix de la liste de Shapiro sont les suivants: Coase, *supra* note 14; Herbert Wechsler, «Toward Neutral Principles of Constitutional Law» (1959) 73:1 Harv L Rev 1; Oliver Wendell Holmes, «The Path of the Law» (1897) 10:8 Harv L Rev 457; Abram Chayes, «The

domaines, y compris « l'histoire du droit, le droit international, le droit criminel, le droit de la famille, le droit administratif et le droit des gouvernements locaux » n'étaient pas abordés dans leur ouvrage, et « le droit public [y était généralement] sous-représenté » [notre traduction]⁸⁵.

La faiblesse principale de la méthode de l'évaluation par les pairs est sa nature plutôt subjective. Contrairement à l'objectivité des méthodes de comptabilisation des citations par les périodiques et par les tribunaux, cette méthode est fondée sur l'évaluation personnelle de quelques experts. Elle donne donc nécessairement une liste de travaux qui sont jugés influents par un sous-ensemble particulier d'individus. De plus, cette approche ne peut être efficace que lorsqu'il est question d'un domaine spécifique (comme la théorie du droit) dans un ressort spécifique (comme les États-Unis), parce que les champs d'expertise des juristes sont généralement restreints à des domaines et à des ressorts spécifiques. Il est difficile d'imaginer comment cette méthode pourrait servir à recenser les articles juridiques influents en faisant abstraction de ces limites. Cela dit, même si cette méthode est la moins objective, sa nature qualitative ouvre la voie à des discussions significatives quant à l'influence d'un article et sa contribution à l'avancement des connaissances. Le professeur Shapiro convient que l'évaluation par des pairs est une méthode efficace pour mesurer l'influence des articles. En effet, la comptabilisation des citations est justifiée, car le nombre de citations obtenues par un article est en étroite corrélation avec le jugement des experts sur sa qualité⁸⁶. L'évaluation par les pairs est donc un complément utile aux méthodes de comptabilisation des citations par les périodiques et par les tribunaux pour repérer les articles les plus influents.

* * *

Il n'est pas facile de trouver les articles les plus influents. Une telle entreprise requiert non seulement une compréhension suffisante des différentes méthodes, mais également une bonne appréciation de ce que signifient les résultats obtenus. Il a été démontré que chacune des trois méthodes analysées dans la partie II permet d'établir des listes de travaux importants. Elles ont en commun, non pas de répertorier avec certitude les articles les plus influents, mais de recenser ce qui est à tout le moins un point de

Role of the Judge in Public Law Litigation» (1976) 89:7 Harv L Rev 1281; Duncan Kennedy, «Form and Substance in Private Law Adjudication» (1976) 89:8 Harv L Rev 1685.

85 Kennedy et Fisher, *supra* note 81 à la p 14.

86 Shapiro, «Articles from Yale Law Journal», *supra* note 5 à la p 1454; Shapiro, «Most-Cited Articles», *supra* note 8 à la p 1542.

départ pour susciter une discussion sur le sujet⁸⁷. Chaque méthode produit toutefois un résultat différent puisque les chercheurs et les juges adoptent des approches différentes compte tenu de leurs rôles respectifs.

En conséquence, les juristes devraient fixer précisément leur objectif avant de recourir à l'une de ces méthodes. Ceux qui tentent de déterminer quels articles ont eu une incidence significative sur la recherche juridique devraient adopter la méthode de comptabilisation des citations par les périodiques. En revanche, si les juristes visent à déterminer quels articles ont eu une incidence significative sur l'évolution du droit, ils devraient privilégier la méthode de comptabilisation des citations par les tribunaux, puisque ce sont principalement ces derniers qui définissent le droit. Si les juristes souhaitent plutôt dresser une liste de travaux importants sur un sujet et dans un territoire donnés, en se fondant sur l'évaluation de certains experts, la méthode de l'évaluation par les pairs est celle qui convient le mieux. Enfin, les juristes peuvent aussi recourir à une combinaison de ces méthodes—et procéder à une analyse croisée des résultats obtenus grâce à chacune d'elles—pour déterminer quels articles sont les plus influents.

Dans la préface de l'ouvrage de Marc Galanter *Why the Haves Come out Ahead: The Classic Essay and New Observations*, le professeur Shauhin Talesh recourt ainsi à une combinaison de méthodes lorsqu'il explique pourquoi l'article du professeur Galanter «Why the Haves Come out Ahead» est «un des textes juridiques savants les plus influents jamais écrits» [notre traduction]⁸⁸. À l'appui de cette affirmation, le professeur Talesh note, premièrement, que l'article s'est classé treizième sur la liste de Shapiro de 1996 des articles les plus influents; deuxièmement, il fait remarquer que l'article a aussi été inclus dans l'ouvrage des professeurs Kennedy et Fisher *The Canon of American Legal Thought*; troisièmement, il souligne que l'article est cité dans de nombreux recueils de jurisprudence et décisions judiciaires⁸⁹. Enfin, il formule des commentaires qualitatifs généraux sur la contribution de l'article du professeur Galanter à l'avancement des connaissances. L'analyse du professeur Talesh est convaincante parce qu'elle combine toutes les approches pertinentes pour mener une analyse

87 De même, le professeur Shapiro «[invite] les lecteurs à ne pas donner plus d'importance qu'il ne le faut à [ses] chiffres, mais plutôt à lire attentivement [les] listes et à les utiliser comme des fenêtres ouvrant sur une riche conversation savante, à travers lesquelles un projecteur met en lumière certains participants très remarquables à cette conversation» [notre traduction]. Shapiro, «Legal Scholars», *supra* note 12 à la p 426.

88 Shauhin A Talesh, «Foreword» dans Marc Galanter, *Why the Haves Come out Ahead: The Classic Essay and New Observations*, Nouvelle-Orléans (LA), Quid Pro Books, 2014, iii.

89 *Ibid*; Shapiro, «Articles Revisited», *supra* note 8; Kennedy et Fisher, *supra* note 81.

exhaustive de l'article du professeur Galanter. En effet, cette approche reconnaît implicitement les forces et les faiblesses des trois méthodes et brosse un portrait complet de l'influence de l'article.

III. LES ARTICLES DE REVUES DE DROIT LES PLUS CITÉS

A. Aperçu

La partie III de la présente étude répond à la question suivante sur le fondement de la méthode de comptabilisation des citations par les tribunaux : quels sont les revues et les articles juridiques les plus cités de tous les temps par la CSC, c'est-à-dire de 1875 (l'année de la création de la CSC) à 2021⁹⁰? Elle se concentre sur les publications parues dans des revues de droit généralistes avec comité de lecture, affiliées à une université canadienne et créées au plus tard en 1982⁹¹. Les données ont été colligées à partir du moteur de recherche de langue anglaise disponible sur Lexum—la base de données dans laquelle la CSC publie ses décisions. Les données colligées ont été organisées en deux tableaux reproduits à la fin de l'étude : le tableau 1 dresse la liste des revues de droit les plus citées dans les arrêts de la CSC et le tableau 2 dresse la liste des articles les plus cités dans les arrêts de la CSC. La section B fournit une analyse quantitative des données recueillies et la section C présente une analyse qualitative des trois articles les plus cités.

90 Plus spécifiquement, entre le 8 avril 1875 et le 16 avril 2021. Dans le présent article, le terme *arrêt* renvoie à la totalité des motifs de la CSC dans une cause en particulier.

91 Bien que la présente étude exclue les revues de droit qui ne sont pas des revues de droit généralistes avec comité de lecture, affiliées à une université canadienne et créées au plus tard en 1982, il convient de noter que certaines des revues exclues, notamment la *Revue du Barreau canadien*, les *Criminal Reports* et le *Criminal Law Quarterly* ont été abondamment citées par la CSC. Une étude publiée en 2004 indique que la *Revue du Barreau canadien* a été citée 303 fois par la CSC de 1985 à 2004, les *Criminal Reports* 98 fois et le *Criminal Law Quarterly* 84 fois. En outre, l'étude de 2004 affirme que les deux articles les plus cités sont les suivants : Brian Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987) 66:4 R du B can 727 et WR Lederman, « The Independence of the Judiciary » (1956) 34:10 R du B can 1139. Voir McCormick, *supra* note 49 aux pp 650, 655. Une recherche révèle que l'article du professeur Slattery a été cité dans 15 arrêts de la CSC, tandis que celui du professeur Lederman a été cité dans sept arrêts de la CSC. Chercher Slattery /p « Understanding Aboriginal Rights » et chercher Lederman /p « The Independence of the Judiciary », entre le 8 avril 1875 et le 16 avril 2021 dans « Decisions and Resources », en ligne : *Supreme Court of Canada* (Decisia by Lexum) < scc-csc.lexum.com/scc-csc/en/nav.do > (la recherche a été effectuée le 16 mai 2022 dans le moteur de recherche anglais).

B. Analyse quantitative

Le tableau 1 présente une liste de 16 revues de droit citées dans les arrêts de la CSC de 1875 à 2021. L'accent que met la présente étude sur les revues de droit, par opposition aux livres, est justifié par le rôle central que jouent ces revues dans la diffusion du savoir et l'avancement des carrières universitaires. Les auteurs d'une étude antérieure ont examiné les pratiques du plus haut tribunal du pays en matière de citations et expliqué comme suit le rôle des revues :

Les revues de droit demeurent le principal médium de diffusion de la recherche juridique. Publier dans des revues de droit est « de loin le plus important facteur qui mène, pour un professeur de droit, à la permanence et à d'autres formes d'avancement professionnel [...] ». En effet, les [professeurs de droit] sont embauchés, promus et accèdent à la titularisation en grande partie grâce au nombre de leurs publications dans des revues avec comité de lecture. Le nombre de publications compte davantage que leur « excellence en enseignement ou leurs services à la communauté juridique », et être en mesure de publier des textes dans les revues de droit les plus prestigieuses permet d'accéder à de meilleures gratifications. Le placement d'un article dans une revue réputée est souvent considéré, à tort ou à raison, comme un indicateur de sa qualité [notes omises]⁹².

L'étude citée portait sur la période de 1966 à 2017. Les auteurs ont constaté que les trois revues de droit les plus citées par la CSC étaient la *Revue de droit de McGill*, le *University of Toronto Law Journal* et le *Queen's Law Journal*⁹³. Même si la présente étude a une portée beaucoup plus large et qu'elle fait remonter la recherche au moment de la création de la CSC, les trois revues de droit au sommet du palmarès demeurent la *Revue de droit de McGill* (cité dans 150 arrêts), le *University of Toronto Law Journal* (cité dans 100 arrêts) et le *Queen's Law Journal* (cité dans 86 arrêts). En fait, sous réserve de quelques différences mineures, les résultats des deux études sont remarquablement similaires. La similitude n'est pas

92 Campagnolo et Kirkup, *supra* note 51 à la p 59, citant Fred R Shapiro, « The Most-Cited Law Reviews » (2000) 29:1 J Leg Stud 389 à la p 389 et Brent E Newton, « Law Review Scholarship in the Eyes of the Twenty-First Century Supreme Court Justices: An Empirical Analysis » (2012) 4:2 Drexel L Rev 399 à la p 400.

93 Campagnolo et Kirkup, *supra* note 51 aux pp 77–78. La *Revue de droit de McGill* détient un avantage par rapport aux autres revues de droit, à l'exception de la *Revue de droit d'Ottawa*, parce qu'elle publie des articles sur la common law et le droit civil en anglais et en français. Autrement dit, elle se démarque par son caractère bijuridique et bilingue.

surprenante puisque la CSC a commencé à citer des articles de revues de droit plus régulièrement après l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁹⁴. Les revues associées aux meilleures facultés de droit au Canada—notamment l'Université McGill et l'Université de Toronto—ont donc maintenu leur classement au fil des ans⁹⁵. Même si la CSC est plus susceptible de citer les revues de droit prestigieuses, ce qui laisse supposer l'existence d'un biais institutionnel, elle a néanmoins cité, à des degrés divers, les revues de pratiquement toutes les facultés de droit canadiennes.

Le tableau 2 répertorie les articles de revues de droit les plus cités dans les arrêts de la CSC de 1875 à 2021. Pour figurer dans la liste, un article doit avoir été cité dans au moins trois arrêts différents. Le tableau 2 dresse la liste des 39 articles qui ont atteint ce seuil. Ceux-ci sont classés en fonction du nombre d'arrêts dans lesquels ils ont été cités, en ordre décroissant. Les articles cités dans un même nombre d'arrêts apparaissent selon l'ordre alphabétique du nom de famille de l'auteur principal. En outre, le tableau 2 précise le statut professionnel de l'auteur principal au moment de la publication de l'article et le sujet de l'article. Voici les six observations que l'on peut tirer de l'analyse du tableau 2 :

1. Trois articles semblent avoir été particulièrement influents : «The Neglected Logic of 91 and 92» d'Albert Abel de la Faculté de droit de l'Université de Toronto⁹⁶ a été cité dans huit arrêts de la CSC ; «The Fiduciary Obligation» d'Ernest Weinrib de la Faculté de droit de l'Université de Toronto⁹⁷ a été cité dans sept arrêts de la CSC ; et «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)» de Peter Hogg et Allison Bushell de la Faculté de droit Osgoode Hall⁹⁸ a été cité dans six arrêts de la CSC. Parmi les autres articles, quatre ont été cités dans cinq

94 À ce sujet, voir la partie II, section B, ci-dessus.

95 L'Université de Toronto et l'Université McGill se retrouvent systématiquement première et deuxième respectivement dans le classement des facultés de droit canadiennes. Voir notamment «QS World University Rankings by Subject 2022: Law & Legal Studies» (dernière consultation le 15 août 2022), en ligne : [QS Top Universities <www.topuniversities.com/university-rankings/university-subject-rankings/2022/law-legal-studies>](http://www.topuniversities.com/university-rankings/university-subject-rankings/2022/law-legal-studies); «World University Rankings 2022 by Subject: Law» (dernière consultation le 15 août 2022), en ligne : [Times Higher Education <www.timeshighereducation.com/world-university-rankings/2022/subject-ranking/law#/page/0/length/25/sort_by/rank/sort_order/asc/cols/stats>](http://www.timeshighereducation.com/world-university-rankings/2022/subject-ranking/law#/page/0/length/25/sort_by/rank/sort_order/asc/cols/stats).

96 Albert S Abel, «The Neglected Logic of 91 and 92» (1969) 19:4 UTLJ 487.

97 Ernest J Weinrib, «The Fiduciary Obligation» (1975) 25:1 UTLJ 1.

98 Peter W Hogg et Allison A Bushell, «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)» (1997) 35:1 Osgoode Hall LJ 75.

arrêts de la CSC, neuf ont été cités dans quatre arrêts de la CSC et 23 ont été cités dans trois arrêts de la CSC. Les trois articles au sommet du palmarès et la façon dont la CSC y a eu recours dans le cadre de son processus décisionnel sont analysés dans la section C, ci-dessous.

2. Trente-six des articles qui figurent dans la liste du tableau 2 (92,31 %) ont été écrits par des professeurs de droit. Parmi les trois articles restants, deux ont été rédigés par des juges (5,13 %) et un par un avocat (2,56 %). Comme des commentateurs l'ont noté, «[c]es données ne sont pas surprenantes dans la mesure où les professeurs de droit ont pour vocation de publier des articles savants dans des revues de droit»⁹⁹. Seuls deux auteurs figurent plus d'une fois dans la liste: le professeur Dale Gibson, auteur de trois des articles¹⁰⁰, et le professeur Paul Weiler, auteur de deux des articles¹⁰¹. Vingt des auteurs principaux (55,56 %) sont titulaires de diplômes de facultés de droit réputées telles que celles de l'Université Harvard, de l'Université Columbia, de l'Université d'Oxford, de l'Université de Cambridge, de l'Université McGill et de l'Université de Toronto¹⁰². Cela dit, même si la majorité des auteurs étaient titulaires de diplômes de telles facultés, la plupart des professeurs dont les noms figurent dans la liste du tableau 2 n'ont pas enseigné dans ces établissements; en effet, au moment de la publication de leurs articles, 19 d'entre eux (52,78 %) enseignaient dans un des établissements suivants: la Faculté de droit Osgoode Hall,

99 Campagnolo et Kirkup, *supra* note 51 à la p 61.

100 Voir Dale Gibson, «Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada» (1973) 23:1 UTLJ 54; Dale Gibson, «Measuring “National Dimensions”» (1976) 7:1 Man LJ 15; Dale Gibson, «Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of “Government” Under Section 32(1) of the Charter» (1983) 13:4 Man LJ 505. Chaque article a été cité dans trois arrêts différents de la CSC.

101 Voir Paul C Weiler, «The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism» (1973) 23:3 UTLJ 307; Paul C Weiler, «The Charter at Work: Reflections on the Constitutionalizing of Labour and Employment Law» (1990) 40:2 UTLJ 117. Le premier article a été cité dans cinq arrêts différents de la CSC et le second dans trois arrêts.

102 Université Harvard: Albert Abel, Ernest Weinrib, Peter Hogg, Paul Weiler, Aharon Barak, Joost Blom, Jean-Gabriel Castel, Dale Gibson et Alan Young. Université Columbia: Jamie Cameron, John Kernochan et Elizabeth Sheehy. Université d'Oxford: Joost Blom (déjà compté pour l'Université Harvard), William Lederman, Yves-Marie Morissette et Brian Slattery. Université de Cambridge: Nigel Bankes et Albert McClean. Université McGill: Jamie Cameron (déjà comptée pour l'Université Columbia), Gerald Le Dain et Brian Slattery (déjà compté pour l'Université d'Oxford). Université de Toronto: Ernest Weinrib (déjà compté pour l'Université Harvard), Paul Weiler (déjà compté pour l'Université Harvard), Anne McGillivray et Louis LeBel.

l'Université de Montréal, l'Université d'Ottawa ou l'Université de la Colombie-Britannique¹⁰³.

3. Trente-deux des articles qui figurent dans le tableau 2 (82,05 %) traitent de droit public et sept d'entre eux de droit privé (17,95 %). Parmi les articles relatifs au droit public, 24 ont trait au droit constitutionnel (61,54 %), indubitablement le sujet le plus populaire, cinq au droit criminel (12,82 %), deux au droit administratif (5,13 %) et un à l'interprétation législative (2,56 %) ¹⁰⁴. Parmi les articles relatifs au droit privé, deux ont trait aux fiducies, deux au droit international privé (5,13 % pour chaque domaine), un à la procédure civile, un au droit de la famille et un aux délits civils (2,56 % pour chacun de ces trois derniers domaines). Le fait que la CSC ait cité plus d'articles de droit public s'explique par l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui a enchâssé de nouvelles protections constitutionnelles¹⁰⁵. En effet, un tiers de tous les articles qui figurent dans la liste du tableau 2 (13 articles) portent sur les droits constitutionnels postérieurs à 1982 (c'est-à-dire la *Charte* et les droits des peuples autochtones).
4. Trente-trois des articles qui figurent dans le tableau 2 (84,62 %) ont été rédigés en anglais et six ont été rédigés en français (15,38 %). Bien

¹⁰³ Faculté de droit Osgoode Hall: Paul Weiler, Peter Hogg, Jamie Cameron, Gerald Le Dain, Jean-Gabriel Castel, Brian Slattery et Alan Young. Université de Montréal: Jean Leclair, José Woehrling, Pierre Carignan, François Chevrette et Pierre-André Côté. Université d'Ottawa: Ed Ratushny, Louis Perret, William Pentney et Elizabeth Sheehy. Université de la Colombie-Britannique: Joost Blom, Peter Burns et Albert McClean. Seuls cinq professeurs de droit figurant dans le tableau 2 enseignaient dans des facultés de droit réputées: Paul Weiler (Université Harvard, après son départ de la Faculté de droit Osgoode Hall), John Kernochan (Université Columbia), Yves-Marie Morissette (Université McGill), Albert Abel (Université de Toronto) et Ernest Weinrib (Université de Toronto).

¹⁰⁴ Pour mettre les choses en perspective, 23,86 % des causes entendues par la CSC entre 2018 et 2020 ont été catégorisées comme des causes de droit constitutionnel (incluant les causes relatives à la *Charte*), tandis que 38,64 % étaient des causes de droit criminel (excluant les causes relatives à la *Charte*); les causes de droit administratif ne représentaient pas un pourcentage significatif des causes. Ainsi, proportionnellement, la CSC semble se fonder davantage sur des articles de revues de droit lorsqu'elle statue sur des causes de droit constitutionnel. Les données ne sont pas disponibles pour 2021, puisque la CSC n'a pas clairement établi de distinction entre les causes de droit constitutionnel et les autres causes de droit public pour cette année-là. Pour un compte-rendu des activités de la CSC en 2018, 2019, 2020 et 2021, voir «Rétrospective annuelle» (dernière modification le 12 avril 2022), en ligne: *Cour suprême du Canada* <www.scc-csc.ca/case-dossier/stat/years-annees-fra.aspx?pedisable=true>.

¹⁰⁵ De même, en Australie, la Haute Cour semble citer plus de périodiques dans les causes de droit constitutionnel. Voir Smyth, «Academic Writing and the Courts», *supra* note 36 à la p 176.

que le pourcentage d'articles en français soit inférieur à la proportion des appels entendus par la CSC provenant du Québec (environ 20 % en 2018, 30 % en 2019, 20 % en 2020, et 17 % en 2021)¹⁰⁶ et à la proportion des francophones au Canada (21,40 % en 2021)¹⁰⁷, trois des articles en anglais cités par la CSC ont été écrits par des francophones¹⁰⁸. La proportion des articles rédigés par des francophones—neuf, soit 23,08 %—est donc légèrement supérieure au poids démographique de leur groupe. Il est également pertinent de noter que les auteurs principaux étaient majoritairement des hommes—31, soit 86,11 %—par rapport aux femmes—cinq, soit 13,89 %¹⁰⁹. Ce déséquilibre pourrait s'expliquer par le fait que, dans un passé qui n'est pas si lointain, le corps professoral des facultés de droit était dominé par les hommes¹¹⁰. Compte tenu des progrès pour combler le fossé entre les hommes et les femmes dans tous les domaines, y compris dans l'enseignement du droit et dans la profession juridique, il est probable que les chiffres seront plus équilibrés à l'avenir.

5. Trente-cinq des articles qui figurent dans le tableau 2 ont été publiés avant l'an 2000 (89,74 %), dont deux durant les années 1960 (5,13 %), huit durant les années 1970 (20,51 %), 15 durant les années 1980 (38,46 %) et dix durant les années 1990 (25,64 %). Seuls quatre des articles qui figurent dans le tableau 2 ont été publiés depuis l'an 2000 (10,26 %). Les articles les plus pertinents pour le travail de la CSC ont donc été publiés durant les années 1980 et 1990 dans le sillage immédiat de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les articles qui figurent

106 Pour un compte-rendu des activités de la CSC en 2018, 2019, 2020 et 2021, voir «Rétrospective annuelle», *supra* note 104.

107 «Alors que le français et l'anglais demeurent les principales langues parlées au Canada, la diversité linguistique continue de s'accroître au pays» (dernière modification le 17 août 2022), en ligne: *Statistique Canada* <www150.statcan.gc.ca/n1/daily-quotidien/220817/dq220817a-fra.htm>.

108 Jean Leclair, Jean-Gabriel Castel et Yves-Marie Morissette.

109 Compte tenu des données disponibles, il n'a pas été possible de répartir les auteurs principaux en fonction de leur appartenance ethnique ou de leur orientation sexuelle. De même, le professeur Shapiro a noté que seules deux femmes figuraient sur sa liste des 50 juristes américains les plus cités. Voir Shapiro, «Legal Scholars Revisited», *supra* note 4 à la p 1609.

110 Voir généralement Susan B Boyd, «Spaces and Challenges: Feminism in Legal Academia» (2011) 44:1 UBC L Rev 205. Voir aussi Shapiro, «Legal Scholars Revisited», *supra* note 4 («[j]'attribue le faible nombre de femmes sur la liste [des juristes américains les plus cités] à la rareté historique des femmes au sein du corps professoral des facultés de droit et de la profession juridique, aux préjugés contre les femmes qui œuvraient dans le domaine juridique ainsi qu'à des facteurs sociologiques comme les exigences accrues qui pèsent sur les femmes pour concilier travail et obligations familiales» [notre traduction] à la p 1609).

dans le tableau 2 ont été cités par la CSC six fois durant les années 1970, 21 fois durant les années 1980, 62 fois durant les années 90, 28 fois de 2000 à 2009, et 29 fois de 2010 à 2021. Ces résultats sont compatibles avec les conclusions du professeur McCormick selon lesquelles le nombre de citations a augmenté durant les années Dickson, a atteint un sommet durant les années Lamer et a décliné par la suite¹¹¹.

6. Deux tiers des articles qui figurent dans le tableau 2 (26 articles) ont été publiés dans cinq revues de droit. Le *University of Toronto Law Journal* mène le groupe avec huit articles (20,51 %), suivi de la *Revue de droit de McGill* avec six articles (15,38 %) ainsi que du *Queen's Law Journal*, de la *UBC Law Review* et du *Osgoode Hall Law Journal* avec quatre articles chacun (10,26 %). Sous réserve de différences mineures, ces résultats sont compatibles avec ceux présentés dans le tableau 1, ce qui confirme la domination de Toronto et de McGill (en ordre inverse cette fois-ci).

En somme, les revues de droit les plus citées par la CSC qui ont satisfait aux critères d'inclusion pour la présente étude sont la *Revue de droit de McGill* et le *University of Toronto Law Journal*, considérées comme des revues de droit prestigieuses. Les articles les plus cités ont principalement été rédigés en anglais par des professeurs de droit masculins titulaires de diplômes de facultés de droit réputées. Ces articles portaient pour la plupart sur des questions pressantes de droit constitutionnel qui se sont posées après le rapatriement de la Constitution. Pour paraphraser les professeurs Balkin et Levinson, il semblerait donc que le meilleur moyen pour les auteurs d'être cités par le plus haut tribunal soit d'être affiliés à des universités réputées et de publier sur des questions de droit constitutionnel dans les revues les plus prestigieuses¹¹².

C. Analyse qualitative

Cette section présente une analyse des trois articles les plus cités par la CSC et examine comment les arguments avancés par les auteurs ont été utilisés par cette dernière dans son processus décisionnel.

111 McCormick, *supra* note 49 à la p 639.

112 Balkin et Levinson, *supra* note 3 aux pp 849–52, 854–56.

Première place—The Neglected Logic of 91 and 92

En 1969, le professeur Albert Abel de la Faculté de droit de l'Université de Toronto a publié un article d'une grande importance sur le fédéralisme¹¹³. Le professeur Abel cherchait sans doute à mettre de l'ordre dans le chaos qui régnait quant à l'interprétation judiciaire des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹¹⁴, qui partagent les compétences législatives entre le Parlement du Canada et les législatures provinciales. Selon le professeur Abel, le chaos en question découlait d'un raisonnement erroné adopté par le Comité judiciaire du Conseil privé—une institution qui « n'avait aucune expérience et aucune connaissance des constitutions écrites et des systèmes fédéraux » [notre traduction]—à titre de tribunal de dernier ressort pour le Canada jusqu'en 1949¹¹⁵.

L'article débute avec le libellé des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui confèrent au Parlement et aux législatures provinciales la compétence de « faire des lois relatives [a] aux matières [b] tombant dans [...] [c] [certaines] catégories de sujets » [notre traduction]¹¹⁶. En conséquence, lorsque la constitutionnalité d'une loi est contestée sur le fondement de motifs liés au fédéralisme, le texte de la Constitution exige des tribunaux qu'ils « (1) qualifient la “matière” à laquelle se rapporte une loi, (2) définissent la portée de chaque “catégorie de sujets” qui semble pertinente, [et] (3) rattachent la “matière” en question à la “catégorie de sujet” la plus appropriée » [notre traduction]¹¹⁷. Or, en 1969, les tribunaux n'appliquaient pas cette méthodologie, ils « amalgamaient plutôt la matière et la catégorie de sujets en une seule enquête »¹¹⁸. Le professeur Abel souligne que la matière d'une loi et les catégories de sujets dont la liste est dressée aux articles 91 et 92 sont deux choses distinctes. La matière « constitue un résumé du contenu de la loi, énonçant les sujets ou situations auxquels elle s'applique et les façons de les régir qu'elle propose, suffisamment précis

113 Abel, *supra* note 96.

114 *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, annexe II, n° 5 [*Loi constitutionnelle de 1867*].

115 Abel, *supra* note 96 à la p 488 (« le tribunal de dernier ressort dans les huit premières décennies critiques de la vie nationale, n'ayant en raison de sa fonction qu'un intérêt ponctuel pour le Canada et sa constitution, s'est contenté, plutôt que d'entreprendre une analyse fondamentale au fur et à mesure que chaque cause se présentait, de fabriquer des phrases adaptées. Avec le temps, ces phrases se sont résumées à un fouillis de jargon qui allait dans tous les sens, mais ce méli-mélo a été largement repris et prétendument suivi » [notre traduction] à la p 488).

116 *Ibid* à la p 487.

117 *Ibid*.

118 *Ibid* à la p 490.

pour éclairer quiconque se demande: “De quoi est-il question?”» [notre traduction]¹¹⁹. Ce qui importe, c’est le caractère véritable de la loi plutôt que sa forme¹²⁰. En revanche, les catégories de sujets dont la liste figure aux articles 91 et 92 sont de nature *générale* et leur portée doit être définie de manière à pouvoir déterminer à quelle catégorie appartient une matière *spécifique*. Le professeur Abel observe que les catégories de sujets qui sont du ressort du Parlement sont pour la plupart liées aux questions économiques, tandis que celles qui relèvent des législatures provinciales sont pour l’essentiel liées aux questions sociales¹²¹. La «matière [...] est la clé», a-t-il écrit, et les catégories de sujets sont «la serrure [...] du portail de la constitutionnalité» [notre traduction]¹²². Les deux doivent aller de pair. La dernière partie de l’analyse consiste à rattacher la matière à une catégorie de sujets pour que la compétence exclusive à son égard soit confiée soit au Parlement soit aux législatures provinciales. Le professeur Abel soutient que chaque matière tombe sous le coup d’une, et d’une seule, catégorie de sujets¹²³. Il conclut en souhaitant que les tribunaux portent plus attention au libellé de la Constitution et, en posant les «bonnes questions» dans le «bon ordre», qu’ils donnent des réponses plus «intelligibles», pour ne pas dire plus «intelligentes» [notre traduction]¹²⁴.

La CSC a cité l’article du professeur Abel dans huit arrêts rendus entre 1985 et 2021: (1) pour affirmer que la *matière* d’une loi doit être distinguée des *catégories de sujets* énumérées aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; (2) pour définir la matière d’une loi; et (3) pour insister sur le fait que la substance prime sur la forme dans l’analyse du partage des compétences. Dans les *Revois relatifs à la Loi sur la tarification de la*

119 *Ibid.*

120 *Ibid* («comme pour les autres textes écrits, la forme n’est pas déterminante lorsqu’il s’agit d’en établir le caractère essentiel» [notre traduction] à la p 494).

121 *Ibid* («[d]ans les grandes lignes, les “catégories de sujets” relevant du fédéral avaient trait au Canada à titre d’économie et celles relevant des provinces aux Canadiens à titre de membres de sociétés» [notre traduction] à la p 501).

122 *Ibid* à la p 507.

123 *Ibid* à la p 509. Le professeur Abel souligne qu’il existe une *matière* pour chaque loi, mais pas nécessairement une *catégorie de sujets* pour chaque matière. Les matières qui ne sont pas visées par les catégories de sujets figurant dans une des listes tombent sous le coup de la clause relative aux compétences non attribuées (qui relèvent du Parlement) ou sont considérées comme des matières de nature locale ou privée (qui relèvent des législatures provinciales) (voir *ibid* à la p 508). De plus, selon le professeur Abel, la matière d’une loi peut changer avec le temps et passer d’une catégorie de sujet à une autre (voir *ibid* aux pp 506–07, 520).

124 *Ibid* à la p 521.

pollution causée par les gaz à effet de serre, le juge Russell Brown, dissident, a fait référence à l'article du professeur Abel en expliquant la démarche à suivre pour juger de la constitutionnalité d'une loi sur le fondement du fédéralisme¹²⁵. Pour ce faire, le tribunal doit d'abord déterminer quelle est la matière visée; ensuite, celle-ci doit être classifiée en fonction des différents chefs de compétence énoncés aux articles 91 et 92¹²⁶. Le danger de ne pas clairement distinguer ces deux étapes est que «l'exercice tout entier risque d'être confus et indûment axé sur les résultats»¹²⁷. Cette affirmation est importante puisqu'elle lie directement l'approche préconisée par le professeur Abel en 1969 au cadre d'analyse que la CSC a utilisé depuis pour résoudre les questions de partage des compétences¹²⁸. Dans cette cause, une majorité de six juges de la CSC contre trois a conclu que la matière de la loi contestée—c'est-à-dire la création d'un cadre national pour fixer le prix des gaz à effet de serre et en réduire les émissions—relève de la compétence du Parlement de légiférer pour assurer «la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada» à titre de matière «d'intérêt national», plutôt que de la compétence provinciale relative à «la propriété et [aux] droits civils» énoncée au paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹²⁹.

L'article du professeur Abel a également été cité pour la façon dont il résume l'approche que les tribunaux devraient suivre pour cerner la matière d'une loi. Dans l'arrêt *Québec (PG) c Canadian Owners and Pilots Association*, la juge en chef Beverley McLachlin a amorcé son analyse en affirmant que la première étape de l'analyse du partage des compétences consiste à cerner la matière de la loi, qu'elle a définie en citant le professeur Abel, comme étant «un résumé du contenu de la loi»¹³⁰. Dans cette cause, la loi contestée était

125 2021 CSC 11 au para 313 [*Revois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution*].

126 *Ibid.*

127 *Ibid.*, citant *Chatterjee c Ontario (PG)*, 2009 CSC 19 au para 16.

128 Dans ses commentaires au sujet de cette étude, le professeur Peter Oliver a observé avec perspicacité que l'influence de l'article du professeur Abel pouvait s'expliquer par le fait que les éléments clés de son analyse ont aussi été adoptés par le professeur Peter Hogg dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1977 aux pp 80, n 14, 81, n 18, 87, n 51, 95, n 102, 96, n 106, qui a profondément influencé les tribunaux. Le fait que Bora Laskin, un collègue du professeur Abel à la Faculté de droit de l'Université de Toronto, ait été nommé juge à la CSC en 1970 et promu juge en chef du Canada en 1973 a également pu contribuer au succès de l'article.

129 *Revois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution*, *supra* note 125; *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 114, art 92(13).

130 2010 CSC 39 au para 16 [*Canadian Owners and Pilots Association*].

une loi provinciale relative à «l'aménagement du territoire»¹³¹. En invoquant cette loi, les autorités avaient exigé la démolition d'un petit aérodrome construit sur une terre agricole sans autorisation de la province¹³². Pour une majorité de sept juges contre deux, la juge en chef McLachlin a tranché que la loi provinciale, bien qu'elle fût valide, n'était pas applicable parce qu'elle entravait l'exercice par le fédéral de sa compétence en matière d'«aéronautique»¹³³. La formule «un résumé du contenu de la loi» du professeur Abel a aussi été citée dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* et les *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution*¹³⁴. De même, dans l'arrêt *Transport Desgagnés inc c Wärtsilä Canada Inc*, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique* et, une fois de plus, dans les *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution*, la CSC a affirmé que la matière d'une loi doit, selon les termes du professeur Abel, être «suffisamment décrite pour éclairer quiconque se demande: “De quoi est-il question?”» afin de souligner qu'elle doit être décrite avec précision¹³⁵.

Enfin, la CSC s'est fondée sur l'article du professeur Abel lorsqu'elle a discuté de la théorie du détournement de pouvoir. Cette théorie est invoquée lorsqu'une loi semble, à première vue, porter sur une matière relevant

131 *Ibid* au para 21. L'aménagement du territoire et l'agriculture peuvent relever de la compétence provinciale prévue au paragraphe 92(13) (la propriété et les droits civils), au paragraphe 92(16) (les matières d'une nature purement locale ou privée) ou à l'article 95 (l'agriculture) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 114.

132 *Canadian Owners and Pilots Association*, *supra* note 130 au para 5.

133 *Ibid* au para 4.

134 *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C-B)*, [1985] 2 RCS 486 à la p 496, 24 DLR (4^e) 536 [*Renvoi sur la Motor Vehicle Act*]; *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution*, *supra* note 125 aux para 315, 333. Voir aussi *Whitbread c Walley*, [1990] 3 RCS 1273 à la p 1286, 77 DLR (4^e) 25 (dans cet arrêt, l'expression du professeur Abel «un résumé du contenu de la loi» est utilisée sans lui être expressément attribuée).

135 *Transport Desgagnés inc c Wärtsilä Canada Inc*, 2019 CSC 58 au para 35 [*Transport Desgagnés*] (il s'agissait de savoir si une réclamation fondée sur un contrat contre le vendeur d'un vilebrequin était régie par le droit fédéral non législatif relatif à la navigation et aux bâtiments ou navires en vertu du paragraphe 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 114, ou par une disposition législative provinciale relative à la propriété et aux droits civils en vertu du paragraphe 92(13); les six juges majoritaires de la CSC ont conclu que les deux droits étaient valides et se chevauchaient, mais ils ont donné la priorité au droit provincial compte tenu de sa nature législative); *Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique*, 2020 CSC 17 aux para 31, 163 (il s'agissait de savoir si une loi fédérale qui criminalisait les tests génétiques obligatoires et l'utilisation ou la communication involontaire des résultats de ces tests relevait de la compétence du Parlement en matière de droit criminel en vertu du paragraphe 91(27) ou de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils en vertu du paragraphe 92(13); à cinq contre quatre, les juges majoritaires de la CSC ont conclu que la loi relevait de la compétence du Parlement); *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution*, *supra* note 125 au para 52.

de la compétence législative de l'ordre de gouvernement qui l'a adoptée, mais qui, en fait, excède cette compétence lorsque son caractère véritable est analysé comme il se doit. Dans l'arrêt *Québec (PG) c Canada (PG)*, les juges Thomas Cromwell et Andromache Karakatsanis, au nom d'une majorité de cinq juges contre quatre, ont cité le professeur Abel pour démontrer que, suivant la théorie du détournement de pouvoir, «la forme n'est pas déterminante lorsqu'il s'agit d'établir le caractère essentiel [d'une loi]»¹³⁶. Dans cette cause, les juges majoritaires ont confirmé la validité d'une loi fédérale qui supprimait l'obligation d'enregistrer les armes d'épaule, décriminalisait la possession d'une arme d'épaule non enregistrée et exigeait la destruction de toutes les données qui se trouvaient dans les registres¹³⁷. Pour en arriver à ce résultat, les juges majoritaires ont conclu que la matière de la loi était la «sécurité publique» et jugé que cette matière relevait de la compétence du Parlement sur le «droit criminel» en vertu du paragraphe 92(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, plutôt qu'à la compétence provinciale à l'égard de la «propriété et [des] droits civils» au titre du paragraphe 92(13)¹³⁸. La CSC a fait référence à l'article dans des contextes similaires dans les arrêts *R c Morgentaler* et *Husky Oil Operations Ltd c MRN*¹³⁹.

L'article du professeur Abel a donc été cité à la fois pour sa thèse (soit que les étapes de l'analyse relative au partage des compétences doivent être bien distinctes les unes des autres) et pour des raisons périphériques ou accessoires (notamment sa description de la matière d'une loi comme *un résumé* qui doit être suffisamment précis pour expliquer ce sur quoi porte la loi ainsi que pour son insistance sur le contenu de la loi plutôt que sur sa forme). Il est frappant que l'article ait été cité dans trois arrêts différents depuis 2015, ce qui laisse entendre que les juges actuels considèrent

136 2015 CSC 14 au para 31 [*Québec c Canada*].

137 *Ibid* au para 3.

138 *Ibid* aux para 41, 45, 176; *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 114, arts 91(27), 92(13).

139 *R c Morgentaler*, [1993] 3 RCS 463 aux pp 496–97, 107 DLR (4^e) 537 [*Morgentaler*] (la CSC devait se prononcer sur la validité de textes législatifs provinciaux qui interdisaient les avortements ailleurs que dans un hôpital et qui avaient été adoptés principalement en vertu de la compétence de la législature en matière de santé prévue au paragraphe 92(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 114; la CSC a conclu à l'unanimité que la loi était inconstitutionnelle parce que la province avait tenté de légiférer dans le domaine du droit criminel, qui relève de la compétence du Parlement en vertu du paragraphe 91(27)); *Husky Oil Operations Ltd c MRN*, [1995] 3 RCS 453 au para 45, 128 DLR (4^e) 1 [*Husky Oil*] (la question portait sur l'application d'une loi provinciale valide qui visait à redéfinir l'ordre de priorité des créanciers dans le contexte d'une faillite, un sujet qui relève de la compétence du Parlement; par une majorité de cinq juges contre quatre, la CSC a conclu que la loi provinciale était inapplicable dans les circonstances).

encore le texte du professeur Abel particulièrement pertinent et convaincant lorsqu'ils traitent de questions en matière de fédéralisme.

Deuxième place—The Fiduciary Obligation

Publié en 1975, l'article intitulé «The Fiduciary Obligation» a été écrit par le professeur Ernest Weinrib de la Faculté de droit de l'Université de Toronto¹⁴⁰, internationalement reconnu comme une figure de proue de la théorie du droit privé. Dans son article fondamental, le professeur Weinrib a cherché à cerner les idées centrales qui sous-tendent le concept juridique d'*obligation fiduciaire*, qui impose à un individu (le fiduciaire) le devoir d'agir dans l'intérêt supérieur d'un autre (le bénéficiaire), interdisant de ce fait les conflits d'intérêts et la réalisation de profits non autorisés¹⁴¹.

L'article démontre qu'il existe deux principes importants qui justifient que les tribunaux imposent des obligations fiduciaires: le premier est la nécessité de contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire du fiduciaire afin de protéger le bénéficiaire; le second est la nécessité de protéger l'intégrité du marché. En traitant du premier principe, le professeur Weinrib affirme que «la marque distinctive d'un rapport fiduciaire réside dans le fait que la situation juridique relative des parties est telle que l'une d'elles se trouve à la merci du pouvoir discrétionnaire de l'autre» [notre traduction]¹⁴². Autrement dit, il s'agit d'une relation dans le cadre de laquelle le fiduciaire est investi de pouvoirs discrétionnaires relativement aux affaires du bénéficiaire susceptibles d'être utilisés afin de porter atteinte aux intérêts de ce dernier, plaçant donc celui-ci en position de vulnérabilité¹⁴³. Au fil du temps, le droit a reconnu que certaines catégories de relations donnent lieu, en soi, à des obligations fiduciaires. C'est le cas, par exemple, des relations entre le fiduciaire et le bénéficiaire, le mandataire et le mandant, l'administrateur et la société qu'il administre, et l'avocat et son client. Le professeur Weinrib souligne que la liste n'est pas complète et que, de ce fait, «il faut se garder de conclure que les catégories de fiduciaire sont exhaustives» [notre traduction]¹⁴⁴. En somme, ce qui importe, c'est que les tribunaux devraient être disposés à imposer des obligations fiduciaires de circonstance chaque fois que,

140 Weinrib, *supra* note 97.

141 *Ibid* à la p 1.

142 *Ibid* à la p 7.

143 En plus du pouvoir discrétionnaire du fiduciaire et de la vulnérabilité correspondante du bénéficiaire, le professeur Weinrib souligne que «la relation fiduciaire tient compte de la position relative des parties qui résulte de l'entente, plutôt que de celle qui la précède» [notre traduction]. *Ibid* à la p 6.

144 *Ibid* à la p 7.

selon les faits, en raison d'une norme, d'un engagement ou d'une entente, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par une partie sur les affaires d'une autre partie peut servir à nuire aux intérêts de cette dernière. En ce qui a trait au second principe, le professeur Weinrib plaide que l'obligation fiduciaire vise en outre à «relever le degré de moralité sur le marché» [notre traduction]¹⁴⁵. Comment? En empêchant le fiduciaire de tirer profit du manquement à ses obligations (par exemple, en acceptant une commission secrète d'un tiers), même lorsqu'un tel manquement n'entraîne pas une perte financière pour le bénéficiaire. Ainsi, l'obligation fiduciaire vise également à encourager les individus à se comporter de manière appropriée et de bonne foi.

La CSC a cité l'article du professeur Weinrib dans sept arrêts rendus entre 1984 et 2009; il a été cité non seulement comme une source centrale quant au concept d'*obligation fiduciaire*, mais aussi afin d'élaborer les règles de droit pertinentes et d'établir des critères clairs pour juger de l'opportunité de reconnaître de nouvelles relations fiduciaires outre celles qui existaient déjà. Le juge Brian Dickson a cité l'article pour la première fois dans l'arrêt *Guerin c R*, dans lequel la CSC a conclu que la Couronne avait manqué à son obligation fiduciaire envers la bande indienne Musqueam en accordant un bail au Shaughnessy Heights Golf Club sur les terres d'une réserve, à des conditions moins avantageuses que celles approuvées par la bande¹⁴⁶. À l'époque, la relation entre la Couronne et les peuples autochtones n'avait pas été reconnue comme une de celles qui donnent lieu à une obligation fiduciaire. Toutefois, faisant écho au professeur Weinrib, le juge Dickson a affirmé que «[l']obligation [fiduciaire] découle de la nature du rapport et non pas de la catégorie spécifique dont relève l'acteur» et il a accepté que les catégories de relations fiduciaires ne sont pas exhaustives¹⁴⁷. Dans l'arrêt *Guerin*, les faits suivants justifiaient d'imposer une obligation fiduciaire: la Couronne était tenue par la loi d'agir dans l'intérêt supérieur de la bande; en cédant les terres à la Couronne, la bande lui en avait donné le contrôle; enfin, la bande était vulnérable face à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Couronne¹⁴⁸. Ces principes ont été confirmés — et l'article du professeur Weinrib a été cité une fois de plus — dans une cause similaire près de 20 ans plus tard, l'arrêt *Bande indienne Wewaykum c Canada*¹⁴⁹.

145 *Ibid* à la p 3.

146 [1984] 2 RCS 335 à la p 389, 13 DLR (4^e) 321 [*Guerin*].

147 *Ibid* à la p 384.

148 *Ibid* à la p 385.

149 2002 CSC 79 au para 80 [*Wewaykum*] (dans cette cause, la revendication a toutefois échoué).

Après avoir rendu l'arrêt *Guerin*, la CSC a continué à clarifier et à étendre le concept d'*obligation fiduciaire*. En droit de la famille, dans l'arrêt *Frame c Smith*, la juge Bertha Wilson, dissidente, a statué qu'une femme — le parent qui avait la garde des enfants — pouvait manquer à son obligation fiduciaire envers son ex-conjoint — l'autre parent — en l'empêchant de voir ses enfants, violant ainsi son droit de visite¹⁵⁰. La juge Wilson a innové en énonçant les caractéristiques générales des relations fiduciaires en se fondant notamment sur le travail du professeur Weinrib et en reconnaissant qu'il pouvait exister une obligation fiduciaire entre le parent ayant la garde et celui ne l'ayant pas¹⁵¹. La CSC a par la suite approuvé ces caractéristiques dans une autre cause en droit de la famille: *M(K) c M(H)*¹⁵².

La CSC s'est aussi appuyée sur l'article du professeur Weinrib pour établir la portée des obligations fiduciaires dans des causes en matière commerciale. Dans l'arrêt *Lac Minerals Ltd c International Corona Resources Ltd*, le juge Gérard La Forest, dissident sur ce point, a conclu qu'une société minière — Lac Minerals — avait manqué à son obligation fiduciaire envers une rivale de plus petite taille — Corona — en se servant des renseignements que cette dernière lui avait communiqués confidentiellement pour acquérir à son profit exclusif des terrains ayant un fort potentiel sur le plan minier¹⁵³. Le fait de reconnaître que des promoteurs miniers n'ayant aucun lien de dépendance pourraient être tenus à des obligations fiduciaires l'un envers l'autre dans le contexte de négociations précontractuelles était controversé; toutefois, l'accès aux renseignements confidentiels avait

150 [1987] 2 RCS 99 à la p 153, 42 DLR (4^e) 81 [*Frame*].

151 *Ibid* aux pp 135–36. Selon la juge Wilson:

Les rapports dans lesquels une obligation [fiduciaire] a été imposée semblent posséder trois caractéristiques générales: (1) le [fiducial] peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire [;] (2) le [fiducial] peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire [;] (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du [fiducial] qui détient le pouvoir discrétionnaire (*ibid* à la p 136).

152 [1992] 3 RCS 6 aux pp 61–64, 96 DLR (4^e) 289 [*M(K)*]. Le juge La Forest, au nom de la CSC sur ce point, a statué que la relation entre un parent et un enfant est une relation fiduciaire et que l'abus sexuel de l'enfant par le parent constitue une violation de l'obligation fiduciaire qui incombe à ce dernier. Dans ses motifs de jugement, le juge La Forest a cité les extraits pertinents des arrêts *Guerin*, *supra* note 146 et *Frame*, *supra* note 150.

153 [1989] 2 RCS 574 aux pp 655–56, 61 DLR (4^e) 14 [*Lac Minerals*]. Bien qu'une majorité de quatre juges de la CSC contre un a statué qu'il n'y avait pas de relation fiduciaire entre Lac Minerals et Corona, tant le juge Sopinka, pour les juges majoritaires sur ce point (*ibid* aux pp 596, 599–600), que le juge La Forest, dissident sur cette question (*ibid* aux pp 644–45, 651), se sont fondés sur l'article du professeur Weinrib pour étayer leur raisonnement.

conféré un pouvoir discrétionnaire à Lac Minerals et placé Corona dans une situation correspondante de vulnérabilité¹⁵⁴. Selon une pratique reconnue dans l'industrie minière, Lac Minerals était tenue de ne pas utiliser les renseignements d'une manière qui nuise à Corona. Le professeur Weinrib a été cité non seulement pour l'énoncé des caractéristiques générales des obligations fiduciaires et l'idée que les catégories de relations fiduciaires ne sont pas exhaustives, mais également pour le second principe, soit l'importance de préserver l'intégrité du marché¹⁵⁵. Le juge La Forest a souligné que le droit devait sanctionner Lac Minerals afin d'encourager à l'avenir les gens d'affaires à négocier de bonne foi dans des circonstances similaires¹⁵⁶.

Quelques années plus tard, le juge La Forest, au nom des juges majoritaires cette fois, a conclu qu'un comptable — David Simms — avait manqué à son obligation fiduciaire en faisant une commission secrète sur un placement qu'il avait recommandé et vendu comme abri fiscal à un courtier en valeurs mobilières — Robert Hodgkinson¹⁵⁷. Cette décision a aussi suscité la controverse, puisque le lien entre un conseiller financier et ses clients ne donne pas lieu, en soi, à une relation fiduciaire et que les deux parties étaient décrites comme des investisseurs aguerris. Les normes professionnelles imposaient néanmoins à M. Simms l'obligation d'agir dans l'intérêt supérieur de son client et sa recommandation à l'égard d'un investissement spécifique pouvait avoir une incidence sur les intérêts de son client. Certes, les parties n'avaient peut-être pas un pouvoir de négociation inégal

154 Pour sa part, le juge Sopinka a conclu que Corona s'était placée en situation de vulnérabilité en ne concluant pas d'entente de confidentialité avec Lac Minerals avant de partager des renseignements concernant la propriété. Sur ce fondement, il a refusé de reconnaître que Lac Minerals était tenue à une obligation fiduciaire envers Corona. *Ibid* aux pp 606–08. Citant le professeur Weinrib, *supra* note 97 à la p 4, il a aussi qualifié l'obligation fiduciaire de «moyen brutal employé en droit», c'est-à-dire un moyen qui ne devrait être employé «que dans les situations où la protection spéciale de l'*equity* se révèle vraiment nécessaire». *Lac Minerals*, *supra* note 153 à la p 596.

155 Comme l'a affirmé le juge La Forest, «[]a raison pour laquelle on impose des obligations [fiduciaires] tient à leur utilité dans la promotion et la préservation des institutions et des comportements sociaux souhaités». *Lac Minerals*, *supra* note 153 à la p 672.

156 Selon le juge La Forest, dans les circonstances, la réparation appropriée consistait à déclarer que Lac Minerals détenait la propriété à titre de fiduciaire constructoire au profit de Corona. Or, le juge La Forest a affirmé, faisant écho au professeur Weinrib, que les juges ne devraient pas conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire simplement parce qu'ils veulent imposer une fiducie constructoire comme réparation dans une cause. *Ibid* aux pp 649–52; Weinrib, *supra* note 97 («on ne saurait à la fois définir la relation par la réparation et utiliser la relation comme dispositif de déclenchement de la réparation» [notre traduction] à la p 5). En ce qui a trait à la réparation appropriée, le juge La Forest écrivait pour une majorité de trois juges contre deux, de concert avec le juge en chef Lamer et le juge Wilson.

157 *Hodgkinson c Simms*, [1994] 3 RCS 377 à la p 439, 117 DLR (4^e) 161 [*Hodgkinson*].

au départ, mais, ce qui importe selon le professeur Weinrib, c'est la position relative des parties qui résulte de l'entente et non celle qui la précédait. Autrement dit, la vulnérabilité doit découler de la relation¹⁵⁸. Ce point de vue a été réitéré dans l'arrêt *Galambos c Perez*¹⁵⁹. Les éléments clés d'une relation fiduciaire étaient donc présents dans l'arrêt *Hodgkinson* et le conseiller financier a été contraint d'indemniser intégralement le client pour la perte subie sur l'investissement¹⁶⁰. Toujours dans le sens de l'argument du professeur Weinrib, le juge La Forest a affirmé que le droit doit dissuader les conseillers financiers de faire des commissions secrètes afin de maintenir l'intégrité de la relation qui les unit à leurs clients¹⁶¹.

Ce bref survol illustre le fait que l'article du professeur Weinrib a grandement influencé l'interprétation et l'application du concept d'*obligation fiduciaire*¹⁶². La CSC a cité cet auteur principalement pour sa thèse et son raisonnement plutôt que pour des raisons périphériques ou accessoires. Elle s'est fondée sur son article pour cerner les caractéristiques générales des relations fiduciaires, jeter les fondements de la reconnaissance de nouvelles relations qui se sont ajoutées aux catégories existantes et, enfin, protéger l'intégrité du marché.

Troisième place — The Charter Dialogue between Courts and Legislatures

L'article intitulé «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures», une lecture de base en droit public canadien, a été rédigé par un des constitutionnalistes les plus influents du Canada — le professeur Peter

158 *Ibid* à la p 406. Pour leur part, les juges Sopinka et McLachlin ont refusé de reconnaître l'existence d'une obligation fiduciaire parce que M. Simms n'a pas formellement exercé de pouvoir discrétionnaire quant aux affaires de M. Hodgkinson, qui n'était pas, selon eux, dans une position de vulnérabilité. En effet, même si M. Simms a formulé une recommandation, la décision d'aller de l'avant avec le placement a été prise par M. Hodgkinson (*ibid* aux pp 471-73). Pourtant, ce raisonnement ne tient pas compte du fait que M. Hodgkinson était un parfait néophyte quant aux abris fiscaux et qu'il avait confiance que M. Simms lui donnerait un avis impartial et lui recommanderait un placement approprié.

159 2009 CSC 48 [*Galambos*] («le droit des fiducies s'intéresse plus à la position respective des parties résultant de la relation qui donne lieu à l'obligation fiduciaire qu'à leurs positions respectives avant le début de cette relation» [italiques dans l'original] au para 68).

160 *Hodgkinson*, *supra* note 157 à la p 439.

161 *Ibid* aux pp 421, 453-54.

162 En fait, le concept de *fiducial* a désormais une portée si large dans ce pays que Sir Anthony Mason, ancien juge en chef de l'Australie, aurait affirmé que «les Canadiens se divisent en trois groupes: ceux qui ont des obligations fiduciaires, ceux à qui des obligations fiduciaires sont dues et les juges qui créent sans cesse de nouvelles obligations fiduciaires!» [notre traduction]. *A(C) v Critchley* (1998), 60 BCLR (3^e) 92, 166 DLR (4^e) 475 au para 74.

Hogg¹⁶³—avec le concours d'une de ses étudiantes de la Faculté de droit Osgoode Hall—Allison Bushell. L'article conteste une objection répandue à la légitimité du contrôle judiciaire des lois au regard de la *Charte*¹⁶⁴. L'objection repose sur l'hypothèse qu'il est antidémocratique que des juges qui ne sont ni élus ni tenus de rendre des comptes soient investis du pouvoir d'invalider des lois adoptées par les représentants élus des citoyens¹⁶⁵.

Pour réfuter cette objection, l'article adopte le point de vue que «le contrôle judiciaire fait partie d'un “dialogue” entre les juges, d'une part, et les législatures, d'autre part» [notre traduction]¹⁶⁶. Un dialogue est possible chaque fois qu'une législature peut infirmer, modifier ou écarter une décision judiciaire qui invalide une loi sur le fondement de la *Charte*. Ce dialogue tire son origine de la structure même de la Constitution, notamment des clauses dérogatoire (article 33) et limitative (article 1) de la *Charte*¹⁶⁷. En effet, suivant la clause dérogatoire, une législature peut adopter de nouveau une loi qui a été invalidée par les tribunaux—sans même la modifier—pour en maintenir l'effet juridique¹⁶⁸. Bien que la clause dérogatoire soit assujettie à certaines limites¹⁶⁹, elle permet aux législatures d'avoir le dernier mot

163 L'ouvrage fondamental du professeur Hogg, *Constitutional Law of Canada*, est le livre le plus cité de l'histoire de la CSC. Voir Elizabeth Raymer, «Renowned Legal Scholar and Lawyer Peter Hogg Dead at 80» (6 février 2020), en ligne: *Canadian Lawyer* <www.canadianlawyer.com/news/general/renowned-legal-scholar-and-lawyer-peter-hogg-dead-at-80/325955>. Cet ouvrage du professeur Hogg a été cité dans 196 arrêts de la CSC. Chercher Hogg /p «Constitutional Law of Canada», entre le 8 avril 1875 et le 16 avril 2021, dans «Decisions and Resources», en ligne: *Supreme Court of Canada* (Decisia by Lexum) <scc-csc.lexum.com/scc-csc/en/nav.do> (la recherche a été effectuée le 16 mai 2022 dans le moteur de recherche anglais).

164 Hogg et Bushell, *supra* note 98 à la p 77.

165 *Ibid.*

166 *Ibid* à la p 79.

167 *Ibid* aux pp 82–91; *Charte*, *supra* note 57, arts 33, 1. En plus des clauses dérogatoire (article 33) et limitative (article 1), les auteurs soulignent que les dispositions de la *Charte*, qui établissent des droits relatifs (articles 7, 8, 9 et 12) et qui protègent le droit à l'égalité (article 15), ouvrent également la voie à une réponse législative en cas de déclaration judiciaire d'invalidité. Voir Hogg et Bushell, *supra* note 98 aux pp 82–91.

168 Par exemple, en réponse à la décision de la CSC dans *Ford c Québec (PG)*, [1988] 2 RCS 712, 54 DLR (4^e) 577 [*Ford*], qui a invalidé des dispositions clés de la *Charte de la langue française*, LRQ, c C-11, la Législature du Québec a adopté de nouveau les dispositions contestées et invoqué la clause dérogatoire pour éviter d'autres contestations juridiques. Voir *Loi modifiant la Charte de la langue française*, LQ 1988, c 54, art 10. La dérogation est devenue caduque cinq ans plus tard et n'a pas été renouvelée.

169 Une déclaration faite conformément à l'article 33 est valide durant une période de cinq ans et ne peut être utilisée que de manière prospective pour déroger aux articles 2 ainsi que 7 à 15 de la *Charte*. Voir *Charte*, *supra* note 57 aux arts 33(1), 33(3); *Ford*, *supra* note 168 aux pp 743–45.

quant aux politiques publiques. La clause limitative est moins draconienne que la clause dérogoire: elle permet au législateur de restreindre des droits—dans la mesure où cette restriction est raisonnable, prescrite par la loi et justifiable dans une société libre et démocratique—plutôt que de simplement ne pas en tenir compte¹⁷⁰. La clause limitative permet donc à une législature d'adopter une nouvelle loi visant le même objectif que celle qui a été invalidée, mais d'une manière qui est plus respectueuse de la *Charte*¹⁷¹. En appui à leur théorie, les auteurs Hogg et Bushell se fondent sur une étude empirique de 66 décisions dans lesquelles les tribunaux ont invalidé une disposition législative pour des motifs fondés sur la *Charte*. Or, le législateur a répondu à 80 % des décisions en adoptant une nouvelle loi¹⁷². Les auteurs ont conclu que «les critiques de la *Charte* fondées sur la légitimité démocratique ne sauraient être retenues» et ont souligné que «[l]e contrôle judiciaire est [...] le début d'un dialogue sur la meilleure façon de concilier les valeurs individualistes inscrites dans la *Charte* avec les politiques sociales et économiques adoptées au profit de la collectivité dans son ensemble» [notre traduction]¹⁷³.

170 Le critère pour déterminer si une atteinte aux droits protégés par la *Charte* peut être justifiée a été énoncé dans l'arrêt *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103 aux pp 138–40, 26 DLR (4^e) 200. En résumé, pour qu'une restriction soit justifiée au sens de la clause limitative, la disposition contestée doit viser un objectif important, avoir un lien rationnel avec l'objectif et porter le moins possible atteinte aux droits protégés par la *Charte*. De plus, les effets positifs de la disposition contestée doivent compenser les effets négatifs de l'atteinte.

171 Les auteurs ont résumé la dynamique de la façon suivante: «(1) la loi porte atteinte à un droit protégé par la *Charte*; (2) la loi poursuit un objectif important; et (3) l'atteinte au droit protégé par la *Charte* était plus importante que ce qui était nécessaire pour atteindre l'objectif de la loi. Dans chaque cas, l'invalidité de la loi pouvait être corrigée par l'adoption d'une nouvelle loi plus respectueuse du droit protégé par la *Charte* tout en atteignant substantiellement l'objectif poursuivi» [notre traduction]. Hogg et Bushell, *supra* note 98 à la p 87.

172 Hogg et Bushell, *supra* note 98 à la p 97. Dans un article subséquent, les auteurs ont recensé 23 causes additionnelles et ont noté que près de 61 % d'entre elles ont suscité une réponse du législateur. Voir Peter W Hogg, Allison A Bushell Thornton et Wade K Wright, «*Charter Dialogue Revisited— Or “Much Ado About Metaphors”*» (2007) 45:1 Osgoode Hall LJ 1 à la p 51.

173 Hogg et Bushell, *supra* note 98 à la p 105. Malgré tout, les auteurs reconnaissent qu'il y a place à débat quant à ce qui peut être qualifié de *dialogue* (*ibid* à la p 98) et que, dans des circonstances exceptionnelles (par exemple, lorsque la clause limitative ne s'applique pas, lorsque l'objectif de la loi est inconstitutionnel ou lorsque le contexte politique empêche l'action législative), il arrive qu'il soit impossible de répondre par voie législative à l'invalidation d'une loi par les tribunaux (voir *ibid* aux pp 92–96).

L'article a donné lieu à une abondante littérature sur ce qu'on appelle désormais la *théorie du dialogue*, que certains juristes ont appuyée¹⁷⁴ et que d'autres ont critiquée pour diverses raisons¹⁷⁵. Les auteurs Hogg et Bushell ont également pris part au débat sur la théorie du dialogue dans des articles parus ultérieurement¹⁷⁶. La CSC a cité l'article dans six arrêts rendus entre 1998 et 2002: (1) à l'appui de la légitimité du contrôle judiciaire; (2) pour justifier le recours à des mesures de réparation spécifiques en présence de textes législatifs inconstitutionnels; (3) pour fixer le degré d'examen approprié lors de l'évaluation des réponses législatives. La CSC a invoqué l'article pour la première fois dans l'arrêt *Vriend c Alberta*, à l'issue duquel elle a conclu que la législation de l'Alberta en matière de droits de la personne portait atteinte au droit à l'égalité garanti par l'article 15 de la *Charte* parce que sa portée était trop limitée: elle n'interdisait pas la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle¹⁷⁷. Comme mesure de réparation, une majorité de sept juges contre un a décidé d'interpréter largement la liste de motifs de discrimination illicites figurant dans la loi de manière à y inclure l'orientation sexuelle, et ce, même si la législature avait omis intentionnellement ce motif¹⁷⁸. Au nom des juges majoritaires, le juge Frank Iacobucci a cité l'article des auteurs Hogg et Bushell pour justifier la réparation controversée imposée par la CSC. Il a affirmé que le terme *dialogue* décrit bien la relation entre les tribunaux et les législatures et qu'une décision judiciaire ne met pas fin à

174 Voir notamment Kent Roach, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, éd révisée, Toronto, Irwin Law, 2016; Kent Roach, «Sharpening the Dialogue Debate: The Next Decade of Scholarship» (2007) 45:1 Osgoode Hall LJ 169; Kent Roach, «Dialogic Judicial Review and its Critics» (2004) 23 SCLR (2^e) 49.

175 Voir notamment Christopher P Manfredi, *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, 2^e éd, Don Mills (Ont), Oxford University Press, 2001; Christopher P Manfredi et James B Kelly, «Dialogue, Deference and Restraint: Judicial Independence and Trial Procedures» (2001) 64:2 Sask L Rev 323; FL Morton et Rainer Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party*, Peterborough (Ont), Broadview Press, 2000; Christopher P Manfredi et James B Kelly, «Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell» (1999) 37:3 Osgoode Hall LJ 513. Pour une critique par la gauche du spectre politique, voir Andrew Petter, «Twenty Years of *Charter* Justification: From Liberal Legalism to Dubious Dialogue» (2003) 52 RD UNB 187; Andrew Petter, *The Politics of the Charter: The Illusive Promise of Constitutional Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 2010.

176 Voir notamment Hogg, Bushell Thornton et Wright, *supra* note 172; Peter W Hogg et Allison A Thornton, «Reply to "Six Degrees of Dialogue"» (1999) 37:3 Osgoode Hall LJ 529.

177 [1998] 1 RCS 493 aux para 127–28, 156 DLR (4^e) 385 [*Vriend*]; *Charte*, *supra* note 57, art 15.

178 *Vriend*, *supra* note 177 au para 179.

la discussion¹⁷⁹. Dans ce cas, le législateur conservait le « dernier mot », parce qu'il pouvait outrepasser la décision de la CSC en vertu de l'article 33 de la *Charte*, la « "garantie parlementaire" par excellence »¹⁸⁰. Dans un autre arrêt controversé relatif aux relations entre les personnes de même sexe, *M c H*, le juge Michel Bastarache, dans des motifs concurrents, a cité les auteurs Hogg et Bushell au soutien de la légitimité du contrôle judiciaire, en soulignant qu'il fait partie du dialogue entre les tribunaux et les législatures et ne constitue pas « un veto opposable aux choix politiques de la nation »¹⁸¹.

Dans l'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c Canada (Ministre de la Justice)*, la CSC devait décider si des dispositions de la législation fédérale sur les douanes, interdisant l'importation de marchandises obscènes, portaient atteinte notamment au droit à l'égalité (article 15), parce qu'elles étaient appliquées avec plus de zèle aux livres et aux magazines au contenu homosexuel¹⁸². Bien que la CSC ait tranché que les douaniers avaient enfreint le droit à l'égalité, les juges ne se sont pas entendus sur la réparation appropriée¹⁸³. Le juge Ian Binnie, au nom des juges majoritaires, a conclu que c'est la façon dont les douaniers avaient exercé leur pouvoir discrétionnaire dans l'application de la législation sur les douanes qui était problématique. Suivant son interprétation, les dispositions contestées ne prévoyaient pas de différence de traitement entre le matériel érotique hétérosexuel et homosexuel¹⁸⁴. En revanche, le juge Iacobucci, au nom des juges dissidents, a conclu que la CSC devait invalider les dispositions contestées, puisqu'il fallait les rédiger à nouveau en vue de donner des

179 *Ibid* au para 138:

[L]a *Charte* a suscité une interaction plus dynamique entre les organes du gouvernement, que d'aucuns ont qualifiée, à juste titre, de « dialogue » [...]. En examinant la validité constitutionnelle de textes de loi ou de décisions de l'exécutif, les tribunaux parlent au législatif et à l'exécutif. [...] [L]a plupart des dispositions législatives qui n'ont pas résisté à un examen constitutionnel ont été suivies de nouvelles dispositions visant des objectifs similaires [...]. Le législateur, de cette façon, répond aux tribunaux, d'où l'analogie du dialogue entre les différents organes du gouvernement [références omises].

180 *Ibid* aux para 137, 178. Sans surprise, la décision de la CSC a donné lieu à un vif débat quant à l'utilisation de la clause dérogatoire, mais, en définitive, le législateur albertain a fait preuve de sagesse et décidé de ne pas y recourir parce que l'opinion publique n'était pas favorable à cette option. Voir Hogg, Bushell Thornton et Wright, *supra* note 172 aux pp 9, 42.

181 [1999] 2 RCS 3 au para 328, 171 DLR (4^e) 577 [*M c H*], citant Hogg et Bushell, *supra* note 98 à la p 105.

182 2000 CSC 69 au para 35 [*Little Sisters Book*].

183 *Ibid* aux para 108–25.

184 *Ibid* au para 125.

directives plus claires aux douaniers¹⁸⁵. À cet effet, il a cité un extrait de l'article des auteurs Hogg et Bushell pour faire valoir que l'invalidation des dispositions favoriserait le dialogue et encouragerait le Parlement à traiter de la question en adoptant de nouvelles dispositions législatives¹⁸⁶. Autrement dit, lorsqu'une loi comporte des lacunes sur le plan constitutionnel, il appartient aux législatures—et non aux tribunaux—d'y remédier. À ce chapitre, dans l'arrêt *Corbiere c Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, la juge Claire L'Heureux-Dubé, dans des motifs concurrents, s'est fondée sur l'article des auteurs Hogg et Bushell pour défendre la suspension de la déclaration d'invalidité afin de donner le temps au législateur de consulter les parties prenantes et de décider comment résoudre le problème constitutionnel en cause¹⁸⁷.

Les deux derniers arrêts—*R c Mills*¹⁸⁸ et *Sauvé c Canada (Directeur général des élections)*¹⁸⁹—offrent des illustrations du dialogue en jeu entre les tribunaux et les législatures. Dans l'arrêt *Mills*, la CSC a examiné la constitutionnalité d'un nouveau régime législatif régissant la communication à l'accusé des dossiers privés de la plaignante (comme ses dossiers thérapeutiques) dans le cadre de procès pour agression sexuelle¹⁹⁰. Dans une cause antérieure, *R c O'Connor*, la CSC avait reconnu que l'omission de communiquer de tels dossiers pouvait porter atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et pouvait justifier un arrêt des procédures¹⁹¹. La CSC avait toutefois été divisée quant à l'approche à adopter pour établir le bon équilibre entre le droit de l'accusé à une défense pleine et entière (article 7) et le droit de la plaignante à la vie privée (article 8) et à l'égalité (article 15) en application de la *Charte*. Le nouveau régime législatif adopté par le Parlement dans la foulée de l'arrêt *O'Connor* s'apparentait davantage à l'approche des juges dissidents qu'à celle des juges majoritaires. Malgré tout, dans l'arrêt *Mills*, la CSC a confirmé la validité du nouveau régime, à sept juges contre un. En s'appuyant sur la théorie du dialogue, les juges majoritaires ont conclu que la Cour devait s'en remettre au jugement du Parlement «pour tracer la ligne entre des droits opposés» [notre traduction; italiques omis]¹⁹². Les juges majoritaires dans l'arrêt *O'Connor*, qui

185 *Ibid* au para 270.

186 *Ibid* au para 268.

187 [1999] 2 RCS 203 au para 116, 173 DLR (4^e) 1 [*Corbiere*].

188 [1999] 3 RCS 668, 180 DLR (4^e) 1 [*Mills*].

189 2002 CSC 68 [*Sauvé*].

190 *Mills*, *supra* note 188 au para 17.

191 [1995] 4 RCS 411, 130 DLR (4^e) 235 [*O'Connor*].

192 Hogg, Bushell Thornton et Wright, *supra* note 172 à la p 21; *Mills*, *supra* note 188 au para 57.

avaient énoncé une solution spécifique pour régler la question en appliquant des règles de common law, n'ont pas eu le dernier mot sur le sujet; le Parlement était libre d'adopter une solution différente¹⁹³.

De même, dans l'arrêt *Sauvé*, la CSC a examiné une deuxième tentative par le Parlement de rendre les personnes détenues inhabiles à voter. Dans une décision rendue neuf ans plus tôt, la CSC avait invalidé une disposition de la loi fédérale sur les élections qui privait tous les prisonniers de leur droit de voter, jugeant qu'il s'agissait d'une atteinte injustifiée au droit de vote garanti par l'article 3 de la *Charte*¹⁹⁴. Par suite de cette contestation, le Parlement avait prévu dans la loi une disqualification plus restreinte pour atteindre le même objectif: seuls les prisonniers qui purgent une peine de deux ans ou plus étaient désignés inhabiles à voter. Lorsque la nouvelle disposition a été contestée, la CSC a été divisée à cinq juges contre quatre: tous les juges s'entendaient pour dire que la disposition violait l'article 3, mais ils divergeaient d'opinion sur la question de savoir si l'atteinte était justifiée au regard de l'article premier. Le juge Charles Gonthier, au nom des juges dissidents, a évoqué le concept de *dialogue* pour étayer la position que les tribunaux devraient s'en remettre au jugement du Parlement afin de déterminer ce qui constitue une atteinte raisonnable au droit de vote, en particulier lorsqu'une telle restriction est adoptée en réponse à une décision judiciaire antérieure. Autrement dit, la CSC «[devrait laisser] le dernier mot [...] au Parlement»¹⁹⁵. En revanche, la juge en chef McLachlin, au nom des juges majoritaires, a conclu que les restrictions au droit de vote, un droit crucial dans une démocratie régie par la primauté du droit, «exigent non pas une retenue judiciaire, mais un examen approfondi»¹⁹⁶. En définitive, elle a invalidé la nouvelle disposition parce que, selon elle, l'objectif législatif était vicié¹⁹⁷.

193 *Supra* note 191 au para 133.

194 *Sauvé c Canada (PG)*, [1993] 2 RCS 438, 64 OAC 124.

195 *Sauvé, supra* note 189 au para 104:

[L]a métaphore du dialogue signifie que ni les tribunaux ni le Parlement n'ont le monopole de la détermination des valeurs. [...] [En conséquence,] lorsque le législateur, après une analyse complète et rigoureuse fondée sur l'article premier, a convaincu le tribunal qu'il a apporté à un droit une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, le «dialogue» prend fin; les tribunaux reconnaissent que le dernier mot appartient au Parlement et ne substituent pas leur choix aux choix raisonnables du législateur.

196 *Ibid* au para 9.

197 *Ibid* au para 26.

Même si l'arrêt *Sauvé* a été la dernière décision de la CSC à citer l'article des auteurs Hogg et Bushell¹⁹⁸, la dynamique du dialogue qu'ils ont observé de manière empirique reste intacte: les législatures répondent habituellement aux décisions judiciaires qui invalident des dispositions législatives et, ce faisant, elles examinent attentivement les conseils prodigués par les tribunaux¹⁹⁹. Même si l'article traitait d'un sujet d'intérêt général et que cela a assurément contribué à sa popularité, c'est la thèse convaincante des auteurs et le concept de *dialogue* qu'ils ont créé (ou, à tout le moins, popularisé) qui l'ont rendu extrêmement influent non seulement auprès des juges, mais aussi auprès des autres juristes et des politologues.

* * *

Les trois articles les plus cités par la CSC ont manifestement exercé une grande influence sur l'évolution du droit canadien. Cependant, il serait téméraire de prétendre que l'un d'entre eux a eu une incidence plus importante que les autres. Certes, si on met l'accent uniquement sur les citations par la CSC, l'article du professeur Abel l'emporte nettement. En revanche, si l'on tient compte des citations par les tribunaux de juridictions inférieures et les autres auteurs, les résultats sont différents. En effet, l'article du professeur Abel a été cité dans quatre décisions de tribunaux d'instances inférieures²⁰⁰ et dans 35 articles²⁰¹. En comparaison, l'article du

198 Notez, toutefois, que leur article subséquent—Hogg, Bushell Thornton et Wright, *supra* note 172— a été cité dans deux autres arrêts de la CSC: *Canada (PG) c JTI-Macdonald Corp*, 2007 CSC 30 au para 11 [*JTI-Macdonald*] et *Ontario (PG) c Fraser*, 2011 CSC 20 au para 282. En outre, la CSC a parfois fait référence à la théorie du dialogue sans citer l'article des auteurs Hogg et Bushell, ce qui donne à penser que leur écrit fait l'objet d'une certaine forme d'oblitération (voir le texte correspondant à la note 18, ci-dessus). Voir *Bell ExpressVu Limited Partnership c Rex*, 2002 CSC 42 aux para 65–66; *R c Hall*, 2002 CSC 64 aux para 43, 123–28; *Doucet-Boudreau c Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62 aux para 35, 53.

199 Voir, par exemple, *Carter c Canada (PG)*, 2015 CSC 5 et ce qui en a découlé.

200 Au total, l'article du professeur Abel a été cité dans 12 décisions judiciaires canadiennes: huit fois par la CSC, une fois par une cour d'appel et trois fois par des cours de première instance. Chercher Abel /p «The Neglected Logic of 91 and 92», entre le 8 avril 1875 et le 16 avril 2021 dans «Search all databases», en ligne: *CanLII* (by Lexum) <www.canlii.org/en> (la recherche a été effectuée le 16 mai 2022 dans le moteur de recherche anglais).

201 Cette recherche a été menée en utilisant la méthode de comptabilisation des citations par les périodiques. Voici la méthodologie utilisée: (1) à partir de la page d'accueil de HeinOnline, sous la rubrique «Browse Databases By Name», cliquer sur «Law Journal Library»; (2) dans la barre de recherche au haut de la page, taper Abel /p «The Neglected Logic of 91 and 92»; (3) sur le côté gauche de la page, sous l'onglet «Date», taper «1875 à 2021»; (4) sur le côté gauche de la page, sous l'onglet «Section Type», cliquer sur «Articles», «Comments», «Notes» et «Reviews»; et (5) soustraire un du nombre total pour exclure l'article original du professeur Abel. Les résultats de la recherche sont à jour au 16 mai 2022.

professeur Weinrib a été cité dans 69 décisions de tribunaux d'instances inférieures²⁰² et dans 269 articles²⁰³, tandis que celui des auteurs Hogg et Bushell a été cité dans 11 décisions de tribunaux d'instances inférieures²⁰⁴ et dans 386 articles²⁰⁵. L'article du professeur Weinrib arrive donc en tête pour les citations par les tribunaux, tandis que celui des auteurs Hogg et Bushell est premier en ce qui a trait aux citations dans des articles. Dans l'ensemble, l'article du professeur Weinrib semble être le véritable champion, puisqu'il se classe avantageusement dans toutes les catégories.

Un observateur perspicace noterait aussi que les trois auteurs principaux ont tous été formés dans des universités réputées (ils ont tous fréquenté notamment la Faculté de droit de l'Université Harvard), ont enseigné dans des facultés de droit reconnues situées dans la plus grande métropole canadienne (deux à l'Université de Toronto et un à Osgoode Hall) et ont publié dans des revues associées à leur faculté de droit (deux dans le *University of Toronto Law Journal* et un dans le *Osgoode Hall Law Journal*). De plus, tous les articles ont été rédigés en anglais et, sauf l'article

202 Au total, l'article du professeur Weinrib a été cité dans 76 décisions judiciaires canadiennes: sept fois par la CSC, 11 fois par des cours d'appel, 56 fois par des cours de première instance et deux fois par des tribunaux administratifs. Chercher Weinrib /p «The Fiduciary Obligation», entre le 8 avril 1875 et le 16 avril 2021 dans «Search all databases», en ligne: *CanLII* (by Lexum) <www.canlii.org/en/> (la recherche a été effectuée le 16 mai 2022 dans le moteur de recherche anglais).

203 Cette recherche a été menée en utilisant la méthode de comptabilisation des citations par les périodiques. Voici la méthodologie utilisée: (1) à partir de la page d'accueil de HeinOnline, sous la rubrique «Browse Databases By Name», cliquer sur «Law Journal Library»; (2) dans la barre de recherche au haut de la page, taper Weinrib /p «The Fiduciary Obligation»; (3) sur le côté gauche de la page, sous l'onglet «Date», taper «1875 à 2021»; (4) sur le côté gauche de la page, sous l'onglet «Section Type», cliquer sur «Articles», «Comments», «Notes» et «Reviews»; et (5) soustraire un du nombre total pour exclure l'article original du professeur Weinrib. Les résultats de la recherche sont à jour au 16 mai 2022.

204 Au total, l'article des auteurs Hogg et Bushell a été cité dans 17 décisions judiciaires canadiennes: six fois par la CSC, cinq fois par des cours d'appel et six fois par des cours de première instance. Chercher Hogg /p «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures», entre le 8 avril 1875 et le 16 avril 2021 dans «Search all databases», en ligne: *CanLII* (by Lexum) <www.canlii.org/en/> (la recherche a été effectuée le 16 mai 2022 dans le moteur de recherche anglais).

205 Cette recherche a été menée en utilisant la méthode de comptabilisation des citations par les périodiques. Voici la méthodologie utilisée: (1) à partir de la page d'accueil de HeinOnline, sous la rubrique «Browse Databases By Name», cliquer sur «Law Journal Library»; (2) dans la barre de recherche au haut de la page, taper Hogg /p «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures»; (3) sur le côté gauche de la page, sous l'onglet «Date», taper «1875 à 2021»; (4) sur le côté gauche de la page, sous l'onglet «Section Type», cliquer sur «Articles», «Comments», «Notes» et «Reviews»; et (5) soustraire un du nombre total pour exclure l'article original des auteurs Hogg et Bushell. Les résultats de la recherche sont à jour au 16 mai 2022.

du professeur Weinrib, traitaient de droit constitutionnel, un sujet d'intérêt général. De fait, même l'article du professeur Weinrib a un lien avec le droit constitutionnel, puisqu'il a été cité par la CSC en appui à la reconnaissance de l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones. En conséquence, les trois articles les plus cités sont des exemples du type de travaux savants que la CSC est le plus portée à citer.

IV. CONCLUSION

La présente étude visait deux objectifs: (1) répertorier les méthodes qui peuvent être utilisées pour mesurer l'incidence (ou l'influence) des travaux savants; et (2) déterminer quelles revues et quels articles juridiques ont été les plus cités par la CSC depuis sa création. Premièrement, la présente étude révèle que les juristes ont recours à trois méthodes pour dresser des listes de travaux importants: la méthode de comptabilisation des citations par les périodiques, la méthode de comptabilisation des citations par les tribunaux et la méthode de l'évaluation par les pairs. Les deux premières méthodes sont quantitatives et plutôt objectives, tandis que la troisième est qualitative et plutôt subjective. Le choix de la méthode dépend de l'objectif de la recherche qui est menée: la méthode de comptabilisation des citations par les périodiques est utile pour évaluer l'influence des articles sur la recherche juridique; la méthode de comptabilisation des citations par les tribunaux peut être appliquée pour mesurer les retombées des articles sur l'évolution du droit; et la méthode de l'évaluation par les pairs peut servir à repérer les travaux importants dans des domaines et des ressorts spécifiques selon l'avis de certains experts. Deuxièmement, en ayant recours à la méthode de comptabilisation des citations par les tribunaux, la présente étude démontre que deux revues de droit (parmi les revues de droit généralistes avec comité de lecture, affiliées à une université canadienne et créées au plus tard en 1982)—la *Revue de droit de McGill* et le *University of Toronto Law Journal*—ainsi que 39 articles sortent du lot. Ces articles ont des caractéristiques communes: ils ont été rédigés pour la plupart en anglais, par des professeurs de droit masculins titulaires de diplômes de facultés de droit réputées, et traitent de questions pressantes de droit constitutionnel avant le début du nouveau millénaire. Bien que ces renseignements jettent un éclairage précieux sur ce qui a influencé la CSC à ce jour, il est probable, voire souhaité, que le profil des auteurs cités par la CSC à l'avenir sera plus représentatif des facultés de droit canadiennes d'aujourd'hui, qui sont de plus en plus diversifiées.

TABLEAU 1 — LES REVUES DE DROIT LES PLUS CITÉES PAR LA CSC²⁰⁶

Rang	Nom	Fondation	Citations
1 ^{er}	Revue de droit de McGill	1952	150 ²⁰⁷
2 ^e	University of Toronto Law Journal	1935	100 ²⁰⁸
3 ^e	Queen's Law Journal	1971	86 ²⁰⁹
4 ^e	Alberta Law Review	1955	82 ²¹⁰
5 ^e	UBC Law Review	1959	71 ²¹¹
6 ^e	Osgoode Hall Law Journal	1958	70 ²¹²

- 206 Le tableau 1 recense les revues de droit généralistes avec comité de lecture, affiliées à une université canadienne et créées au plus tard en 1982, les plus citées dans les arrêts de la CSC entre le 8 avril 1875 et le 16 avril 2021, selon la version anglaise de la base de données Lexum. Les résultats de la recherche sont à jour au 16 mai 2022.
- 207 Le *McGill Law Journal* a été cité dans 150 arrêts. Il a été cité comme le «McGill LJ» dans 145 arrêts, le «McGill Law Journal» dans deux arrêts (un arrêt a cité le «McGill LJ» et le «McGill Law Journal», mais n'a été compté qu'une fois sous «McGill LJ»: *Martineau c Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 RCS 602, 106 DLR (3^e) 385 [*Martineau*]), le «McGill L J» dans un arrêt (un arrêt a cité le «McGill LJ» et le «McGill Law Journal», mais n'a été compté qu'une fois sous «McGill LJ»: *McKinney c Université de Guelph*, [1990] 3 RCS 229, 76 DLR (4^e) 545 [*McKinney*]), le «McGill L Jo» dans un arrêt et la «RD McGill» dans un arrêt.
- 208 Le *University of Toronto Law Journal* a été cité dans 100 arrêts. Il a été cité comme le «UTLJ» dans 87 arrêts, le «U of T LJ» dans huit arrêts (un arrêt a cité le «UTLJ» et le «U of T LJ», mais n'a été compté qu'une fois sous «UTLJ»: *Lac Minerals, supra* note 153), le «Univ of Tor LJ» dans trois arrêts (un arrêt a cité le «UTLJ» et le «Univ of T LJ», mais n'a été compté qu'une fois sous «UTLJ»: *Martineau, supra* note 207), le «U of T Law Journal» dans un arrêt et le «University of Toronto Law Journal» dans un arrêt.
- 209 Le *Queen's Law Journal* a été cité dans 86 arrêts. Il a été cité comme le «Queen's LJ» dans 84 arrêts (deux arrêts ont cité le «Queen's LJ» et le «Queen's L J», mais n'ont été comptés qu'une fois sous «Queen's LJ»: *R c Chaulk*, [1990] 3 RCS 1303, 62 CCC (3^e) 193 [*Chaulk*] et *Ramsden c Peterborough (Ville de)*, [1993] 2 RCS 1084, 106 DLR (4^e) 233) et le «Queens LJ» dans deux arrêts.
- 210 La *Alberta Law Review* a été citée dans 82 arrêts. Elle a été citée comme la «Alta L Rev» dans 78 arrêts, la «Alberta Law Review» dans trois arrêts et la «Alta Law Rev» dans un arrêt.
- 211 La *UBC Law Review* a été citée dans 71 arrêts. Elle a été citée comme la «UBC L Rev» dans 62 arrêts, la «UBC Law Rev» dans cinq arrêts, la «UBCL Rev» dans trois arrêts (deux arrêts ont cité la «UBC L Rev» et la «UBCL Rev», mais n'ont été comptés qu'une fois sous «UBC L Rev»: *Quebec (PG) c Moses*, 2010 CSC 17 [*Moses*] et *R c Ahmad*, 2020 CSC 11) et la «UBC Law Review» dans un arrêt (deux autres arrêts ont cité la «UBC Law Review», mais ils n'ont pas été comptés parce qu'ils faisaient référence à des chapitres de livres plutôt qu'à des articles: *Société Radio-Canada c Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 RCS 157, 121 DLR (4^e) 385 et *STT c British Columbia Telephone Co*, [1988] 2 RCS 564, 54 DLR (4^e) 385).
- 212 Le *Osgoode Hall Law Journal* a été cité dans 70 arrêts. Il a été cité comme le «Osgoode Hall LJ» dans 67 arrêts, le «Osgoode Hall Law Journal» dans deux arrêts et le «OHLJ» dans un arrêt.

Rang	Nom	Fondation	Citations
7 ^e	Revue de droit d'Ottawa	1966	62 ²¹³
8 ^e	Cahiers de droit	1954	58 ²¹⁴
9 ^e	Revue juridique Thémis	1951	50 ²¹⁵
10 ^e	Manitoba Law Journal	1962	46 ²¹⁶
11 ^e	Revue générale de droit	1970	45 ²¹⁷
12 ^e	Dalhousie Law Journal	1973	41 ²¹⁸
13 ^e	Saskatchewan Law Review	1936	33 ²¹⁹
14 ^e	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke	1970	30 ²²⁰
15 ^e	Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick	1947	21 ²²¹
16 ^e	Windsor Yearbook of Access to Justice	1979	10 ²²²

- 213 La *Revue de droit d'Ottawa* a été citée dans 62 arrêts. Elle a été citée comme la «Ottawa L Rev» dans 54 arrêts, la «Ottawa LR» dans trois arrêts (un arrêt a cité la «Ottawa L Rev» et le «Ottawa LR», mais n'a été compté qu'une fois sous «Ottawa L Rev»: *R c Smith*, [1987] 1 RCS 1045, 40 DLR (4^e) 435), la «Ottawa Law Rev» dans deux arrêts, la «Ott LR» dans un arrêt, la «Ott L Rev» dans un arrêt et la «U Ott LR» dans un arrêt.
- 214 Les *Cahiers de droit* ont été cités dans 58 arrêts comme les «C de D». Les résultats excluent une décision judiciaire qui a été réimprimée dans les *Cahiers de droit* et citée dans l'arrêt *Aubry c Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 RCS 591, 157 DLR (4^e) 577 [*Aubry*].
- 215 La *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal* a été citée dans 50 arrêts. Elle a été citée comme la «RJT» dans 48 arrêts et la «RJTUM» dans deux arrêts.
- 216 Le *Manitoba Law Journal* a été cité dans 46 arrêts. Il a été cité comme le «Man LJ» dans 43 arrêts et le «Man L J» dans trois arrêts (un arrêt a cité le «Man LJ» et le «Man L J», mais n'a été compté qu'une fois sous «Man LJ»: *Société des Acadiens c Association of Parents*, [1986] 1 RCS 549, 27 DLR (4^e) 406).
- 217 La *Revue générale de droit* a été citée dans 45 arrêts. Elle a été citée comme la «RGD» dans 44 arrêts et la «Revue générale de droit» dans un arrêt. Les résultats excluent une décision judiciaire qui a été réimprimée dans la *Revue générale de droit* et citée dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 RCS 721, 19 DLR (4^e) 1.
- 218 Le *Dalhousie Law Journal* a été cité dans 41 arrêts. Il a été cité comme le «Dalhousie LJ» dans 23 arrêts, le «Dal LJ» dans 17 arrêts (un arrêt a cité le «Dalhousie LJ» et le «Dal LJ», mais n'a été compté qu'une fois sous «Dalhousie LJ»: *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution*, *supra* note 125) et le «Dal L J» dans un arrêt.
- 219 La *Saskatchewan Law Review* a été citée dans 33 arrêts. Elle a été citée comme la «Sask L Rev» dans 30 arrêts et la «Sask Law Rev» dans trois arrêts.
- 220 La *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* a été citée dans 30 arrêts comme la «RDUS».
- 221 Le *University of New Brunswick Law Journal* a été cité dans 21 arrêts. Il a été cité comme le «UNBLJ» dans 20 arrêts et le «UNB LJ» dans un arrêt (un arrêt a cité le «UNBLJ» et le «UNB LJ», mais n'a été compté qu'une fois sous «UNBLJ»: *Prud'homme c Prud'homme*, 2002 CSC 85 [*Prud'homme*]).
- 222 Le *Windsor Yearbook of Access to Justice* a été cité dans dix arrêts comme le «Windsor YB Access Just».

TABLEAU 2 — LES ARTICLES LES PLUS CITÉS PAR LA CSC²²³

Rang	Auteur, titre et référence	Citations	Statut	Sujet
1 ^{er}	Albert S Abel, «The Neglected Logic of 91 and 92» (1969) 19:4 UTLJ 487	8 ²²⁴	Professeur (Toronto)	Droit public (Constitutionnel)
2 ^e	Ernest J Weinrib, «The Fiduciary Obligation» (1975) 25:1 UTLJ 1	7 ²²⁵	Professeur (Toronto)	Droit privé (Fiducies)
3 ^e	Peter W Hogg et Allison A Bushell, «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)» (1997) 35:1 Osgoode Hall LJ 75	6 ²²⁶	Professeur (Osgoode)	Droit public (Constitutionnel)
4 ^e	Jean Leclair, «The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity» (2003) 28:2 Queen's LJ 411	5 ²²⁷	Professeur (Montréal)	Droit public (Constitutionnel)
—	A Anne McLellan et Bruce P Elman, «To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32» (1986) 24:2 Alta L Rev 361	5 ²²⁸	Professeur (Alberta)	Droit public (Constitutionnel)

223 Le tableau 2 recense les articles les plus cités dans les arrêts de la CSC entre le 8 avril 1875 et le 16 avril 2021, parmi ceux publiés dans les revues identifiées au tableau 1, selon la version anglaise de la base de données Lexum. La colonne intitulée «Citations» indique le nombre d'arrêts de la CSC dans lesquels un article a été cité. Pour sa part, la colonne intitulée «Statut» précise le statut professionnel de l'auteur au moment de la rédaction de l'article. Lorsqu'un article a été rédigé par plus d'un auteur, seul le statut professionnel de l'auteur principal a été indiqué. Lorsque l'auteur principal est un professeur, le nom de l'institution où il enseignait au moment de la publication de l'article est aussi précisé. Les résultats de la recherche sont à jour au 16 mai 2022.

224 *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, *supra* note 134; *Morgentaler*, *supra* note 139; *Husky Oil*, *supra* note 139; *Canadian Owners and Pilots Association*, *supra* note 130; *Québec c Canada*, *supra* note 136; *Transport Desgagnés*, *supra* note 135; *Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique*, *supra* note 135; *Revois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution*, *supra* note 125.

225 *Guerin*, *supra* note 146; *Frame*, *supra* note 150; *Lac Minerals*, *supra* note 153; *M(K)*, *supra* note 152; *Hodgkinson*, *supra* note 157; *Wewaykum*, *supra* note 149; *Galambos*, *supra* note 159.

226 *Vriend*, *supra* note 177; *M c H*, *supra* note 181; *Corbiere*, *supra* note 187; *Mills*, *supra* note 188; *Little Sisters Book*, *supra* note 182; *Sauvé*, *supra* note 189.

227 *Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*, 2007 CSC 22 [*Banque canadienne de l'Ouest*]; *Colombie-Britannique (PG) c Lafarge Canada Inc*, 2007 CSC 23; *Québec (PG) c Lacombe*, 2010 CSC 38; *R c Comeau*, 2018 CSC 15; *Revois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution*, *supra* note 125.

228 *SDGMR c Dolphin Delivery Ltd*, [1986] 2 RCS 573, 33 DLR (4^e) 174 [*Dolphin Delivery*]; *McKinney*, *supra* note 207; *New Brunswick Broadcasting Co c Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 RCS 319, 100 DLR (4^e) 212 [*New Brunswick Broadcasting*]; *Hill c Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 RCS 1130, 126 DLR (4^e) 129; *Eldridge c Colombie-Britannique (PG)*, [1997] 3 RCS 624, 151 DLR (4^e) 577.

Rang	Auteur, titre et référence	Citations	Statut	Sujet
—	Louis Perret, «De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec» (1981) 12:1 RGD 121	5 ²²⁹	Professeur (Ottawa)	Droit public (Constitutionnel)
—	Paul C Weiler, «The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism» (1973) 23:3 UTLJ 307	5 ²³⁰	Professeur (Osgoode)	Droit public (Constitutionnel)
8 ^e	Aharon Barak, «Proportional Effect: The Israeli Experience» (2007) 57:2 UTLJ 369	4 ²³¹	Juge	Droit public (Constitutionnel)
—	Nigel Bankes, «Co-Operative Federalism: Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia» (1991) 29:4 Alta L Rev 792	4 ²³²	Professeur (Calgary)	Droit public (Constitutionnel)
—	Jamie Cameron, «The Past, Present, and Future of Expressive Freedom under the Charter» (1997) 35:1 Osgoode Hall LJ 1	4 ²³³	Professeur (Osgoode)	Droit public (Constitutionnel)
—	Gerald Le Dain, «Sir Lyman Duff and the Constitution» (1974) 12:2 Osgoode Hall LJ 261	4 ²³⁴	Professeur (Osgoode)	Droit public (Constitutionnel)

229 *Québec (Curateur public) c Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 RCS 211, 138 DLR (4^e) 577; *Béliveau St-Jacques c Fédération des employées et employés de services publics inc*, [1996] 2 RCS 345, 136 DLR (4^e) 129; *Aubry*, *supra* note 214; *Gauthier c Beaumont*, [1998] 2 RCS 3, 162 DLR (4^e) 1; *Hinse c Canada* (PG), 2015 CSC 35.

230 *Bell Canada c Québec (CSST)*, [1988] 1 RCS 749, 51 DLR (4^e) 161; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î-P-É)*, [1997] 3 RCS 3, 150 DLR (4^e) 577; *R c Demers*, 2004 CSC 46; *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 227; *Saskatchewan (PG) c Lemare Lake Logging Ltd*, 2015 CSC 53.

231 *JTI-Macdonald*, *supra* note 198; *Alberta c Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37 [*Hutterian Brethren*]; *Toronto Star Newspapers Ltd c Canada*, 2010 CSC 21; *R c KRJ*, 2016 CSC 31 [*KRJ*].

232 *Northrop Grumman Overseas Services Corp c Canada* (PG), 2009 CSC 50; *Moses*, *supra* note 211; *Canada (PG) c British Columbia Investment Management Corp*, 2019 CSC 63; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48.

233 *R c Lucas*, [1998] 1 RCS 439, 157 DLR (4^e) 423; *Thomson Newspapers Co c Canada* (PG), [1998] 1 RCS 877, 159 DLR (4^e) 385; *Hutterian Brethren*, *supra* note 231; *KRJ*, *supra* note 231.

234 *Renvoi: Loi anti-inflation*, *supra* note 56; *R c Hauser*, [1979] 1 RCS 984, 98 DLR (3^e) 193; *R c Crown Zellerbach Canada Ltd*, [1988] 1 RCS 401, 49 DLR (4^e) 161 [*Crown Zellerbach*]; *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution*, *supra* note 125.

Rang	Auteur, titre et référence	Citations	Statut	Sujet
—	Anne McGillivray, «Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15» (1990) 19:3 Man LJ 549	4 ²³⁵	Professeur (Manitoba)	Droit public (Criminel)
—	DJ Mullan, «Fairness: The New Natural Justice?» (1975) 25:3 UTLJ 281	4 ²³⁶	Professeur (Queen's)	Droit public (Administratif)
—	Marcia Neave, «Resolving the Dilemma of Difference: A Critique of “The Role of Private Ordering in Family Law”» (1994) 44:1 UTLJ 97	4 ²³⁷	Professeur (Monash)	Droit privé (Famille)
—	Ed Ratushny, «Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?» (1973) 19:1 RD McGill 1	4 ²³⁸	Professeur (Ottawa)	Droit public (Criminel)
—	José Woehrling, «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse» (1998) 43:2 RD McGill 325	4 ²³⁹	Professeur (Montréal)	Droit public (Constitutionnel)
17 ^e	Joost Blom et Elizabeth Edinger, «The Chimera of the Real and Substantial Connection Test» (2005) 38:2 UBC L Rev 373	3 ²⁴⁰	Professeur (UBC)	Droit privé (International privé)

235 R c L (DO), [1993] 4 RCS 419, 85 CCC (3^e) 289; R c Levogiannis, [1993] 4 RCS 475, 85 CCC (3^e) 327; R c R (D), [1996] 2 RCS 291, 136 DLR (4^e) 525; R c Friesen, 2020 CSC 9.

236 Nicholson c Haldimand-Norfolk Regional Police Commissioners, [1979] 1 RCS 311, 88 DLR (3^e) 671; MRN c Coopers and Lybrand, [1979] 1 RCS 495, 92 DLR (3^e) 1; Martineau, supra note 207; Homex Realty c Wyoming, [1980] 2 RCS 1011, 116 DLR (3^e) 1.

237 Willick c Willick, [1994] 3 RCS 670, 119 DLR (4^e) 405; G(L) c B(G), [1995] 3 RCS 370, 127 DLR (4^e) 385; Miglin c Miglin, 2003 CSC 24; Rick c Brandsema, 2009 CSC 10.

238 Marcoux et Solomon c R, [1976] 1 RCS 763, 60 DLR (3^e) 119; Rothman c R, [1981] 1 RCS 640, 121 DLR (3^e) 578; R c Hebert, [1990] 2 RCS 151, 57 CCC (3^e) 1; R c S (RJ), [1995] 1 RCS 451, 121 DLR (4^e) 589.

239 Syndicat Northcrest c Amselem, 2004 CSC 47 [Amselem]; Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c Lafontaine (Village), 2004 CSC 48; Multani c Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, 2006 CSC 6; Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville de), 2015 CSC 16.

240 Club Resorts Ltd c Van Breda, 2012 CSC 17 [Club Resorts]; Lapointe Rosenstein Marchand Melançon SENGRL c Cassels Brock & Blackwell LLP, 2016 CSC 30 [Lapointe]; Haaretz.com c Goldhar, 2018 CSC 28 [Goldhar].

Rang	Auteur, titre et référence	Citations	Statut	Sujet
—	Peter Burns, «Civil Conspiracy: An Unwieldy Vessel Rides a Judicial Tempest» (1982) 16:2 UBC L Rev 229	3 ²⁴¹	Professeur (UBC)	Droit privé (Délits)
—	Pierre Carignan, «La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation» (1986) 20:3 RJT 375	3 ²⁴²	Professeur (Montréal)	Droit public (Constitutionnel)
—	Jean-Gabriel Castel, «The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law» (2007) 52:3 RD McGill 555	3 ²⁴³	Professeur (Osgoode)	Droit privé (International privé)
—	François Chevrette, «La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit» (1987) 21:3 RJT 461	3 ²⁴⁴	Professeur (Montréal)	Droit public (Constitutionnel)
—	Pierre-André Côté, «La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l'Administration québécoise— Commentaire de l'arrêt Laurentide Motels» (1994) 28:2 RJT 411	3 ²⁴⁵	Professeur (Montréal)	Droit public (Administratif)
—	G Ferguson, «A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence» (1989) 14:1 Queen's LJ 135	3 ²⁴⁶	Professeur (Victoria)	Droit public (Criminel)

241 *Cement LaFarge c BC Lightweight Aggregate*, [1983] 1 RCS 452, 145 DLR (3^e) 385; *Frame*, *supra* note 150; *Hunt c Carey Canada Inc*, [1990] 2 RCS 959, 74 DLR (4^e) 321.

242 *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c Québec* (PG), [1989] 1 RCS 377, 57 DLR (4^e) 521; *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué)*, [1993] 2 RCS 511, 105 DLR (4^e) 266; *Adler c Ontario*, [1996] 3 RCS 609, 140 DLR (4^e) 385.

243 *Club Resorts*, *supra* note 240; *Lapointe*, *supra* note 240; *Godhar*, *supra* note 240.

244 *Devine c Québec* (PG), [1988] 2 RCS 790, 55 DLR (4^e) 641; *Aubry*, *supra* note 214; *Amselem*, *supra* note 239. En 1989, cet article a aussi été publié de nouveau sous la forme d'un chapitre de livre, qui a ensuite été cité par la CSC dans l'arrêt *Godbout c Longueuil (Ville de)*, [1997] 3 RCS 844, 152 DLR (4^e) 577. Ce résultat n'a pas été compté pour la préparation du tableau 2.

245 *Doré c Verdun (Ville de)*, [1997] 2 RCS 862, 150 DLR (4^e) 385; *Proulx c Québec* (PG), 2001 CSC 66; *Montréal (Ville de) c Octane Stratégie inc*, 2019 CSC 57. En 1995, cet article a été publié de nouveau sous la forme d'un chapitre de livre, qui a ensuite été cité par la CSC dans l'arrêt *Prud'homme*, *supra* note 221. Ce résultat n'a pas été compté pour la préparation du tableau 2.

246 *Chaulk*, *supra* note 209; *Winko c Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 RCS 625, 175 DLR (4^e) 193; *R c Ruzic*, 2001 CSC 24.

Rang	Auteur, titre et référence	Citations	Statut	Sujet
—	Dale Gibson, «Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada» (1973) 23:1 UTLJ 54	3 ²⁴⁷	Professeur (Manitoba)	Droit public (Constitutionnel)
—	Dale Gibson, «Measuring “National Dimensions”» (1976) 7:1 Man LJ 15	3 ²⁴⁸	Professeur (Manitoba)	Droit public (Constitutionnel)
—	Dale Gibson, «Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of “Government” Under Section 32(1) of the Charter» (1983) 13:4 Man LJ 505	3 ²⁴⁹	Professeur (Manitoba)	Droit public (Constitutionnel)
—	John M Kernochan, «Statutory Interpretation: An Outline of Method» (1976) 3:2 Dal LJ 333	3 ²⁵⁰	Professeur (Columbia)	Droit public (Interprétation)
—	Louis LeBel, «L'appel des jugements interlocutoires en procédure civile québécoise» (1986) 17:1&2 RGD 391	3 ²⁵¹	Juge	Droit privé (Procédure civile)
—	WR Lederman, «The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada» (1963) 9:3 RD McGill 185	3 ²⁵²	Professeur (Queen's)	Droit public (Constitutionnel)
—	AJ McClean, «Constructive and Resulting Trusts—Unjust Enrichment in a Common Law Relationship—Pettkus v. Becker» (1982) 16:1 UBC L Rev 155	3 ²⁵³	Professeur (UBC)	Droit privé (Fiducies)

247 *Friends of the Oldman River Society c Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 RCS 3, 88 DLR (4^e) 1; *R c Hydro-Québec*, [1997] 3 RCS 213, 151 DLR (4^e) 32; *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution*, *supra* note 125.

248 *Schneider c R*, [1982] 2 RCS 112, 139 DLR (3^e) 417; *Crown Zellerbach*, *supra* note 234; *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution*, *supra* note 125.

249 *Dolphin Delivery*, *supra* note 228; *McKinney*, *supra* note 207; *New Brunswick Broadcasting*, *supra* note 228.

250 *Harel c Sous-ministre du Revenu (Québec)*, [1978] 1 RCS 851, 80 DLR (3^e) 556; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd c Canada*, 2000 CSC 36; *Bristol-Myers Squibb Co c Canada (PG)*, 2005 CSC 26.

251 *Garcia Transport Ltée c Cie Royal Trust*, [1992] 2 RCS 499, 139 NR 81; *Kelvin Energy Ltd c Lee*, [1992] 3 RCS 235, 97 DLR (4^e) 616; *Willmor Discount Corp c Vaudreuil (Ville de)*, [1994] 2 RCS 210, 167 NR 381.

252 *Multiple Access Ltd c McCutcheon*, [1982] 2 RCS 161, 138 DLR (3^e) 1; *Banque de Montréal c Hall*, [1990] 1 RCS 121, 65 DLR (4^e) 361; *Société de crédit commercial GMAC—Canada c TCT Logistics Inc*, 2006 CSC 35.

253 *Sorochan c Sorochan*, [1986] 2 RCS 38, 29 DLR (4^e) 1; *Rawluk c Rawluk*, [1990] 1 RCS 70, 65 DLR (4^e) 161; *Soulos c Korkontzilas*, [1997] 2 RCS 217, 146 DLR (4^e) 214.

Rang	Auteur, titre et référence	Citations	Statut	Sujet
—	Ian B McKenna, «Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?» (1997-98) 29:1 RD Ottawa 153	3 ²⁵⁴	Professeur (Lethbridge)	Droit public (Constitutionnel)
—	Yves-Marie Morissette, «The Exclusion of Evidence under the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> : What to Do and What Not to Do» (1984) 29:4 RD McGill 521	3 ²⁵⁵	Professeur (McGill)	Droit public (Constitutionnel)
—	William Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the Constitution Act, 1982, Part II, Section 35: The Substantive Guarantee» (1987) 22:2 UBC L Rev 207	3 ²⁵⁶	Professeur (Ottawa)	Droit public (Constitutionnel)
—	Tim Quigley, «Reform of the Intoxication Defence» (1987) 33:1 RD McGill 1	3 ²⁵⁷	Professeur (Sask)	Droit public (Criminel)
—	Alan D Reid et Alison Harvison Young, «Administrative Search and Seizure under the Charter» (1985) 10:2 Queen's LJ 392	3 ²⁵⁸	Avocat	Droit public (Constitutionnel)
—	Elizabeth A Sheehy, «Canadian Judges and the Law of Rape: Should the <i>Charter</i> Insulate Bias?» (1989) 21:1 RD Ottawa 741	3 ²⁵⁹	Professeur (Ottawa)	Droit public (Constitutionnel)

254 *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c BCGSEU*, [1999] 3 RCS 3, 176 DLR (4^e) 1; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Ville de)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Boisbriand (Ville de)*, 2000 CSC 27; *Conseil des Canadiens avec déficiences c VIA Rail Canada Inc*, 2007 CSC 15.

255 *R c Collins*, [1987] 1 RCS 265, 38 DLR (4^e) 508; *R c Burlingham*, [1995] 2 RCS 206, 124 DLR (4^e) 7; *R c St-Cloud*, 2015 CSC 27.

256 *R c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075, 70 DLR (4^e) 385; *R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507, 137 DLR (4^e) 289 [*Van der Peet*]; *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010, 153 DLR (4^e) 193 [*Delgamuukw*].

257 *R c Bernard*, [1988] 2 RCS 833, 45 CCC (3^e) 1; *R c Penno*, [1990] 2 RCS 865, 59 CCC (3^e) 344; *R c Daviault*, [1994] 3 RCS 63, 118 DLR (4^e) 469.

258 *Thomson Newspapers Ltd c Canada (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 RCS 425, 67 DLR (4^e) 161; *R c McKinlay Transport Ltd*, [1990] 1 RCS 627, 68 DLR (4^e) 568; *British Columbia Securities Commission c Branch*, [1995] 2 RCS 3, 123 DLR (4^e) 462.

259 *R c Seaboyer*; *R c Gayme*, [1991] 2 RCS 577, 83 DLR (4^e) 193; *R c Ewanchuk*, [1999] 1 RCS 330, 169 DLR (4^e) 193; *R c W (G)*, [1999] 3 RCS 597, 178 DLR (4^e) 76.

Rang	Auteur, titre et référence	Citations	Statut	Sujet
—	Brian Slattery, «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1983) 8:1&2 Queen's LJ 232	3 ²⁶⁰	Professeur (Osgoode)	Droit public (Constitutionnel)
—	Paul C Weiler, «The Charter at Work: Reflections on the Constitutionalizing of Labour and Employment Law» (1990) 40:2 UTLJ 117	3 ²⁶¹	Professeur (Harvard)	Droit public (Constitutionnel)
—	Alan Young, «All Along the Watchtower: Arbitrary Detention and the Police Function» (1991) 29:2 Osgoode Hall LJ 329	3 ²⁶²	Professeur (Osgoode)	Droit public (Criminel)

260 *Van der Peet*, supra note 256; *Delgamuukw*, supra note 256; *R c Kapp*, 2008 CSC 41.

261 *Lavigne c Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 RCS 211, 81 DLR (4^e) 545; *Delisle c Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 RCS 989, 176 DLR (4^e) 513; *TUAC, section locale 1518 c KMart Canada Ltd*, [1999] 2 RCS 1083, 176 DLR (4^e) 607.

262 *R c Elshaw*, [1991] 3 RCS 24, 67 CCC (3^e) 97; *R c Mann*, 2004 CSC 52; *R c Grant*, 2009 CSC 32.