

Université de Montréal

**La personnalité du juge
dans l'interprétation des lois**

Par
Maxime Fournier

Faculté de droit

Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit (LL.M.)

Décembre 2019

© Maxime Fournier, 2019

Sommaire

Ce texte explore les phénomènes qui expliquent comment la personnalité des décideurs influence l'interprétation de la loi. La personnalité y est envisagée comme une notion qui englobe l'ensemble des traits idiosyncratiques du juge, y compris sa susceptibilité aux diverses forces sociales capables d'influencer son comportement judiciaire.

La première moitié de l'ouvrage s'attarde aux phénomènes qui expliquent pourquoi la personnalité peut influencer la détermination du droit. Ainsi, l'ouvrage étudie les principales philosophies au sujet du droit et de l'adjudication : le formalisme et le réalisme. L'analyse se poursuit en explorant les raisons qui expliquent l'indétermination de la loi. Elle se conclut en considérant la place qu'occupent les tribunaux dans la détermination du droit et les conséquences de ce cette réalité interprétative.

La deuxième moitié s'intéresse aux phénomènes psychologiques qui expliquent comment la personnalité influence le raisonnement utilisé pour résoudre des problèmes difficiles. L'étude commence en considérant l'herméneutique et la compréhension comme acte subjectif affecté par les biais personnels du lecteur. L'analyse se poursuit en présentant le raisonnement humain et le modèle de la cohérence proposé par Dan Simon. À l'intérieur de ce modèle, l'esprit raisonne grâce à une représentation mentale du problème. C'est à ce niveau que la personnalité influence l'interprétation du droit puisqu'elle sert à déterminer l'acceptation de chacune des propositions qui forment le modèle. L'esprit reconstruit celui-ci pour trouver une solution qui soit cohérente avec sa compréhension du monde. Le texte se conclut en expliquant certains phénomènes qui tempèrent l'influence de la personnalité.

Mots-clés : Droit – Interprétation; Droit – Philosophie; Droit – Aspect psychologique; Processus judiciaire; Processus décisionnel; Herméneutique

Summary

This text explores the phenomena that explain how the personality of decision-makers influences the construction of statutes. In this instance, personality is defined as a concept which encompasses all the judge's idiosyncratic features, including his susceptibility to the various social forces capable of influencing his judicial behavior.

The first half of the book considers why the personality can influence the determination of the law. It studies the main philosophies regarding law and adjudication: formalism and realism. The analysis continues by exploring the reasons behind the indeterminacy of the law. It ends by considering the role courts play in determining the law and the consequences of this interpretative reality.

The second half focuses on the psychological notions that explain how personality influences the reasoning used to solve difficult problems. It begins by considering hermeneutics and how understanding is a subjective exercise influenced by the reader's personal bias. The analysis continues by considering human reasoning and the coherence model proposed by Dan Simon. Within this model, the mind reasons through a mental representation of the problem. It is at this level that personality influences the construction of statutes since it is used to evaluate the acceptance of the propositions that form the model. The mind then reconstructs the model to find a solution which is coherent with the judge's worldview. The text concludes by explaining parts of the reasoning model which dampen the influence of the personality.

Keywords : Law – Interpretation; Law – Philosophy; Law – Psychological Aspect; Judicial Process; Decision making; Hermeneutics

Table des matières

Introduction.....	1
Partie I – Le juge dans la détermination du droit.....	13
Chapitre 1 – Définir la personnalité	15
Une définition large et inclusive de la personnalité	15
De certains facteurs qui influencent et sont influencés par la personnalité	19
Chapitre 2 – La philosophie du droit et le processus décisionnel	29
La légende du formalisme comme philosophie juridique universelle	29
Le réalisme juridique américain : le scepticisme au sujet de la mythologie juridique.....	37
La compréhension judiciaire comme compréhension ordinaire affectée par des facteurs extra-juridiques	43
Chapitre 3 – L’indétermination de la loi.....	51
Une indétermination certaine et omniprésente, mais limitée	51
La texture ouverte de la loi	60
Les difficultés dans la recherche de l’intention du législateur.....	66
L’insuffisance des règles d’interprétation statutaire.....	74
Chapitre 4 – La place du juge dans la détermination du droit	85
Le partage de la fonction législative et les mécanismes de contrôle.....	85
La fonction interprétative des tribunaux judiciaires.....	90
Les conséquences limitées de l’indétermination de la loi.....	99
Interstice.....	105
Partie II – La personnalité dans la psychologie de la prise de décision.....	107
Chapitre 1 – La subjectivité de l’interprétation.....	109
L’incontournable subjectivité de la compréhension	109
La subjectivité partagée pour comprendre et stabiliser le droit	113
L’inconscience du processus et de l’influence subjective.....	120
Chapitre 2 – La psychologie et le modèle de la cohérence	125

L'application de la psychologie traditionnelle aux juges	125
Les prémisses conceptuelles de la cohérence mentale	130
Le modèle de la cohérence mentale dans la prise de décision	137
L'influence des propositions qui forment le modèle.....	144
Chapitre 3 – L'influence de la personnalité dans la compréhension du problème	153
L'effet de la personnalité : l'interaction entre subjectivité et propositions.....	153
Les deux modes de pensée de l'esprit	159
L'identification des biais cognitifs comme solution partielle à l'immiscion du subjectif...	166
Conclusion	173
Les deux modes de raisonnement judiciaire et l'influence de la personnalité.....	174
La concrétisation de l'idéologie dans le comportement judiciaire.....	184
Que conclure de l'influence de la personnalité dans l'adjudication?	187
Bibliographie.....	195

Table des figures

1. Inférence	131
2. Niveau d'activation/acceptation d'un élément	138
3. Exemples de modèles cohérent et incohérent	141
4. Exemple de modèle connexionniste	145
5. Force du lien	146
6. Effet domino de l'influence	147
7. Modèle de cohérence – transformation finale	149
8. Illusion de Müller-Lyer	164

*À tous les curieux qui apprennent
pour le plaisir de la chose*

Introduction

Pourquoi différents juges jugent-ils différemment?

C'est un secret de polichinelle que l'identité du juge qui entend une cause peut avoir un impact important sur l'issue du litige. Dans une certaine mesure, cette différence de traitement peut s'expliquer par la discrétion dont jouit le tribunal dans l'appréciation des faits. Mais cette discrétion n'explique pas tout. Comment se fait-il par exemple que la Cour suprême soit régulièrement divisée sur de pures questions de droit? La discrétion quant aux faits pouvant alors être mise de côté, la Cour ne devrait-elle pas lire d'un œil unanime la loi, la jurisprudence, et les principes devant gouverner le droit?

S'il faut distinguer les juges, est-ce une pure question de compétence juridique? L'un, plus doué que l'autre, comprend-il mieux le texte de loi? A-t-il raison, et l'autre tort? Son interprétation est-elle « la bonne », l'interprétation correcte, l'interprétation exacte? Si son interprétation est retenue, cela signifie-t-il que celle de l'autre est erronée?

C'est ce que nous porte à croire la « mythologie juridique », un paradigme qu'on a vite fait d'inculquer aux étudiants en droit. Ce paradigme est fondé sur la « théorie officielle de l'interprétation¹ », une série de propositions qui fonde la compréhension moderne du droit : le législateur crée le droit; le juge l'applique; dans la loi réside un sens que l'interprète n'a qu'à découvrir; il existe une seule réponse correcte au moment d'interpréter et d'appliquer la loi; etc.

Il suffit cependant de quelques années à côtoyer le monde juridique pour constater que la réalité n'est pas si simple. Cette réalité n'est pourtant pas méconnue. Bien au contraire, ceux qui oeuvrent dans les cercles de la justice sont conscients des aléas du droit. Il suffit d'aborder le sujet avec la plupart des avocats pour déclencher un torrent d'anecdotes qui témoignent de

¹ Voir Pierre-André CÔTÉ, Mathieu DEVINAT et Stéphane BEAULAC, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009, p. 5-10. Les propositions sont les suivantes :

1. L'activité législative est une activité de communication;
2. L'interprétation a pour objectif la découverte de l'intention du législateur;
3. Le sens que l'on recherche, c'est celui qu'a voulu le législateur à l'époque de l'adoption;
4. Le sens du texte repose dans celui-ci : il y est prédéterminé;
5. Chaque texte possède un sens véritable et un seul;
6. L'interprétation et l'application de la loi constituent deux phénomènes successifs et dissociés;
7. Le sens du texte peut être clair. Sinon, il peut être découvert par recours aux principes d'interprétation.

l'incompatibilité entre la mythologie juridique et ce qui se passe dans les salles de cour. Bien que ce sentiment soit généralement partagé, il est malgré tout évoqué dans un chuchotement qui acquiesce le tabou du sujet.

Il ne fait pas de doute que la majorité des juristes – avocats, juges et professeurs – reconnaissent la nature complexe et incertaine du droit. La connaissance de ce phénomène demeure toutefois générique. Il semble ainsi admis que le droit ne correspond pas aux prétentions de la mythologie et que la personnalité du juge influence l'adjudication. Cependant, la nature véritable du droit demeure inconnue. On sait ce qu'il n'est pas, mais on ne saurait pas expliquer ce qu'il est, ni comment il interagit avec les autres phénomènes qui forment le système judiciaire. Bien que certaines prétentions de la mythologie soit ainsi mises de côté – l'idée d'un droit déterminé que le juge n'a qu'à appliquer mécaniquement – d'autres croyances et traditions survivent bien qu'elles y soient associées.

Au terme de plusieurs années à lire à ce sujet, à en discuter avec des collègues, et, surtout, à considérer notre propre ignorance, il nous est apparu qu'il existe, au sein de la profession, une certaine mécompréhension quant à la nature du droit, quant au rôle des tribunaux et quant aux forces qui régissent le monde judiciaire. Ainsi, lorsqu'un tribunal tranche en faveur d'une position qui déplaît, il est facile d'y voir le signe d'un biais personnel plutôt que la marque d'une justice impartiale. On observe alors une confusion dans les reproches adressés au juge, les uns et les autres étant plutôt assimilés dans le fourre-tout de la partialité².

Il est aussi dans l'air du temps de parler d'activisme judiciaire et de la place que doivent occuper les tribunaux dans l'équilibre des pouvoirs constitutionnels³. Ces remarques concernent généralement les décisions rendues en matière de Charte⁴, mais elles ont toujours comme trame de fond la séparation des pouvoirs entre le judiciaire et le législateur. Qu'on parle de Charte ou d'une loi ordinaire, le thème du débat demeure le même : la nature de la loi et le rôle des tribunaux dans sa détermination. Ce débat est évidemment légitime. Lorsque le sens d'une disposition varie

² Voir Patrice GARANT, *La justice invisible ou méconnue: propos sur la justice et la justice administrative*, Cowansville, Québec, Canada, Éditions Yvon Blais, 2014, ch. 5 : « La lecture de milliers d'arrêts sur le sujet m'amène à soupçonner que même les avocats ont une connaissance douteuse des principes généraux du droit public qui gouvernent cette matière, ce qui contraste avec l'excellente connaissance qu'en ont la plupart des juges. »

³ Voir généralement F. L. MORTON et Rainer KNOPFF, *The Charter revolution and the Court Party*, Peterborough, Ont, Broadview Press, 2000; Rainer KNOPFF et F. L. MORTON, *Charter politics*, Scarborough, Ont, Nelson Canada, 1992. Pour l'autre côté de la médaille, voir Kent ROACH, *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*, Toronto, Irwin Law, 2016.

⁴ *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c. 11.

en fonction de celui qui l'interprète, la sécurité juridique est mise à mal. Les normes doivent être prévisibles pour guider les gens qu'elles visent.

Mais que faire si ce n'est pas le cas – si la loi est indéterminée? Comment trouve-t-on l'interprétation correcte? Est-ce même possible? Si tous les juges étaient d'accord, s'agirait-il de l'interprétation correcte? Selon quelles règles jugerait-on du bienfondé de cette interprétation? S'agirait-il d'une interprétation *objective*? Serait-ce qu'il existe une formule pour interpréter le droit, un algorithme qu'on puisse un jour reléguer à une machine pour comprendre le sens de la loi?

Ces questions tiennent de la rhétorique plus que de la curiosité. Elles renferment des pistes suggérées au fil du temps pour répondre aux préoccupations nées de l'indétermination du droit. Tout part de la prémisse qu'un droit indéterminé est inutile. Il faut donc trouver une méthode pour en arrêter le sens. La glorification de la méthode scientifique a amené de nombreux juristes à fouiller le droit à la recherche des marques qui en feraient une véritable science. On ne peut pas appeler un chien un chat, ni dire que le midi fait partie de la nuit. Il devrait donc exister dans les mots et dans la logique des limites objectives qui appuient la prétention de la mythologie. Mais s'agit-il de signes d'une science du droit?

Les découvertes de certaines sciences humaines – notamment en linguistique et en psychologie – ont plutôt jeté la lumière sur des phénomènes qui nient ces aspirations scientifiques. La compréhension de la norme serait en vérité un exercice subjectif. Il n'existerait rien d'objectif dans le langage, sinon qu'une illusion. Le sens de tout texte reposerait uniquement dans la compréhension subjective du lecteur. Le sens de la loi n'existerait que dans la tête du juge, telle qu'il la lit et telle qu'il la comprend, aussi déformée qu'elle puisse être par sa personnalité.

Si tel est le cas, qu'en est-il de la primauté du droit? Comment pourrait-on prétendre en la suprématie du droit s'il n'existe pas d'interprétation correcte? Comment s'assurer que les normes soient respectées si elles n'ont qu'un sens relatif? Notre société est-elle gouvernée par la loi, ou par les préférences de juges non-élus?

Au cœur de ces préoccupations se trouve la crainte de l'anarchie associée à l'inefficacité du droit. L'absence de certitude ne doit pas être confondue avec l'arbitraire. Entre le chaos des caprices judiciaires et la société régie par des règles déterminées se trouve plusieurs degrés d'indétermination. Dans cet ouvrage, nous verrons lequel de ces degrés existe dans le système canadien. Pour ce faire, nous nous adonnerons à un exercice de déconstruction des processus décisionnel et interprétatif. Nous irons à la recherche des concepts et des phénomènes qui

composent la prise de décision judiciaire. Ainsi, pour découvrir *pourquoi* le droit peut être interprété de plusieurs façons, nous étudierons *comment* il s'interprète. Nous verrons que comprendre le *comment* permet de comprendre le *pourquoi*.

Nous procéderons pour ce faire en deux étapes : en étudiant pourquoi la personnalité du juge *peut* influencer le droit, puis en étudiant comment cette influence s'opère en pratique. La personnalité est ici employée comme une notion englobante qui forme l'individu unique qu'est le décideur. Elle comprend notamment ses expériences personnelles et professionnelles, sa vision de la justice, sa conception du rôle des tribunaux, et son expérience en tant qu'humain. Autant de détails cachés qui, par accumulation, donnent sa personnalité au juge – une individualité qu'il peut tenter de contenir, mais qu'il ne peut complètement mettre de côté. Dans le cadre de cet ouvrage, nous étudierons pourquoi et comment la personnalité du juge occupe une place légitime, mais nuancée, dans le système judiciaire.

Ainsi, dans un premier temps, nous considérerons la nature du droit, la nature du processus judiciaire, et le rôle joué par les tribunaux dans l'interprétation de la loi. Cet exercice servira à comprendre le processus de détermination de la norme, le phénomène qui explique pourquoi les juges peuvent faire – et font en réalité – davantage que découvrir le droit lorsqu'ils l'interprètent la loi. Dans un deuxième temps, nous nous intéresserons à la prise de décision individualisée. Nous verrons comment les décideurs appelés à trancher des litiges difficiles en viennent à leurs conclusions. Il ne s'agira pas de considérer les théories juridiques *normatives*, c'est-à-dire les théories qui expliquent comment les juges *devraient* parvenir à ces décisions, mais plutôt les théories psychologiques *explicatives*, qui expliquent comment ils y parviennent *dans les faits*.

Si nous parlons de psychologie, c'est que la fonction judiciaire peut être analysée depuis plusieurs points de vue, mais qu'aucun n'est capable à lui seul d'expliquer l'art de juger d'une façon complète et compréhensive⁵. Pour comprendre la fonction judiciaire, il faut comprendre son caractère multidimensionnel. Afin de relever ce défi, notre approche se veut éclectique, c'est-à-dire qu'elle emprunte des éléments à différents systèmes et les met en commun afin d'expliquer le phénomène.

Nous naviguerons donc les thèmes et les époques. À travers les chapitres, nous verrons quand, comment et pourquoi ont évolué les règles et les connaissances qui expliquent le désaccord interprétatif. Dans cet exercice, nous ne nous limiterons ni aux règles d'interprétation ni aux règles

⁵ Dan SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », (1998) 30-1 *Rutgers L.J.* 1-142.

de droit. Nous nous tournerons aussi vers l'herméneutique – la science de la compréhension des textes – vers la philosophie juridique et vers la psychologie.

Nous tenterons de plonger dans l'esprit judiciaire pour comprendre les mécanismes de prise de décision. Nous verrons qu'il s'agit d'un phénomène obscur dont la complexité explique sans doute le caractère énigmatique. Nous considérerons d'abord ce que les juristes ont dit à ce sujet, en abordant notamment les deux grands courants juridiques (le formalisme et le réalisme), longtemps au cœur d'un débat sur la nature du comportement judiciaire. Les pistes de solutions offertes par les juristes seront complétées par les enseignements de l'herméneutique et de la psychologie. Ces sciences témoigneront que les juristes n'avaient pas tout faux malgré leur recherche à tatillon.

Soulignons dès maintenant que cet ouvrage ne vise pas à dire ce qui devrait être, mais à expliquer ce qui est. Il doit servir à briser les mythes qui imprègnent la communauté juridique. Il se veut un aide pour mieux comprendre la nature du droit, le rôle des tribunaux et le processus judiciaire. Notre approche est celle de la bonne foi : les décisions rendues commencent et se terminent par un exercice de bonne foi dans lequel les juges essaient sincèrement et honnêtement de comprendre le droit au meilleur de leurs capacités.

Nous verrons cependant que les textes de loi, comme tout autre texte, sont compris d'un point de vue subjectif qui n'est pas exclusivement juridique. Ils sont compris à partir de connaissances préalables qui dépassent le seul cadre juridique et les arguments présentés. La personnalité joue ainsi un rôle dans la compréhension du droit et des faits, une compréhension qui teinte ensuite l'entièreté du débat. L'impression de mauvaise foi qu'entraîne certains jugements naît donc du fait que les résultats qui découlent de cet exercice peuvent être teintés par les caractéristiques personnelles de l'interprète. Parce que les juristes ne partagent pas tous les mêmes valeurs ou le même parcours, ils lisent la loi d'un œil différent. Et parce que les gens croient naturellement en la bonne foi de leur propre lecture de la loi, l'interprétation qui mène à un résultat contraire est perçue comme un produit de la mauvaise foi.

Cet ouvrage s'intéressera surtout à l'effet de la personnalité du juge dans l'interprétation des lois, mais le modèle qui y sera présenté s'applique plus largement. Avec les adaptations nécessaires, le même modèle peut se retrouver aussi dans l'appréciation des faits. Cette polyvalence du modèle sera utilisée à notre avantage. Elle permettra que soient utilisés des exemples, plus simples, se rapportant, notamment, à l'appréciation des faits. Ainsi, il arrivera qu'on parle de croire la version du témoin A plutôt que celle du témoin B, au lieu d'un exemple, plus complexe, lié à l'interprétation (p. ex. le fait d'adhérer à une prémisse idéologique ou à une vision du monde particulière). Parce

que le modèle est le même en matière de faits et en matière de normes, les exemples conservent toute leur pertinence une fois placée à l'intérieur du modèle qui sera vu dans la seconde partie.

Dans le même ordre d'idée, nous nous concentrerons sur l'interprétation du droit statutaire – donc à l'exclusion de la common law et du droit constitutionnel – sans toutefois s'y limiter. Ce choix s'explique pour plusieurs raisons. Il faut d'abord écarter l'interprétation du droit constitutionnel parce que certaines règles particulières s'y appliquent et y facilitent l'immiscion des préférences idéologiques du décideur. Qui plus est, l'interprétation de la Charte est beaucoup plus politisée que celle des lois ordinaires.

Le choix de se concentrer sur l'interprétation s'explique notamment par l'impression que, contrairement à l'appréciation des faits, il n'est généralement pas accepté que la personnalité du décideur puisse influencer la substance du droit. Il est notoire dans la communauté juridique que les tribunaux supérieurs doivent faire preuve de déférence envers le juge de première instance en ce qui concerne les faits, y appliquant la norme d'intervention de l'erreur manifeste et dominante⁶. À l'opposé, sauf en certaines matières, ils imposent une norme beaucoup plus stricte, celle de la décision correcte, lorsqu'il est question de droit. La déférence n'y aurait pas sa place et le décideur n'aurait pas de marge de manœuvre en ce qui concerne le droit. Il ne faudrait pas parvenir à l'une des bonnes réponses : il faudrait parvenir à *la* bonne réponse.

L'emphase sur l'interprétation du droit est aussi choisie parce qu'il est plus facile de référer aux règles qui y sont théoriquement applicables. Alors que les tribunaux et les juristes développent depuis des siècles des règles d'interprétation, il n'en existe peu ou pas en matière d'appréciation des faits. Il y a des règles d'admissibilité de la preuve, mais celles-ci laissent au juge une discrétion sans guides en matière d'appréciation de la valeur probante.

Nous espérons que cet ouvrage aidera à mieux comprendre la nature du droit, le rôle des tribunaux dans sa détermination, et l'effet que la personnalité peut légitimement y jouer. Il s'agit de reconsidérer la vision des juristes par rapport au judiciaire, mais aussi celle des juges par rapport à eux-mêmes. Comme l'écrit Eskridge, comprendre notre compréhension en dit long sur ce qui se passe réellement dans notre tête au moment d'interpréter une loi⁷.

⁶ *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, par. 36-40; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802, 808.

⁷ William N. Jr. ESKRIDGE, « Gadamer/Statutory Interpretation », (1990) 90-3 *Colum. L. Rev.* 609-681, 679.

En ce sens, Eskridge dit que cet exercice ne se veut pas méthodologique ou directif, mais thérapeutique. Il aiderait à mieux comprendre ce qui est fait, à voir derrière les mythes, et à entreprendre les réflexions en étant moins étrangers face à ce qui se passe⁸. Il est thérapeutique parce qu'il permet de mieux se connaître et se comprendre. Nous entretenons l'espoir qu'à la fin de cet ouvrage, le lecteur aura une perspective différente du processus décisionnel, et considérera différemment les notions de biais, de partialité, et d'activisme judiciaire. Ce texte devrait aider à comprendre que la ligne qui sépare l'interprétation légitime et ces phénomènes (biais, etc.) est mince, floue, et en constant mouvement.

Nous espérons aussi changer la perception de certains quant à la fonction judiciaire. Il est encore entendu que le juge doit être neutre plutôt qu'impartial, qu'il doit être un plateau vierge (*clean slate*) plutôt qu'une personne avec son bagage d'expérience. Cette conception du rôle et de la fonction du juge est pourtant erronée et se rattache habituellement à une fausse idée de ce qu'est l'objectivité. Comme nous le verrons, l'objectivité et les points de vue subjectifs sont souvent confondus. En conséquence, lorsque certains s'attendent du juge à ce qu'il soit objectif, ils s'attendent en fait à ce qu'il adhère à leur subjectivité – celui qui pense différemment étant perçu comme non-objectif.

Ces malentendus font en sorte qu'il est difficile pour l'individu d'adapter ses discours en conséquence : le discours extérieur (ce qu'il dit) avec lequel il tente de convaincre ce juge, mais aussi le discours intérieur (ce qu'il se dit) qui l'aide à accepter les décisions rendues. S'il voit les juges comme des robots, et l'adjudication comme une opération mécanique, l'avocat sera à coup sûr déçu des décisions rendues et insatisfait de l'inefficacité de ses arguments.

Comme nous le verrons à travers cet ouvrage, le droit est indéterminé et sujet à une appréciation subjective. Il porte ainsi plusieurs sens possibles. Des personnes raisonnables agissant de bonne foi peuvent parvenir à des conclusions différentes au sujet d'une même règle appliquée à des mêmes faits. Des exemples probants existent dans plusieurs décisions collégiales, où les divisions ne sont pas rares quant à l'interprétation d'une règle ou à son application à un cas donné. On ne saurait présumer que les juges de ces bancs soient déraisonnables, incompetents, ou de mauvaise foi. C'est plutôt que la personnalité du juge occupe une place dans la détermination du droit, d'une façon similaire à la place qu'elle occupe dans l'appréciation des faits.

⁸ *Id.*

L'analyse porte sur les juges, par opposition aux juristes, parce que les juges occupent une fonction particulière. On s'attend d'eux à ce qu'ils n'aient pas de partis pris et soient désintéressés par la conclusion du litige. L'impartialité qu'on exige d'eux les oblige à être réceptif aux arguments de chacun et à envisager ceux-ci d'un œil charitable afin de déterminer lequel doit l'emporter. Contrairement à l'avocat impliqué dans un dossier, le juge n'a pas pour mandat de représenter une partie sous son meilleur jour.

Cela étant dit, la plupart des sujets dont nous traiterons peuvent être utiles aux juristes comme aux décideurs. En comprenant davantage certaines subtilités du monde juridique, le juriste, qu'il soit juge ou avocat, aura une compréhension plus complète de son rôle dans le système judiciaire. Il pourra moduler ses attentes pour les faire cadrer avec la pratique plutôt qu'avec la théorie. Cet ouvrage invite le lecteur à s'ouvrir aux réalités d'autres disciplines qui participent de la prise de décision, il cherche à favoriser la transparence et le débat rationnel, à sensibiliser aux biais susceptibles d'égarer le décideur. À travers une meilleure compréhension de la réalité du processus judiciaire, certains pourront considérer comment adapter un argumentaire pour le rendre plus convaincant, ou considérer différemment les options d'un dossier particulier (p. ex. l'opportunité de se pourvoir en appel).

Avant de commencer, notons que la littérature citée dans cet ouvrage provient souvent de l'extérieur du Canada. Elle vient majoritairement des États-Unis, mais cela ne l'empêche pas de s'appliquer aux réalités canadienne et québécoise. Compte tenu du niveau de généralité qui sera abordé, les idées formulées aux États-Unis, comme les principes juridiques qui guident les tribunaux de common law, demeurent pertinentes pour comprendre le droit canadien, y compris le droit civil québécois. La tradition bi juridique du Canada, et plus particulièrement celle du Québec, fait en sorte que l'interprétation du droit civil est très similaire en substance à l'interprétation de common law. De la même manière, les processus psychologiques grâce auxquels les juges parviennent à leurs décisions sont les mêmes, qu'on se trouve en Angleterre, aux États-Unis ou au Canada.

Par ailleurs, il ne faut pas trop s'attarder aux distinctions à l'effet que les cours américaines soient plus politisées que les cours canadiennes. Malgré ces distinctions, les processus décisionnels demeurent les mêmes, à la différence que les valeurs acceptées par les juges sont différentes. Par exemple, les juges peuvent considérer que le rôle que leur confère la constitution leur donne plus ou moins de liberté pour affirmer l'existence de certains droits. Un phénomène similaire, quoique plus modéré, existe au Canada. À termes, ce n'est pas l'existence de ces phénomènes

dans le processus judiciaire qui distingue ces pays, mais plutôt le niveau jusqu'où ceux-ci ont été poussés. La théorie qui les supporte demeure la même et s'applique en l'espèce.

* * *

Venons-en maintenant à la substance. Cet ouvrage est divisé en deux parties, elles-mêmes divisés en chapitres et sections.

Dans la première partie, nous nous intéresserons à la place qu'occupe le juge et sa personnalité dans la détermination du droit. Cette partie traitera de la personnalité du juge, de philosophie juridique, de la nature indéterminée du droit, et de la place qu'occupe le juge dans la démocratie canadienne.

Nous débuterons en tentant de définir la personnalité. Nous verrons que pour les fins de cet ouvrage, la personnalité est un terme englobant toutes les caractéristiques personnelles, uniques ou partagées, qui font qu'une personne est qui elle est. Nous y verrons que le terme s'entend des traits idiosyncratiques de l'individu, de son tempérament personnel, de ses prédispositions, de ses connaissances préalables, tant juridiques que culturelles. En essence, le terme doit servir à individualiser les décideurs, de sorte que « la personnalité » comprenne tout ce qui explique qu'une même information soit interprétée différemment par différents juges. Pour développer sur cette notion large, imprécise, mais tout de même pleine de nuances, nous nous attarderons aux sources d'influence qui agissent sur le décideur, y compris son identité sociale et les groupes auxquels il souhaite plaire, consciemment ou non. Cet exercice permettra d'illustrer les influences subtiles qui expliquent la différenciation individuelle dans la compréhension et la décision (Partie I - Chapitre 1).

Dans le deuxième chapitre, nous mettrons la table en étudiant brièvement l'histoire du débat entourant la fonction du juge dans la détermination et l'application des règles. Nous procéderons pour ce faire à un survol des principales philosophies juridiques du 20^e siècle. Ces réflexions de juristes au sujet de la nature du droit permettront de comprendre le débat qui oppose l'adjudication mécanique à l'adjudication humaine et personnalisée. Nous débuterons avec le formalisme, la théorie selon laquelle le droit est prédéterminé et son application par le juge un simple exercice de déduction logique. Nous nous tournerons ensuite vers son antithèse, le réalisme juridique, dont les partisans croient en la nature incertaine de la loi et en un apport personnel du juge. Nous approfondirons leur pensée en étudiant de quelle façon la personnalité du juge influencerait ses déterminations judiciaires (Partie I - Chapitre 2).

Par la suite, nous étudierons la prémisse qui a vu naître ce débat philosophique : la nature indéterminée du droit. Ce phénomène large et complexe explique pourquoi des juges peuvent interpréter différemment un même texte de loi. Nous commencerons par définir ce qu'on entend par l'indétermination, puis verrons ce que les principales autorités ont dit à ce sujet. Nous verrons ensuite que le droit est d'abord et avant tout un exercice de communication au cours duquel plusieurs problèmes peuvent détourner le message voulu du message perçu. Il sera alors expliqué que l'indétermination s'explique par la « texture ouverte de la loi », la caractéristique qui permet au texte d'être capable de plusieurs sens à la fois. Nous verrons de plus que la recherche de « l'intention du législateur » comporte elle-même son lot de défis qui tendent à compliquer le travail de détermination du sens de la règle. Pour conclure ce chapitre, nous verrons que tant le législateur que les tribunaux ont failli à énoncer des règles d'interprétation suffisamment claires pour mener l'interprète à un résultat unique, d'où la nature indéterminée de la loi (Partie I - Chapitre 3).

En terminant cette deuxième partie, nous considérerons la place du juge dans la détermination du sens de la norme. Nous y verrons qu'en raisons des difficultés que rencontre le législateur dans une société aussi large et complexe que la nôtre, celui-ci a recours à des énoncés vagues et génériques lorsqu'il édicte des lois. Ce faisant, la loi qu'il formule est à la fois trop inclusive (en ce qu'elle vise certaines situations qui ne devraient pas l'être) et pas assez inclusive (en ce qu'elle ne vise pas certaines situations qui devraient l'être). Le législateur se fie alors aux tribunaux pour faire la part des choses et trancher les litiges en respectant sa volonté. Ce faisant, la détermination du sens de la loi est en fait partagée entre le législateur qui la formule et les tribunaux qui l'interprètent pour l'appliquer. Nous verrons cependant que ce partage des tâches – et l'indétermination du droit plus généralement – n'ont que des conséquences très limitées, rendant insignifiante la menace à la primauté du droit. À terme, nous verrons que le désaccord fondamental repose en fait sur la fonction des tribunaux dans une société démocratique (Partie I - Chapitre 4).

Ayant débroussaillé dans la première partie les phénomènes juridiques qui permettent à la personnalité d'exister dans le système judiciaire, nous nous tournerons dans un deuxième temps vers le raisonnement judiciaire et l'influence que peut y exercer la personnalité. Nous nous intéresserons plus précisément aux phénomènes herméneutiques et psychologiques qui expliquent pourquoi des individus comprennent et interprètent le droit différemment.

Pour commencer à ce sujet, nous explorerons la subjectivité de l'interprétation. Nous nous attarderons aux grands énoncés de l'herméneutique – la science de la compréhension des

choses. Nous verrons que la subjectivité est une vérité incontournable de l'existence et que le système de justice canadien, à dessein ou non, y fait une place de choix. Nous verrons de plus que la subjectivité est à la base de tout acte de compréhension, et que l'empathie – la capacité à s'identifier à l'autre – doit servir à comprendre l'intention du législateur. Nous y verrons de plus que la subjectivité peut être partagée par les membres d'une même communauté, ce qui sert à la foi à stabiliser le droit et à créer une illusion d'objectivité. Enfin, nous verrons que ce qui précède procède habituellement à un niveau inconscient et qu'il est utile d'y attirer l'attention pour éclaircir la nature du droit (Partie II - Chapitre 1).

Dans le deuxième chapitre de cette partie, nous nous tournerons officiellement vers la psychologie. En premier, nous nous interrogerons à savoir si les résultats de la recherche traditionnelle en psychologie s'appliquent aux juges. Nous étudierons ensuite quelques prémisses conceptuelles nécessaires pour comprendre le raisonnement judiciaire. Ce dernier sera présenté à travers le modèle de la cohérence proposé par Dan Simon, professeur de droit et de psychologie, et l'un des rares chercheurs à s'intéresser à l'application concrète de la psychologie aux juges. Nous y verrons que les juges parviennent à leurs conclusions factuelles et normatives en recherchant un modèle cohérent capable d'accommoder l'ensemble des éléments (faits, arguments, etc.) qui lui sont soumis. En terminant, nous considérerons comment sont évaluées les différentes propositions du modèles (Partie II - Chapitre 2).

Dans le troisième chapitre, nous verrons comment la personnalité influence le modèle et ses éléments, et comment ceux-ci peuvent en retour influencer la personnalité. Il sera ensuite question des deux systèmes de pensée de l'esprit, qui nous permettra de comprendre comment un autre aspect de l'opération du raisonnement. Nous verrons que chaque système a ses propres caractéristiques et un rôle précis, et que c'est en apprivoisant ces systèmes qu'il est possible de surmonter les biais personnels et les erreurs de logique. Plus particulièrement, nous y observerons que l'utilisation des différents modes de pensée contribue à l'influence que la personnalité exerce ou non sur les conclusions judiciaires. Nous conclurons en considérant les biais cognitifs associés à l'utilisation des systèmes de pensée, et en examinant comment l'influence de la subjectivité pourrait être amoindrie par l'aide de certaines techniques (Partie II - Chapitre 3).

En conclusion, nous reviendrons sur le raisonnement judiciaire et l'influence que peut y exercer la personnalité. Nous terminerons avec quelques réflexions au sujet des critiques formulées à l'endroit des magistrats, et aux changements que pourrait considérer le monde juridique pour

s'adapter à la façon dont le droit et l'adjudication opèrent en réalité plutôt qu'en théorie (Conclusion).

Partie I – Le juge dans la détermination du droit

Chapitre 1 – Définir la personnalité

Une définition large et inclusive de la personnalité

Jerome Frank⁹ écrit que la personnalité du juge est le facteur central de l'administration de la loi¹⁰. Nous n'irions pas aussi loin, mais c'est un secret de polichinelle pour tout juriste que différents juges jugent différemment. Des études récentes¹¹ et anciennes¹² suggèrent que la personnalité des juges affecte leurs décisions. Ces différences dans le traitement d'affaires semblables fascinent le monde de la recherche.

Mais ces études explorent le phénomène à tatillon. Elles cherchent trop souvent à prouver l'influence de l'idéologie chez les juges¹³ plutôt qu'à comprendre les mécanismes de prise de décision. Ainsi, les modèles traditionnels du comportement judiciaire (légal, attitudinal et stratégique¹⁴) tentent d'expliquer *pourquoi* les juges votent d'une certaine façon, plutôt que *comment* ils parviennent à une conclusion particulière. C'est cette dernière question, demeurée largement inexplorée, qui nous intéresse. *Comment*, et non *pourquoi*.

À travers cet ouvrage, nous explorerons comment une même règle, un même argument et une même situation peuvent mener à des conclusions différentes. Plutôt que de rester en surface et de tracer un portrait qui démontre le phénomène, mais ne l'explique pas, nous tenterons de pénétrer l'esprit judiciaire pour le décortiquer. Pour ce faire, nous nous tournerons notamment

⁹ Juriste, philosophe, puis juge au dans la première moitié du 20e siècle. Il a exposé une des visions les plus radicales du réalisme juridique dans *The Law and the Modern Mind*, paru en 1930.

¹⁰ Jerome FRANK, *Law and the Modern Mind*, Gloucester, Peter Smith, 1970 [1933], p. 120.

¹¹ Susan Urmston PHILIPS, *Ideology in the language of judges: how judges practice law, politics, and courtroom control*, coll. Oxford studies in anthropological linguistics, n°17, New York ; Oxford, Oxford University Press, 1998.

¹² George EVERSON, « Human Element in Justice », (1919) 10-1 *J. Am. Inst. Crim. L. & Criminology* 90-99. L'étude d'Everson suggérait qu'en ce qui concerne les taux de condamnation et les peines, il existait entre différents juges une disproportion qui ne pouvait pas s'expliquer par le simple hasard. Il concluait plutôt que ces différences s'expliquaient par la personnalité de chaque juge.

¹³ Voir Brian Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 2010, p. 111 et s.

¹⁴ Pour un résumé des modèles, voir Donald R. SONGER, C. L. OSTBERG, Matthew E. WETSTEIN et Susan W. JOHNSON, *Law, ideology, and collegiality: judicial behaviour in the Supreme Court of Canada*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2012, p. 45-54. Avec *Judges and Their Audiences*, le professeur Laurence Baum explore une quatrième approche qui se veut psychosociologique, suggérant que les juges sont influencés par plusieurs forces sociales : Lawrence BAUM, *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 2006. Bien que nous soyons d'accord avec le professeur Baum quant à l'influence des forces qu'il énumère, nous croyons aussi qu'il ne va pas assez en profondeur dans son explication du phénomène.

vers la psychologie, dont les découvertes du dernier siècle offrent une explication provisoire¹⁵ du raisonnement judiciaire.

Ainsi, nous ne nous contenterons pas d'affirmer que les préférences idéologiques affectent les décisions rendues. Comme le fait valoir le professeur Tamanaha¹⁶, cette influence, même si elle est indéniable, demeure un phénomène marginal en importance¹⁷. Marginal non pas dans le nombre de décisions qui en sont affectées, mais dans la force de l'influence réellement exercée. Cette influence est mineure en comparaison de celle exercée par d'autres phénomènes sociaux, le plus important étant sans conteste la loi.

Nous suggérons que l'influence de l'individualité du juge s'exprime de façon subtile et inconsciente. Comme nous le verrons en examinant le phénomène de résolution des problèmes complexes, la personnalité agit sur une quantité d'éléments qui, ensemble, forment la décision. Elle peut prédisposer, aiguillonner et suggérer, mais elle n'impose jamais de résultat. Qui plus est, elle est elle-même lourdement affectée par d'autres phénomènes sociaux.

Parce que cette influence est tout en nuances, il n'est pas possible d'identifier un facteur qui aurait mené à une décision plutôt qu'à une autre. Encore une fois, les déclarations des juges et le modèle psychologique de résolution de problèmes suggéreront que la prise de décision est un phénomène complexe et multidimensionnel¹⁸. Tenter d'identifier un facteur décisif ou résumer l'idéologie à une dichotomie idéologique est aussi réducteur qu'erroné.

Afin d'éviter toute confusion, nous souhaitons donc offrir une définition provisoire de ce que nous entendons par « la personnalité du juge », une notion englobante et difficile à définir. La nature vaste et indéterminée du concept fait qu'on peut facilement exagérer son influence – étant englobante, elle concerne tout – sans pouvoir identifier de quoi il s'agit, ni comment cette influence procède¹⁹. Comme l'écrit Frank, il n'existe pas de manière fiable de définir ce qui, dans cette personnalité, fonde une réaction particulière²⁰. Nous espérons que ce qui suit aidera à

¹⁵ La science étant ce qu'elle est, et la psychologie du raisonnement n'avançant qu'à petits pas, il y a toujours de la place pour l'améliorer au fil du temps et des découvertes.

¹⁶ Professeur de droit à la Washington University School of Law.

¹⁷ B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 145-155.

¹⁸ W. N. Jr. ESKRIDGE, préc., note 7, 633.

¹⁹ James L. GIBSON, « From Simplicity to Complexity: The Development of Theory in the Study of Judicial Behavior », (1983) 5-1 *Political Behavior* 7-49, 26-27.

²⁰ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, préc., note 10, p. 163 et 246.

comprendre en quoi l'influence exercée par la personnalité est en nuances si subtiles qu'il n'est pas possible d'en vérifier les effets.

* * *

Frank écrit que pour connaître ce qui, chez le juge, provoque ces réactions qui finissent par déterminer le droit, il faut s'intéresser à cet étrange congrès qu'on appelle librement la personnalité du juge²¹.

La personnalité est le concept qui « rend compte de ce qui caractérise les comportements usuels d'une personne, ce qui la distingue des autres et lui confère sa singularité²². » Elle réfère aux différences individuelles dans les modèles de pensée, d'émotion et de comportement²³. Le dictionnaire Larousse la définit comme « [l'e]nsemble des traits physiques et moraux par lesquels une personne est différente des autres; aspect par lequel quelqu'un affirme une originalité plus ou moins accusée²⁴. »

Tout un champ de la psychologie est dédié à l'étude de la personnalité. Il cherche à décrire, prédire et expliquer les comportements récurrents qui distinguent un individu de certains ou de tous ses semblables²⁵. La personnalité s'entend alors comme l'ensemble des traits idiosyncratiques d'une personne, tout ce qui lui donne son individualité.

Le mot « idiosyncrasie » nous vient du grec ancien *idiosynkrasia* (tempérament particulier), formé de *idios* (propre, particulier, *one's own*), *syn* (avec) et *krasis* (mélange)²⁶ : un mélange propre à l'individu. Elle réfère à la « [m]anière d'être particulière à chaque individu qui l'amène à avoir tel

²¹ *Id.*, p. 120.

²² Jérôme ROSSIER, « Personnalité », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : <<http://www.universalis.fr/encyclopedie/personnalite/>> (consulté le 31 juillet 2019). Rossier est docteur en psychologie à l'université de Lausanne (Suisse).

²³ AMERICAN PSYCHOLOGY ASSOCIATION, « Personality », *American Psychology Association*, en ligne : <<https://www.apa.org/topics/personality/index>> (consulté le 31 juillet 2019). Kluckhohn et Murray écrivent que « Chaque humain est en certains aspects (a) comme tous les humains; (b) comme certains humains; (c) comme aucun autre humain » : Clyde KLUCKHOHN et Henry Alexander MURRAY, « Personality Formation: the Determinants », dans Clyde KLUCKHOHN, Henry Alexander MURRAY et David Murray SCHNEIDER (dir.), *Personality in nature, society, and culture*, 2^e éd., New York, Knopf, 1953, p. 53.

²⁴ ÉDITIONS LAROUSSE, « Personnalité », *Dictionnaire de français Larousse*, en ligne : <<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/personnalit%C3%A9/59810>> (consulté le 31 juillet 2019).

²⁵ Jason ASENDORPF, « Personality », dans Philip J. CORR et Gerald MATTHEWS (dir.), *The Cambridge handbook of personality psychology*, Cambridge, U.K. ; New York, Cambridge University Press, 2009, p. 43.

²⁶ « Idiosyncrasy », *Online Etymology Dictionary*, en ligne : <<https://www.etymonline.com/search?q=idiosyncrasy>> (consulté le 26 août 2019).

type de réaction, de comportement qui lui est propre²⁷. » Il s'agit de la « personnalité psychique propre à chaque individu²⁸. » Ces notions renvoient au caractère, au tempérament, aux prédispositions, à la nature, l'esprit, l'âme, l'essence, la mentalité, la particularité, la disposition, ou l'originalité d'une personne.

Ces notions s'expriment bien sûr en idées concrètes, c'est-à-dire dans ces traits personnels généralement connus du grand public. Plusieurs auteurs ont tenté d'identifier certains des facteurs qui forment la personnalité du juge, qui expliquent ou limitent qui il est, ou, parce qu'ils font partie de sa réalité la plus intime, exercent chez lui une influence interne, y compris celle qui le rend susceptible aux influences externes.

Déjà en 1838, le professeur Simon Greenleaf (Harvard) avise que la décision et le raisonnement des juges pourraient être colorés par ses principes politiques, ses habitudes de vie, son tempérament physique, et son caractère intellectuel, moral et religieux²⁹. Plus récemment, le professeur Tamanaha écrit que les juges ont des préjugés, des prédilections et des préférences qui peuvent, consciemment ou non, influencer leurs décisions. Les juges se distinguent par leurs habiletés intellectuelles, leur maîtrise du droit, leur capacité à raisonner juridiquement, leurs traits de personnalité, leurs intérêts. Ils se distinguent aussi en fonction de leur éthique de travail, de leur intégrité, de leur honnêteté et de leur engagement dans le rôle judiciaire. Ils ont des tempéraments distincts. Il en va de même pour leur capacité et volonté à l'introspection et à la retenue personnelle. Certains juges sont sages et réfléchis, d'autres moins³⁰.

Lorsque nous parlons de la personnalité, nous parlons de tout ce qui précède – et bien plus. C'est que la personnalité, lorsqu'on l'entend comme incluant l'ensemble des forces internes qui influencent le décideur, est vaste et inconnue. Les sources d'influence sont innombrables. Bien que ces sources soient à l'origine externes, elles s'intègrent au décideur à travers sa socialisation.

Le mot est employé pour désigner l'ensemble des caractéristiques idiosyncratiques de l'individu, qu'elles soient uniques ou partagées par d'autres. La personnalité est ici une notion englobante et inclusive de tout ce qu'il est, de pourquoi et comment il perçoit, raisonne et décide. Elle est une

²⁷ ÉDITIONS LAROUSSE, « Idiosyncrasie », *Dictionnaire de français Larousse*, en ligne : <<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/idosyncrasie/41446>> (consulté le 26 août 2019).

²⁸ CENTRE NATIONAL DE RESSOURCES TEXTUELLES ET LEXICALES, « Idiosyncrasie », *CNRTL*, en ligne : <<https://www.cnrtl.fr/definition/idosyncrasie>> (consulté le 26 août 2019).

²⁹ Simon Greenleaf, « Introductory Lecture » (1838) 1 *Law Reporter* cité par Francis LIEBER, *Legal and political hermeneutics, or, principles of interpretation*, Boston, Little Brown, 1839, p. 230.

³⁰ B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 194.

simplification grossière de la somme des parties d'un individu, l'algorithme unique de l'esprit de cette personne. Il n'est pas possible – ou approprié dans le cadre de ce texte – de dresser la liste de tout ce que cela peut comprendre. La personnalité de chacun est unique en ce qu'elle est le résultat de tout le vécu d'une personne dans ses expériences personnelles et partagées.

De certains facteurs qui influencent et sont influencés par la personnalité

La personnalité comme on l'entend ici est donc entrelacée avec de nombreux facteurs innomés qui l'ont forgé au fil du temps. Mais comment peut-on se prémunir contre ces influences cachées?

L'introspection apparaît comme l'outil de prédilection. Comme l'écrit Frank, une magistrature honnête, qui connaît ses préjugés et ses faiblesses, est la meilleure garantie de justice³¹. Même son de cloche au Canada, où le juge Bastarache indique la subjectivité du juge fait et fera toujours partie de l'adjudication. C'est pourquoi les juges devraient toujours être conscients de leurs propres biais et inclinaisons morales³².

Robert Sharpe³³ affirme quant à lui que les juges doivent adopter une approche introspective. Même ceux qui croient être en mesure de rendre des décisions justes et fondées sur le droit devraient reconnaître l'influence de leurs croyances et attributs personnels afin d'être capables de réfléchir à leur effet. Il n'y aurait dans les affaires humaines rien de plus exaspérant que les injustices nées de l'ignorance ou de biais inavoués³⁴.

Or, l'une des principales difficultés est que les sources d'influence sont lointaines, et leurs effets subtils. Malgré l'impossibilité de la tâche, tentons d'identifier quelques facteurs les plus susceptibles d'affecter le raisonnement juridique. Il ne s'agit pas de prédire quelles décisions seront rendues en raison de ces facteurs, mais d'offrir un échantillon auquel réfléchir lors d'un exercice d'introspection. Dans le cadre de cet exercice, il faut se demander, en étant aussi transparent que possible, si tel ou tel phénomène peut avoir influencé la prise de décision.

³¹ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, préc., note 10, p. 148.

³² Michel BASTARACHE, « The Challenge of the Law in the New Millennium Lecture », (1997) 25-3 *Man. L.J.* 411-420, 412.

³³ Juge à la Cour d'appel de l'Ontario.

³⁴ Sharpe écrit que le vrai danger repose dans les biais inconscients, irréfléchis et involontaires qui apparaissent lorsque le juge prend pour acquis certaines de ses façons de penser : Robert SHARPE, *Good judgment: making judicial decisions*, Toronto, University of Toronto Press, 2018, p. 259.

Parmi les facteurs communs à l'ensemble – et donc indépendants des idéologies traditionnelles – on retrouve³⁵ les limites institutionnelles³⁶, les conventions du monde juridique, les dynamiques de la collégialité judiciaire³⁷, le devoir de produire des opinions écrites³⁸, le désir de gagner le respect de certains publics et certaines institutions³⁹, et la crainte de voir leurs décisions renversées en appel⁴⁰.

Sharpe souligne qu'il serait une gravement erroné de nier que les traits personnels du juge puissent avoir un effet significatif sur la pensée du juge. Il suggère une liste des traits qu'il considère les plus importants : la religion, l'ethnicité ou l'origine nationale, le genre, l'âge, la classe, les moyens, l'orientation sexuelle, les associations sociales, éducationnelles ou politiques, ses décisions judiciaires passées, ses écrits extracurriculaires ou les associations ou clients qu'il a représenté par le passé⁴¹.

La liste de Frank est similaire : l'éducation, la race, la classe, les influences économiques, politiques et sociales qui, ensemble, forment un environnement complexe dont les juges ne sont pas totalement conscients, mais qui affectent leurs préférences en matière de politiques publiques, d'avantage sociaux, ou leur philosophies économique ou sociale ainsi que leurs notions du franc-jeu et de ce qui est bon et juste⁴². Ces facteurs sont multiples et compliqués, reposant souvent sur les traits individuels des personnes dont on cherche à expliquer les opinions. Tous les biais s'exprimeraient en connexion avec, et tels que modifiés par, ces premiers biais idiosyncratiques. Plus particulièrement, Frank affirme que les préjugés politiques et économiques d'une personne sont souvent transformés par ses affections ou pour son animosité à l'endroit d'un individu ou d'un groupe, en raison de quelque expérience unique qu'il a pu avoir – tout comme

³⁵ Voir D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 13.

³⁶ Patricia M. WALD, « Some Thoughts on Judging as Gleaned from One Hundred Years of the "Harvard Law Review" and Other Great Books », (1987) 100-4 *Harvard Law Review* 887-908, 903; Emmett MACFARLANE, *Governing from the bench: the Supreme Court of Canada and the judicial role*, coll. Law and society series, Vancouver, UBC Press, 2013.

³⁷ Patricia WALD, « The Rhetoric of Results and the Results of Rhetoric: Judicial Writings », (1995) 62-4 *U. Chicago L. Rev.* 1371-1420, 1419; Patricia M WALD, « Thoughts on Decisionmaking », (1984) 87 *W. Va. L. Rev.* 1-13, 10-11. L'interaction entre les juges est étudiée notamment par E. MACFARLANE, préc., note 36.

³⁸ Traité notamment par Richard A. POSNER, *How judges think*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2008.

³⁹ L. BAUM, préc., note 14; P. M. WALD, « Thoughts on Decisionmaking », préc., note 37, 10-11; Shirley S. ABRAHAMSON, « Judging in the Quiet of the Storm », (1992) 24-4 *St. Mary's L.J.* 965-994, 991-992.

⁴⁰ Voir notamment R. A. POSNER, *How judges think*, préc., note 38.

⁴¹ R. SHARPE, préc., note 34, p. 256-257.

⁴² J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, préc., note 10, p. 113.

son antagonisme racial peut être détourné à l'occasion en raison de son désir d'être admiré par une personne qui ne partage pas une telle animosité⁴³.

Llewellyn⁴⁴ écrit que les juges sont des êtres humains et qu'à ce titre, ils sont influencés par leurs traditions, lesquelles les forment, les limitent et les guident⁴⁵. Ces propos sont conformes à la recherche qui reconnaît que les facteurs susceptibles d'influencer tout individu varient selon les domaines et les cultures⁴⁶. Plusieurs études suggèrent que lorsque les gens sont redevables de leurs décisions à un groupe particulier, leurs procédés cognitifs seront influencés par les normes et les attentes de ce public⁴⁷.

Joel Levin note l'importance de diverses composantes sociales, y compris l'éducation, l'origine familiale, les réseaux d'information, les mœurs personnelles et populaires, les regroupements de travail et de voisinage, les liens avec une organisation religieuse, les réseaux d'associations, la structure des classes de la société. Ces composantes participent à son avis au développement des idées personnelles du juge. Elles lui suggèrent comment les conventions pertinentes doivent être interprétées, et si elles sont à même de changer⁴⁸. On peut aussi penser à l'influence qu'exerce les communautés locales⁴⁹, juridiques et judiciaires⁵⁰.

Les juristes sont généralement issus de ce qu'on peut appeler l'élite de la société⁵¹. Ils partagent de plus une formation juridique qui implique une intégration des normes qui s'y rapportent (l'endoctrinement juridique). Parce qu'ils sont socialisés à travers leur éducation juridique et leur

⁴³ *Id.*, p. 114.

⁴⁴ Un autre réaliste notoire du début du 20^e siècle, connu notamment pour avoir été professeur aux facultés de droit de Columbia et de l'Université de Chicago et comme auteur du livre Karl N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush: on our law and its study*, New York, Oceana Publications, 1930.

⁴⁵ Karl N. LLEWELLYN, *The Common Law tradition: Deciding Appeals*, Boston; Toronto, Little Brown, 1960, p. 53.

⁴⁶ Voir Steven J. HEINE et Darrin R. LEHMAN, « Culture, Dissonance, and Self-Affirmation », (1997) 23-4 *Pers Soc Psychol Bull* 389-400.

⁴⁷ Voir D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, n. 371.

⁴⁸ Joel LEVIN, *How Judges Reason: the Logic of Adjudication*, New York, P. Lang, 1992, p. 65.

⁴⁹ L. BAUM, préc., note 14, p. 170.

⁵⁰ *Id.*, p. 100-109.

⁵¹ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LE PROCESSUS DE NOMINATION DES JUGES DU QUÉBEC et Michel BASTARACHE, *Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec rapport*, Québec, Publications du Québec, 2011, p. 274 et 278.

pratique, les juges obtiennent une satisfaction certaine du fait d'interpréter le droit aussi bien qu'ils le peuvent⁵².

Bien qu'ils partagent ainsi un tronc commun de valeurs et de principes, ils conservent leur individualité en s'identifiant à un ou plusieurs sous-groupes. Ils sont ainsi influencés par l'un ou l'autre des courants idéologiques jugés légitimes par une part de la communauté juridique (le sous-groupe) plutôt que par l'ensemble (le tronc commun). Ainsi, de deux juristes, l'un pourra favoriser une approche conservatrice et minimaliste, tandis qu'un autre optera pour une approche libérale et interventionniste. Bien que les deux fassent partie de la communauté juridique, chacun pourra appartenir à un sous-groupe qui prône ses valeurs.

Le professeur Tamanaha remarque que les juges, comme les gens de toute occupation, ont différents buts simultanés et conflictuels. Ils peuvent être plus intéressés qu'on ne le croit à comment leurs décisions seront perçues par certains groupes externes⁵³. Il rejoint à ce sujet Lawrence Baum, pour qui les juges seraient aussi influencés par leur identité sociale et leur désir de plaire à certains publics⁵⁴. En appliquant les sciences du comportement humain aux juges, on peut conclure que ceux-ci sont aussi préoccupés par leur image et influencés par ce désir, profondément ancré dans la nature humaine, d'être apprécié de certains⁵⁵.

Selon les théories de l'identité sociale, l'identité personnelle est liée au sentiment d'appartenance à un ou plusieurs groupes, et ce sentiment d'appartenance conduit inévitablement à un désir d'obtenir l'approbation des membres de ces groupes⁵⁶. Cela étant dit, les gens choisissent de

⁵² William M. LANDES et Richard A. POSNER, « The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective », (1975) 18-3 *The Journal of Law & Economics* 875-901, 887; Richard S. HIGGINS et Paul H. RUBIN, « Judicial Discretion », (1980) 9-1 *The Journal of Legal Studies* 129-138, 130; Richard A. POSNER, *Overcoming law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996, p. 131.

⁵³ B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 136.

⁵⁴ L. BAUM, préc., note 14, p. 22-30.

⁵⁵ John C. HARSANYI, « Rational-Choice Models of Political Behavior vs. Functionalist and Conformist Theories », (1969) 21-4 *World Politics* 513-538. Au sujet de la nature innée du besoin : Jonathon D. BROWN, *The Self*, New York, Routledge, 1998; Ernest BECKER, *The structure of evil: an essay on the unification of the science of man*, New York, Free Press, 1976, p. 328.

⁵⁶ Voir notamment Henri TAJFEL, *Differentiation between social groups: studies in the social psychology of intergroup relations*, coll. European monographs in social psychology; no. 14, London; New York, Published in cooperation with European Association of Experimental Social Psychology by Academic Press, 1978; John TURNER, « Towards a Cognitive Redefinition of the Social Group », dans Henri TAJFEL (dir.), *Social identity and intergroup relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, p. 17, à la page 17; Kristen Renwick MONROE, « A Paradigm for Political Psychology », dans Kristen Renwick MONROE (dir.), *Political psychology*, Mahwah, N.J., L. Erlbaum, 2002, p. 399, à la page 399.

s'identifier à des groupes formés d'individus dont les préférences sont similaires aux leurs⁵⁷. Deux juges ayant un passé social presque identique peuvent s'identifier à des groupes très différents en raison de leurs valeurs personnelles⁵⁸.

L'influence de ce groupe est mineure puisque le phénomène est circulaire : il s'agit en quelque sorte de plaire aux gens qui pensent comme soi. De façon tout aussi circulaire, les préférences individuelles sont elles-mêmes influencées par ces groupes de référence⁵⁹. En prenant certaines décisions, le juge adopte des positions qui s'alignent avec celles de ces groupes, non pas pour leur plaire, mais parce qu'elles sont naturellement similaires aux siennes⁶⁰.

Toutefois, ce désir de plaire à ces groupes n'est ni parallèle ni séparée du désir de rendre de bonnes décisions et d'adopter de bonnes politiques juridiques⁶¹. Emmett Macfarlane remarque que la littérature au sujet du comportement judiciaire omet souvent de considérer les préoccupations des juges pour la qualité de la jurisprudence, les critiques du public et des médias en lien avec la légitimité de la Cour, la réputation personnelle, l'estime de la communauté juridique, et les relations entre la Cour et les autres branches du gouvernement⁶². Tous ces facteurs sont liés aux valeurs de la communauté juridique, généralement identifiée aux avocats, aux universitaires et aux juges. Il est probable que la totalité des juges les partagent, quoiqu'à des niveaux différents.

Les juges ont aussi en commun des choix de carrière qui reflètent leurs valeurs et les priorités de leur personnalité. Le fait de s'orienter vers une carrière juridique indique un ensemble de valeurs et une perception du système différente du fait de s'orienter, par exemple, vers une carrière politique⁶³.

⁵⁷ Deborah TERRY, Michael HOGG et Julie DUCK, « Group Membership, Social Identity, and Attitudes », dans Dominic ABRAMS et Michael A. HOGG (dir.), *Social identity and social cognition*, Malden, Mass, Blackwell, 1999, p. 280.

⁵⁸ L. BAUM, préc., note 14, p. 33.

⁵⁹ Voir Alice Hendrickson EAGLY et Shelly CHAIKEN, *The psychology of attitudes*, Fort Worth, TX, Harcourt Brace Jovanovich College Publishers, 1993, ch. 13.

⁶⁰ L. BAUM, préc., note 14, p. 45, soulignant que le caractère public des votes judiciaires ajoute au lien entre le vote et le groupe de référence. Voir à ce sujet Timur KURAN, *Private truths, public lies: the social consequences of preference falsification*, 1st Harvard University Press pbk. ed, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1997, p. 30-31.

⁶¹ L. BAUM, préc., note 14, p. 45.

⁶² E. MACFARLANE, préc., note 36, p. 9 et 185.

⁶³ L. BAUM, préc., note 14, p. 168.

Sont aussi communes à l'ensemble, mais plus localement, la communauté judiciaire du tribunal où siège le juge. Celle-ci emporte aussi certaines influences particulières⁶⁴. Selon Baum, dans leurs interactions avec leurs collègues, les juges souhaitent démontrer deux qualités : ils veulent être appréciés comme individus avec qui il est plaisant d'interagir et de travailler, et ils veulent être respectés en étant reconnus comme des professionnels capables de bien faire leur travail en respectant les normes du milieu⁶⁵.

Il est très important pour chaque juge d'être capable de justifier son interprétation du droit comme légitime auprès de ses collègues parce qu'il est important conserver leur respect⁶⁶. Songer considère que « se conformer aux normes de leurs collègues » est l'un des trois objectifs des juges lors d'une prise de décision⁶⁷.

Du reste, les juges appartiennent à différents groupes selon leur origine sociale, leurs expériences et leur personnalité. Les groupes auxquels les juges s'identifient davantage peuvent se spécifier en fonction de la spécialisation de leur pratique avant ou après avoir accédé à la magistrature⁶⁸. Il peut aussi en être ainsi lorsqu'ils exercent dans une petite communauté où ils sont appelés à interagir avec les mêmes parties ou les mêmes avocats de façon régulière. En somme, les juges s'intéressent non seulement aux groupes auxquels ils s'identifient, mais aussi aux groupes susceptibles d'influencer leur réputation à l'intérieur de ces groupes⁶⁹, tout comme un courtisan cherchera l'approbation des proches de la personne convoitée.

⁶⁴ Voir généralement Stephen M. BAINBRIDGE et G. Mitu GULATI, « How Do Judges Maximize? (The Same Way Everybody Else Does - Boundedly): Rules of Thumb in Securities Fraud Opinions », (2002) 51 *Emory L.J.* 83-152, 108; Robert CARP et Russell WHEELER, « Sink or Swim: The Socialization of a Federal District Judge », (1972) 21-2 *J. Pub. L.* 359-394; P. M. WALD, « Thoughts on Decisionmaking », préc., note 37, 10.

⁶⁵ Alex KOZINSKI, « What I Ate for Breakfast and Other Mysteries of Judicial Decision Making », (1993) 26-4 *Loy. L.A. L.Rev.* 993, 994-995; Jonathan Matthew COHEN, *Inside Appellate Courts: The Impact of Court Organization on Judicial Decision Making in the United States Courts of Appeals*, University of Michigan Press, 2002, p. 178-180.

⁶⁶ D. R. SONGER, C. L. OSTBERG, M. E. WETSTEIN et S. W. JOHNSON, préc., note 14, p. 65.

⁶⁷ *Id.*, p. 6. Les deux autres sont que la décision ait un fondement légal solide et qu'elle reflète sa vision idéologique de la loi. Voir aussi Harry EDWARDS, « The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making », (2003) 151-5 *U. Pa. L. Rev.* 1639.

⁶⁸ John P. HEINZ (dir.), *Urban lawyers: the new social structure of the bar*, Chicago, University of Chicago Press, 2005; John P. HEINZ, Edward O. LAUMANN, Robert L. NELSON et Ethan MICHELSON, « The Changing Character of Lawyers' Work: Chicago in 1975 and 1995 », (1998) 32-4 *Law & Society Review* 751-776.

⁶⁹ L. BAUM, préc., note 14, p. 97-100. Un auteur affirme que la capacité de certains à influencer la réputation des juges favorise les intérêts représentés par ces groupes : Lynn M. LoPucki, *Courting Failure: How Competition for Big Cases Is Corrupting the Bankruptcy Courts*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2005.

Une fois sur le banc, les juges maintiennent une proximité idéologique et sociale avec les groupes juridiques. Ces derniers sont ceux avec qui ils interagissent régulièrement, directement ou indirectement⁷⁰. Qui plus est, la profession juridique semble faire partie de ces métiers où l'appartenance emporte pour ses membres une composante identitaire⁷¹. Être avocat ou juge est alors plus qu'un métier, et se rapporte à une définition de soi.

La communauté juridique et ses différents cercles ne sont que l'exemple le plus frappant des publics auxquels les juges peuvent vouloir plaire. Il est aussi possible qu'ils souhaitent plaire à une pléthore de groupes autres pour des raisons aussi liées à leur sens identitaire. Cela étant dit, une étude de ces groupes nous amènerait à verser davantage dans l'individualisation du phénomène, ce qui n'est pas notre objet.

Remarquons que l'idée de « plaire » à la communauté ne veut pas dire être aimé de celle-ci. Il peut simplement s'agir de démontrer des qualités appréciées par la communauté, comme la compétence, l'intelligence, ou le professionnalisme. Un juge pourrait alors répondre à ce « désir de plaire » même en adoptant une interprétation impopulaire, pour autant qu'elle se justifie d'un point de vue juridique. Qui plus est, la communauté à laquelle il souhaite plaire peut appartenir à un sous-groupe de la communauté juridique plutôt qu'à l'ensemble.

Ce désir de démontrer des qualités de bon juriste est lié aux valeurs des juristes en général. En raison de leur formation et de leur quotidien, les juristes tendent à penser principalement en termes juridiques. Bien sûr, il arrive que les obligations morales du juge s'opposent à ses obligations légales⁷². Mais malgré leurs préférences personnelles, les juges, à titre de juristes, veulent non seulement convaincre le public cible, mais le faire en utilisant des arguments juridiques plutôt qu'en imposant leur pouvoir judiciaire⁷³. La communauté juridique valorise la clarté et la cohérence du droit, l'adoption de bonnes politiques légales et l'impartialité du décideur.

Un juge interviewé par Songer affirme que la rédaction d'une opinion, qu'elle soit majoritaire ou dissidente, est l'une des étapes où il est le plus fréquent qu'un juge change d'opinion en raison

⁷⁰ L. BAUM, préc., note 14, p. 97.

⁷¹ John VAN MAANEN et Stephen R. BARLEY, « Occupational communities: Culture and control in organizations », (1984) 6 *Research in Organizational Behavior* 287-365; Harrison Miller TRICE, *Occupational subcultures in the workplace*, coll. Cornell studies in industrial and labor relations, no. 26, Ithaca, N.Y., ILR Press, 1993.

⁷² Steven J. BURTON, *Judging in Good Faith*, coll. Cambridge studies in philosophy and law, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 1992, p. 204.

⁷³ L. BAUM, préc., note 14, p. 53-55, 106-107.

de son incapacité à justifier celle-ci en vertu de la loi⁷⁴. Robert Sharpe fait le même constat dans *Good Judgment*, affirmant que tous les juges ont des exemples de décisions qu'ils ne parviennent tout simplement pas à écrire (*it won't write*)⁷⁵. Alvin Rubin explique que la décision qu'on ne parvient pas à écrire est celle qu'un juriste reconnaîtrait comme superficielle ou arbitraire dans son raisonnement parce qu'elle ne respecte pas les règles et principes acceptés du droit⁷⁶.

Ainsi, le désir de respecter les conventions de la communauté juridique pèse très lourd dans l'esprit du juge. Reid Hastie décrit le processus de prise de décision comme la façon dont les personnes combinent leurs désirs (valeurs personnels, objectifs, finalités, etc.) et leurs croyances (expectatives, connaissances, moyens, etc.) pour choisir une façon de procéder⁷⁷. D'un point de vue social, dans la mesure où les juges voudraient promouvoir leurs préférences idéologiques, leur liberté serait fortement limitée par la croyance en leurs devoirs envers la société. Leur adoration de la primauté du droit les amène à accorder un poids important à leur obligation d'agir à l'intérieur des limites collectivement reconnues de leur pouvoir. Comme le résume James Gibson, les juges rendent des décisions en fonction de ce qu'ils préfèrent faire, tempérés par ce qu'ils croient devoir faire, et limités par ce qu'ils jugent possible de faire⁷⁸.

Au risque de nous répéter, ce qui précède ne vise pas à dresser la liste des facteurs susceptibles d'influencer le raisonnement judiciaire. Il s'agit d'un simple échantillon pour témoigner de la subtilité des influences, externes et internes, qu'on peut considérer pour expliquer le processus judiciaire. Si certains facteurs sont de la plus haute importance – c'est notamment le cas du respect des valeurs de la communauté juridique – d'autres risquent d'avoir une influence négligeable sur la conclusion. Le poids relatif de ces influences prendra tout son sens lorsque nous étudierons le modèle de la cohérence suggéré par la psychologie pour trancher les cas difficiles.

Mais pour commencer, tournons-nous vers l'origine du questionnement relatif au comportement judiciaire. Depuis plus d'un siècle, des juristes renommés tentent d'élucider les procédés de l'adjudication. Chaque fois, ils rappellent l'intérêt de la société à comprendre comment les juges

⁷⁴ D. R. SONGER, C. L. OSTBERG, M. E. WETSTEIN et S. W. JOHNSON, préc., note 14, p. 65.

⁷⁵ R. SHARPE, préc., note 34, p. 140.

⁷⁶ Alvin B. RUBIN, « Doctrine in Decision-Making: Rationale or Rationalization », (1987) 1987-2 *Utah L. Rev.* 357-372.

⁷⁷ Reid HASTIE, « Problems for Judgment and Decision Making », (2001) 52 *Annual review of psychology* 653-683, 655-656.

⁷⁸ J. L. GIBSON, préc., note 19, 9.

concrétisent la loi en l'appliquant. Derrière l'objet de cette recherche se trouve un thème lié au maintien de la cohésion sociale : le partage des pouvoirs entre le judiciaire et le législatif.

* * *

Avant de débiter, permettez qu'on vous convie à un exercice. Au cours de votre lecture, prenez le temps de vous arrêter pour réfléchir à comment la personnalité, telle que définie dans ce premier chapitre, pourrait influencer le juge lorsque le droit ou les faits sont indéterminés, et même lorsqu'ils *semblent* déterminés. Questionnez-vous à savoir si dans ces situations existe une faiblesse qui permettrait une autre explication. Demandez-vous s'il serait possible pour une autre personne d'accepter d'autres conclusions, parfois même sur la foi de prémisses erronées. Demandez-vous si, dans toutes les causes que vous avez lues, plaidées ou décidées, il eût été possible que la conclusion soit différente, sans être erronée, et comment les innombrables expériences de la vie du décideur peuvent avoir influencé son choix.

Nous nous hasardons à prédire que vos réponses seront pleines de surprise et de modération.

Chapitre 2 – La philosophie du droit et le processus décisionnel

La légende du formalisme comme philosophie juridique universelle

La quête pour trouver la place de la personnalité du juge commence dans la théorie du droit. La théorie officielle de l'interprétation⁷⁹ – qu'on appelle la mythologie juridique – parle du sens qui repose dans la loi, un sens qui n'aurait qu'à être découvert. D'où vient cependant l'idée que les juges, plutôt que les textes, sont le véritable moteur de la détermination de la norme? De nombreux juristes se sont adonné à cet exercice, aujourd'hui appelé « philosophie du droit ».

La philosophie du droit se divise en courants. Un premier traite de la théorie du droit⁸⁰ : Quelle est la nature du droit? Comment parvient-on à la bonne interprétation? L'autre s'intéresse à la théorie d'adjudication – l'application du droit par les juges, comment les juges parviennent à leurs conclusions. C'est à ce deuxième aspect que nous nous intéresserons, bien qu'il puisse y avoir un certain chevauchement à l'occasion⁸¹.

Dans cette deuxième catégorie, il faut distinguer les théories normatives – celles qui concernent comment le droit *devrait être appliqué* – et les théories explicatives – celles qui s'attardent à comment le droit *est appliqué en pratique*. Les méthodes interprétatives sont des théories normatives. Elles précisent les règles à suivre pour déterminer le sens de la règle prévue par un texte de loi. Dans ce qui suit, nous nous intéresserons plutôt aux théories explicatives, celles qui tentent d'exprimer comment, dans les faits, les juges parviennent à leurs conclusions.

Dans ce chapitre, nous étudierons les théories explicatives des deux principales philosophies juridiques. La première, le formalisme, sera vue succinctement pour des raisons qui deviendront

⁷⁹ Voir préc., note 1.

⁸⁰ Traité notamment par H.L.A. Hart et Ronald Dworkin, à savoir s'il existe une réponse unique et correcte à l'intérieur du droit positif, ou si le juge doit à l'occasion recourir à des aides externes pour rendre une décision raisonnable et juste : Scott J. SHAPIRO, *The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed*, SSRN Scholarly Paper, ID 968657, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2007, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=968657>> (consulté le 6 décembre 2019). Il existe d'autres théories, comme des théories normatives du droit (l'effet du droit sur le comportement des citoyens) et des théories concernant les critères de légalité (ce qui fait ou non partie du droit).

⁸¹ À titre d'exemple, la théorie réaliste au sujet de l'adjudication ressemble à une philosophie du droit naturel, en ce que la réponse du juge serait fondée sur ce que la philosophie de la justice en constante mutation à la lumière des faits sociaux et naturels : Brian LEITER, « American Legal Realism », dans Dennis M PATTERSON (dir.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, 2^e éd., Chichester, Sussex, Wiley-Blackwell, 2010, p. 249, à la page 251. Karl Llewellyn suggérait que les juges avaient une affinité pour comprendre le droit naturel applicable aux circonstances d'une situation : K. N. LLEWELLYN, *The Common Law tradition: Deciding Appeals*, préc., note 45, p. 122.

vite évidentes. La seconde, le réalisme juridique, sera développée pour mettre en lumière la réflexion effectuée par les juristes pour mieux comprendre le processus de prise de décision judiciaire.

Les juristes qui s'associent aujourd'hui à ces philosophies prennent toujours leurs distances par rapport aux positions radicales de chacune (*néo* formalisme et réalisme *modéré*). Vraisemblablement, la majorité des juristes adhèrent à une position mitoyenne où il est accepté que si la personnalité du juge peut jouer un rôle dans certaines affaires, c'est encore la loi qui gouverne l'adjudication – exclusivement dans les cas faciles, et dans une très large mesure même dans les cas difficiles.

* * *

Le formalisme juridique est la première et principale théorie explicative du processus judiciaire. Cette théorie est aujourd'hui désuète – caractérisée comme naïve et discréditée pour son manque de réalisme. Dans le monde juridique, le mot est employé péjorativement⁸².

En vérité, le formalisme⁸³ n'est rien de plus qu'un épouvantail⁸⁴. Ce qui fut écrit à son sujet est l'œuvre de ses adversaires⁸⁵. Alors qu'il existe une quantité importante d'auteurs réalistes (avocats, professeurs et juges, qualifiés de réalistes ou auto-proclamés), ce n'est pas le cas pour les formalistes.

La légende veut que jusqu'au début du 20^e siècle, la communauté juridique croit sincèrement que le droit est une créature complète, autonome et déterminée. La résolution des litiges ne nécessite que l'application mécanique des règles. En common law, les juges qui énoncent une nouvelle règle ne créent pas le droit, ils le découvrent. Cette vision du droit porte bien des noms :

⁸² Frederick SCHAUER, « Formalism », (1988) 97-4 *Yale Law Journal* 509-548, 510; B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 161.

⁸³ Rappelons qu'il s'agit ici du formalisme comme théorie explicative du comportement judiciaire, et non comme théorie normative associée à la nature du droit, à ses sources légitimes.

⁸⁴ L'argument rhétorique de l'homme de paille : « une position sophiste qui consiste à présenter son adversaire de façon volontairement erronée » : « Épouvantail (rhétorique) », dans Wikipédia, en ligne : <<https://fr.wikipedia.org/>> (consulté le 9 août 2019).

⁸⁵ Duncan KENNEDY, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Mass; London, Harvard University Press, 1998, p. 105.

formalisme, positivisme (théorie du droit positif)⁸⁶, légalisme⁸⁷, jurisprudence mécanique⁸⁸, jurisprudence sociologique⁸⁹, ou encore jurisprudence du texte⁹⁰.

Au début du 20^e siècle, des voix dissidentes s'élèvent pour remettre les pendules à l'heure de la réalité. La loi est indéterminée et pleine de trous; chaque cas digne d'un litige peut être décidé d'un côté comme de l'autre; le juge décide selon ses valeurs personnelles tandis que les précédents et la loi ne servent qu'à justifier sa décision. Ce courant est aujourd'hui connu comme le réalisme juridique américain (*american legal realism*⁹¹) – ou tout simplement *réalisme*.

Ce n'est qu'en 2010 que le professeur Brian Tamanaha envoie cette légende au placard. Avec *Beyond the Formalist-Realist Divide*, il démontre que les faits ne peuvent supporter la fable. Bien avant 1900, des juristes tiennent des propos similaires à ceux attribués aux réalistes. Citant de nombreux exemples à l'appui, le professeur remarque que les juristes de l'époque, comme ceux d'aujourd'hui, reconnaissent le caractère imparfait du droit et le recours nécessaires à des outils externes pour trancher les litiges difficiles.

Il semble donc que pendant près d'un siècle, beaucoup d'encre ait coulé pour se battre contre un homme de paille. Selon Tamanaha, il existe une « preuve historique accablante » selon laquelle le formalisme, tel que dépeint par ses adversaires, ne représente pas la vision des avocats de l'époque. Au contraire, ceux-ci rejettent l'idée que l'art de juger soit une question de pure déduction logique⁹². Aucun juriste de raison, à l'époque comme aujourd'hui, ne prétend sérieusement en l'application machinale de la loi dans les cas difficiles⁹³.

Aujourd'hui – comme c'est probablement le cas au tournant du 20^e siècle – la plupart des juristes ne sont ni formalistes, ni réalistes, mais quelque part à mi-chemin. On parle de néo-formalistes et

⁸⁶ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962.

⁸⁷ R. A. Posner, *How judges think*, préc., note 38, p. 7.

⁸⁸ « Jurisprudence » s'entend ici sous son sens « théorie de l'adjudication ». Roscoe Pound, « Mechanical Jurisprudence », (1908) 8-8 *Columbia Law Review* 605-623.

⁸⁹ Roscoe Pound, « The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. I. Schools of Jurists and Methods of Jurisprudence », (1911) 24 *Harvard Law Review* 591-619; Roscoe Pound, « The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence [Continued] », (1911) 25-2 *Harvard Law Review* 140-168; Roscoe Pound, « The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. [Concluded.] III. Sociological Jurisprudence », (1912) 25-6 *Harvard Law Review* 489-516.

⁹⁰ S. J. Burton, préc., note 72, p. 77-78.

⁹¹ En général, on ne parle que de « réalisme légal » ou « réalisme juridique ». L'adjectif « américain » vise à distinguer le courant d'une forme de réalisme européen moins connu.

⁹² B. Z. Tamanaha, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 44.

⁹³ B. Z. Tamanaha, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13.

de réalistes modérés⁹⁴. Dans les deux cas, on reconnaît le caractère imparfait du droit et la place que peut occuper la personnalité du juge lorsque la loi ne suffit pas. Par contre, aucun juriste de raison ne nie la place de premier ordre qu'occupe le droit dans les considérations du juge.

La dichotomie entre formalisme et réalisme aura au moins servi de balise pour le débat. Les concepts sont ainsi séparés et placés aux deux extrémités d'un continuum. Aujourd'hui, la question en est plutôt une de nuance, où les néo-formalistes et les réalistes modérés se chamaillent pour savoir qui peint le meilleur portrait d'une même idée.

Bien que la (fausse) petite histoire de la division entre réalistes et formalistes puisse aujourd'hui être mise de côté, il vaut la peine de s'intéresser aux théories qu'elle porte. Nous verrons que la dichotomie entre ces philosophies est symptomatique d'une compréhension diamétralement opposée quant à la nature du droit et au rôle des juges. Alors que les réalistes tendent vers l'acceptation du droit comme d'un phénomène social imparfait et sujet à la nature humaine, les formalistes le comparent plutôt à une vérité à laquelle on ne peut déroger.

L'idée d'une science du droit a sans doute inspiré la vision d'une doctrine formaliste. En 1753, Lord Blackstone parle du droit comme d'une science rationnelle⁹⁵. Le 19^e siècle⁹⁶ a aussi ses grands noms qui suggèrent un tel rapprochement. John Austin utilise le concept de science pour identifier le domaine juridique⁹⁷, alors que Christopher Langdell cherche à développer une méthode pour faire du droit une science⁹⁸. Au 20^e siècle, Hans Kelsen s'adonne à l'exercice en aspirant à une étude pure du droit, une étude du droit « en tant que tel », dépourvue de contexte historique et de théorie sociale⁹⁹.

⁹⁴ Voir *Id.*, p. 177-180.

⁹⁵ Sir William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 1, 1753, liv. 2 ch. 1 : « when law is to be considered not only as a matter of practice, but also as a rational science, it cannot be improper of useless to examine more deeply the rudiments and grounds of these positive constitutions of society » (nous soulignons).

⁹⁶ Voir aussi Daniel MAYES, « Whether Law is a Science », (1833) 9 *Am. Jurist & L. Mag.* 349.

⁹⁷ Brian H. BIX, « Legal Positivism », dans Gideon KEREN et George WU (dir.), *The Wiley-Blackwell handbook of judgment and decision making*, coll. Books, Chichester, West Sussex, Wiley-Blackwell, 2015, p. 29, à la page 33, réf. à John AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence: Or, The Philosophy of Positive Law*, 4^e éd., London, John Murray, 2002.

⁹⁸ Christopher Columbus LANGDELL, *A Selection of Cases on the Law of Contracts: With References and Citations*, Little, Brown, 1871 préface, repris dans Stephen B. PRESSER et Jamil S. ZAINALDIN (dir.), *Law and jurisprudence in American history: cases and materials*, 5th ed, coll. American casebook series, St. Paul, MN, Thomson/West Group, 2003, p. 746-748; B. LEITER, préc., note 81, à la page 263.

⁹⁹ B. H. BIX, préc., note 97, à la page 30, réf. à Hans KELSEN, *Introduction to the problems of legal theory*, traduit par S. PAULSON et B.L. PAULSON, Oxford, Clarendon Press, 1992 [1934].

Cette volonté d'une science du droit irait de logique avec la volonté du siècle des Lumières et permettrait d'en accroître la légitimité¹⁰⁰. En transformant la loi en science exacte, le juge pourrait limiter son rôle à la « bouche de la loi » de Montesquieu¹⁰¹. C'est exactement l'esprit de séparation des pouvoirs qui est visée par le formalisme : le législateur crée le droit, le juge l'applique.

En parallèle à la séparation des pouvoirs, le formalisme permet aussi l'application d'un droit à l'abri des caprices du juge. Pound suggère en 1908 que le droit scientifique¹⁰² se reconnaît par sa conformité à la raison, son uniformité et sa certitude, étant fondé sur un ensemble de principes – la justice de la loi plutôt que la justice des hommes¹⁰³. Le formalisme consisterait à appliquer le droit de façon déductive, les juges tranchant les litiges en appliquant les principes juridiques préexistants de façon mécanique, sans aucune discrétion¹⁰⁴.

D'un point de vue conceptuel, le formalisme est une théorie descriptive fondée sur trois propositions : 1) la loi est logiquement déterminée; 2) juger est un exercice mécanique; 3) le raisonnement juridique est autonome puisque la catégorie juridique d'une chose suffit à justifier un résultat unique. Pour le formaliste pur, il n'est jamais nécessaire de recourir à des raisons non-juridiques¹⁰⁵.

Le formalisme se compare ainsi à un jumeau de la théorie officielle d'interprétation des lois. Il renvoie au concept d'une loi autonome¹⁰⁶ qui existe, s'interprète et peut être appliquée sans intervention extra juridique. Le juge applique une règle ou un principe à des faits pour en venir à

¹⁰⁰ William Eskridge survole rapidement le mouvement associé à l'introduction de la méthode scientifique dans le champ des sciences humaines en parlant des travaux de Gadamer : W. N. Jr. ESKRIDGE, préc., note 7, 616-618.

¹⁰¹ Charles de Secondat MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Londres, sn, 1777. Il n'est d'ailleurs pas rare à travers l'histoire du droit qu'on ait cherché à élever le droit à un niveau d'irréfutabilité en référant à la justice naturelle, ou même à un niveau métaphysique en l'associant à Dieu. Voir Thomas D'AQUIN, *Summa Theologica*, part. I-II, Q90-114.

¹⁰² À cette époque, le mot formalisme n'était pas utilisé pour représenter le courant présenté dans cette section.

¹⁰³ R. POUND, « Mechanical Jurisprudence », préc., note 88, 605.

¹⁰⁴ C. SUNSTEIN, « Must Formalism Be Defended Empirically? », (1999) 66 *The University of Chicago Law Review* 636, 638-639. Cass Sunstein est professeur de droit à Harvard et l'auteur juridique le plus cité des temps modernes selon HeinOnline. Il est notamment connu pour sa position au sujet du minimalisme dont les juges devraient faire preuve lorsqu'ils rendent des décisions.

¹⁰⁵ Brian LEITER, « Positivism, Formalism, Realism », (1999) 99-4 *Columbia L. Rev.* 1138, 1145-1146, DOI : 10.2307/1123484. Brian Leiter est professeur de droit à l'University of Texas puis à l'University of Chicago. Il a notamment été professeur en visite à Yale et à Oxford et est réputé pour ses écrits en philosophie du droit. Sa bibliographie comporte plus de 40 livres, articles et présentations liées au formalisme et au réalisme.

¹⁰⁶ B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 89.

sa décision¹⁰⁷. Il n'a pas à se soucier de l'objet de la règle ou des conséquences de son application¹⁰⁸.

Au cœur du formalisme se trouve le désir que la décision soit prise en fonction des règles¹⁰⁹. L'essence en est que le juge doit suivre les textes de loi aussi loin que ceux-ci sont capables de l'amener¹¹⁰. Cette théorie ressemble aussi à ce que Joel Levin appelle l'isolationnisme juridique, une idéologie selon laquelle les textes suffisent aux fins de l'application du droit, les considérations politiques, morales ou sociales ne devant jouer aucun rôle dans les propositions qui régissent l'adjudication¹¹¹.

Les explications du formalisme étaient moins sophistiquées au début du 20^e siècle – possiblement parce que ceux qui écrivaient alors ne cherchaient pas à en chanter les louanges. Pound parle du formalisme comme d'une « jurisprudence mécanique », faisant allusion à une application mécanique et irréfléchie de la loi¹¹². Il écrit plus tard que le formalisme consiste à pousser un raisonnement à un extrême sèchement logique¹¹³.

Ce n'est pas pour rien que le formalisme continue d'occuper une place importante dans le discours juridique¹¹⁴. Il a ses avantages pratiques. Pour Duncan Kennedy¹¹⁵, le formalisme a deux objets. Premièrement, il empêche le juge d'usurper la fonction du législateur en le limitant à l'application littérale des règles énoncées par le texte. Deuxièmement, il favorise l'autonomie individuelle en garantissant la certitude du droit – un droit hautement prévisible permettant aux personnes de planifier leurs actions en conséquence¹¹⁶.

¹⁰⁷ J. FRANK, préc., note 10, p. 109.

¹⁰⁸ B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 166.

¹⁰⁹ « Decisionmaking according to rules » : F. SCHAUER, « Formalism », préc., note 82, 510.

¹¹⁰ Brian Z. TAMANAHA, *Law as a means to an end: threat to the rule of law*, coll. The law in context series, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 2006, ch. 13.

¹¹¹ J. LEVIN, préc., note 48, p. 46.

¹¹² R. POUND, « Mechanical Jurisprudence », préc., note 88. Le professeur Tamanaha parle aussi de l'application irréfléchie de la loi pour décrire le formalisme : B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 161.

¹¹³ Roscoe POUND, *Interpretations of Legal History*, 2^e éd., 1930, p. 123 (“a dryly logical extreme”) tel que cité par H. L. A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », (1958) 71-4 *Harvard Law Review* 593, 610.

¹¹⁴ Voir Adam G. TODD, « An Exaggerated Demise: The Endurance of Formalism in Legal Rhetoric in the Face of Neuroscience », (2019) 23 *Leg. Writing: The J. of the Leg. Writing Institute* 84.

¹¹⁵ Professeur de droit émérite à Harvard. Philosophe du droit, il est surtout connu comme l'un des fondateurs du mouvement des études critiques du droit (*critical legal studies*).

¹¹⁶ Duncan KENNEDY, « Legal Formality », (1973) 2-2 *Journal of Legal Studies* 351, 377. Voir aussi Frederick SCHAUER, *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*, Repr, coll. Clarendon law series, Oxford, Clarendon Press, 2002, p. 137-145.

Pour Frederick Schauer¹¹⁷, le formalisme est surtout le moyen par lequel les règles acquièrent leur force normative : en agissant comme filtre pour empêcher que les considérations d'un décideur impressionnable aient une influence sur la décision¹¹⁸. Dit autrement, le formalisme cherche à ce que les règles soient au cœur des décisions des juges, par opposition à d'autres facteurs extra juridiques. Si d'autres facteurs s'appliquaient, alors les règles ne seraient pas coercitives puisqu'elles ne régiraient pas les décisions judiciaires.

La théorie de Schauer tourne autour de l'ambiguïté des mots employés : l'une des faiblesses souvent attribuées au formalisme¹¹⁹. Le juge devrait appliquer le sens commun des mots employés. Par sens commun, il renvoie à la notion du cœur du sens des mots (*core meaning*) développée par Hart¹²⁰. L'important est que le mot appliqué fasse partie du bagage commun de ceux qui parlent la langue employée par le législateur¹²¹.

Les textes de loi sont généralement trop inclusifs, en ce que des situations que le législateur ne veut pas viser seront régies par cette règle, et sous-inclusifs, en ce que des situations que le législateur veut viser en seront épargnées¹²². Pour les tenants de cette philosophie juridique, il importe cependant d'appliquer le texte même si cela entraîne un résultat est absurde. C'est parce qu'elle s'applique même en présence d'une absurdité que la règle a sa force coercitive. Selon la théorie du formalisme pur, comprendre une règle autrement que pour le sens de sa formulation équivaut à nier le fait qu'il s'agit d'une règle¹²³. Tel est le prix à payer pour que les lois aient une force prescriptive.

Enfin, le formalisme a une valeur justificative. Plus le juge conçoit l'application de la loi de façon mécanique, plus il extériorise la responsabilité du résultat¹²⁴. Le professeur Robert Cover

¹¹⁷ Professeur émérite de droit ayant enseigné à Harvard pendant près de vingt ans. Il écrit au sujet de nombreux sujets juridiques, dont la philosophie du droit. Selon HeinOnline, il fait partie des 10 auteurs les plus cités dans le monde juridique.

¹¹⁸ F. SCHAUER, « Formalism », préc., note 82, 510.

¹¹⁹ En l'absence de règles parfaitement claires, l'interprète n'a d'autre choix que de se référer à des critères extra juridiques pour trouver le sens à donner à la règle.

¹²⁰ B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 164.

¹²¹ F. SCHAUER, « Formalism », préc., note 82, 528.

¹²² B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 164.

¹²³ F. SCHAUER, « Formalism », préc., note 82, 538. Notons que Schauer décrit ainsi le formalisme, mais ne l'entérine pas comme une philosophie du droit qui devrait être encouragée. Sa description du formalisme s'étend sur quarante pages et contient bien des nuances. Qui plus est, l'objet de son article est de réhabiliter la notion de formalisme afin de lui donner un sens utile dans le discours, autrement que péjoratif.

¹²⁴ Robert M. COVER, *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process*, Yale University Press, 1975, p. 235.

remarque qu'avant la guerre civile américaine, les juges appelés à trancher des questions reliées à l'esclavage se tournaient vers le formalisme afin de réduire le conflit moral lié à l'application du droit¹²⁵. La psychologie reconnaît d'ailleurs que la notion de responsabilité personnelle dépend du degré de liberté dont dispose le décideur, et c'est lorsque ce sentiment de responsabilité est élevé que l'inconfort mental – le fruit de ce qu'on appelle la dissonance cognitive – est à son plus fort¹²⁶. Le fait pour le juge de se projeter comme simple messenger d'un choix prédéterminé lui permet de se déresponsabiliser en plus d'éviter d'être accusé d'usurper le rôle du législateur¹²⁷.

Il va sans dire que pour certaines questions à forte connotation morale, le choix de la méthode d'application du droit porte en soi un choix moral – celui de considérer le fond de la question, ou de se contenter de n'en considérer que la surface. C'est sans doute pourquoi les formalistes pouvaient être accusés de faire preuve d'aveuglement volontaire lorsqu'ils portaient l'étendard de l'application mécanique de la loi¹²⁸. Comme le faisait cependant remarquer le professeur Robert Cover, à défaut de pouvoir examiner la psyché de ces juges, on ne pourra jamais savoir avec certitude si l'adhésion au formalisme n'était que rhétorique ou si elle représentait une croyance sincère¹²⁹.

Autant d'explications et de reproches pour une théorie qui, selon Tamanaha, n'a jamais vraiment été crue. Malgré tout, les notions qui découlent du formalisme continuent de faire partie du discours juridique. C'est ce à quoi voulaient s'attaquer les réalistes, qui rêvaient d'un droit plus honnête et transparent. Leur prise de parole devait servir à ouvrir le débat sur la véritable nature du processus adjudicatif. Le droit n'est pas une créature autonome dont le juge n'est que le messenger. Il offre au juge une discrétion qui lui permet de participer à sa création. Ce constat est au cœur de l'autre école de pensée, celle du réalisme.

¹²⁵ Tel que résumé par B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 59. Au sujet du désir possible des juges de ne pas confronter leur responsabilité, voir Scott ALTMAN, « Beyond Candor », (1990) 89-2 *Michigan Law Review* 296-351.

¹²⁶ Voir Joel COOPER et Russell H. FAZIO, « A New Look at Dissonance Theory », dans Leonard BERKOWITZ (dir.), *Advances in Experimental Social Psychology*, 17, Academic Press, 1984, p. 229-266; Jack BALKIN, « Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence », (1993) 103 *Yale L.J.* 105-176, n. 82.

¹²⁷ D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 16. Voir aussi J. BALKIN, préc., note 126, 113 à l'effet que cette projection aurait pour effet de garantir la cohérence de l'image que le juge a de lui-même – un besoin psychologique de considérer le monde et notre compréhension du monde comme rationnel et bienveillant.

¹²⁸ B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 59. Dans les exemples recensés par Tamanaha, les critiques parlent des formalistes en employant des mots comme « stupide », « malhonnête » et « fraudes ».

¹²⁹ R. M. COVER, préc., note 124, p. 235.

Le réalisme juridique américain : le scepticisme au sujet de la mythologie juridique

Tandis que les formalistes considèrent que la découverte du droit et son application sont deux phénomènes séparés, les réalistes ont plutôt tendance à y voir deux représentations d'une même réalité. Du point de vue descriptif, les décisions rendues sont motivées par la réaction que provoquent les faits chez le juge. Du point de vue normatif, le droit serait non pas un guide, mais une prédiction des décisions qui seront rendues¹³⁰.

Ces deux branches du réalisme disent essentiellement la même chose : les décisions seront principalement guidées par les faits et par leur réception chez le juge. On suppose que la magistrature partage un ensemble de valeurs de justice. C'est cette conscience que les juges ont en commun qui guidera les décisions, peu importe la loi. Les théories normatives et descriptives se complètent donc : le droit n'est que la prédiction de ce que les juges décideront, et les décisions, lorsqu'elles sont conformes au droit, ne sont que la preuve de la justesse de la prédiction. La loi ne guide donc pas le juge, elle prédit ce que sa conscience lui dictera.

À partir du moment où on abandonne la doctrine formaliste, on abandonne la simplicité de l'activité judiciaire. Pour remplacer l'idée d'une règle préexistante appliquée à des faits par un juge étranger à la création du sens, il faut s'intéresser à un ensemble de phénomènes humains, psychologiques, personnels et sociaux. Le réalisme ouvre donc la porte à des disciplines voisines qu'il faut explorer pour tenter comprendre ce qui se passe dans la tête de ceux qui déterminent le droit.

Nous disions plus tôt que le formalisme n'est qu'un épouvantail désincarné. Tout le contraire est vrai pour le réalisme. En raison de l'adulation dont ils font l'objet dans la doctrine juridique, il est facile d'identifier plusieurs des réalistes influents. Parmi les plus connus se trouvent Oliver Wendell Holmes Jr.¹³¹, Benjamin Cardozo¹³², Roscoe Pound¹³³, Jeremy Frank¹³⁴, Karl

¹³⁰ Dans l'aspect normatif de la théorie, les réalistes proposent la théorie prédictive. Ils affirment que le droit n'est qu'une prédiction de comment les juges agiront, plutôt qu'une théorie de la contrainte où ils seraient liés par le droit. Voir B. LEITER, préc., note 81, à la page 255.

¹³¹ Oliver Wendell HOLMES, *The Common Law*, Boston, Little, Brown, 1881; Oliver Wendell HOLMES, « The Path of the Law », (1897) 10 *Harvard Law Review* 457.

¹³² Benjamin N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, Mineola, N.Y, Dover Publications, 2005 [1921].

¹³³ R. POUND, « Mechanical Jurisprudence », préc., note 88.

¹³⁴ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, préc., note 10.

Llewellyn¹³⁵, Max Radin¹³⁶ et Herman Oliphant¹³⁷. Il s'agit d'un groupe connu non seulement pour sa contribution au droit, mais aussi pour son éloquence. Leurs propos transcendent les époques et servent encore aujourd'hui à exprimer la réalité complexe et humaine du système judiciaire.

L'œuvre de Cardozo représente probablement le mieux le réalisme empreint de sagesse qu'on oppose à la doctrine formaliste. Son *magnum opus*, *The Nature of the Judicial Process*, est une lecture essentielle pour tous ceux qui s'intéressent à la réalité judiciaire. L'auteur y écrit qu'il fut troublé par l'incertitude du droit dans ses premières années sur le banc : « Je cherchais la certitude dans la loi. Je fus opprimé et découragé quand j'ai plutôt trouvé que cette quête était futile¹³⁸. » Il constate alors que la nature du processus judiciaire n'est pas la découverte du droit, mais sa création¹³⁹. Le juge ferait en vérité un choix à chaque étape du processus adjudicatif¹⁴⁰.

Au cœur du réalisme se trouvent deux phénomènes. D'un côté il y a l'incertitude de la loi; de l'autre il y a la subjectivité du juge, sa conscience, et l'exercice complexe auquel il fait face. Le réalisme met l'accent sur l'humanité du juge, la relativité des règles, et le désir de rendre la meilleure décision possible dans des dossiers de la plus déconcertante teinte de gris, où aucune solution n'est facile et où la pression peut être terrible.

Ce réalisme cherche à réhabiliter l'humanisme des juges en se détachant de la doctrine pseudo-objective du formalisme. Comme l'écrit Joel Levin, en bout de ligne, ce ne sont pas des formules qui répondent aux questions judiciaires, mais des individus – les juges¹⁴¹.

Jerome Frank distingue deux sortes de réalistes : les sceptiques quant aux règles, et les sceptiques quant aux faits. Les sceptiques quant aux faits ont pour théorie que le juge a une très large discrétion quant à la détermination des faits. Cette discrétion permet de choisir les règles

¹³⁵ K. N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, préc., note 44.

¹³⁶ Max RADIN, « The Theory of Judicial Decision: or How Judges Think », (1925) 11-6 *American Bar Association Journal* 357-362.

¹³⁷ Herman OLIPHANT, « A Return to Stare Decisis », (1928) 14-2 *American Bar Association Journal* 71-107.

¹³⁸ B. N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, préc., note 132, p. 162 (nous traduisons).

¹³⁹ *Id.*, p. 166-167.

¹⁴⁰ Benjamin N. CARDOZO, *The Growth of Law*, New Haven; London, Yale University Press, 1924, p. 67.

¹⁴¹ J. LEVIN, préc., note 48, p. 37. Voir Steven L. WINTER, *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind*, Chicago, University of Chicago Press, 2001. Kahneman écrit que parce que nous n'avons pas accès à ce qui se passe dans notre esprit, nous ne saurons jamais si nous aurions pris une décision différente ne serait-ce qu'avec un faible changement dans les circonstances. Contrairement aux formules, les décisions humaines ne donnent pas toujours la même réponse : Daniel KAHNEMAN, *Thinking, fast and slow*, 1st ed, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2011, p. 225.

qui s'appliqueront, dans le but inavoué d'obtenir le résultat désiré¹⁴². Les sceptiques quant aux règles ont plutôt pour discours que le droit est indéterminé, dans certains cas ou en général, de façon relative ou absolue¹⁴³.

Frank suggère que les innombrables traits, dispositions et habitudes du juge façonnent sa façon de parvenir à des décisions en intervenant dans les procédés par lesquels il devient convaincu des faits. Ces traits particuliers vont ensuite déterminer ce que doit être le droit applicable¹⁴⁴. Lorsqu'il a une réaction intuitive, il ne distingue pas ses croyances quant aux faits de ses conclusions quant au droit. Cette intuition est composite – caractérisée par l'hétérogénéité des éléments d'un tout¹⁴⁵.

Dans le même ordre d'idée, Karl Llewellyn écrit qu'il faut comprendre la flexibilité dont disposent les juges pour apprécier à quel point les règles comptent pour peu¹⁴⁶. Cela est d'autant plus vrai que le juge peut choisir les faits qu'il retient pour fonder sa décision¹⁴⁷, et s'en servir ensuite pour les faire correspondre aux règles qui lui permettent d'obtenir le résultat voulu¹⁴⁸. Non seulement les faits peuvent-ils être choisis, mais ils peuvent être qualifiés différemment pour servir la préférence du décideur¹⁴⁹. Un accident peut devenir un geste intentionnel; une attaque peut devenir un acte de défense.

Même son de cloche du côté du juge Pigeon¹⁵⁰, pour qui une large part de la fonction créatrice de droit des juges de première instance repose dans la découverte et la sélection des faits¹⁵¹. Les faits peuvent paraître objectifs puisqu'ils ont lieu à l'extérieur du juge, mais « contrairement à la croyance populaire, les faits ne parlent pas d'eux-mêmes¹⁵². » Comme l'écrit Hart, les faits ne

¹⁴² Dan Simon parle de *gate keeping*, une forme de biais cognitif permettant « l'effet d'encadrement », selon lequel on perçoit un problème d'un point de vue biaisé en raison de sa présentation. D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 87. Aharon Barak, ancien président de la Cour suprême d'Israël, a tenu des propos similaires à ceux de Frank : Aharon BARAK, *Judicial Discretion*, New Haven, Yale University Press, 1989.

¹⁴³ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, préc., note 10 préface à la 6^e impression [1948] p. x-xi.

¹⁴⁴ *Id.*, p. 119.

¹⁴⁵ *Id.*, p. 125.

¹⁴⁶ K. N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, préc., note 44, p. 68.

¹⁴⁷ *Id.*, p. 38.

¹⁴⁸ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, préc., note 10, p. 135.

¹⁴⁹ Voir Karl N. LLEWELLYN, « The Case Law System in America », (1988) 88-5 *Columbia Law Review* 989 - 1020, 52-53 et 63 (original allemand paru en 1928).

¹⁵⁰ Juge à la Cour suprême du Canada de 1967 à 1980.

¹⁵¹ Louis-Philippe PIGEON, « The Human Element in the Judicial Process », (1970) 8 *Alberta L. Rev.* 301-304, 304.

¹⁵² *Id.*, 301 (nous traduisons).

portent pas une étiquette indiquant leur classification juridique¹⁵³. Le juge Sharpe fait écho à ces propos, affirmant que les faits ne sont pas présentés au juge pré-catégorisés, mais doivent être fouillés, triés et compris¹⁵⁴.

Le scepticisme quant aux faits est ainsi le cousin du pragmatisme. L'importance des faits signifie que les conséquences de l'application de la loi est d'intérêt pour déterminer le sens de la règle. Or, cette considération est étrangère à la logique formaliste. Elle constitue une « inversion du raisonnement¹⁵⁵ », l'interprétation de la loi devant précéder son application.

Pour certains réalistes, l'adjudication ne serait pas guidée par les règles. Le processus décisionnel ne consiste pas en l'application logique de règles et de principes. Le juge commence plutôt par une conclusion sommaire qu'il travaille ensuite à justifier¹⁵⁶. La première préoccupation du juge est de rendre une conclusion juste dans un cas donné. La loi ne sert qu'à justifier après-coup la décision rendue pour des raisons non juridiques¹⁵⁷.

L'une des prétentions centrales des réalistes est que les règles peuvent être interprétés de multiples façons. La façon dont ces règles sont interprétées dépend des positions personnelles des juges et des forces exercées sur eux par le contexte social¹⁵⁸. Frank suggère que les règles et les principes de droit sont l'une des catégories de stimuli pouvant provoquer des réactions chez le juge. Il avise cependant qu'il en existe d'autres, souvent cachés¹⁵⁹. Ainsi, même lorsque le juge n'a pas de préférence personnelle en ce qui concerne le résultat, la personnalité du juge influence quelles règles il applique et quelles règles il ignore¹⁶⁰.

¹⁵³ H. L. A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », préc., note 113, 607-608.

¹⁵⁴ R. SHARPE, préc., note 34, p. 258.

¹⁵⁵ Pierre-André CÔTÉ, Mathieu DEVINAT et Stéphane BEAULAC, *Interprétation des lois*, 4e. éd, Montréal, Thémis, 2009, p. 19 citant Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1995, p. 42. Le décideur, s'il juge de l'interprétation à adopter « en portant un jugement de valeur sur les conséquences de l'application, se substitue [...] au législateur. »

¹⁵⁶ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, préc., note 10, p. 101.

¹⁵⁷ Frederick SCHAUER, « Is There a Psychology of Judging? », dans David E. KLEIN et Gregory MITCHELL (dir.), *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford University Press, 2010, p. 103, à la page 110; F. SCHAUER, *Playing by the rules*, préc., note 116, p. 192. Les pistes suggérées par Schauer ont été reçues de façon enthousiaste par certains chercheurs : Linda BERGER, « A Revised View of the Judicial Hunch », (2013) 10 *Legal Comm. & Rhetoric: JALWD* 1; Dan SIMON, « In Praise of Pedantic Eclecticism: Pitfalls and Opportunities in the Psychology of Judging », dans David E. KLEIN et Gregory MITCHELL (dir.), *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford University Press, 2010, p. 131.

¹⁵⁸ B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 79.

¹⁵⁹ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, préc., note 10, p. 112-113.

¹⁶⁰ Barbara SPELLMAN, « Judges, Expertise and Analogy », dans David E. KLEIN et Gregory MITCHELL (dir.), *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford University Press, 2010, p. 149. Techniquement, Spellman parle du passé du juge – son parcours, son vécu (*background*) – et non de sa personnalité.

Pour les réalistes, il ne fait pas de doute que le droit est incertain¹⁶¹. Cela ne veut cependant pas dire qu'ils acceptent que le juge se laisse guider par ses caprices. Cardozo écrit que même dans les cas difficiles où la loi ne suffit pas à résoudre le conflit, le juge n'est pas libre de faire valoir ses préférences personnelles. Il a plutôt pour devoir de se référer aux valeurs et aux intérêts de la communauté, même s'ils diffèrent des siens¹⁶². Cette connexion sociale entre le juge et la communauté rejoint l'idée du « tamis social » du professeur Tamanaha. Celui-ci compare le juge à un tamis à travers lequel filtrent les influences sociales de toute espèce et de toute origine, une infiltration qui serait tout aussi inévitable que nécessaire pour que le droit demeure cohérent avec la société¹⁶³. Dans la même veine, Pierre Noreau écrit que « C'est dans sa mise en œuvre et dans son interprétation [que le droit] retrouve sa signification sociale. L'acte de juger devient alors un acte de culture, une façon de rappeler ou de dénoncer les consensus sociaux, d'affirmer ce qui est en jeu dans l'échange social. Dans ce sens, chaque juge doit rappeler l'état des rapports sociaux tels qu'il peut les lire¹⁶⁴. »

Cela étant dit, les réalistes n'étaient pas des radicaux. Ils reconnaissaient simplement les limites humaines des juges, les imperfections de la loi, et l'effet de l'influence sociale sur l'art de juger. Ils n'étaient ni cyniques ni sceptiques par rapport au système judiciaire¹⁶⁵. Cardozo écrit que même s'il est impossible d'aller au-delà des limites humaines pour voir les choses de façon vraiment objective, l'idéal d'un jugement objectif en est un qu'il faut continuer de poursuivre¹⁶⁶.

Le mouvement réaliste cherche ainsi à souligner le rôle joué par l'idiosyncrasie dans la détermination du droit. Ses efforts visent à reconnaître la réalité du processus décisionnel afin de l'améliorer¹⁶⁷, à conscientiser le monde juridique à la relation entre les règles et les préférences

À notre avis, les concepts sont ici interchangeables puisque la personnalité est en grande partie le résultat de son passé.

¹⁶¹ Joel Levin écrit que les réalistes sont légalosceptiques. La loi étant indéterminée, il est peu probable qu'elle suffise à exercer une influence certaine sur le juge. Elle peut cependant servir à expliquer une partie du processus d'adjudication. Voir J. LEVIN, préc., note 48, p. 109 et 117.

¹⁶² B. N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, préc., note 132, p. 108. Le juge Schaefer est du même avis : Walter SCHAEFER, « Precedent and Policy », (1966) 34-3 *University of Chicago Law Review* 3-25, 14.

¹⁶³ B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 193.

¹⁶⁴ Pierre NOREAU, « L'acte de juger et son contexte : éléments d'une sociologie politique du jugement », (2001) 3-2 *Éthique publique. Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale* 18, 21.

¹⁶⁵ B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 68-69 et 89.

¹⁶⁶ B. N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, préc., note 132, p. 106.

¹⁶⁷ Laura KALMAN, *Legal realism at Yale, 1927-1960*, coll. Studies in legal history, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1986, p. 231.

des magistrats¹⁶⁸. La conscience de ces biais doit servir à les neutraliser¹⁶⁹. Frank écrit qu'une magistrature honnête qui connaît ses préjugés et ses faiblesses est la meilleure garantie de justice¹⁷⁰. Il est évident qu'il ne sera jamais possible que les juges se détachent complètement de leurs émotions, mais on peut aspirer à ce qu'ils y deviennent plus sensibles, capables de les examiner minutieusement et de les articuler¹⁷¹. En un mot, le juge consciencieux tentera de reconnaître ses propres biais afin de les surmonter¹⁷².

Dans le même ordre d'idée, les réalistes croient à la primauté du droit. Il n'est pas question que la décision soit gouvernée par « ce que le juge a mangé au petit-déjeuner »¹⁷³. Il est généralement accepté par tous, y compris les réalistes, que les juges sont influencés par la loi. Llewellyn écrit que les règles sont très importantes aux yeux des juges puisqu'ils croient devoir les suivre. Des faits sympathiques ne suffisent pas. L'avocat doit aussi présenter aux juges les règles qui lui permettront de conclure en sa faveur¹⁷⁴.

Non seulement la loi est-elle importante, mais elle suffit souvent. Cardozo croit que la loi dicte le résultat dans la majorité des cas. Même dans les cas les plus difficiles, la loi demeure le principal guide¹⁷⁵. Comme l'écrit le juge Richard Posner, aucun auteur sérieux n'affirme que les idiosyncrasies du juge soient le principal déterminant dans la majorité des décisions rendues¹⁷⁶. Au contraire, la plupart des dossiers sont des cas de routine qui peuvent être décidés en utilisant les formules énoncées¹⁷⁷ – *inter alia*, en donnant à la loi le sens qui fait facilement consensus¹⁷⁸.

¹⁶⁸ Eugene ROSTOW, « American Legal Realism and the Sense of the Profession », (1962) 34 *Rocky Mountain Law Review* 123-149, 132.

¹⁶⁹ A. KOZINSKI, préc., note 65, 997. Frank et Cardozo tiennent des propos similaires à travers leurs écrits.

¹⁷⁰ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, préc., note 10, p. 148.

¹⁷¹ *Id.*, p. 153.

¹⁷² Décision rendue par Frank une fois devenu juge : *In re J.P. Linahan, Inc.*, [1943] 138 F.2d 650, 652. Voir aussi Jerome FRANK, « The Cult of the Robe », *Saturday Review of Literature* (13 octobre 1943), p. 12 - 15.

¹⁷³ B. LEITER, préc., note 81, à la page 259. Voir A. KOZINSKI, préc., note 65.

¹⁷⁴ K. N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, préc., note 44, p. 14.

¹⁷⁵ B. N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, préc., note 132, p. 136-137; B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 21.

¹⁷⁶ R. A. POSNER, *How judges think*, préc., note 38, p. 51.

¹⁷⁷ *Id.*, p. 46 et 76.

¹⁷⁸ Le juge Sharpe écrivait récemment qu'il estime à plus de 90% les décisions traitées par la cour d'appel de l'Ontario où la loi était suffisamment claire pour trancher la question unanimement sans se référer aux facteurs extra juridiques. Songer et al. mentionnaient que 80% des décisions par un banc de 5 à la CSC étaient unanimes et que tous bancs confondus, 76% des décisions relatives à la Charte étaient unanimes : D. R. SONGER, C. L. OSTBERG, M. E. WETSTEIN et S. W. JOHNSON, préc., note 14, p. 82 et 93.

La compréhension judiciaire comme compréhension ordinaire affectée par des facteurs extra-juridiques

Bien qu'il existe plusieurs degrés de réalisme, de modéré à radical, les différents courants partagent un ensemble de croyances. Pour le spécialiste Brian Leiter, le réalisme est une théorie selon laquelle les juges orientent leurs décisions en fonction de leur réaction aux faits, et non en fonction de l'application de règles¹⁷⁹. La réaction aux faits repose sur de nombreux facteurs psychosociaux, allant de l'idéologie politique au rôle institutionnel, en passant par la personnalité du juge¹⁸⁰.

Cependant, les réalistes sont divisés au sujet de l'origine des réactions du juge. D'un côté, on retrouve ceux qui croient que ces réactions sont gouvernées par les idiosyncrasies de la psychologie et de la personnalité de chaque juge. De l'autre, on croit que ces réactions correspondent à des modèles génériques inspirés des forces sociales qui ont formé les juges¹⁸¹. Parce que ces derniers sont généralement issus d'un groupe homogène élite¹⁸², les réactions ont tendance à être similaires. Dit autrement, le profil social des juges pourrait l'emporter sur ses particularités personnelles.

Peu importe l'origine de cette influence, Cardozo croit qu'il est d'une logique évidente que les différences d'opinion se fondent en partie sur des différences de points de vue¹⁸³. Il est pour lui inévitable qu'un juge appelé à soupeser des droits sera dans une certaine mesure influencé par ses idées personnelles¹⁸⁴. Comme l'écrit Frank, les décisions rendues par le juge sont le produit de son histoire, personnelle et professionnelle¹⁸⁵.

Les réalistes considèrent donc que les décisions judiciaires sont influencées par des facteurs extra-juridiques. Frederic Schauer et Barbara Spellman écrivent que ces facteurs peuvent

¹⁷⁹ B. LEITER, préc., note 81 aux pages 249-252.

¹⁸⁰ *Id.*, à la page 249. Voir aussi Brian LEITER, *Naturalizing jurisprudence: essays on American legal realism and naturalism in legal philosophy*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2007, p. 61. Comme nous l'avons vu dans le préambule, ce qu'on appelle la personnalité est multidimensionnelle et s'exprime dans toutes les actions et les réactions de la vie.

¹⁸¹ B. LEITER, préc., note 81, à la page 258 et s.

¹⁸² Le juge Sharpe opinait récemment que les juges doivent se rappeler qu'ils sont membres d'une élite privilégiée du point de vue financier et social : R. SHARPE, préc., note 34, p. 260.

¹⁸³ B. N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, préc., note 132, p. 6.

¹⁸⁴ *Id.*, p. 12.

¹⁸⁵ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, préc., note 10, p. 124.

comprendre la personnalité du juge¹⁸⁶. La recherche suggère d'ailleurs que lorsqu'ils ne sont pas contraints par une règle dont l'application est évidente, les juges auraient tendance à décider en se fondant sur un large éventail de facteurs politiques, idéologiques, personnels et contextuels¹⁸⁷.

Or, les traits du juge sont considérés dans la mythologie juridique comme des influences illégitimes. C'est pourquoi ils seraient enfouis et cachés par le judiciaire¹⁸⁸. Il ne serait cependant pas si difficile de cacher cette influence. Holmes écrit qu'il est toujours possible pour un juge de donner une apparence logique à une conclusion¹⁸⁹. Il pourrait le faire parce que la croyance ou l'opinion qui motive sa décision est incapable de mesure quantitative, et en conséquence incapable de fonder des conclusions logiques¹⁹⁰. Cela étant dit, les juges ne sont pas tous similairement habiles pour jouer ce jeu.

Des juges d'hier et d'aujourd'hui ont affirmé à répétition que la personnalité du juge joue un rôle dans l'adjudication¹⁹¹. À une époque et dans un domaine qui ne se souciait pas autant de la psychologie, ces juges ont tour à tour insisté sur le fait que les juges sont d'abord et avant tout des humains, susceptibles aux mêmes réalités physiques et psychologiques que leurs semblables.

Les juges, à vrai dire, se voient comme des personnes ordinaires qui tentent d'accomplir un travail difficile avec consistance et équité¹⁹². Face à une tâche délicate, chargé de régler des questions épineuses, ils recherchent en toute bonne foi les bribes de réponses où qu'ils puissent les trouver. Lorsque le législateur et les tribunaux faillent à fournir ces guides, leurs instincts personnels, et plus particulièrement ceux qui guident leur esprit de justice, apparaissent comme une source légitime d'inspiration. On ne saurait leur en vouloir.

¹⁸⁶ Barbara A. SPELLMAN et Frederick SCHAUER, « Legal Reasoning », dans Keith HOLYOAK et Robert MORRISON (dir.), *The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning*, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2012, p. 719, à la page 724.

¹⁸⁷ Eileen BRAMAN, « Searching for Constraint in Legal Decision Making », dans David E. KLEIN et Gregory MITCHELL (dir.), *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford University Press, 2010, p. 203.

¹⁸⁸ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, préc., note 10, p. 129-130.

¹⁸⁹ O. W. HOLMES, préc., note 131, 465-466.

¹⁹⁰ *Id.*

¹⁹¹ Les exemples sont trop nombreux pour être répertoriés, mais nous tenions à prendre quelques paragraphes pour en souligner certains qui se démarquent par leur notoriété ou leur éloquence, aux États-Unis comme au Canada.

¹⁹² Terry MARONEY, « Why Choose? A Response to Rachlinski, Wistrich & Guthrie », (2015) 93 *Texas L. Rev.* 317. Le professeur Schauer écrit que les réalistes voient les juges comme de simples décideurs humains : F. SCHAUER, « Is There a Psychology of Judging? », préc., note 157.

Avec cette mise en garde à l'esprit, il vaut la peine de s'intéresser à ce que les juges ont eux-mêmes à dire au sujet de leurs faiblesses humaines. Cet exercice servira de prémisse à la prochaine partie en rappelant que les juges sont susceptibles aux mêmes phénomènes qui affligent l'humanité toute entière.

C'est ainsi que Walter Coles écrit que d'affirmer que les préjugés politiques n'ont aucun effet sur les décisions de la cour revient à affirmer que ses membres sont exemptés des faiblesses connues de la nature humaine, et au-dessus des influences qui opèrent si fortement dans la détermination des opinions des autres¹⁹³. Lorsque la loi ne suffit pas à trancher une question, le juge est guidé par les influences, opinions et préjugés auxquels il a été assujéti¹⁹⁴. Theodore Schroeder écrit que chaque opinion juridique repose nécessairement sur les impressions du juge quant à la situation qui lui est présentée. Ces impressions, écrit Schroeder, sont déterminées par la longue série d'expériences passées du juge, avec pour résultat leur intégration naturelle en divers tons émotionnels¹⁹⁵.

Pour Cardozo comme pour tous les réalistes, il n'est pas possible pour le juge de se libérer complètement de ses « loyautés inconscientes¹⁹⁶ »¹⁹⁷. Malgré tous les efforts et le bon vouloir, il est impossible de se détacher complètement de son vécu. Les écrits de Cardozo sont repris par la Cour suprême dans *R. c. R.D.S.*¹⁹⁸ :

« Il y a en chacun de nous une tendance, qu'on peut appeler philosophie ou autre chose, qui donne cohérence et orientation à la pensée et à l'action. Le juge ne peut pas plus se soustraire à ce courant que le commun des mortels. Sa vie durant, des forces dont il n'a pas conscience et qu'il ne peut nommer, l'ont entraîné -- instincts, atavismes, croyances traditionnelles, convictions acquises; et la résultante est une perspective sur la vie, une conception des besoins sociaux . . . Chaque problème qui se pose à l'esprit se détache sur cette toile de fond. Nous pouvons essayer de

¹⁹³ Walter D. COLES, « Politics and the Supreme Court of the United States », (1893) 27-2 *Am. L. Rev.* 182-208, 182; B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 75.

¹⁹⁴ W. D. COLES, préc., note 193, 190.

¹⁹⁵ Theodore SCHROEDER, « Psychologic Study of Judicial Opinions », (1918) 1-2 *California L. Rev.* 89-113, 93 : « every judicial opinion necessarily is the justification of the personal impulses of the judge, in relation to the situation before him, and that the character of these impulses is determined by the judge's life-long series of previous experiences, with their resultant integration in emotional tones. »

¹⁹⁶ Expression employée par Cardozo : B. N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, préc., note 132, p. 175.

¹⁹⁷ B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 21.

¹⁹⁸ *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484 [*R. c. R.D.S.*].

voir les choses le plus objectivement possible. Il n'empêche que nous ne pouvons les voir avec d'autres yeux que les nôtres propres. [...]

Dans notre subconscient se trouvent enfouies d'autres forces, préférences et aversions, prédilections et préventions, tout un ensemble d'instincts, d'émotions, d'habitudes et de convictions, qui font l'être humain, qu'il soit juge ou justiciable¹⁹⁹. »

Le juge Pigeon écrit que l'idée de juges appliquant aveuglément une loi inflexible est irréaliste²⁰⁰. Il cite avec approbation le commentaire de Cardozo à l'effet que l'idée que « le judiciaire ne doit jamais donner effet à la volonté du juge », si noble soit-elle, ne pourra jamais être plus que partiellement fondée²⁰¹. Il précise qu'aucune règle n'est assez précise pour évacuer le juge à moins de pouvoir être réduite à une expression mathématique capable d'être mesurée²⁰². Dans la mesure où le juge ne peut pas utiliser de mesures objectives, c'est nécessairement à travers son point de vue qu'il perçoit et conçoit la justice, la moralité commune, et tous les facteurs qui guident sa recherche de principes juridiques.

La juge Patricia Wald²⁰³ est d'avis que dans les cas difficiles, les philosophies personnelles peuvent jouer un rôle significatif dans le jugement rendu²⁰⁴. Il serait naïf de suggérer que tous les juges raisonnent de la même façon, compte tenu du caractère unique de leurs histoires, expériences, perceptions et implications qui aident à former le capital intellectuel qu'ils amènent avec eux sur le banc. Le cumul des connaissances, expériences et tendances personnelles du juge influencent les notions sur lesquelles reposent sa compréhension du dossier²⁰⁵. Il en va de même pour le juge Richard Posner, qui affirme sans détour que les outils offerts par la théorie formaliste ne suffisent pas à générer des réponses acceptables. Par la force des choses, les juges

¹⁹⁹ B. N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, préc., note 132, p. 12-13 et 167 repris dans R. c. R.D.S. au par. 34. Avant que la Cour suprême ne tranche cette affaire, le professeur Devlin écrivait que tous ceux qui sont impliqués dans le processus juridique – autant ceux qui jugent que ceux qui sont jugés – sont profondément affectés par leurs contextes expérientiels : Richard DEVLIN, « Judging and Diversity: Justice or Just Us?/Les Décisions Judiciaires et la Diversité: La Justice des Justiciables ou de justiciers? », (1996) 20-3 *Provincial Judges Journal* 4-22..

²⁰⁰ L.-P. PIGEON, préc., note 151, 304.

²⁰¹ *Id.*, 301.

²⁰² *Id.*, 302.

²⁰³ Auteure prolifique et juge en chef du circuit d'appel du district de Columbia.

²⁰⁴ Patricia M. WALD, « A Response to Tiller and Cross », (1999) 99-1 *Columbia L. Rev.* 235-261, 236.

²⁰⁵ P. M. WALD, « Thoughts on Decisionmaking », préc., note 37, 12.

doivent souvent recourir à d'autres sources de jugement, y compris leurs opinions politiques, leurs jugements en matière de politiques, et même leurs idiosyncrasies²⁰⁶.

De notre côté de la frontière, le juge en chef Dickson dit lors de conférences sur l'art de juger que « les juges sont humains. Ils ont été moulés par tout ce qu'ils ont vécu avant leur élévation au banc²⁰⁷. » La juge Bertha Wilson suggère que si, grâce à leurs perspectives différentes au sujet de la vie, les femmes juges peuvent apporter une nouvelle humanité dans le processus décisionnel, peut-être les femmes pourront-elles faire une différence, en imprégnant le droit d'une compréhension différente de ce qu'être humain signifie vraiment²⁰⁸. Entre les lignes, la juge Wilson suggère que la personnalité affecte la perspective, le point de vue, la perception de la vie de chacun. Ces propos vont de pair avec ceux de la juge Abella, pour qui chaque décideur entre dans une salle de cour armé d'un ensemble de valeurs, d'expériences et de suppositions qui sont déjà intégrés à qui il est²⁰⁹. Le juge Sharpe de la Cour d'appel de l'Ontario écrit que tous les juges sont le produit de leur vécu²¹⁰ et ils ne peuvent échapper à l'impact de ce vécu sur leur raisonnement²¹¹.

Au moment de prendre sa retraite en 1988, le juge Estay rapporte son inquiétude que les Canadiens ne réalisent pas que les décisions de la Cour suprême dépendent de la personnalité de chaque juge²¹². La même année, dans une dissidence concernant l'avortement dans l'affaire *Morgentaler*²¹³, le juge McIntyre indique qu'en matière de Charte, « [d]es choix difficiles doivent être faits et le point de vue personnel des juges jouera inévitablement à l'occasion²¹⁴. »

Les propos sont similaires chez les juges interviewés anonymement. Ceux rencontrés par Songer acquiescent que bien qu'il ne s'agisse pas du principal facteur qui explique leurs décisions, leurs

²⁰⁶ R. A. POSNER, *How judges think*, préc., note 38, p. 9.

²⁰⁷ Brian DICKSON, « The Role and Function of Judges », (1980) 14 *Law Soc'y Gaz.* 138-147, 143 (nous traduisons) cité par R. SHARPE, préc., note 34, p. 260.

²⁰⁸ Bertha WILSON, « Will Women Judges Make a Difference? », (2005) 28-3 *Osgoode Hall Law Journal* 507-522.

²⁰⁹ Rosalie ABELLA, « The Dynamic Nature of Equality », dans Kathleen E. MAHONEY et Sheila L. MARTIN (dir.), *Equality and judicial neutrality*, Toronto, Carswell, 1987 aux pages 8-9. Voir aussi Rosalie ABELLA, « Public Policy and the Judicial Role », (1989) 34 *R.D. McGill* 1021-1035.

²¹⁰ R. SHARPE, préc., note 34, p. 260.

²¹¹ *Id.*, p. 268.

²¹² E. MACFARLANE, préc., note 37, p. 57 réf. à Kirk MAKIN, « Plain-Talking Estey: After Eleven Years Sitting on the Supreme Court, Retiring Justice Plans Clean Break with Law », *Globe and Mail* (27 avril 1988), p. A1.

²¹³ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

²¹⁴ *Id.*, 141 (par. 188).

philosophies personnelles exerçaient une certaine influence dans la résolution des questions complexes²¹⁵. Le professeur Emmett Macfarlane affirme à la lumière de ses entrevues que nombre des juges de l'ère post-Charte ont depuis longtemps abandonné la notion selon laquelle ils peuvent rendre des décisions d'une façon entièrement objective ou scientifique²¹⁶.

Un juge interviewé par Macfarlane affirme que les expériences de la vie, y compris celles qui ne se rapportent pas à leur travail, jouent un rôle dans la façon de voir les choses²¹⁷. Un autre²¹⁸ témoigne que l'expérience personnelle des juges doit servir à illuminer le débat, et non à en préjuger la conclusion : « Nous sommes tous le produit de nos expériences et nous devons nous assurer que nous ne nous abandonnons pas de façon prématurée à ces perceptions fondées sur nos expériences, par opposition aux analyses plus logiques et plus objectives²¹⁹. » Par contre, il faut noter que bien que les juges reconnaissent le rôle de leur personnalité dans l'adjudication, plusieurs affirment du même souffle que leurs opinions et croyances personnelles n'entrent pas en jeu dans leur prise de décision²²⁰.

Plusieurs témoignages judiciaires supportent donc en partie la théorie réaliste. Celle-ci ne se limite cependant pas à affirmer qu'il n'existe pas de séparation étanche entre personnalité et adjudication. Elle affirme que les faits provoquent chez le juge une réaction intuitive l'orientant vers une solution qu'il juge appropriée et juste. Le réalisme radical suggère que cette réaction viscérale sert de point d'ancrage de la décision qui sera rendue. Le juge sillonne le droit à la recherche d'une justification plausible de cette décision. Pour les réalistes modérés, cette réaction représente surtout un point de départ. D'autres facteurs seront considérés et il est tout à fait possible qu'un juge rende une décision différente après avoir étudié la question. La loi demeure toujours un facteur important dans la réflexion.

En matière d'interprétation, le juge suit un procédé similaire. La compréhension initiale du texte de loi sert de point de départ à son analyse. La règle telle que formulée est ainsi un stimulus qui

²¹⁵ D. R. SONGER, C. L. OSTBERG, M. E. WETSTEIN et S. W. JOHNSON, préc., note 14, p. 10.

²¹⁶ E. MACFARLANE, préc., note 36, p. 56.

²¹⁷ *Id.*, p. 65-66. Ce même juge donne pour exemple une distinction entre les juges issus de la pratique et les juges issus du monde académique, les praticiens étant plus susceptibles d'anticiper les conséquences indésirables d'une décision – et, nous supposons, faisant donc preuve de plus de retenue dans l'étendue de leurs motifs. Voir aussi Karl N. LLEWELLYN, « Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed », (1949) 3-3 *Vand. L. Rev.* 395-406, 397.

²¹⁸ Ou le même, puisqu'il n'est pas possible d'identifier lequel ou laquelle est cité.

²¹⁹ E. MACFARLANE, préc., note 36, p. 96 (nous traduisons).

²²⁰ Voir *Id.*, p. 57 et 68.

provoque une réaction chez le décideur²²¹. Cette réaction initiale est analysée à la lumière des autres éléments qui semblent utiles à l'exercice – tout ce qui fait partie du contexte global que nous avons vu en étudiant la méthode d'interprétation moderne. Ce faisant, en matière d'interprétation, les arguments des parties doivent servir de catalyseurs pour attirer l'attention du juge sur un élément particulier du contexte, comme le ferait une plaidoirie en attirant l'attention sur les faits favorables à ses prétentions.

Les réalistes de tout temps conçoivent donc l'adjudication comme un exercice où le juge est humain. Plutôt que de raisonner comme seule une machine saurait le faire, il raisonne dans la limite de ses capacités humaines. Ces limites concernent ses connaissances et sa compréhension du droit, de la logique et des faits. Dans ce travail difficile, il tente du mieux qu'il peut d'en venir à la meilleure des solutions, avec à l'esprit le désir de respecter la loi édictée par d'autres. Il ne se laisse pas gouverner par ses caprices personnels, mais n'y est pas immunisé. Il n'est pas non plus à l'abri des erreurs.

C'est le réalisme modéré qui représente davantage comment les juristes perçoivent la fonction adjudicative. Les forces extra juridiques peuvent sans doute teindre le raisonnement du décideur, mais elles demeurent une influence marginale en comparaison de la loi. Bien sûr, les juges sont uniques et sont influencés à différents niveaux par ces diverses sources. De la même manière, ils ont tous une capacité différente d'introspection et de réalisation du poids de ces facteurs.

Cette mise en garde nous semble essentielle puisque la probabilité de l'influence de la personnalité a été reçue par les sciences politiques comme une preuve de la politisation du domaine judiciaire. Alors que le débat aurait pu concerner l'importance relative de cette influence, il s'est limité à en vérifier l'existence. Les recherches en sciences politiques ont pris pour prémisse que la fin première des juges est d'imposer leurs préférences personnelles à travers leurs décisions²²².

Le juge est dès lors dépeint comme un acteur politique dont la loi n'est qu'une contrainte qui barre son chemin. Cette vision de l'interaction entre un juge et la loi a été comparée à l'interaction entre Houdini et les chaînes qui le liaient pendant ses performances²²³. Les lois s'apparenteraient à des contraintes plus ou moins ajustées dont le juge tente de se défaire. Sa capacité à le faire dépendra

²²¹ B. LEITER, préc., note 81, à la page 255.

²²² B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, ch. 7-8.

²²³ S. ALTMAN, préc., note 125, 308-309; Frank B. CROSS, « Political Science and the New Legal Realism: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance », (1997) 92-1 *Nw. U. L. Rev.* 251-326, 326.

de ses aptitudes personnelles. Alors que certains, plus habiles, s'en libéreront rapidement; d'autres en resteront prisonniers à jamais. Cette vision cynique des choses a certainement contribué à la dépréciation de la confiance envers les institutions judiciaires au sein des cercles qui s'y intéressent.

On peut se demander pourquoi la place de la personnalité du juge dans le droit est une question importante. Si on adhère à la théorie d'un droit prédéterminé, la mauvaise interprétation faite par le juge subjectif ne serait-elle pas qu'une erreur de parcours qui n'affecte pas la substance de la règle? Le sens objectif de la norme pourrait être découvert en révision, en appel, ou dans des instances parallèles. Ces erreurs seraient symptomatiques de la faillibilité humaine, mais pas de l'imperfection de la théorie du droit.

Le problème vient du fait qu'un droit indéterminé remet en question la nature même des lois qui nous gouvernent. Celles-ci ne sont plus absolues, mais relatives. En ce sens, l'idée d'une compréhension subjective remet en question la certitude juridique qu'on présumait jusqu'alors. Elle anime une insécurité bien ancrée dans la mythologie juridique : que vaut le droit s'il est indéterminé, et par le fait même laissé à la discrétion des juges?

Or, au grand dam de certains, diverses sciences humaines – dont la psychologie, la linguistique, et le droit – ont mis à jour des phénomènes qui confirment les craintes du monde juridique. Au fur et à mesure qu'ils sont révélés, ces phénomènes rendent le constat inévitable : le droit est bel et bien indéterminé. La communication d'une idée serait un exercice parsemé d'obstacles. Pour garantir une transmission parfaite de la règle, le législateur et les tribunaux devraient réussir à tous les franchir. Pour plusieurs raisons, ils n'y sont pas parvenus.

Chapitre 3 – L'indétermination de la loi

Une indétermination certaine et omniprésente, mais limitée

Le droit est déterminé s'il mène inévitablement à une seule conclusion. À l'inverse, il est indéterminé du moment où il cesse de guider l'interprète alors qu'au moins deux conclusions sont encore raisonnablement possibles²²⁴. On parlera donc d'une règle indéterminée lorsque le texte de loi est susceptible de plus d'une interprétation qu'un juriste raisonnable et de bonne foi puisse lui donner. De façon corolaire, on considère que le juge a une discrétion lorsqu'il peut légitimement choisir entre au moins deux options.

Brian Leiter écrit que l'indétermination peut apparaître sous plusieurs formes. Le droit peut être indéterminé *localement* lorsqu'il l'est dans un cas précis, ou il peut l'être *globalement* lorsqu'il l'est dans tous les cas²²⁵. De plus, la loi peut être *rationnellement* indéterminée lorsque c'est la loi, son interprétation et son application aux faits qui ne permet pas de parvenir à un résultat unique²²⁶. Elle peut être *causalement* indéterminée lorsque malgré la clarté des règles applicables, le juge ne se sent pas liée par le résultat – par exemple parce qu'il lui semble injuste ou absurde²²⁷.

La théorie traditionnelle d'une société gouvernée par le droit est simple : il existe une règle de droit; il suffit d'appliquer cette règle à un ensemble de faits pour parvenir à une décision prévisible. Dans ce contexte, le rôle du juge se limite à identifier la règle applicable aux faits qui lui sont présentés et à prononcer la décision qui découle naturellement du mariage de la règle aux faits.

Richard Devlin²²⁸ écrit que cette description conventionnelle du droit est élégante et cohérente. Elle renforce la confiance en l'impartialité des tribunaux. Cependant, elle place beaucoup trop de foi dans la « sainte trinité » de la rationalité, de l'objectivité et de la logique déductive²²⁹. Les

²²⁴ S. J. BURTON, préc., note 73, p. 45 : « if the law runs out of guidance without prohibiting two or more actions in a case. » Voir aussi William TWINING et David MIERS, *How to do things with rules: a primer of interpretation*, 4th ed, coll. Law in context, London, Butterworths, 1999, p. 146.

²²⁵ Dans un même ordre d'idée, Balkin écrit que le droit peut être cohérent localement ou globalement : J. BALKIN, préc., note 126, 117.

²²⁶ Par exemple lorsque des précédents pointent dans des directions différentes.

²²⁷ Brian LEITER, « Legal Indeterminacy », (1995) 1 *Legal Theory* 481-492.

²²⁸ Professeur à l'école de droit de l'Université Dalhousie en Nouvelle-Écosse. Il offre notamment des formations aux juges à l'Institut national de la magistrature à Ottawa.

²²⁹ Richard DEVLIN, « The Art and Craft of Judicial Decision-Making: An Essay for Justice Marc Rosenberg », dans Benjamin L. BERGER, Emma CUNLIFFE et James STRIBOPOULOS (dir.), *To ensure that justice is done: essays in memory of Marc Rosenberg*, Toronto, Thomson Reuters Canada, 2017, p. 279, à la page 288.

juristes placent une grande confiance dans leur capacité à décider de façon rationnelle et logique, vraisemblablement plus que la moyenne des gens. Il s'agit d'un pilier de la mythologie juridique (l'ensemble des croyances et mythes qui entourent le régime juridique). Si le juriste décidait avec ses émotions plutôt qu'avec la raison, la primauté du droit ne voudrait rien dire. Malheureusement, ces prémisses semblent erronées : le droit n'a rien d'une science exacte, et les juristes tendent à surévaluer la rationalité de leur pensée²³⁰.

Le droit canadien est bien plus complexe qu'un ensemble de règles dont le sens est prédéterminé. Le professeur Devlin affirme qu'il s'agit d'un « réseau interdépendant de règles, de principes, de politiques et de visions normatives. La métaphore est celle d'un iceberg. Les règles sont la pointe de l'iceberg, mais sous ces règles de surface se trouve une masse beaucoup plus grande de principes, de politiques et de visions normatives²³¹ ».

Il faut souligner l'importance du caractère *interdépendant* de ces éléments : aucun ne forme le système en soi et aucun ne le gouverne. Ils s'influencent l'un l'autre et forment un produit final plus grand et complexe que la somme de ses parties. L'interprétation et l'application du droit sont des phénomènes multidimensionnels complexes²³², et il en va de même des façons dont s'incarne l'indétermination.

La méconnaissance de la nature indéterminée du droit – et par nécessité, les conséquences de cette méconnaissance – a longtemps permis que l'interprétation des règles se fasse en catimini, sous le couvert d'une rhétorique trompeuse. Il est encore affirmé à l'occasion que « le texte clair n'a pas à être interprété ». Pourtant, ce texte n'est réellement clair que lorsque lu à la lumière d'un contexte plus grand. Exclue de son contexte, il n'est pas possible de déterminer lequel des sens possibles correspond à la règle voulue par le législateur. Le contexte fournit les informations nécessaires pour faire un choix éclairé²³³.

Même une fois un choix effectué, la règle demeure partiellement indéterminée, quand bien même que ce choix fasse consensus ou soit imposé par les plus hautes instances judiciaires. Bien que

²³⁰ Voir D. KAHNEMAN, préc., note 141, p. 21 et 64.

²³¹ R. DEVLIN, préc., note 228, à la page 292 (nous traduisons) : « interlocking network of rules, principles, policies, and normative visions. The metaphor is that of an iceberg. The rules are the tip of the iceberg, but underlying these surface rules are a much larger mass of principles, policies and normative visions for the good society. »

²³² W. N. Jr. ESKRIDGE, préc., note 7, 633.

²³³ Voir Lon L. FULLER, « Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart », (1958) 71-4 *Harvard Law Review* 630-672, 661-669.

la règle soit unique, ses cas d'application sont illimités. Il y en aura toujours pour lesquelles le sens retenu jusqu'alors sera insuffisant.

Contrairement à ce que laisse croire la mythologie juridique, la détermination du sens de la règle n'est pas un exercice dissocié de son application. Le juge ne considère pas dans un premier temps le sens voulu de la règle, puis voit si la situation qu'on lui présente y correspond. Le tout se fait simultanément, non pas en parallèle, mais conjointement. C'est ainsi que le juge tient compte des conséquences d'une interprétation particulière pour déterminer si celle-ci est ce que voulait le législateur²³⁴. Cette approche, le « pragmatisme juridique », a des racines anciennes. On la retrouve notamment dans la règle d'or (*Golden Rule*) de common law²³⁵, une exception à l'approche textuelle dont l'objet est d'éviter qu'on interprète une règle de telle sorte qu'elle mène à « quelque absurdité, contradiction ou incompatibilité, eu égard au reste du texte²³⁶ ».

À première vue, il peut sembler que la règle puisse être déterminée en théorie avant d'être considérée dans un cas pratique. Ce n'est cependant pas le cas. Cet exercice de séparation entre interprétation et application requiert qu'un contexte factuel soit généré. Pour concrétiser la règle, l'esprit fournit *toujours* un exemple qui permet de considérer les conséquences de son application. Si on pense à l'exemple de l'interdiction des voitures dans les parcs, l'esprit imagine un type de véhicule lorsqu'il envisage la règle. Cela fait en sorte que l'interprétation n'a pas vraiment lieu dans l'abstrait. Le contexte est imaginé plutôt que réel, mais il existe néanmoins²³⁷.

Le contexte est primordial à la compréhension de la norme. C'est pourquoi le droit se développe petit à petit au rythme des décisions rendues. Parce qu'aucune situation n'est identique, il est impossible qu'une règle soit parfaitement déterminée. Le droit demeure indéterminé jusqu'à ce qu'il ne le soit plus, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'un tribunal compétent ait statué sur une situation précise pour conclure qu'elle correspond ou non à la règle²³⁸. La détermination qui est faite est relative à une situation particulière, et le droit n'est donc déterminé que pour des contextes, mais jamais pour la totalité de l'univers de possibilités qui existent. Les juges développent toujours le droit lorsqu'ils rendent une décision, puisqu'ils définissent chaque fois un peu plus comment ces

²³⁴ Voir *Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275, 284 (j. Estey).

²³⁵ *Grey c. Pearson*, [1857] 6 H.L.C. 61, 106.

²³⁶ *Id.* traduit dans *Wellesley Hospital c. Lawson*, [1978] 1 R.C.S. 893, 902-903.

²³⁷ D. KAHNEMAN, préc., note 141, p. 79-80.

²³⁸ On parle ici de théorie du droit. Il s'agit là d'une conclusion de certains tenants du réalisme juridique, pour qui le droit ne devient déterminé et ne lie les parties qu'au moment où un tribunal compétent le prononce. D'un point de vue strictement théorique, les parties ne seraient liés par la règle de droit que lorsqu'un juge l'affirme en statuant judiciairement au sujet de leur situation particulière.

règles s'appliquent dans des contextes donnés²³⁹. Dit autrement, ils réduisent son indétermination.

Ainsi, dans le sens où nous l'entendons ici, bien qu'une règle ne fasse généralement pas l'objet de grandes contestations, elle continuera d'être indéterminée. La généralité d'une règle – la partie la plus déterminée de la règle – est toujours susceptible d'être précisée lorsque surviennent des circonstances imprévues²⁴⁰. Toute détermination est alors capable de raffinement. Les règles n'existent jamais dans une forme définitive. Même les plus claires ne sont toujours que des règles provisoires (*rule of thumb*) sujette à des exceptions nées ou à naître²⁴¹.

Par ailleurs, l'indétermination naturelle du texte de loi nous est rappelée par les voix dissidentes des juristes raisonnables et de bonne foi. Ces voix témoignent de l'existence des divers sens possibles du texte. Ce n'est que leur caractère minoritaire (par rapport au caractère majoritaire de celles qui adhèrent au consensus) qui maintient cette interprétation dans l'ombre de celle officiellement retenue.

Le consensus qui entoure une règle n'est pas une conséquence naturelle du texte de la règle, mais plutôt le fruit d'un contexte, celui de la combinaison du texte aux mœurs juridiques de la majorité du moment. Comme l'écrit le juge Albert Tate, la décision correcte n'est rien de plus ou de moins que ce qui est décidé par la plus haute cour d'appel à entendre l'affaire²⁴². Comme l'écrit le professeur Tremblay, une « interprétation valide peut être réputée exprimer le "vrai sens", si l'institution qui l'a retenue a le pouvoir d'imposer son interprétation à tous les autres. »²⁴³

Comme le suggèrent les pluralistes, le droit peut avoir plusieurs sens simultanément. Non seulement le droit pourrait-il avoir plusieurs sens, mais il n'existe pas de test définitif pour déterminer quelle approche est correcte dans la détermination de ce sens²⁴⁴. Il n'y a que des

²³⁹ Peter H. RUSSELL, *The judiciary in Canada: the third branch of government*, Toronto, McGraw Hill Ryerson, 1987, p. 13 cité dans Cameron HUTCHISON, *The fundamentals of statutory interpretation*, Toronto, LexisNexis Canada, 2018, p. 39.

²⁴⁰ C. HUTCHISON, préc., note 239, p. 57.

²⁴¹ Joseph HUTCHESON, « Judgment Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision », (1929) 14-3 *Cornell Law Review* 274-288. Voir Roland CASE, *Understanding judicial reasoning: controversies, concepts, and cases*, Toronto, Thompson Educational Pub, 1997, p. 72.

²⁴² Albert TATE, « Forum Juridicum: The Judge as a Person », (1959) 19-2 *Louisiana Law Review* 438-447, 440.

²⁴³ Luc B. TREMBLAY, « Le pluralisme interprétatif ou carré blanc sur fond blanc - Une histoire juridique », dans Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat: mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2011, p. 327, à la page 336.

²⁴⁴ J. LEVIN, préc., note 48, p. 65.

points de vue différents, sans pour autant être contradictoires, qui s'équivalent en termes de validité²⁴⁵. Toute détermination n'est au final que la conséquence d'un choix subjectif, et non une propriété objective du texte.

Jerome Frank écrit que la loi a toujours été, est, et sera toujours largement vague et variable. « Comment pourrait-il en être autrement? » demande Frank, alors que la loi s'occupe des relations humaines dans leurs aspects les plus compliquées²⁴⁶. Pour rendre la justice acceptable à la société, il faut que la loi s'adapte et s'ajuste; il faut donner vie à la formule statique du texte²⁴⁷.

L'idée d'un droit prédéterminé, dont le sens n'a qu'à être découvert, est morte – elle tarde toutefois à être enterrée²⁴⁸. « Une leçon qui doit être apprise par chaque génération », écrit Steven Burton, « est que le droit peut sembler être un ensemble de règles objectif, neutre et déterminé, mais est en réalité situé dans un contexte social, sujet à des préjugés politiques, et indéterminé de façon importante²⁴⁹. »

Ainsi, ce n'est pas sans raison que la Cour suprême a confirmé qu'il n'existe pas de « sens clair » d'un texte²⁵⁰. Lorsque quelqu'un affirme qu'un texte est clair et ne nécessite pas d'être interprété, cette personne ne relate pas un état de fait. Elle énonce plutôt une opinion, une conclusion à laquelle elle est parvenue après avoir interprété le texte²⁵¹. Le texte clair n'existe pas à l'état brut.

Officiellement, la Cour « considère désormais que même en présence d'un texte en apparence clair et concluant, il importe néanmoins d'examiner le contexte global dans lequel s'inscrit la disposition sous étude²⁵² ». Elle explique ailleurs que « [d]es mots en apparence clairs et exempts d'ambiguïté peuvent, en fait, se révéler ambigus une fois placés dans leur contexte. La possibilité que le contexte révèle une telle ambiguïté latente découle logiquement de la méthode moderne

²⁴⁵ *Id.*, p. 78.

²⁴⁶ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, préc., note 10, p. 6.

²⁴⁷ *Id.*, p. 129.

²⁴⁸ A. G. TODD, préc., note 114. Côté écrit que « On ne peut douter que la règle de l'interprétation littérale (*Literal Rule*) soit maintenant en période de déclin, mais sans être complètement écartée. » : P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 348.

²⁴⁹ S. J. BURTON, préc., note 73, p. 6-7 (nous traduisons) : « A lesson that needs to be relearned in each generation is that the law can appear to be an objective, neutral and determinate body of rules, but really is situated in a social [p. 7] context, exposed to political bias, and indeterminate to a significant extent. »

²⁵⁰ Voir notamment *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, préc., note 8, par. 21 : « l'interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi ».

²⁵¹ Voir P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 22-23, 291 et 329.

²⁵² *Pharmascience Inc. c. Binet*, 2006 CSC 48, par. 32.

d'interprétation²⁵³. » Ce principe a été repris sous diverses formes par la Cour suprême²⁵⁴ et par la Cour d'appel du Québec²⁵⁵.

Pour l'ancien juge Louis LeBel, la Cour a confirmé la limite naturelle des textes de lois dès 1992. Le réputé magistrat écrit qu'avec *Nova Scotia Pharmaceutical*²⁵⁶, la Cour a reconnu que « la précision absolue, la complétude et l'exhaustivité de la loi demeuraient des rêves²⁵⁷. » La Cour conclut que la loi doit servir à guider la conduite des citoyens, et non à la diriger avec précision :

« Les arguments sémantiques, fondés sur une conception du langage en tant que moyen d'expression sans équivoque, ne sont pas réalistes. Le langage n'est pas l'instrument exact que d'aucuns pensent qu'il est. On ne peut pas soutenir qu'un texte de loi peut et doit fournir suffisamment d'indications pour qu'il soit possible de prédire les conséquences juridiques d'une conduite donnée. Tout ce qu'il peut faire, c'est énoncer certaines limites, qui tracent le contour d'une sphère de risque. Mais c'est une caractéristique inhérente de notre système juridique que certains actes seront aux limites de la ligne de démarcation de la sphère de risque; il est alors impossible de prédire avec certitude. Guider, plutôt que diriger, la conduite est un objectif plus réaliste²⁵⁸. »

La même idée est avancée dans *Irwin Toy*, où la Cour est appelée à évaluer si un texte est trop vague pour être valide. Elle y affirme qu'en « droit, la précision absolue est rare et la question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions²⁵⁹. » Cette notion ne se limite pas au seuil minimal de clarté de la loi. La Cour suprême reconnaît le caractère non absolu des interprétations retenues par les

²⁵³ *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, par. 10. Voir aussi *Ostiguy c. Allie*, 2017 CSC 22, par. 73; *R. c. Alex*, 2017 CSC 67, par. 31; *McLean c. Colombie Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, par. 43.

²⁵⁴ Notamment *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, par. 48; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, par. 34.

²⁵⁵ Notamment *Ouimet c. Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail*, 2009 QCCA 552, par. 34; *Corporation d'Urgences-santé c. Syndicat des employées et employés d'Urgences-santé (CSN)*, 2015 QCCA 315, par. 46; *Québec (Procureur général) c. Garderie Roxboro inc.*, 2009 QCCA 552, par. 60.

²⁵⁶ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical*, [1992] 2 R.C.S. 606. Voir aussi *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, par. 47-49 au sujet du rôle médiateur des tribunaux.

²⁵⁷ Louis LEBEL, « La méthode d'interprétation moderne : le juge devant lui-même et en lui-même », dans Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat: mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2011, p. 103 aux pages 113-114.

²⁵⁸ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical*, préc., note 256, 639.

²⁵⁹ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 983.

tribunaux. Elle écrit déjà en 1979 qu'il existe des scénarios où il n'existe pas « une interprétation unique dont on puisse dire qu'elle est la "bonne"²⁶⁰. »

Dans *Dunsmuir*, la Cour suprême écrit qu'il est « loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables » pour autant que « la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonabilité. » Le caractère raisonnable, quant à lui « tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit²⁶¹. »

Ces décisions sont appuyées par les propos des juges à l'extérieur du tribunal. Les juges de la Cour suprême reconnaissent que l'opinion de collègues, c'est-à-dire leur interprétation du droit, est aussi légitime que la leur. Cette reconnaissance doit être considérée dans le contexte de la collégialité de la Cour et du désir de celle-ci à rendre des décisions raisonnables qui tiennent compte de plusieurs perspectives juridiques²⁶².

Hans Kelsen rappelle que « la nécessité d'une interprétation résulte précisément de ce que la norme à appliquer, ou le système de normes, laissent ouvertes plusieurs possibilités²⁶³ ». Il résume au sujet du mythe :

« L'interprétation juridique doit éviter avec le plus grand soin la fiction qu'une norme juridique ne permet jamais qu'une seule interprétation, l'interprétation "exacte" ou "vraie". C'est là une fiction dont la science du droit traditionnelle se sert pour maintenir l'idéal de la sécurité juridique²⁶⁴. »

Les auteurs les plus réputés en matière d'interprétation canadienne sont catégoriques que les règles de droit statutaires sont indéterminées. Côté parle de « l'interprétation sujette à des contraintes »²⁶⁵. Le texte et son contexte restreignent la liberté de l'interprète, tout en lui laissant une part de discrétion : « Un même texte pourrait ainsi se prêter à l'élaboration de plusieurs sens

²⁶⁰ *S.C.F.P. c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, 237. Voir aussi en Angleterre : *Jones c. Secretary of State for Social Services*, [1972] 1 All E.R. 145, 149 (H.L.).

²⁶¹ *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, par. 47.

²⁶² D. R. SONGER, C. L. OSTBERG, M. E. WETSTEIN et S. W. JOHNSON, préc., note 14, p. 155-164.

²⁶³ H. KELSEN, préc., *Théorie pure du droit*, note 86, p. 459.

²⁶⁴ *Id.*, p. 463.

²⁶⁵ Voir Pierre-André CÔTÉ, « L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes », (1990) 50 *Revue du Barreau* 329; Denys SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales: morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, coll. Publications de la Revue générale de droit international public, Paris, A. Pedone, 1981, p. 143.

acceptables, dans la mesure où les contraintes qui pèsent sur la création du sens se révéleront incapables d'orienter l'interprète vers une seule interprétation²⁶⁶. » Comme l'écrit Joel Levin, circonscrire une réponse ne revient pas à la déterminer à l'avance²⁶⁷.

Il n'y a pas de raison de croire que l'indétermination diffère selon qu'on parle de droit civil québécois ou de common law²⁶⁸. Comme l'écrit le professeur Côté, « l'interprétation statutaire au Canada tend à se rapprocher de l'interprétation de type civiliste par l'accent qu'elle met sur le recours aux objectifs de la loi ("*purposive interpretation*")²⁶⁹ ». D'aucuns suggèrent même qu'il tend à y avoir convergence entre l'interprétation statutaire et l'interprétation de la Constitution, longtemps considérée comme étant sujette à une méthode spéciale pour tenir compte de son caractère quasi-immuable²⁷⁰.

Accepter que le droit soit indéterminé constitue un changement de paradigme²⁷¹, un changement d'une telle ampleur qu'il force à repenser notre vision du droit. Le droit n'apparaît plus comme une science exacte. L'interprétation des règles peut alors être influencée par les préférences idéologiques des lecteurs. Cela revient à dire que les juristes qui se disputent le sens véritable des règles ne sont pas à la recherche d'une vérité neutre, mais sont engagés dans un concours pour convaincre l'autre du bienfondé de leurs propres préférences.

²⁶⁶ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 25. Voir aussi Stéphane BERNATCHEZ, « De la vérité à l'intersubjectivité et du texte au contexte: vers une conception réflexive de l'interprétation du droit », dans Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat: mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2011, p. 79 aux pages 82-83 : « Selon Côté, il peut exister plusieurs sens possibles, raisonnables, et l'interprète choisit parmi ces différents sens. Le sens, donc, relève du pouvoir de l'interprète, et puisqu'il dépend de l'interprète, il est relatif : "Le sens est 'vrai' aux yeux de quelqu'un ou il apparaît 'le meilleur' à quelqu'un". »

²⁶⁷ J. LEVIN, préc., note 48, p. 46.

²⁶⁸ Notons à ce sujet que la méthode d'interprétation contextuelle utilisée en common law est aussi valable en matière civile : Stéphane BEAULAC et Pierre-André CÔTÉ, « Driedger's "Modern Principle" at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization », (2006) 40 *Revue juridique Thémis* 131-172, 138 (note 24) réf. à *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division Éconogros c. Collin*, 2004 CSC 59. Voir Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5e éd., Cowansville, Éditions YBlais, 2008, p. 776 à savoir que la distinction entre les méthodes d'interprétation des régimes de droit civil codifié et de common law « tend aujourd'hui à s'estomper ».

²⁶⁹ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 38.

²⁷⁰ Voir Stéphane BEAULAC, « Constitutional Interpretation: On Issues of Ontology and of Interlegality », dans Peter C. OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (dir.), *The Oxford handbook of the Canadian constitution*, New York, NY, Oxford University Press, 2017, p. 867.

²⁷¹ Nous employons ici le mot « paradigme » dans son sens épistémologique (l'étude critique de la science), résumé comme « une représentation du monde, une manière de voir les choses, un modèle cohérent du monde qui repose sur un fondement défini (matrice disciplinaire, modèle théorique, courant de pensée). » « Paradigme », dans Wikipédia, en ligne : <<https://fr.wikipedia.org/wiki/Paradigme>> (consulté le 8 juin 2019).

Le professeur Côté remarque qu'une rupture s'est opérée entre la théorie officielle de l'interprétation, selon laquelle chaque règle possède un seul sens légitime, et la théorie moderne d'interprétation. Cette dernière reconnaît la « texture ouverte du langage²⁷² » et la contribution des caractéristiques personnelles de l'interprète. Il s'agit d'un revirement majeur de notre conception du droit :

« L'idée qu'il existerait pour chaque texte un seul et vrai sens est étroitement tributaire de la conception selon laquelle l'interprétation constitue une activité déclarative du sens voulu par l'auteurs. Dès lors que cette conception est écartée et qu'est reconnue la contribution du lecteur à l'élaboration du sens des règles ou des normes, on est conduit à accepter l'idée qu'un même texte puisse parfois admettre plusieurs interprétations raisonnables²⁷³. »

En acceptant ce nouveau paradigme, la société passe d'un état où le droit *semble* certain à un autre où il est non seulement incertain, mais susceptible de plusieurs sens à la fois. Ce constat peut être déconcertant pour une société dont les règles visent à rendre prévisibles les interactions entre ses membres. Comme nous le verrons, l'indétermination du droit ne présage pas la fin de la primauté du droit. Seule notre compréhension du droit change. La substance des règles en demeure la même.

Cela étant dit, il est aujourd'hui prouvé que la loi n'est pas infuse d'un sens qu'il faut simplement découvrir. Les textes renferment plutôt un potentiel de sens parmi lesquels le juge peut choisir. Cette propriété du texte est connue comme la « texture ouverte de la loi ».

²⁷² H. L. A. HART, *The concept of law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 124; P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 321-322. Voir au même sujet H. L. A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », préc., note 113; Glanville WILLIAMS, « Language and the Law - I », (1945) 61-1 *L. Q. Rev.* 71-86; Glanville WILLIAMS, « Language and the Law - II », (1945) 61-2 *L. Q. Rev.* 179-95; Glanville WILLIAMS, « Language and the Law - III », (1945) 61-3 *L. Q. Rev.* 293-303; Glanville WILLIAMS, « Language and the Law - IV », (1945) 61-4 *L. Q. Rev.* 384-406.

²⁷³ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 288.

La texture ouverte de la loi²⁷⁴

La loi est avant tout un exercice de communication où il est présumé qu'un législateur compétent utilise le langage pour communiquer une règle²⁷⁵ : « [c]omme [le] langage humain, le verbe de la loi n'est qu'un instrument, destiné à manifester la pensée de celui qui parle, pour éveiller une pensée adéquate chez ceux à qui il s'adresse²⁷⁶. » S'agissant d'un exercice de communication, la loi est aussi sujette aux erreurs qui affligent la communication du quotidien. Le mécanisme par lequel nous communiquons des règles – ou toute chose – se trouve ainsi être la première source de l'indétermination du droit²⁷⁷.

Paul Amselek²⁷⁸ écrit que le droit n'est pas un bien tangible²⁷⁹. Il ne s'agit pas de quelque chose qu'on peut observer par les sens, de quelque chose qui existe dans la nature. Ainsi, il n'est pas possible de le transmettre comme on le ferait un objet physique, une balle qu'on remettrait dans la main d'un autre. Plutôt, le droit vise à partager une idée. Étant intangible, cette idée ne peut être transmise qu'indirectement.

Pour communiquer une idée – une règle en est une – il faut transformer cette idée en signes tangibles qui peuvent être perçus par l'autre. Ces signes sont un produit du langage, un code partagé par une communauté. Ainsi, pour communiquer son idée, l'auteur doit d'abord tenter de la transformer en mots. Il exposera ces mots à celui à qui il veut communiquer l'idée. Celle-ci les percevra et devra, dans son propre esprit, tâcher de reconstituer cette idée – la règle.

La communication de toute chose se fait ainsi en deux étapes. La première a lieu chez l'auteur. Elle vise à formuler l'idée, à la transformer en signes perceptibles, et à exprimer ces signes à une autre personne. La deuxième est celle du récepteur. Elle consiste à recevoir les signes, à les assimiler, et à reconstruire l'idée dans son esprit. La compréhension d'une idée est donc un exercice de (re)construction, comme le suggère l'expression anglaise d'interprétation des lois « *construction of statutes* ».

²⁷⁴ Ce chapitre s'intéresse à quelques phénomènes de communication qui expliquent comment la règle qu'a en tête un auteur peut se perdre en cours de route. Nous n'y traiterons pas de la subjectivité de l'herméneutique, laquelle est étudiée plus en détail dans la Partie II.

²⁷⁵ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 6. réf. *R. c. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624, 630; *R. c. Ali*, [1980] 1 R.C.S. 221, 235.

²⁷⁶ François GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1954, p. 277.

²⁷⁷ Voir généralement W. TWINING et D. MIERS, préc., note 224, p. 162-172.

²⁷⁸ Professeur de droit à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

²⁷⁹ Paul AMSELEK, « La teneur indécise du droit », (1992) 26-1 *R.J.T. n.s.* 1-20.

Balkin écrit que pour appliquer une loi, il faut d'abord la reconstruire afin de comprendre son objet, ce qui implique imaginer les principes et les politiques raisonnables qui la sous-tendent. Reconstruire la loi équivaut ainsi à « tenter de comprendre la raison substantive qui en émane »²⁸⁰. L'auteur parle alors de « reconstruction rationnelle »²⁸¹, bien que l'exercice conserve sa nature subjective.

C'est parce qu'il s'agit de reconstruction dans la tête de l'interprète qu'on parle de l'interprétation comme d'un exercice subjectif plutôt qu'objectif. C'est aussi ce qui s'entend de « l'intersubjectivité » : passer d'une idée subjective chez l'auteur à sa reconstruction subjective chez l'écouteur; passer de la subjectivité de l'auteur à celle du récepteur²⁸². Amselek écrit : « la réglementation ne nous fait pas face objectivement; elle n'est présente qu'en nous-mêmes, et elle n'est présente en chacun de nous qu'au terme d'un process intérieur de reconstitution²⁸³ ».

Chacune des étapes de la communication vient avec la possibilité d'une erreur. D'abord, l'idée que l'auteur souhaite communiquer peut manquer de précision. Il pourrait ainsi vouloir interdire les chiens qui mettent la santé des gens en danger, mais ne pas savoir ce à quoi cela correspond exactement. Ensuite, l'auteur peut échouer lorsqu'il tente de transformer cette idée en mots qui la représentent fidèlement. Il pourrait prévoir une interdiction des chiens qui ont déjà mordu, alors que sa pensée vise plutôt les chiens dangereux qui ne sont pas encore passé à l'acte. Enfin, il peut commettre une erreur dans la transmission de ces mots. Il pourrait ainsi faire un lapsus et parler des « chiens méchants » lors d'un débat au sujet de la loi, le légiste pourrait faire une erreur de frappe en transcrivant la disposition, ou le logiciel de traitement de texte pourrait de lui-même en modifier les termes (autocorrection du texte). Certaines de ces erreurs sont peu susceptibles de se retrouver dans la version finale d'un texte, mais c'est parce qu'elles sont possibles qu'il existe plusieurs niveaux de vérification avant que la loi soit officiellement adoptée. Malgré cela, des erreurs peuvent s'y retrouver, par exemple la mauvaise traduction de dispositions bilingues.

Le destinataire peut aussi faire erreur en recevant la communication. Il pourrait en faire une lecture trop rapide et escamoter des mots. Il peut ensuite se tromper dans sa compréhension des mots eux-mêmes, parce qu'il ne les connaît pas ou n'en connaît pas tous les sens possibles. Enfin, il

²⁸⁰ J. BALKIN, préc., note 126, 123 nous traduisons.

²⁸¹ *Id.*, 112.

²⁸² L'intersubjectivité a un autre sens associé à l'interprétation du droit. Il s'agit de ce que les différentes subjectivités ont de commun, de ce que tous les interprètes partagent d'un point de vue culturel, y compris les cultures juridique, linguistique et sociales utilisées pour interpréter le droit. Voir J. BALKIN, préc., note 126.

²⁸³ P. AMSELEK, « La teneur indéfinie du droit », préc., note 279, 7.

pourrait se méprendre en reconstituant l'idée du législateur, notamment lorsque la conception qu'il a de certains termes ne correspond pas à celle qu'en a le législateur. Il pourrait ainsi donner à un mot un sens commun alors qu'il aurait dû lui donner le sens technique qui prévaut dans le métier particulier visé par la loi.

Dans le contexte de l'interprétation d'une loi, à supposer même qu'on élimine les erreurs les plus évidentes comme l'emploi du mauvais mot ou une lecture incomplète de la loi, au moins trois ou quatre des sous-étapes demeurent susceptibles de soulever des problèmes.

Ces erreurs sont possibles parce que la règle n'existe pas de façon tangible. Il existe ce que le législateur a dit. Il n'y a pas de sens objectif indéniable, observable par les sens. Comme l'écrit Côté, « [l]e seul produit de l'action législative, on a tendance à l'oublier, c'est un texte, et non pas des règles de droit²⁸⁴. » L'idée selon laquelle la règle a un sens objectif arrêté et « rationnellement irrésistible²⁸⁵ » est une illusion, l'une des croyances infondées de la mythologie juridique.

Ce que nous venons de voir au sujet des obstacles dans la communication d'une règle de droit existe aussi au sujet des faits. Dans bien des situations, quoiqu'il existe une réalité objective, celle-ci n'existe au moment du procès qu'à travers la mémoire qu'en ont les témoins, et la façon qu'ils ont de la raconter. À supposer même que leur mémoire des faits soit exacte, ce souvenir demeure une réalité intangible qui doit être déconstruite, transmise, reçue et reconstruite pour être communiquée. Si le juge doit « trouver les faits » pertinents, il n'empêche qu'il doit en réalité les reconstruire à la base de la preuve qui lui sera présentée²⁸⁶.

Voilà donc comment se communique une idée. Même sans avoir décortiqué le phénomène comme on vient de le faire, la plupart des gens savent que la communication est sujette à des difficultés. C'est pourquoi on accorde beaucoup d'importance au choix des mots. Certains termes, seuls ou mis ensemble, peuvent être si précis qu'ils ne laissent place à aucune ambiguïté. Généralement cependant, les termes sont plus larges et permettent de résoudre la majorité des cas, mais en laissent d'autres sans guides suffisants. Enfin, il y a ceux qui sont si vagues qu'ils n'offrent presque aucun repère concret.

²⁸⁴ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 22-23.

²⁸⁵ L. B. TREMBLAY, préc., note 243, à la page 341.

²⁸⁶ R. DEVLIN, préc., note 229, à la page 290.

Il y a lieu de s'intéresser un peu plus au contenu des mots, à leur précision, ou plutôt leur imprécision – ce qu'on appelle la « texture ouverte du langage²⁸⁷ ».

Hart écrit que chaque mot est composé d'un « **cœur** » ou « noyau » de sens (*core*) entouré d'une « frange » ou « **pénombre** »²⁸⁸ (*penumbra*). Lorsqu'employés dans une règle, ces mots peuvent faire en sorte que le sens de la règle apparaisse évident ou, au contraire, discutable. L'application de la règle peut alors se faire sans difficulté ou avec beaucoup d'hésitation, selon que la situation correspond plus ou moins au noyau de sens du texte²⁸⁹.

Le cas présenté par Hart est l'exemple, aujourd'hui notoire, de la règle interdisant les véhicules dans un parc²⁹⁰. Si on s'intéresse à une automobile, l'application de la règle ne pose pas problème : l'automobile est interdite dans le parc. C'est que l'automobile est sans conteste le moyen de transport au cœur de la société nord-américaine, et est en conséquence collectivement associée de près au concept de véhicule. De l'autre côté, on peut se demander si le vélo électrique, la voiturette de golf, le tracteur tondeuse, la voiture-jouet pour enfant, l'ambulance ou la montgolfière sont aussi assujettis à cette règle. Ces objets constituent tous des moyens de transport, des véhicules, qui par ailleurs sont mues par leur propre force. Il est cependant loin d'être clair que les auteurs de la règle avaient en tête d'empêcher une ambulance de circuler dans le parc en cas d'urgence, ou aux enfants d'y jouer avec leur mini voiture électrique.

La proximité entre un sujet de droit (p. ex. la voiture) et le concept énoncé dans la règle (« le véhicule ») sont à l'origine de plusieurs difficultés d'interprétation. On distingue alors les cas selon que l'objet est à l'évidence visée par la règle ou non. On parle des cas faciles (*easy cases*) et des cas difficiles (*hard cases*). Les **cas faciles** sont ceux où la situation correspond clairement à la norme envisagée par le législateur. À ce moment, on dit que les faits correspondent au cœur²⁹¹ (*core*) de la règle énoncée par le législateur.

²⁸⁷ Voir *supra*, note 272.

²⁸⁸ H. L. A. HART, *The concept of law*, préc., note 272, p. 119; H. L. A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », préc., note 113, 607. Traduction des termes dans P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 322.

²⁸⁹ Voir P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 322 pour une liste d'exemples tirés de la jurisprudence.

²⁹⁰ H. L. A. HART, *The concept of law*, préc., note 272, p. 123 et s.; H. L. A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », préc., note 113; L. L. FULLER, préc., note 233. Pour un résumé, voir Frederick SCHAUER, « A Critical Guide to Vehicles in the Park Symposium: The Hart-Fuller Debate at Fifty », (2008) 83-4 *N.Y.U. L. Rev.* 1109-1134.

²⁹¹ Les concepts de cœur et de pénombre sont développés par H. L. A. HART, *The concept of law*, préc., note 272, p. 119; H. L. A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », préc., note 113, 607 (les termes sont employés pour la première fois à la page 607, mais sont une partie intégrante du

Naturellement, ces cas faciles sont ceux qui viennent à l'esprit des gens lorsque la règle est évoquée. Parce que personne ne doute que la règle vise ces situations, un consensus peut facilement être atteint. Cela ne veut cependant pas dire que l'application de la règle soit limitée à ces cas évidents. S'il fallait que tout ce qui n'est pas explicitement visé par la règle soit présumé en être exclu, le législateur ne disposerait d'aucune marge de manœuvre. Il est facile d'imaginer l'inflation législative qui accompagnerait un tel système.

C'est pourquoi le législateur emploie des termes plus larges et génériques. En contrepartie, ce style législatif fait en sorte que certains termes englobent des situations qui n'auraient pas été visées si le législateur avait été explicite. Un exercice interprétatif complet s'impose alors. Cet exercice vise à découvrir ce qui se trouve dans la pénombre²⁹² (*penumbra*) de la règle, c'est-à-dire à la limite de ce que les mots employés permettent de couvrir²⁹³. Les situations qui se trouvent dans cette pénombre correspondent aux **cas difficiles** et ils se divisent en trois catégories.

Dans la première, on retrouve les règles qui, en raison de leur conception, mènent à de mauvais résultats, par exemple des résultats absurdes. Il y a ensuite les cas où existe un conflit entre diverses dispositions ou diverses lois. Enfin, il y a ceux où existe un vide entre plusieurs règles sensées gouverner un champ particulier²⁹⁴. Hart parle du « vide interstitiel²⁹⁵ »²⁹⁶ – le vide qui occupe l'espace entre deux (ou plusieurs) règles, que ce soit parce qu'aucune règle applicable n'existe, ou parce que plusieurs règles applicables existent, mais qu'on ne sait laquelle prévaut.

Parce que la règle peut être appliquée à des cas faciles comme à des cas difficiles, elle est à la fois assez claire et trop imprécise. Elle « peut sembler claire dans certaines de ses applications

reste de l'article). Traduction des termes de Hart par P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 322.

²⁹² H. L. A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », préc., note 113, 607.

²⁹³ Hart parle du cœur et de la pénombre des mots, mais il est plus facile d'envisager la notion par rapport à la règle plutôt que par rapport aux mots pris individuellement. Il faut dire que Hart a employé ces termes à une époque où l'interprétation était encore largement textuelle plutôt que contextuelle.

²⁹⁴ B. A. SPELLMAN et F. SCHAUER, préc., note 186, à la page 729. Brian Tamanaha suggère qu'il n'existe que deux cas, joignant ensemble les deux dernières catégories et séparant ainsi les cas liés au résultat des cas liés à l'ambiguïté de la loi : B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 192.

²⁹⁵ L'interstice est l'espace entre deux (ou plusieurs) éléments.

²⁹⁶ H. L. A. HART, « Introduction », dans H. L. A. HART (dir.), *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford [Oxfordshire] : New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 1983, p. 1, à la page 6. À travers ses références, Burton suggère un lien conceptuel entre les notions de cœur, pénombre, et vide interstitiel : S. J. BURTON, préc., note 72, p. 178-184. Brun, Tremblay et Brouillet écrivent que « lorsqu'il y a place à interprétation, il y a aussi, en un sens, carence législative, lacune que les tribunaux sont justifiés de combler » : H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 268, p. 27.

et obscures dans d'autres²⁹⁷. » Elle est limpide lorsqu'on est près de son cœur/noyau, mais soulève des doutes au moment de définir les contours cachés dans la pénombre. Malheureusement, « il n'y a pas de brusque rupture entre les cas simples et les cas difficiles ». On « passe plutôt de façon continue et progressive des cas les plus simples aux cas les plus difficiles²⁹⁸. » Dire que les juges n'ont qu'à appliquer la loi peut donc paraître simple et sensé dans certains cas, mais n'est d'aucun secours dans bien des situations litigieuses.

Plusieurs phénomènes expliquent la difficulté à définir le contour de la règle, à commencer par les mots choisis par le législateur. Dans certaines lois, le législateur définit certains mots communs en leur attribuant un sens qui s'éloigne de leur sens courant. Dans la plupart des lois, cependant, les termes communs ne sont pas définis. L'indétermination vient alors de l'absence de définitions. Selon la méthode grammaticale d'interprétation, il faut donner aux mots leur sens ordinaire ou courant, c'est-à-dire « le sens naturel qui se dégage de la simple lecture de la disposition²⁹⁹ ». D'après le professeur Côté, « le juge est censé connaître le sens courant des mots³⁰⁰. » Bien souvent, les juges réfèrent au dictionnaire pour définir ce sens courant. Cependant, l'utilisation du dictionnaire n'est pas toujours garante de succès. Ainsi, « les tribunaux expriment parfois la réserve qu'il ne faut pas "se fier indûment sur les définitions du dictionnaire" »³⁰¹.

Sullivan souligne qu'il est ironique de se référer aux dictionnaires alors que ceux-ci comprennent l'ensemble des définitions attribuées à un même mot³⁰². Le choix du « sens courant » du mot devient alors aussi subjectif, même si ce choix paraît parfois évident. Le sens d'un mot peut être plus restreint que le sens que lui donnerait le dictionnaire en raison du contexte dans lequel il est employé³⁰³. Côté avise qu'« [o]n ne répétera jamais assez "à quel point le contexte et le but visé peuvent faire varier le sens d'un mot" »³⁰⁴.

²⁹⁷ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 329. Voir *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, préc., note 253, par. 10.

²⁹⁸ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 21.

²⁹⁹ *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. Canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724, 735.

³⁰⁰ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 301.

³⁰¹ *Id.*, p. 304 citant *Municipal Parking Corp. c. Toronto (City)*, 2007 ONCA 647, par. 41.

³⁰² RUTH SULLIVAN, « The Plain Meaning Rule and Other Ways to Cheat at Statutory Interpretation », dans Ejan MACKAAY (dir.), *Les certitudes du droit = Certainty and the law*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 151, à la page 169.

³⁰³ Voir *Pharmascience Inc. c. Binet*, préc., note 252, par. 32. Pour un exemple de ce à quoi ressemblerait un texte décortiqué selon le sens de ses mots, voir W. TWINING et D. MIERS, préc., note 224, p. 163-164.

³⁰⁴ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 155, p. 303 citant *Procureur général de l'Ontario et Viking Houses c. Peel*, [1979] 2 R.C.S. 1134, 1145 (j. Laskin).

Autant de raisons d'être incertain du « vrai » sens des mots. Sans sens, et surtout sans consensus quant au sens, il est naturel qu'il y ait des désaccords quant aux règles qui doivent être tirées des textes de loi adoptés par le législateur. N'exagérons cependant pas les conséquences de cette incertitude. Comme l'écrit Daniel Kahneman, les termes vagues sont légion dans le discours du quotidien. On sait plus ou moins ce qu'on souhaite exprimer lorsqu'un utilise un mot vague, et les gens à qui l'on parle comprennent plus ou moins ce qu'on veut dire³⁰⁵. C'est dans la « pénombre » des mots que se trouvent les problèmes.

Il pourrait bien sûr être avantageux que le législateur soit en mesure de préciser sa pensée lorsque le texte de loi ne suffit pas à guider l'application de la loi. Mais une fois adopté, le texte de loi vole de ses propres ailes. L'intention du législateur se fige au moment de l'adoption du texte, et il n'est pas question que le législateur vienne préciser sa pensée à ce sujet, autrement qu'en adoptant une nouvelle loi. Cela n'est pas sans son lot de conséquence, compte tenu de la difficulté à définir la fameuse « intention du législateur » que l'interprète a le lourd fardeau de découvrir.

Les difficultés dans la recherche de l'intention du législateur

Il est accepté que l'interprète recherche l'« intention du législateur ». Mais quelle est cette intention? Pour être parfaitement fidèle à une telle notion, il faudrait convoquer le législateur original et lui demander de trancher un cas particulier. Il s'agirait alors de justice législative³⁰⁶ – une idée complètement irréaliste dans une société aussi large que la nôtre.

La justice judiciaire – l'interprétation des lois et l'adjudication des litiges par les tribunaux – est le compromis qui permet de respecter l'intention du législateur et notre conception de la justice démocratique. Bien que le judiciaire soit chargé d'appliquer la loi, on s'attend à ce qu'il respecte la volonté du législateur. C'est à l'intérieur de cette limite, en remplissant le vide laissé par le législateur, que le juge exerce sa créativité³⁰⁷.

³⁰⁵ D. KAHNEMAN, préc., note 141, p. 150.

³⁰⁶ La justice n'est pas que judiciaire. Aujourd'hui encore, une part importante de la justice est rendue par la fonction exécutive à travers les tribunaux administratifs. Il fut une époque pas si lointaine où les législateurs avaient aussi pour fonction de rendre justice. Les cas les plus récents concernaient entre autres les lois privées adoptées pour prononcer le divorce civil de deux personnes.

³⁰⁷ Il est admis par tous les auteurs que le judiciaire et le législateur se partagent la tâche de création du droit. L'ancien juge anglais Patrick Devlin souligne avec justesse que malgré les discours contre-majoritaires, la société n'a aucun appétit pour que toutes les règles soient déterminées par le législateur, comme c'est le cas de nombreuses règles procédurales. Voir Patrick DEVLIN, *The judge*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 1979, p. 1-17.

Avant de se demander *quelle est* l'intention du législateur dans un cas donné, encore faut-il savoir *qu'est-ce que* l'intention du législateur et, pis encore, *qui est* le législateur³⁰⁸?

Le législateur est généralement considéré comme l'assemblée législative, et non comme la somme de ces assemblées et du souverain. On escamote souvent la part non-élue du processus (le sénat, le roi ou le gouverneur général qui appose la sanction royale au texte). On ignore donc tout un pan des membres du processus législatif – si superficielle que puisse être sa participation.

S'il s'agit de l'assemblée législative, il faut ensuite accepter qu'une telle assemblée ne puisse avoir une interprétation unique du texte, ni même une volonté collective. Son objectif peut parfois faire consensus lorsqu'on le généralise suffisamment. Toutefois, comme l'écrit Eskridge, le fait qu'il est difficile de savoir exactement ce que pense *une seule* personne sur un sujet précis en dit long sur notre capacité à supposer ce que des centaines de personnes en pensent. Cela est d'autant plus vrai que la large majorité des députés élus ne se prononceront personnellement au sujet de la loi qu'à travers leur vote en sa faveur³⁰⁹.

De son côté, Paul Amselek suggère que l'identité du législateur dont on recherche l'intention est intimement associée à l'identité de l'interprète. Ainsi, le législateur dont on recherche l'intention serait plutôt « l'autre généralisé »³¹⁰, c'est-à-dire la somme de l'ensemble des juristes normalement compétents, la « communauté d'interprétation » composée d'un groupe d'« interlocuteurs enracinés dans un même monde et [...] capables de se comprendre »³¹¹.

Quant à sa substance, Côté écrit que l'intention du législateur est plutôt « une construction de la doctrine juridique », un « concept technique », un « fait institutionnel », et non un « fait brut »³¹². L'intention que doit rechercher le juriste est « celle qu'il conviendrait d'attribuer à une personne

³⁰⁸ Voir W. TWINING et D. MIERS, préc., note 224, p. 154-157.

³⁰⁹ W. N. Jr. ESKRIDGE, préc., note 7, 635.

³¹⁰ Paul AMSELEK, « La question de la vérité aujourd'hui: bref essai de mise en perspective », (2008) 33 *R.R.J.* 625, 630.

³¹¹ P. AMSELEK, « La teneur indélicate du droit », préc., note 279, 9. Amselek parle ici de la même subjectivité partagée que Balkin. Voir J. BALKIN, préc., note 126. Martin KRYGIER, « The Traditionality of Statutes », (1988) 1-1 *Ratio Juris* 20-39; Owen M. FISS, « Objectivity and Interpretation », (1981) 34-4 *Stan. L. Rev.* 739-764; Stanley Eugene FISH, *Is there a text in this class? the authority of interpretive communities*, Cambridge Mass., Harvard Univ. Press, 2000.

³¹² P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 7. James Landis écrit que ce n'est pas parce que l'intention du législateur est difficile (voire impossible) à découvrir qu'elle doit être mise de côté : James M. LANDIS, « A Note on Statutory Interpretation », (1929) 43-6 *Harv. L. Rev.* 886-893.

raisonnable qui aurait rédigé le texte dans le contexte dans lequel il a été effectivement rédigé³¹³. » Comme Amselek, Côté s'éloigne de l'intention d'un groupe désigné et se tourne vers l'interprète.

Pour ces professeurs, l'intention du législateur est une fiction juridique³¹⁴. Le législateur dont on recherche l'intention n'est pas le député qui prend la parole à l'assemblée législative. Au contraire, il pourrait être erroné de le citer comme source légitime de l'intention de l'assemblée³¹⁵. Le discours d'un député, même s'il s'agit du parrain d'un projet de loi, ne peut être la référence de l'intention du législateur³¹⁶. Il peut toutefois servir de guide partiel³¹⁷. La véritable intention, toutefois, ne peut être trouvée qu'en fouillant le contexte.

Nous avons brièvement traité de la possible imprécision des idées dans l'esprit du communicateur. Cette notion a un sens particulier, mais très réel, en ce qui concerne le législateur. L'imprécision dans la tête du législateur prend deux formes : 1) sa capacité limitée à prévoir la quantité infinie de scénarios susceptibles de survenir; et 2) l'imprécision de ses objectifs connus.

Quant à la première, Hart écrit que l'incapacité à anticiper le futur est à la base de l'indétermination du droit³¹⁸. Sauf en matière de systèmes fermés (p. ex. les règles des échecs ou du sudoku), le régulateur ne peut pas prédire toutes les circonstances dans lesquelles les règles devront un jour s'appliquer³¹⁹. « Il est en effet impossible au législateur de tout régler, de tout prévoir, même implicitement », écrit Amselek³²⁰, partageant ainsi l'avis de Kelsen³²¹. C'est pourquoi le législateur,

³¹³ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 8. Il ne semble pas exister de réponse exacte à l'épineuse question du moment de l'interprétation, à tout le moins pas en matière statutaire. Une partie de la réponse nous vient de l'herméneutique et suggère qu'il faille trouver un juste milieu entre la situation actuelle de l'interprète et la situation historique du texte.

³¹⁴ Notons que Côté parle d'un « concept technique » plutôt que d'une fiction juridique, *Id.*, p. 18. Max Radin parle d'une fiction transparente et absurde : Max RADIN, « Statutory Interpretation », (1929) 43-6 *Harv. L. Rev.* 863-885, 870.

³¹⁵ Eskridge affirme que l'herméneutique de Gadamer invite à la prudence dans toute référence à l'historique législatif d'un texte : W. N. Jr. ESKRIDGE, préc., note 7, 665.

³¹⁶ La Cour suprême écrit que « bien que les débats parlementaires soient admis en preuve et soient pertinents quant au contexte et à l'objet d'un texte législatif, les tribunaux ne doivent pas oublier que leur fiabilité et leur poids sont limités » : *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, par. 47.

³¹⁷ Voir plus généralement au sujet de l'utilisation des débats parlementaires dans l'exercice interprétatif Stéphane BEAULAC, « Parliamentary Debates in Statutory Interpretation: A Question of Admissibility or of Weight », (1997) 43-2 *McGill, L. J.* 287-324.

³¹⁸ H. L. A. HART, *The concept of law*, préc., note 272, p. 127-128.

³¹⁹ W. TWINING et D. MIERS, préc., note 224, p. 149.

³²⁰ P. AMSELEK, « La teneur indécise du droit », préc., note 279, 10.

³²¹ Important philosophe juridique du 20^e siècle. Il a notamment enseigné la théorie du droit à Berkeley. Résumé par Paul AMSELEK, « L'interprétation dans la Théorie pure du droit de Hans Kelsen », dans Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat: mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2011, p. 39 aux pages 42-43.

plutôt que de prévoir des règles précises pour des situations factuelles désignées, créent des standards dont la détermination finale est laissée à l'appréciation des juges.

Pour le juge Pigeon, cette discrétion judiciaire est implicite à toute règle codifiée. L'édiction d'un code suppose que les règles soient formulées en termes généraux. Un degré d'indétermination se cache alors dans chaque disposition législative³²². Pour éliminer cette discrétion, il faudrait un niveau de précision qui rendrait la connaissance et l'application de la loi impraticable. Comme l'écrit la Cour d'appel anglaise : « il ne [suffirait] plus de rédiger la loi avec suffisamment de précision pour qu'une personne de bonne foi puisse comprendre : il [faudrait] atteindre un degré de précision tel que même une personne de mauvaise foi ne puisse pas ne pas comprendre³²³. »

Ainsi, dans un premier temps, l'idée du législateur est floue parce qu'il ne peut anticiper tous les scénarios. Dans un deuxième temps, cette idée est formulée de façon délibérément floue parce qu'elle doit l'être afin de permettre à la règle de s'appliquer aux scénarios qu'il envisage. Le législateur a donc recours à « des standards, des notions délibérément floues, à contenu ouvert et variable, sans les accompagner d'une définition fixe et précise³²⁴ ».

Dans ce deuxième cas, il ne s'agit pas d'une erreur dans la communication d'une idée. Comme l'écrit le professeur Côté, « [b]eaucoup de problèmes d'interprétation ne sont pas attribuables à des maladresses de rédaction », il faut plutôt « les considérer comme causés par une propriété inhérente du langage humain. La plupart des termes qu'utilise la loi ont un sens relativement indéterminé : le langage de la loi aurait une "texture ouverte" », c'est-à-dire que ces mots « n'ont pas un contenu précisément délimité³²⁵. »

La Cour suprême résume :

« Le législateur ne peut jamais prévoir toutes les situations qui peuvent se présenter et, s'il le pouvait, il lui serait pratiquement impossible de toutes les énumérer. Dans notre régime juridique, il est donc naturel qu'il existe des zones d'incertitude et que les juges clarifient et étoffent de façon ponctuelle le droit³²⁶. »

³²² L.-P. PIGEON, préc., note 151, 304.

³²³ *Re Castioni*, [1891] 1 Q.B. 149, 167 traduit par P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 43.

³²⁴ P. AMSELEK, « La teneur indéterminée du droit », préc., note 279, 10.

³²⁵ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 321.

³²⁶ *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, par. 17.

La « texture ouverte³²⁷ » du droit n'est pas une erreur de parcours. Elle a plutôt une immense valeur sociale³²⁸. Il s'agit d'une propriété nécessaire pour permettre au droit de s'appliquer à un ensemble de scénarios. La contrepartie est que seul un certain degré de certitude juridique peut être atteint par l'adoption de lois³²⁹.

Il faut aussi considérer que l'intention n'est pas une réalité unidimensionnelle. Une personne (même fictive) peut agir avec plusieurs objectifs parallèles³³⁰. Comme l'écrit Sullivan, même si le législateur avait un esprit capable de former des intentions, il est peu probable que cette intention initiale puisse s'étendre à l'ensemble des contextes où la loi devra s'appliquer³³¹. Il faut considérer la possibilité d'intentions multiples et capables de s'adapter aux circonstances.

Le professeur Roland Case suggère que l'« intention du législateur » ne se résume pas à un sens unique. Il ne faut pas rechercher « la conclusion à laquelle le législateur en serait venu, mais celle que le législateur a autorisé les cours à trouver à travers le texte qu'il a adopté³³². » L'intention ne serait pas une volonté précise, mais un éventail de possibilités. Le législateur n'imposerait pas d'intention stricte, mais des balises à l'intérieur desquelles travailler. Pour Case, le juge agit à l'intérieur de ses compétences s'il choisit une interprétation autorisée par la loi³³³. Il ne faudrait pas chercher à vérifier s'il a bien déchiffré le message que le législateur souhaitait communiquer à la population³³⁴. Le juge doit simplement choisir, parmi les interprétations que permet la loi, celle qui lui semble « la plus juridiquement défendable »³³⁵.

Dans la même veine, Hans Kelsen écrit que la décision fondée sur la loi ne signifie pas qu'elle représente *la* norme qui y correspond, mais seulement *l'une des normes* possibles selon ce texte. La décision doit se tenir « à l'intérieur du cadre que représente la loi³³⁶. » Kelsen, un partisan de l'étude scientifique du droit, précise qu'une étude objective de la législation « ne peut rien faire d'autre ni de plus que de dégager les significations possibles des normes juridiques. » Une fois

³²⁷ Voir *supra*, note 272.

³²⁸ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, préc., note 10, p. 7.

³²⁹ *Id.*, p. 12.

³³⁰ Voir à ce sujet W. TWINING et D. MIERS, préc., note 224, p. 150-154 et 185-162.

³³¹ Ruth SULLIVAN, « Statutory Interpretation in the Supreme Court of Canada », (1998) 30-2 *Ottawa L. Rev.* 175-228, 181.

³³² R. CASE, préc., note 241, p. 57 citant Frederick De Sloovere (nous traduisons).

³³³ Notez que Case s'affiche ici comme un positiviste pour qui l'intention se trouve essentiellement dans le texte de la loi.

³³⁴ R. CASE, préc., note 241, p. 55.

³³⁵ *Id.*, p. 101.

³³⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., note 86, p. 457.

ces sens mis à jour, l'interprète neutre « ne peut pas opter et décider entre les possibilités qu'elle a fait apparaître; elle doit abandonner le choix et la décision à l'organe juridique qui a compétence d'après l'ordre juridique pour appliquer le droit³³⁷. »

L'auteur Steven Stark³³⁸ explique que les juges et le droit utilisent des adjectifs ambigus (par opposition à des adjectifs empiriques comme la couleur, le nombre ou la direction) justement parce qu'elle permet d'être vagues. On parle de la personne *raisonnable* et de la preuve *substantielle*. Lorsqu'ils appliquent ces tests, les tribunaux peuvent justifier plusieurs conclusions puisqu'elles ne peuvent pas être évaluées selon une échelle objective³³⁹. Frank parle du « double langage » utilisé par les juristes pour camoufler l'incertitude du droit³⁴⁰.

La flexibilité des termes a en même temps une valeur réconfortante pour le législateur. Il peut lui paraître avantageux de laisser aux tribunaux le soin de préciser la norme applicable, que ce soit par déférence ou opportunité politique³⁴¹. Raz avise que c'est notamment le cas lorsque le législateur utilise des termes chargés de valeurs comme « déraisonnable », donnant volontairement au tribunal une discrétion qui permet la création du droit³⁴².

Cela étant dit, même lorsque le législateur tente d'adopter une politique déterminée, il n'est pas certain que son idée soit complète. Hart suggère que le législateur a deux handicaps lorsqu'il tente d'encadrer des situations futures. Le premier, comme on l'a vu, est l'incapacité du législateur à prévoir toutes les situations qui pourraient entraîner l'application de la loi. Le deuxième est l'incertitude quant à l'objectif de la loi.

Bien qu'on reconnaisse généralement un objet général à la loi, la raison qui motive le législateur n'est pas toujours claire. Il n'est pas clair si les « véhicules interdits dans les parcs » visent à assurer la tranquillité ou la sécurité des usagers du parc, ou les deux³⁴³. Un objectif de sécurité

³³⁷ *Id.*, p. 462.

³³⁸ Auteur et conférencier à faculté de droit d'Harvard.

³³⁹ Steven D. STARK, *Writing to win: the legal writer*, 1st rev. ed., New York, Three Rivers Press, 2012, p. 41.

³⁴⁰ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, préc., note 10, ch. 3.

³⁴¹ Un phénomène observé de plus en plus avec la judiciarisation des questions politiques. Voir : D. R. SONGER, C. L. OSTBERG, M. E. WETSTEIN et S. W. JOHNSON, préc., note 14, p. 31-41; C. Neal TATE et Torbjörn VALLINDER (dir.), *The global expansion of judicial power*, New York, New York University Press, 1995; Frederick VAUGHAN, « Judicial Politics in Canada: Patterns and Trends », dans Paul HOWE et Peter H. RUSSELL (dir.), *Judicial power and Canadian democracy*, Montreal ; Ithaca, McGill-Queen's University Press, 2000, p. 3.

³⁴² Joseph RAZ, *The authority of law: essays on law and morality*, Oxford : New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 1979, p. 181.

³⁴³ C. HUTCHISON, préc., note 243, p. 9 en traitant de H. L. A. HART, *The concept of law*, préc., note 272, p. 127-129.

permettrait d'interdire certains véhicules silencieux (vélos, voiturettes électriques), mais il en irait différemment avec un objectif de tranquillité. Qui plus est, il est fréquent que le législateur soit motivé par plusieurs objectifs liés au contexte social, sans que ceux-ci soient énoncés dans le texte.

Bien sûr, l'imprécision du droit serait moins incommode si le législateur pouvait préciser sa pensée. Son pouvoir se limite toutefois à adopter les lois. On dit qu'au moment de sa publication, le texte de loi se détache du législateur³⁴⁴. La loi devient alors autonome par rapport à son auteur en ce que le lecteur n'est pas lié par l'interprétation désirée du législateur. En fait, le rédacteur n'a qu'un contrôle limité sur le sens de son texte : il ne peut que tenter de prévoir l'interprétation qui en sera faite, et adopter des règles pour l'orienter³⁴⁵.

Concrètement, les limites à l'intérieur desquelles le juge agit sont imposées davantage par le consensus au sujet de l'interprétation que par les mots eux-mêmes. Malgré les règles qu'impose la communauté juridique à ce sujet, les textes qui font l'objet de litiges interprétatifs sont rarement si contraignant qu'ils ne permettent qu'une seule interprétation³⁴⁶.

Le contexte joue alors un rôle majeur dans l'exercice interprétatif. C'est que le sens du texte n'existe pas en l'absence d'un contexte³⁴⁷. Il faut reconnaître un élément explicite à la communication, à savoir les mots utilisés, et un élément implicite, le contexte³⁴⁸. À défaut d'un contexte réel qui puisse être considéré – si on force le lecteur à interpréter un texte dans un vide contextuel, factuel ou législatif – le lecteur se buttera à une impossibilité et imaginera lui-même un contexte qui servira pour interpréter la loi³⁴⁹. Même lorsqu'il est disponible, le contexte devant servir à l'interprétation demeure largement indéfini par les règles de droit, laissant à l'interprète le

³⁴⁴ Ruth SULLIVAN, *Statutory interpretation*, Toronto, Irwin Law, 2016, p. 8; Paul VALÉRY, *Variété III*, 41^e éd., Paris, Gallimard, 1936, p. 68 « Une fois publié, un texte est comme un appareil dont chacun peut se servir à sa guise et selon ses moyens : il n'est pas sûr que le constructeur en use mieux qu'un autre ».

³⁴⁵ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 57. Les professeurs donnent l'exemple qu'une loi rédigée de façon très détaillée invite les tribunaux à limiter leur rôle à l'étude minutieuse du texte légal : *Id.*, p. 44.

³⁴⁶ W. N. Jr. ESKRIDGE, préc., note 7, 627.

³⁴⁷ Ruth SULLIVAN, « Some Implications of Plain Language Drafting », (2001) 22-3 *Statute Law Rev* 145-180; *R. c. Clark*, 2005 CSC 2, par. 44; Pierre GUIRAUD, *La Sémantique*, 8^e éd., Paris, PUF, 1975, p. 30. Voir *infra*, note 775 et texte accompagnateur.

³⁴⁸ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 155, p. 322, réf. à Reed DICKERSON, *The interpretation and application of statutes*, Boston; Toronto, Little, Brown, 1975, p. 103 et s. Voir l'exemple de Francis Lieber au sujet des instructions qui accompagnent implicitement l'ordre d'aller « chercher de la viande pour la soupe » : William ESKRIDGE, « Fetch Some Soupmeat », (1995) 16 *Cardozo L. Rev.* 2209. réf. à Francis LIEBER, *Legal and Political Hermeneutics*, Boston, Little and Brown, 1880.

³⁴⁹ D. KAHNEMAN, préc., note 141, p. 79-80.

soin de le construire. Or, plus il y a de liberté dans la formulation du contexte, plus il y a de sens possibles, et vice versa.

La personnalité du juge joue alors un rôle dans la détermination de ce qui constitue le contexte à considérer. Différents individus portent attention à différents aspects du texte en fonction de leur expérience personnelle³⁵⁰. Le professeur Côté écrit qu'on « ne peut pas expliquer l'interprétation de la loi sans admettre que cette activité puisse exiger de l'interprète qu'il procède à des choix qui engageront sa personnalité, ses croyances, ses valeurs³⁵¹. »

Malheureusement, les lecteurs ont tendance à croire que l'expérience de tous les juristes est similaire à la leur, de sorte qu'ils prennent pour acquis que les autres comprendront le texte de la même façon³⁵². De là part l'idée qu'un texte qui leur paraît clair devrait aussi paraître clair à l'autre. Ce n'est cependant pas le cas. Le juge en appelle à son expérience personnelle pour découvrir le sens du texte. Son expérience juridique, bien sûr, mais aussi son expérience linguistique et son expérience humaine.

Comme nous l'avons vu, la Cour suprême du Canada a reconnu que les juges apportent leur expérience sur le banc et qu'il est légitime qu'ils le fassent³⁵³. Rien ne permet de croire que cette expérience ne les suive pas lorsqu'ils interprètent la loi. Il semble difficile de croire que l'expérience de deux juristes, l'un ayant pratiqué en litige civile pendant toute sa carrière, et l'autre en droit criminel, n'ait aucune influence sur la façon dont chacun interprète un même texte. Entre autres choses, la conception qu'a une personne de la fonction judiciaire à l'intérieur de la société dicte quelles sources elle choisira pour permettre d'accomplir cette fonction³⁵⁴. Cette conception naît nécessairement du vécu de cette personne, dont ses expériences comme juriste et citoyen.

Ce qui précède est résumé dans l'énoncé de Côté, pour qui « [l]es règles de droit ne reposent pas à l'état latent dans le texte : c'est le processus même d'interprétation qui les élabore, qui les "construit"³⁵⁵. » La créativité du juge est limitée par le texte et pourrait se résumer en deux étapes. Dans une première, le juge « [fixe] le cadre ou horizon de sens de la norme » puis « [inventorie] les différentes possibilités d'interprétation qu'elle offre ». Il s'agit de la limite imposée par le texte.

³⁵⁰ Gillian BROWN et George YULE, *Discourse analysis*, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 1983, p. 11.

³⁵¹ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 18.

³⁵² R. SULLIVAN, « The Plain Meaning Rule and Other Ways to Cheat at Statutory Interpretation », préc., note 302, à la page 173 citant G. BROWN et G. YULE, préc., note 350, p. 11.

³⁵³ *R. c. R.D.S.*, préc., note 198.

³⁵⁴ J. LEVIN, préc., note 48, p. 49.

³⁵⁵ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 23.

Dans la seconde étape « survient un acte de volonté, de choix, de création de droit³⁵⁶ » alors que le décideur choisit laquelle des interprétations possibles s'appliquera.

La présence d'un aspect créatif dans l'interprétation ne signifie pas qu'il soit impossible de parvenir à un consensus quant à son sens³⁵⁷. Le droit peut malgré tout être stable et conforme à la compréhension qu'en a la majorité. En ce sens, l'exercice auquel nous nous adonnons présentement – décortiquer et découvrir le processus réel de détermination de la règle – n'est pas nécessaire pour qu'existe une société gouvernée par la primauté du droit.

Sullivan suggère toutefois qu'il serait bénéfique de reconnaître ce que le lecteur apporte lui-même au texte. Ce n'est qu'en admettant la nature subjective de l'interprétation qu'il devient possible d'en débattre en toute honnêteté³⁵⁸. Le mythe de la prédétermination du sens doit être détruit pour mieux comprendre comment s'opère et se développe le droit dans notre société. Cela permettrait notamment de modifier le processus de détermination de la règle s'il est considéré que celui-ci ne correspond pas aux idéaux démocratiques de la société. Car pour l'instant, tant le Parlement que les tribunaux ont failli à prévoir des règles assez précises pour véritablement gouverner le processus interprétatif.

L'insuffisance des règles d'interprétation statutaire

Dans l'idéal positiviste³⁵⁹ d'une société démocratique, les règles officielles d'interprétation seraient prévues à même les lois. Le législateur exercerait ainsi un contrôle serré sur la lecture que les tribunaux font de ses textes³⁶⁰.

Il existe cependant un fossé entre ce monde et la réalité. Les règles offertes par le législateur ne permettent pas de satisfaire leur idéal. Les rares enseignements qu'on trouve dans les lois d'interprétation constituent tout au plus des lignes directrices. Elles restreignent peu la liberté de

³⁵⁶ P. AMSELEK, préc., « L'interprétation dans la Théorie pure du droit de Hans Kelsen », note 321, aux pages 42-43.

³⁵⁷ Malgré l'existence du libre-arbitre et d'intérêts opposés, les humains ont réussi à former des sociétés cohérentes.

³⁵⁸ R. SULLIVAN, « The Plain Meaning Rule and Other Ways to Cheat at Statutory Interpretation », préc., note 302, à la page 174.

³⁵⁹ Les positivistes sont ceux pour qui le droit positif est la principale, sinon la seule, source de droit.

³⁶⁰ Voir à ce sujet: Anthony D'AMATO, « Can Legislatures Constrain Judicial Interpretation of Statutes? », (1989) 75 *Virginia Law Review* 561.

l'interprète. Ces règles, plutôt que d'être précises et complètes, sont floues, laconiques, et contradictoires³⁶¹. La règle fédérale la plus souvent citée est l'article 12 de la loi :

« **12.** Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet³⁶². »

Beaucoup moins cité, mais tout de même utile pour déterminer la méthode préférée du législateur, est l'article 10 :

« **10.** La règle de droit a vocation permanente; exprimée dans un texte au présent intemporel, elle s'applique à la situation du moment de façon que le texte produise ses effets selon son esprit, son sens et son objet³⁶³. »

Enfin, le troisième paragraphe de l'article 3 permet à l'interprète de recourir à d'autres règles d'interprétation, sans les définir :

« **3.** [...] »

(3) Sauf incompatibilité avec la présente loi, toute règle d'interprétation utile peut s'appliquer à un texte³⁶⁴. »

D'autres dispositions de la *Loi d'interprétation* fédérale offrent des indications des règles à suivre dans un contexte précis. Il s'agit par exemple du sens de certains mots dans le contexte du bi-juridisme canadien³⁶⁵. Les trois règles citées ci-dessus correspondent cependant aux principaux guides du législateur fédéral en matière d'interprétation.

Au Québec, le législateur provincial ne fait guère mieux. L'énoncé le plus substantif en ce qui concerne la démarche d'interprétation appropriée se trouve à l'article 41 :

« **41.** Toute disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage.

³⁶¹ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 47.

³⁶² *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 12.

³⁶³ *Id.*, art. 10.

³⁶⁴ *Id.*, par. 3(3).

³⁶⁵ *Id.*, art. 8.1 et 8.2.

Une telle loi reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin³⁶⁶. »

Elle impose aussi une règle de logique interne :

« **41.1** Les dispositions d'une loi s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble et qui lui donne effet³⁶⁷. »

Les articles 10 de la loi fédérale et 41 de la loi provinciale ressemblent beaucoup à la méthode moderne. Cela étant dit, il serait possible d'offrir des critères plus précis pour guider les tribunaux, ou de préciser une méthode complète d'interprétation. La loi d'interprétation de la Nouvelle-Écosse en offre un exemple en énonçant les critères qui doivent guider l'interprète, précisant que la loi doit apporter un remède et être interprétée afin de réaliser son objet, en considérant notamment les circonstances de son adoption, le problème qu'elle devait régler, l'objet qu'elle devait atteindre, la loi qui existait avant son adoption, les conséquences d'une interprétation particulière, et l'historique législatif du sujet³⁶⁸.

Qui plus est, certaines règles claires d'interprétation ont déjà existé, mais ont été abrogées. C'est le cas notamment de la règle concernant l'interprétation des textes bilingues qui était prévue à l'article 8 de la *Loi sur les langues officielles*, abrogée en 1988 par l'adoption d'une nouvelle loi du même nom³⁶⁹. Cette règle codifiait les principes énoncés par les tribunaux, mais simplifiait la tâche de l'interprète et, surtout, faisait en sorte que le législateur dicte les règles à suivre, plutôt que les tribunaux.

³⁶⁶ *Id.*, art. 41.

³⁶⁷ *Id.*, art. 41.1.

³⁶⁸ *Interpretation Act*, RSNS 1989, c. 235, art. 9(5) :

« Every enactment shall be deemed remedial and interpreted to insure the attainment of its objects by considering among other matters

- (a) the occasion and necessity for the enactment
- (b) the circumstances existing at the time it was passed
- (c) the mischief to be remedied
- (d) the object to be attained
- (e) the former law, including other enactments upon the same or similar subjects
- (f) the consequences of a particular interpretation
- (g) the history of legislation on the subject. »

³⁶⁹ *Loi sur les langues officielles*, L.C. 1988, c. 38, art. 110.

L'absence de règles claires vaut autant pour les règles énoncées dans les lois que celles qu'ont approuvées les tribunaux. Llewellyn écrit, dans une citation aujourd'hui notoire, que dans tout cas assez incertain pour rendre le litige respectable, il existe au moins deux sources d'autorité mutuellement contradictoires qui s'appliquent au cas en l'espèce³⁷⁰. On retrouve dans la jurisprudence « des principes contradictoires, non hiérarchisés et dont le poids relatif fait souvent difficulté³⁷¹. »

De tels principes sont en effet énoncés dans la majorité des décisions rendues. Il est donc facile d'y piger ceux que l'on préfère et de présenter une sélection incomplète pour faire valoir un point de vue donné. Mais ces principes ne demeurent que des présomptions simples. Ils n'ont pas de caractère absolu. C'est le cas notamment pour le principe de l'effet utile, mieux connu comme la maxime « le législateur ne parle pas pour ne rien dire »³⁷².

Ces principes sont connus en anglais comme les « *canons* » de l'interprétation. Le terme, emprunté au latin, renvoie aux règles et lois décrétées par l'autorité de l'Église³⁷³. On parle des lois, règles, principes, critères ou maximes qui guident l'interprète. Ces principes d'interprétation se sont développés à travers le temps et sont aujourd'hui intégrés à la culture juridique. Ils constituent des présomptions³⁷⁴ au sujet de la langue, de la procédure et des politiques juridiques³⁷⁵. Eskridge les définit comme l'expression de présomptions communes au sujet de la rédaction, du rôle de chaque institution, et des valeurs publiques³⁷⁶.

³⁷⁰ K. N. LLEWELLYN, « Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed », préc., note 217, 401; Karl N. LLEWELLYN, « Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound », (1931) 44-8 *Harvard Law Review* 1222-1264, 1239. Voir aussi Duncan KENNEDY, « A Semiotics of Legal Argument Symposium: Law and Economics and the Semiotic Process », (1991) 42-1 *Syracuse L. Rev.* 75-116; D. R. SONGER, C. L. OSTBERG, M. E. WETSTEIN et S. W. JOHNSON, préc., note 14, p. 48. citant G. Edward WHITE, *Intervention and detachment: essays in legal history and jurisprudence*, New York, Oxford University Press, 1994, p. 276. Voir aussi J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, préc., note 10, p. 112 pour les propos de Chancellor Kent au même effet.

³⁷¹ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 17.

³⁷² Voir *Loi d'interprétation*, préc., note 362, art. 41.1. Pour la jurisprudence, voir P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 318-319.

³⁷³ « Canon », *Online Etymology Dictionary*, en ligne : <www.etymonline.com/search?q=canon> (consulté le 27 août 2019).

³⁷⁴ En herméneutique, la présomption est une « pré-compréhension » : W. N. Jr. ESKRIDGE, préc., note 7, 633.

³⁷⁵ *Id.*

³⁷⁶ *Id.*, 662.

Llewellyn a fait l'inventaire de ces canons. Il remarque que pour chacun, il en existe un autre qui lui est directement contradictoire³⁷⁷. À titre d'exemple, il est dit à la fois que 1) si le langage d'un texte est clair et sans ambiguïté, il faut lui donner effet; mais aussi que 2) lorsque l'interprétation littérale d'un texte mène à un résultat absurde ou contraire à l'objet de la loi, il ne faut pas lui donner ce sens³⁷⁸. Il n'est pas possible pour ces deux règles de coexister si elles sont appliquées littéralement. Si on les considère généralement comme complémentaires, la première étant la règle générale, et la deuxième étant l'exception, c'est en réalité que la première est inexacte parce qu'incomplète ou mal formulée. En fait, le choix à savoir lesquelles de ces règles s'appliquent témoigne de l'influence des idées personnelles de l'interprète³⁷⁹.

Enfin, outre les règles statutaires d'interprétation et les principes élaborés par la jurisprudence, il existe de nombreux ouvrages d'interprétation, les plus connus étant *Sullivan on the Construction of Statutes*³⁸⁰ et *L'interprétation des lois*³⁸¹ de Pierre-André Côté. Les tribunaux s'y réfèrent d'ailleurs souvent pour interpréter la loi ou, à tout le moins, expliquer le résultat auquel ils sont parvenus.

On peut toutefois déplorer que ces ouvrages semblent souvent utilisés pour les citations favorables qu'on y pige que pour la philosophie holistique qu'ils encouragent. L'œuvre de ces auteurs – comme l'exercice interprétatif – ne saurait se limiter à des règles précises. Au contraire, elle indexe l'imposante quantité de principes et de règles qui inonde la jurisprudence et tente d'en tirer un sens où les contradictions seraient limitées. Pour la comprendre, les lecteurs sont encouragés à assimiler l'œuvre complète et à l'utiliser lors de l'interprétation d'une loi. Il s'agit d'un exercice neutre qui doit être fait avant de lire la loi. Malheureusement, pour des raisons pratiques, cette technique semble généralement mise de côté en faveur d'une expédition à la recherche d'arguments qui supportent l'interprétation préférée d'une partie³⁸².

³⁷⁷ K. N. LLEWELLYN, « Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed », préc., note 217. Voir aussi Cass R. SUNSTEIN, « Interpreting Statutes in the Regulatory State », (1989) 103-2 *Harv. L. Rev.* 405-508, 451-460.

³⁷⁸ K. N. LLEWELLYN, « Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed », préc., note 217, 403.

³⁷⁹ W. N. Jr. ESKRIDGE, préc., note 7, 641. K. N. LLEWELLYN, « Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed », préc., note 217, 396.

³⁸⁰ R. SULLIVAN, *Statutory interpretation*, préc., note 344.

³⁸¹ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1.

³⁸² Dans *R. c. A.D.H.*, 2013 CSC 28 28, par. 83, le juge Moldaver écrit dans ses motifs concurrents (5:2) que « lorsqu'on renonce à recourir mécaniquement et souvent en fonction du résultat recherché aux méthodes d'interprétation apparemment innombrables et parfois contradictoires, le recours au bon sens peut se révéler et se révèle généralement être la meilleure option » (nous soulignons). Ce n'est

Avant de conclure, soulignons que l'un des plus importants manquements au sujet des règles d'interprétation est aussi l'un des plus subtils et probablement des plus difficiles à encadrer. Il concerne le poids à accorder aux arguments. Bien que les meilleures méthodes indiquent *quoi* considérer dans l'évaluation de l'interprétation, elles n'indiquent pas *comment* les considérer, c'est-à-dire quel poids accorder à chacun en présence d'arguments contradictoires. Le juge Sharpe suggère qu'il n'existe pas de règles claires pour reconnaître précisément ce qui compte comme une source légitime d'autorité convaincante. En conséquence, ce qu'un juge considère être une autorité (ou un argument) probante peut sembler arbitraire, puisqu'il a la liberté de choisir lequel il préfère à partir d'un ensemble infini de sources ne le liant pas en droit³⁸³.

Le professeur Roland Case identifie les « règles du poids des arguments » comme appartenant à une sous-catégorie des « règles d'application du droit », elles-mêmes une sous-catégorie de ce que Hart appelle les « règles secondaires »³⁸⁴. Case identifie quatre facteurs qui permettent de déterminer le poids d'un argument³⁸⁵.

Le premier est le poids de la règle ou du principe appliqué. Par exemple, le poids d'une règle constitutionnelle l'emportera toujours sur celui d'une norme réglementaire; les principes de justice fondamentale l'emporteront normalement sur les principes économiques; l'argument central (*ratio*) aura plus de poids que les arguments périphériques (*obiter*)³⁸⁶.

En second lieu, il faut considérer les implications pour la règle en question – et pour les autres règles – si l'on choisissait d'accepter l'argument proposé. Si l'acceptation d'un argument avait pour effet de nier l'application de la règle, de la déformer, ou de la détourner de son objet, cette conséquence diminuerait le poids de l'argument³⁸⁷.

Le troisième facteur est celui du degré de certitude quant aux effets pour la règle. Il s'agit d'évaluer à quel point les conséquences anticipées sont susceptibles de survenir. Les arguments quant aux

pas sans rappeler les propos de l'auteur du *Maxwell On the Interpretation of Statutes* qui disait espérer que tous les lecteurs puissent trouver dans son ouvrage des arguments à l'appui de son point de vue : P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 155, p. 48, réf. à Peter Benson MAXWELL, *On the interpretation of statutes*, 12e éd., London, Sweet and Maxwell, 1969, p. V.

³⁸³ R. SHARPE, préc., note 34, p. 172.

³⁸⁴ H. L. A. HART, *The concept of law*, préc., note 272, p. 77 et s.; R. CASE, préc., note 241, p. 35-39.

³⁸⁵ R. CASE, préc., note 241, p. 35-39.

³⁸⁶ *Id.*, p. 36.

³⁸⁷ *Id.*, p. 36-37.

conséquences sont parfois habillées d'un air apocalyptique. Les tribunaux doivent alors départager les conséquences possibles des conséquences probables³⁸⁸.

Le quatrième et dernier facteur est le fardeau de preuve qui accompagne l'argument. Ainsi, un argument ne doit être accepté que si le fardeau de preuve qui y est associé est rencontré. Le professeur Case donne comme exemple que pour qu'une limite à un droit constitutionnel soit acceptable, sa justification doit pouvoir être démontrée dans le cadre d'une société libre et démocratique³⁸⁹. Si ce fardeau de preuve n'est pas rencontré, alors l'argument à l'effet que la limite est acceptable ne peut être retenu³⁹⁰.

De toutes les règles secondaires, les règles du poids des arguments sont sans doute les plus vagues. Du même coup, elles sont celles qui favorisent le plus la discrétion judiciaire. En conséquence, elles sont le maillon faible de toute chaîne en faveur d'une conception du droit selon laquelle il existe une interprétation correcte et unique des textes de loi.

L'absence de règles claires d'interprétation par le législateur, l'existence de principes contradictoires élaborés par la jurisprudence, et la difficulté à assimiler la complexité du processus interprétatif exploré par la doctrine, ouvrent la porte à des écarts de tous genres. Ces manquements sont causés par toutes les parties impliquées. Si le législateur est incapable d'adopter des lois suffisantes en matière d'interprétation, les tribunaux ont quant à eux failli à développer un corpus jurisprudentiel cohérent. On ne retrouve pas dans le droit positif et dans les règles d'interprétations ce qui serait nécessaire pour convenir d'une *bonne* interprétation, une interprétation qui soit « rationnellement irrésistible³⁹¹ ».

À l'heure actuelle, la jurisprudence est claire que l'interprétation doit être guidée par la méthode d'interprétation contextuelle. Adoptée en 1998 par une Cour suprême unanime³⁹², cette méthode

³⁸⁸ *Id.*, p. 37-38.

³⁸⁹ En référence au fardeau imposé par l'article 1 de la Charte.

³⁹⁰ R. CASE, préc., note 241, p. 38-39.

³⁹¹ L. B. TREMBLAY, préc., note 243, à la page 341.

³⁹² Le principe avait déjà été cité auparavant, notamment (pour la première fois) dans *Stuart Investments Ltd. c. The Queen*, [1984] 1 R.C.S. 536. Jusqu'en 1998, la méthode avait cependant été utilisée de façon irrégulière et à plusieurs occasions de façon incohérente avec son contenu. *Rizzo* est considéré comme moment marquant en raison de l'unanimité de la cour et de sa clarté quant à la nécessité de ne plus se limiter à la méthode littérale d'interprétation.

tranchait une fois pour toute que « l'interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi³⁹³ ». Il faut plutôt privilégier l'approche résumée par Driedger³⁹⁴ :

« Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur. »³⁹⁵

La méthode moderne consacre l'idée que ce n'est pas le sens des textes qui intéresse le juge, mais le sens des règles, « le sens du texte constituant tout au plus le point de départ d'une démarche qui implique toujours la prise en compte d'éléments étrangers au texte³⁹⁶. »

L'approche de Driedger en est une d'interprétation contextuelle. Elle permet d'appliquer une maxime entendue mille fois : la forme ne doit pas l'emporter sur le fond. En l'espèce, le texte est un contenant qui renferme une règle et l'interprétation vise à déterminer le sens de cette règle. En réalité, « le problème de l'interprète n'est pas de savoir ce que les termes employés signifient, mais ce que leur auteur a voulu signifier en les employant³⁹⁷. »

La Cour confirme la validité de cette méthode à plusieurs reprises au cours des vingt années qui suivent. Avec le temps, elle la précise et indique ce qu'il advient d'autres principes dont la pertinence est remise en question par la nouvelle approche. Bien que le principe lui-même soit peaufiné par Sullivan au fil des ans, la Cour choisit de s'en tenir à l'énoncé suggéré par Driedger en 1982. Elle souligne par le fait même qu'elle considère que cette méthode et les critères qui y sont énoncés forment le meilleur point de départ de l'activité interprétative.

Que dit la règle exactement? Essentiellement, c'est qu'il faut tenir compte du contexte. Comme l'écrit Kahneman, le contexte est essentiel à la compréhension de l'information perçue, même si l'esprit n'est pas conscient qu'il en ait tenu compte³⁹⁸.

³⁹³ *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, préc., note 250, par. 21.

³⁹⁴ Elmer A. DRIEDGER, *Construction of statutes*, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1983, p. 87.

³⁹⁵ *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 RCS 27, par. 21 réf. à E. A. DRIEDGER, préc., note 394, p. 87. En anglais, le passage se lit « Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. »

³⁹⁶ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 291. Voir aussi p. 286, où Côté explique que « Ce qui l'intéresse [l'interprète], c'est la teneur de la règle ou de la norme, et il l'établit en tenant compte du texte, certes, mais il prend en considération de nombreux autres facteurs. »

³⁹⁷ *Id.*, p. 342.

³⁹⁸ D. KAHNEMAN, préc., note 141, p. 79-80.

La méthode contextuelle invite l'interprète à considérer le contexte global de la loi, mais il ne faut pas se laisser prendre par l'énoncé du principe : le contexte ne se limite pas au « sens ordinaire et grammatical » des mots, à « l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur ». Ces éléments eux-mêmes très inclusifs. En vérité, le contexte demeure largement indéfini, pouvant représenter autant les débats parlementaires que le contexte social au moment de l'adoption, autant les termes de la disposition que ceux de lois connexes, autant les principes et l'esprit que sa finalité et son objet. L'exercice est si large qu'il peut être accablant.

Côté écrit que « le texte est lu dans son contexte global lorsque l'interprète se met, comme on dit, "sur la même longueur d'ondes" que le législateur³⁹⁹. » Le contexte global comprendrait « l'environnement légal d'une disposition, []es autres dispositions de la loi, []es lois connexes, []es autres règles du système juridique », mais aussi « toutes les idées liées au texte que le législateur peut présumer suffisamment connues des justiciables pour se dispenser d'avoir à les exprimer⁴⁰⁰. » Ainsi, le contexte serait éminemment large et inclusif, pour autant qu'il soit pertinent à la démarche.

Comme le rappelle Stéphane Bernatchez, « []e contexte ne repose pas là en attente d'être découvert, il doit nécessairement être l'objet d'une construction : le contexte n'est pas donné, il est à construire⁴⁰¹. » Le contexte ressemble en cela au sens de la règle. Dans chaque cas, l'interprète peut faire des choix qui influenceront la teneur du droit.

Il ne faut donc pas voir dans ce qui précède un présage du déclin de l'état de droit. L'indétermination doit plutôt être considérée comme un fait brut. Le problème ne tient pas tant de l'indétermination du droit, mais du mythe de sa prédétermination. Il importe de reconnaître cette réalité pour que le débat interprétatif ait lieu dans la transparence nécessaire à toute forme de progrès basé sur la raison⁴⁰². Ce n'est qu'en tenant compte de l'apport des lecteurs à l'interprétation, et plus particulièrement celui des juges qui tranchent au final, qu'il est possible de considérer comment améliorer le processus.

³⁹⁹ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 324.

⁴⁰⁰ *Id.* Voir *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709, 719.

⁴⁰¹ S. BERNATCHEZ, préc., note 266, à la page 96.

⁴⁰² Michel van de Kerchove écrit que la règle du sens clair sert notamment à dissimuler le réel phénomène interprétatif : Michel van de KERCHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation », dans Michel van de KERCHOVE (dir.), *L'Interprétation en droit: approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 13 aux pages 47-50.

Cela nous amène à la dernière pièce du puzzle étudié dans cette première partie : pourquoi la personnalité du juge peut-elle influencer le sens de la règle?

Jusqu'ici, nous avons vu qu'il est depuis longtemps reconnu que l'individualité du juge peut influencer l'adjudication non seulement dans l'appréciation des faits, mais aussi dans la détermination de la loi. Grâce à l'indétermination de celle-ci, les juges peuvent préciser le sens et la portée des dispositions adoptées par le législateur. Ce partage dans la définition de la norme est rendu nécessaire par les réalités d'une société complexe comme la nôtre. Il s'agit d'une réalité souvent ignoré par ceux qui dénoncent trop facilement l'activisme judiciaire : les tribunaux occupent une place légitime dans la détermination de la loi.

Chapitre 4 – La place du juge dans la détermination du droit

Le partage de la fonction législative et les mécanismes de contrôle

Les différentes conceptions de la fonction judiciaire expliquent la plupart des désaccords en matière interprétative. D'un côté, certains considèrent qu'une séparation claire doit exister entre la création, l'interprétation et l'application du droit afin de maintenir la légitimité démocratique de notre société. Ces individus, les formalistes, favorisent une vision étroite du phénomène interprétatif afin de laisser la part du lion au législateur en ce qui concerne la création des normes.

De l'autre côté, certains considèrent que les formalistes sont déconnectés de la réalité, que ce qu'ils proposent est une utopie théorique impossible, et que la réalité – l'implication des juges dans la création de la norme à travers l'interprétation du texte – ne nuit pas à la légitimité du droit. Ces individus, les réalistes, favorisent une vision inclusive du phénomène interprétatif non pas pour favoriser un des participants, mais pour reconnaître le rôle qu'y joue vraiment le juge.

L'idéologie formaliste repose sur un sophisme de la mythologie juridique : la croyance selon laquelle le droit qui ne mène pas à une seule réponse laisse nécessairement place à l'arbitraire. Or, le juge peut avoir une fonction de détermination du droit sans mettre en péril la primauté du droit. Le droit peut contraindre le juge de façon significative sans pour autant imposer une réponse unique⁴⁰³.

Ce n'est pas parce que les mots prêtent à interprétation que les textes de loi, pour reprendre l'expression de la Cour suprême, doivent être considérés comme de « simple[s] contenant[s], à même de recevoir n'importe quelle interprétation qu'on pourrait vouloir lui donner⁴⁰⁴ ». Si les tribunaux ne se limitent plus *au* texte, ils sont encore limités *par* le texte⁴⁰⁵. Les mots sont peut-être « malléables et flexibles, [mais] ils ne sont pas infiniment élastiques⁴⁰⁶. »

⁴⁰³ S. J. BURTON, préc., note 72, p. 17.

⁴⁰⁴ *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, 394.

⁴⁰⁵ Felix FRANKFURTER, « Some Reflections on the Reading of Statutes », (1947) 47-4 *Columbia Law Review* 527-546, 523 traduit par P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 304.

⁴⁰⁶ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 305. Voir Charles P. CURTIS, « A Better Theory of Legal Interpretation Symposium on Statutory Construction », (1949) 3-3 *Vand. L. Rev.* 407-437; Zechariah CHAFEE, « The Disorderly Conduct of Words », (1941) 41-3 *Columbia Law Review* 381-404; J. A. CORRY, « Administrative Law and the Interpretation of Statutes », (1936) 1-2 *The University of Toronto Law Journal* 286-312.

En fait, les sources de droit sont excellentes pour limiter l'éventail des conclusions possibles à un ensemble restreint. Leur défaut est plutôt d'être incapables d'identifier laquelle des alternatives restantes est la meilleure⁴⁰⁷. Comme l'écrit Charles Curtis, la formule, bien qu'elle ne fixe pas le sens, le délimite⁴⁰⁸.

Il existe plusieurs degrés d'indétermination – il s'agit d'un continuum. Sauf dans les cas les plus évidents, il n'existe pas de distinction claire entre le juge qui interprète le droit et celui qui le développe. Il n'y a pas de séparation marquée entre les cas d'application simple, où le juge ne ferait qu'appliquer le droit déterminé par le législateur, et les cas où le sens de la règle est incertain au point de nécessiter un « réel » exercice interprétatif grâce auquel le juge développerait la règle. Le cœur (*core*) et la pénombre (*penumbra*) des règles ne sont pas si clairement séparés.

Comme le dit le professeur Hutchison, le juge est à la fois un agent du législateur qui applique le droit et un partenaire dans le développement du droit. Toute tentative de distinction à ce sujet est trop théorique pour être de quelque utilité⁴⁰⁹. Il n'est pas possible d'identifier une séparation entre les dossiers où la personnalité du juge joue un rôle (les cas difficiles) et ceux où elle n'en joue pas. De la même manière, il n'existe pas de rupture claire entre les situations de simple application de la loi et celles d'activisme judiciaire.

Les problèmes entourant la détermination du droit et le rôle du juge (et de sa personnalité) ne sont cependant que la surface visible d'une réalité beaucoup plus complexe au sujet de notre société. Celle-ci est composée d'une pluralité de systèmes de valeurs morales. En vérité, l'unanimité interprétative pourrait exister en présence d'une moralité absolue. Comme nous le verrons dans la Partie II, l'unicité de la compréhension découle de l'unicité des caractéristiques qui fondent la subjectivité (notamment les traits vus dans le premier chapitre). Si nous partagions tous les mêmes valeurs et des structures de compréhension – les pré-connaissances qui permettent de comprendre – nous lirions tous le droit comme ayant le même sens. Son indétermination reflète donc la relativité des valeurs et de la moralité⁴¹⁰.

Pour se stabiliser, le droit doit donc rechercher le consensus à l'intérieur de la société. À travers les diverses communautés qui forment la population, plusieurs valeurs sont partagées, et il s'agit

⁴⁰⁷ D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 14. Voir aussi Richard A. POSNER, *The problems of jurisprudence*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1990, p. 131.

⁴⁰⁸ C. P. CURTIS, préc., note 406, 427.

⁴⁰⁹ C. HUTCHISON, préc., note 239, p. 19.

⁴¹⁰ Voir J. LEVIN, préc., note 48, p. 79 note 26 pour des références concernant l'inexistence d'une éthique objective.

souvent de valeurs centrales à notre compréhension du monde (p. ex. le caractère sacré de la vie humaine). L'indétermination du droit éveille ainsi un débat double : se demander quel est son sens accepté par la société revient à se demander quelles sont les valeurs partagées de cette société. Cet exercice n'est qu'à un pas d'une crise identitaire⁴¹¹.

Même sans entrer dans ces débats, on peut se questionner au sujet de la force d'un droit indéterminé. Le réflexe souvent entendu est malheureusement une réaction absolutiste : ce qui est indéterminé est arbitraire. Or, les choses sont rarement si divisées. L'indétermination est synonyme de relativité et non d'anarchie. Nonobstant la nature indéterminée du droit et le discours déterministe qui a longtemps prévalu, la réalité de son application en a plus souvent qu'autrement été une de conciliation pragmatique.

Cela a permis au droit d'être stable et efficace. Il continue d'être appliqué au quotidien, et comme le souligne Benjamin Cardozo⁴¹², les règles créées par le législateur continuent de guider et de restreindre le comportement des individus sans qu'ils aient besoin de s'adresser aux tribunaux pour en définir les limites⁴¹³. Grâce aux mécanismes qui permettent le maintien de l'ordre social⁴¹⁴, la primauté du droit a pu être maintenue.

Le droit est peut-être toujours indéterminé, mais cette indétermination est limitée. Dans la vaste majorité des cas, le droit est à la fois indéterminé et déterminé. Il est indéterminé dans le sens binaire de la chose, c'est-à-dire s'il faut le qualifier comme indéterminé ou déterminé⁴¹⁵. Il est

⁴¹¹ Luc B. Tremblay écrit : « Pour moi, cette interprétation est plus raisonnable que toutes les autres. Mais ce n'est là que mon opinion. Les raisons qui me le font croire ne sont que mes raisons. Puisqu'elles ne sont en rien certaines, indiscutables ou évidentes, je n'ai pas plus de raison de m'y fier que de raison de suivre celles qui soutiennent les interprétations que je ne juge pas les plus raisonnables. Les autres interprétations sont donc tout aussi valables que celle que je préfère. Toutes les interprétations raisonnables se valent donc! » : L. B. TREMBLAY, préc., note 243, à la page 356.

⁴¹² Juge renommé à la Cour d'appel de l'État de New York puis à la Cour suprême des États-Unis.

⁴¹³ B. N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, préc., note 132, p. 126: « They go from birth to death, their action restrained at every turn by the power of the state, and not once do they appeal to judges to mark the boundaries between right and wrong. I am unable to withhold the name of law from rules which exercise this compulsion over the fortunes of mankind. »

⁴¹⁴ Nous pensons ici à toutes les forces qui influencent le comportement humain, y compris la pression sociale de se conformer aux normes établies par la communauté et le désir, voire la nécessité, de trouver des compromis pour vivre en tant que société. Voir Randal N. M. GRAHAM, « What Judges Want: Judicial Self-interest and Statutory Interpretation », (2009) 30-1 *Statute Law Rev.* 38-72.

⁴¹⁵ Dans ce rapport binaire, tout ce qui n'est pas déterminé est indéterminé. La chose qui serait – sur un continuum – bien plus déterminée qu'indéterminée sera malgré tout indéterminée puisque « déterminé » réfère, en ce qui concerne le droit, à un état unique. « Indéterminé » représente l'ensemble de toutes les autres possibilités. Il est donc beaucoup plus difficile d'être « déterminé » que l'inverse lorsqu'on considère la chose d'un point de vue binaire.

cependant bien plus déterminé qu'il n'est indéterminé. La plupart du temps, la liberté de l'interprète n'est pas celle d'une plaine à perte de vue, mais celle d'un étroit corridor.

Qui plus est, le système ne se satisfait pas de cet étroit corridor. Des mécanismes ont été instaurés pour démocratiser la détermination finale de l'interprétation, de sorte que la meilleure des interprétations possibles – c'est-à-dire la plus acceptable pour la communauté juridique – soit retenue. Ces mécanismes sont à la fois institutionnels (l'existence de divers paliers de tribunaux) et sociaux (les forces sociales qui influencent la population, le législateur, ainsi que les juges).

Socialement parlant, ces mécanismes ressemblent beaucoup à la loi : leur efficacité repose sur l'adhésion de la communauté. La force contraignante de la loi naît après tout d'un phénomène social. La loi représente grossièrement la volonté de la communauté, et c'est notamment la crainte des représailles (sociales comme juridiques) qui motive les gens à y adhérer. Les valeurs de la communauté juridique, y compris le respect des principes juridiques, fonctionnent de façon similaire. Le décideur se sent lié par eux puisque les ignorer pourrait entacher sa réputation, et mener sa décision à un renversement en appel. Ultimement, c'est la crainte de la réaction que provoquera un comportement qui est le moteur de l'adhésion à la norme.

Il est en ce sens logique que la hiérarchisation des tribunaux ait été choisie pour garantir l'acceptabilité du sens de la norme. Le nombre de juges siégeant en appel, les règles pour se pourvoir devant un tribunal supérieur, et les normes de révision employées sont autant de mécanismes devant assurer l'équilibre entre la finalité des décisions judiciaires et l'adoption d'interprétations acceptables. Qui plusieurs mécanismes laissent aux tribunaux supérieurs une importante discrétion pouvant servir à reporter des questions en attendant qu'elles soient mures. Nous pensons notamment au contrôle de la cour sur les causes qu'elle entend, à l'édiction de normes d'intervention imprécises, et à la possibilité de régler certaines affaires sans s'aventurer dans les questions les plus contentieuses.

Si ironique que cela puisse paraître, ces normes de révision imprécises demeurent ce qu'il y a de plus précis pour déterminer la « bonne » interprétation de la loi. Ces normes ne créent pas de seuil objectif quantifiable. Si évident que cela soit, l'appel ne sera accueilli que si, pour une majorité des juges qui siègent en appel, il semble plus opportun d'intervenir que non, compte tenu notamment de la compréhension vaguement commune des critères juridiques établis. Lorsqu'on considère si un pourvoi en appel a une chance de succès, il ne s'agit donc pas tant de se demander si on rencontre ce seuil, mais si la cour, et plus particulièrement les juges qui siégeront dans cet appel en particulier, considéreront que c'est le cas.

Il s'agit toujours d'un exercice de mise en balance entre les forces sociales⁴¹⁶ qui invitent à renverser la décision dont appel, et celles qui suggèrent de la maintenir. Ce critère générique est malheureusement le plus précis qu'on puisse être pour déterminer la « bonne » interprétation du droit. Cette dernière correspond alors à ce que certains réalistes affirmaient être la véritable nature du droit : une prédiction de ce qui sera décidé par les tribunaux.

L'idée peut sembler étrangère à ceux dont la vie juridique a baigné dans l'idée d'un sens prédéterminé, mais elle est familière à la nature du droit dans une société. Le droit est une construction sociale qui ne lie pas physiquement les individus, mais lie effectivement les juges lorsqu'ils se sentent moralement ou socialement obligés de le faire. C'est ainsi qu'opère le réel effet normatif (coercitif) de la loi sur le juge appelé à l'interpréter et à l'appliquer.

Les normes de contrôle judiciaire sont donc une force qui influencent le juge, mais ne le lient pas de façon absolue. Comme nous l'avons dit à plusieurs reprises, les juges tiennent en plus haute estime la loi et son respect. Ils sont conscients, pour ne pas dire soucieux, de la réception que pourrait recevoir leur décision au sein des publics qu'ils estiment, y compris les tribunaux hiérarchiquement supérieurs.

Les forces sociales à l'œuvre dans ce genre de scénario sont ce qui permet à notre ordre judiciaire d'exister dans un tout cohérent. C'est un truisme de dire qu'il existe des courants jurisprudentiels divergents au sein de la société canadienne. C'est pourquoi il existe aussi une hiérarchie judiciaire qui sert à uniformiser l'interprétation du droit. Elle agit comme contrôle afin d'imposer aux tribunaux le sens de la règle accepté par la communauté juridique, ainsi représentée dans le banc collégial de 3, 5, 7 ou 9 juges. Les mécanismes de prise de décision en appel – et plus particulièrement la collégialité du processus décisionnel – favorisent l'adoption d'une norme acceptable pour l'ensemble de la communauté juridique.

En agrandissant le bassin de juristes appelés à déterminer le sens, on accroît aussi la chance de trouver le compromis acceptable, c'est-à-dire l'interprétation généralement préférée par le monde juridique. Même s'ils réfléchissent individuellement, les juges des cours d'appel sont des représentants de cette communauté et en incarnent la subjectivité partagée. On s'attend des juges qu'ils envisagent le monde comme le fait généralement la communauté juridique. En supposant que le banc d'appel soit composé de juristes normalement compétents appelés à s'intéresser à

⁴¹⁶ L'expression s'entend ici dans son sens très large et comprend les valeurs de la société, celles de la communauté juridique, et toutes les influences personnelles et collectives qui agissent sur le choix du décideur.

un problème particulier, on s'assure donc que la voix de la majorité juridique l'emporte dans la détermination de la norme.

Il arrive bien sûr que certains juristes soient en désaccord avec les conclusions d'une majorité de ses collègues. L'unanimité d'une décision ne suffit pas en soi à emporter l'adhésion de la philosophie qui la motive. Les dénonciations relatives à l'activisme judiciaire peuvent reposer sur des notions qui sont étrangères à l'analyse juridique. Le désaccord porte plutôt sur le rôle des tribunaux – et de la personnalité des décideurs – dans la détermination de la norme. Certains sont des apôtres d'une fonction judiciaire minimaliste qui fait preuve de grande déférence à l'égard du législateur, alors que d'autres prônent plutôt une fonction judiciaire active qui comble les lacunes de la loi édictée par le parlement⁴¹⁷. Les sociétés modernes, complexes et larges qu'elles sont, semblent bénéficier de tribunaux judiciaires qui acceptent un certain degré d'activisme dans l'exécution de leur fonction interprétative.

La fonction interprétative des tribunaux judiciaires

Comme l'écrivait Holmes, les propositions générales ne décident pas des cas concrets⁴¹⁸. Ce ne sont pas des formules qui répondent aux questions judiciaires, mais des individus⁴¹⁹. La loi doit être administrée par des humains; le jugement humain est alors un élément inévitable dans son application⁴²⁰. Parce que la loi est indéterminée et que les cas sont rares où les règles ne permettent pas une mesure de discrétion⁴²¹, il est évident que les juges ont un rôle à jouer non seulement dans l'application de la loi, mais aussi dans la détermination de son sens.

Il serait déraisonnable de donner au législateur, lorsqu'il crée des lois, la même notion de prévisibilité qu'on donne au commun des mortels dans leurs quotidiens. On peut s'attendre du législateur qu'il sache que les règles mises en place serviront à trancher des situations imprévues au moment de légiférer⁴²². La loi est rédigée en termes larges de façon à s'appliquer à de multiples scénarios, ce qui fait aussi en sorte que par moments, il ne sera pas clair si ces termes doivent

⁴¹⁷ Voir notamment Cass R. SUNSTEIN, *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Mass. London, Harvard University Press, 2001.

⁴¹⁸ *Lochner v. New York*, [1905] 198 U.S. 45, 76 (J. Oliver Wendell Holmes Jr.).

⁴¹⁹ J. LEVIN, préc., note 48, p. 37. Voir S. L. WINTER, préc., note 141.

⁴²⁰ Erwin N. GRISWOLD, « Foreword: Of Time and Attitudes--Professor Hart and Judge Arnold Supreme Court 1959 Term, The », (1960) 74-1 *Harv. L. Rev.* 81-94.

⁴²¹ Voir Carl E. SCHNEIDER, « Discretion and Rules: A Lawyer's View », dans Keith HAWKINS (dir.), *The Uses of discretion*, coll. Oxford socio-legal studies, Oxford : New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 1992, p. 47.

⁴²² J. LEVIN, préc., note 48, p. 87 note 39.

ou non gouverner une situation. C'est pourquoi le législateur « doit pouvoir attendre des tribunaux autre chose que des critiques : il doit pouvoir compter sur leur collaboration dans l'accomplissement du but de la loi⁴²³. »

Comme l'écrit le juge LeBel, il « appart[ient] au juge de préciser [l']effet et [la] portée [de la loi] en l'actualisant. [...] le rôle du juge [est] celui d'un intermédiaire, d'un médiateur entre le législateur et le citoyen pour constituer le sens de la loi⁴²⁴ ». Ainsi, la fonction d'interprétation de la magistrature « implique un partage effectif de la fonction législative entre les tribunaux et le législateur⁴²⁵. » Après tout, « le sens de l'acte législatif ne se précise pas définitivement au moment même de son édicition », mais au moment de son interprétation⁴²⁶.

En fait, le législateur est « relativement beaucoup plus libre que le [juge] » lorsqu'il formule la loi, mais « celui-ci est aussi un créateur du droit, et lui aussi est, dans cette fonction, relativement libre⁴²⁷. » Évidemment, cette liberté ne doit pas être exercée de façon arbitraire. L'interprète est d'abord et avant tout limité par le texte de la loi et par les conventions de la communauté juridique. Mais il ne s'agit pas des seules attentes à son égard.

Selon le professeur Levin, la raison pour laquelle la loi et le système judiciaire sont reconnus comme une autorité légitime repose non pas sur une croyance en l'infaillibilité des juges, mais sur une croyance que les juges agissent différemment lorsqu'ils agissent à ce titre⁴²⁸. Dans ce rôle, ils n'imposeraient pas simplement leurs préférences personnelles aux parties⁴²⁹. C'est pourquoi on parle d'une société de droit plutôt que d'une société gouvernée par les hommes (*rule of law, not rule of men*). Les juges sont aussi des citoyens, des parents, des membres de leur communauté locale, religieuse, politique, etc., mais on s'attend à ce que ces rôles soient laissés au vestiaire lorsqu'ils enfilent leur toge. On s'attend d'eux qu'ils raisonnent d'une façon particulière et qu'ils emploient certaines sources. On s'attend d'eux qu'ils raisonnent comme juges, et non comme de simples citoyens⁴³⁰.

Si le juge dessiné par Levin représente bien la croyance mythologique, il n'est pas certain qu'elle soit exacte dans la réalité quotidienne du judiciaire. D'autres affirment plutôt que « même si le

⁴²³ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 456.

⁴²⁴ L. LEBEL, préc., note 257 aux pages 113-114.

⁴²⁵ *Id.*

⁴²⁶ *Id.*

⁴²⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., note 86, p. 460.

⁴²⁸ J. LEVIN, préc., note 48, p. 25.

⁴²⁹ *Id.*, p. 100.

⁴³⁰ *Id.*, p. 99.

juge occupe une place à part, il demeure un membre de la cité⁴³¹ », agissant alors comme pont entre le législateur et la société.

La Cour suprême a établi dans *R. c. R.D.S.* que le juge ne joue pas le rôle d'un figurant neutre dans les procédures judiciaires⁴³². Sharpe affirme que le juge doit nécessairement puiser dans son expérience personnelle et qu'il ne devrait pas hésiter à le faire. Cependant, il devrait s'appuyer sur ces expériences judicieusement et avec circonspection. Les juges ne doivent pas se contenter d'une absence de biais évident, ils doivent être prêts à remettre en question les leçons qu'ils ont tirées de leurs propres expériences⁴³³.

Pour Sharpe, il faut donc retirer le bandeau de la justice pour laisser pénétrer la lumière de l'expérience : « les réalités de la vie doivent filtrer à travers et tempérer notre compréhension de la loi⁴³⁴. » Les juges étudient les questions légales non seulement avec les textes de loi, mais aussi avec un ensemble de valeurs, d'expériences et de suppositions qui sont complètement intégrés dans leur personnalité⁴³⁵. Cela est normal puisque les expériences de vie pré-judiciaires jouent un rôle important dans la construction des valeurs personnelles des juges⁴³⁶.

L'expérience du juge peut alors servir non seulement à interpréter le droit, mais à l'adapter afin de le maintenir pertinent pour la société qui évolue⁴³⁷. Comme l'écrit Tamanaha, le juge peut agir comme un tamis social à travers lequel passent les lois pour demeurer contemporaines à l'époque où elles sont appliquées⁴³⁸. Il serait en ce sens erroné de croire que cette fonction créatrice qui vient compléter l'œuvre du législateur est antidémocratique ou une porte ouverte à un droit gouverné par les juges.

⁴³¹ Pierre J. DALPHOND, « La conception du juge Gonthier de l'indépendance judiciaire et du rôle des juges », dans Michel MORIN et Charles Doherty GONTHIER (dir.), *Responsibility, fraternity and sustainability in law: in memory of the honourable Charles Doherty Gonthier = Responsabilité, fraternité et développement durable en droit/ general editor Michel Morin*, Markham, Ont, LexisNexis, 2012, p. 81, à la page 84.

⁴³² *R. c. R.D.S.*, préc., note 198, par. 38.

⁴³³ R. SHARPE, préc., note 34, p. 259.

⁴³⁴ *Id.*, p. 258.

⁴³⁵ Propos de la juge Rosalie Abella rapportés dans Lori HAUSEGGER, Matthew A. HENNIGAR et Troy Q. RIDDELL, *Canadian courts: law, politics, and process*, Don Mills, Ont. ; New York, Oxford University Press, 2009, p. 130.

⁴³⁶ James BRUDNEY, Sara SCHIAVONI et Deborah MERRITT, « Judicial Hostility toward Labor Unions--Applying the Social Background Model to a Celebrated Concern », (1999) 60 *Ohio St. L.J.* 1675, 1682. Voir au même effet J. BALKIN, préc., note 126.

⁴³⁷ Voir généralement B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 87 et les nombreuses références qui s'y trouvent.

⁴³⁸ *Id.*, p. 193.

D'abord, on ne saurait prétendre que toute question suscite le même niveau d'intérêt démocratique de la société et du législateur. S'il peut être évident que les contours de certains droits fondamentaux suscitent un intérêt sérieux de la population ou du législateur, on ne saurait en dire autant de nombreuses règles traitant du fin détail de preuve ou de procédure⁴³⁹. Ensuite, comme l'écrit la juge Wald, il serait absurde de croire que les juges ont de fortes convictions au sujet de chacun des centaines de dossiers qu'ils tranchent chaque année, et qu'ils n'attendent que l'occasion de les utiliser pour faire avancer leurs préférences personnelles. Au contraire, soutient-elle, la plupart des dossiers n'ont que peu ou rien à voir avec quelque idéologie⁴⁴⁰.

Ce désintérêt politique naturel est une bonne chose, compte tenu de la place que le système laisse au juge pour s'exprimer. Si les juges sont tenus par un important devoir de réserve en ce qui concerne leurs prises de parole publiques, le système judiciaire offre un plateau d'argent pour opiner au sujet des politiques juridiques et phénomènes sociaux qui viennent devant eux. Ils sont ainsi libres de laisser leur personnalité apparaître à même leurs jugements

Comparant les juges canadiens aux juges civilistes français, le juge Dalphond remarque à ce sujet que « l'organisation judiciaire d'ici tend à accentuer l'importance de la personnalité du juge ». Il appuie cette affirmation sur l'absence d'une formation unique, sur la diversité d'origine et d'expérience des juges, et sur l'absence de contraintes quant au style des motifs qu'ils peuvent rédiger⁴⁴¹. Il conclut que « le juge québécois est celui qui m'apparaît le plus capable de donner un visage humain à la justice, par opposition à un traitement institutionnel utilisant une langue de bois⁴⁴². » Ainsi, notre droit reconnaît, permet, voire encourage le juge à offrir son opinion. Non seulement lui permet-on de motiver sa décision, mais on lui permet de se prononcer sur des enjeux périphériques à la cause qui lui est soumise, ce qu'on appelle l'*obiter dictum*.

Notre système reconnaît ainsi la pertinence de l'expérience du juge et est, peut-être involontairement, conçu pour lui permettre de s'exprimer et de faire évoluer certains enjeux. Comme l'écrit Devlin, les changements apportés par les tribunaux sortent rarement d'un ciel

⁴³⁹ Voir généralement P. DEVLIN, préc., note 307, p. 1-17 et plus particulièrement aux pages 13-17, au sujet de la place du juge dans la création du droit et des contextes qui incitent les juges à changer la loi à la place du législateur.

⁴⁴⁰ P. M. WALD, « A Response to Tiller and Cross », préc., note 204, 237.

⁴⁴¹ Pierre J. DALPHOND, « Le style civiliste et le juge: le juge québécois ne serait-il pas le prototype du juge civiliste de l'avenir? », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, QC, Éditions Themis, 2003, p. 81, à la page 92.

⁴⁴² *Id.*

éclairé. Ils sont plutôt précédés par le grondement de plusieurs décisions où la Cour, sans trancher la question, aura fait connaître sa préoccupation dans des *obiter*⁴⁴³.

Le juge occupe donc une place importante dans le système juridique. Dans un premier temps, il sert à compléter l'action législative en donnant un premier sens officiel à la loi. Dans un deuxième temps, il peut faire évoluer la loi pour maintenir sa pertinence dans une société qui évolue. Enfin, on lui permet d'exprimer certaines opinions pertinentes au sujet des thèmes qui concernent la réalité judiciaire. Tout commence par l'expérience qui lui est personnelle et qui lui permet de comprendre le comportement humain, de soupeser la preuve et d'apprécier la crédibilité. La personnalité du juge intervient ainsi souvent et de façon substantielle, sans pour autant usurper le rôle du législateur. Cela est lié à la complexité de la société et de notre système de droit.

Roland Case affirme que dans tout système de droit complexe, il faut s'attendre à ce que les décideurs aient recours à leur jugement individuel pour combler les manquements de la loi. Naturellement, parce qu'ils ont recours à leur jugement individuel, il est normal qu'il y ait des différences d'opinion, notamment en matière d'interprétation⁴⁴⁴. La hiérarchisation des tribunaux judiciaires doit servir à régler ces différences d'opinion.

Il faut à cet égard distinguer l'effet de la personnalité du juge qui siège en appel ou en révision et ce même effet chez le juge de première instance. Les tribunaux d'appel risquent d'être plus influencés par la personnalité de leurs juges puisqu'ils ne s'intéressent qu'aux erreurs et aux cas difficiles⁴⁴⁵.

Plus on monte dans la hiérarchie judiciaire, plus les questions se complexifient et moins il existe de précédents dont il suffit de suivre les enseignements. En dehors des appels de plein droit, il est rare qu'une cour d'appel traite d'une question facile. Traiter des cas difficiles signifie traiter des cas où la loi ne suffit pas à guider l'interprète, et où celui-ci doit recourir à d'autres repères pour trancher la question. Faut-il donc se surprendre que les décisions de la Cour suprême soient davantage influencées par la personnalité du juge que ne le sont les décisions de première instance?⁴⁴⁶

⁴⁴³ P. DEVLIN, préc., note 307, p. 11.

⁴⁴⁴ R. CASE, préc., note 241, p. 65.

⁴⁴⁵ On parle ici de la distinction suggérée depuis Hart entre cas dits faciles et difficiles, c'est-à-dire les cas où l'application de la règle se rapproche davantage du cœur de la règle ou de sa pénombre.

⁴⁴⁶ Voir D. R. SONGER, C. L. OSTBERG, M. E. WETSTEIN et S. W. JOHNSON, préc., note 14, p. 46-47.

Les cours d'appel ont un double rôle. Premièrement, elles doivent corriger les erreurs commises par les tribunaux inférieurs lorsque ces erreurs le justifient selon un standard déterminé la loi (cour de correction). Leur deuxième fonction, et celle qui nous intéresse particulièrement ici, est de créer le droit (cour de direction)⁴⁴⁷. Elles ont notamment pour rôle de polir les incongruités provoquées par le tempérament individuel des juges d'instance⁴⁴⁸. Elles servent à régler les « différences d'opinion » évoquées par Roland Case⁴⁴⁹.

Au sommet de la hiérarchie se trouve évidemment la Cour suprême, dont le rôle en est presque exclusivement un de création de politiques juridiques. La Cour suprême a beaucoup de contrôle sur les causes qu'elle entend depuis 1975. Les critères pour déterminer celles-ci sont vagues, comme pour « l'importance publique » qui n'est définie ni dans la loi, ni dans des lignes directrices publiées par la Cour. Il est largement accepté que ce concept a volontairement été laissé flou par la Cour⁴⁵⁰ afin de lui permettre d'intervenir là où cela semble nécessaire.

Dans une entrevue, le juge Moldaver affirme que la Cour s'intéresse davantage à l'application globale de la loi (*big picture*) qu'à son application dans les cas individuels. Le juge dit qu'à ce niveau hiérarchique, la question ne concerne pas « ce que la loi est », mais « ce qu'elle devrait être » pour le Canada et ses citoyens. À son avis, seulement dix pourcents des décisions rendues par la Cour sont de l'ordre de la correction d'erreur judiciaire. Le reste sert à développer la jurisprudence⁴⁵¹.

Le rôle de la Cour suprême ne serait donc pas de corriger les erreurs légales, mais de développer les politiques juridiques, c'est-à-dire les principes et les interprétations qui guident les cours inférieures. En ce sens, les juges des cours d'appel, et particulièrement ceux de la Cour suprême, créent des politiques – quoique, de leur propre aveu, il s'agit là d'un terme qui n'est que rarement utilisé par eux⁴⁵². Dans ce contexte où les guides interprétatifs manquent toujours, il est normal que les juges aient davantage recours aux références extra juridiques. Ce qui occuperait

⁴⁴⁷ J. E. CÔTÉ, *The appellate craft = La démarche du juge d'appel: art, science ou technique?*, Ottawa, Ont, Canadian Judicial Council, 2009, p. 5.

⁴⁴⁸ K. N. LLEWELLYN, *The Common Law tradition: Deciding Appeals*, préc., note 45, p. 26.

⁴⁴⁹ Voir D. R. SONGER, C. L. OSTBERG, M. E. WETSTEIN et S. W. JOHNSON, préc., note 14, p. 46-47.

⁴⁵⁰ *Id.*, p. 73.

⁴⁵¹ Propos du juge Moldaver cité dans Sandra SHUTT, « Supreme dress rehearsal », *Canadian Lawyer Magazine* (avril 2016), en ligne : <<https://www.canadianlawyermag.com/news/general/supreme-dress-rehearsal/270111>> (consulté le 14 octobre 2019) (nous traduisons).

⁴⁵² D. R. SONGER, C. L. OSTBERG, M. E. WETSTEIN et S. W. JOHNSON, préc., note 14, p. 65 et 74.

normalement une place choyée au cœur du problème – les principes et précédents directement applicables – laisse un vide à combler.

Il n'y a rien de nouveau à ce que la loi laisse place à la personnalité du juge. Au contraire, dans la mesure où le législateur choisit d'énoncer ses règles en termes larges et indéfinis, le système a toujours laissé une certaine place à l'interprète et à l'idéologie⁴⁵³.

Dans un monde idéal – l'idéal positiviste, à tout le moins – la loi ne devrait pas laisser de place à la moralité personnelle. La Commission des Lois du Royaume-Uni écrit que la loi ne devrait pas demander aux jurys et magistrats d'établir un standard moral. Cette tâche revient au législateur⁴⁵⁴. En pratique, cependant, la loi laisse cette discrétion. Et comme le suggère la Commission, la faute peut être attribuée au législateur. Que ce soit par choix ou ineptie, il échoue à créer une norme assez précise pour être appliquée littéralement. Il faut donc se tourner vers la moralité – une forme d'idéologie.

La moralité n'est pourtant pas une source de droit. Au contraire, la véritable règle de droit n'existerait que si elle peut être déterminée par des sources juridiques sans avoir recours à des arguments moraux. Malgré cette prémisse, Raz affirme que la moralité peut servir à interpréter la loi qui ne rencontre pas ces exigences (la détermination par des sources juridiques seulement)⁴⁵⁵. Elle peut alors être utilisée pour décider des cas qui tombent dans les insuffisances (*gaps*) de la loi puisque dans ces scénarios, il n'existe pas de réponse correcte⁴⁵⁶. Il va de logique que lorsqu'une décision requiert que soit résolue une imprécision ou une inconsistance de la loi, cette décision ne peut reposer sur la simple application de la loi⁴⁵⁷.

La difficulté n'est donc pas dans la source de la loi, mais dans sa substance. La règle existe – on ne sait simplement pas ce qu'elle veut dire sans se référer à d'autres notions. Lorsque le test à

⁴⁵³ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 24.

⁴⁵⁴ THE LAW COMMISSION (BRITISH PARLIAMENT), *Consultation Paper No 155 -- Legislating the Criminal Code: Fraud and Deception*, Londres (R.-U.), 1999, p. 55 : « juries and magistrates should not be asked to set a moral standard on which criminal liability essentially depends. As a general rule, the law should say what is forbidden, and that should be informed by moral insights. A jury or magistrates should then be asked to apply the law by coming to factual conclusions, not moral ones. »

⁴⁵⁵ J. RAZ, préc., note 342, p. 47.

⁴⁵⁶ J. LEVIN, préc., note 48, p. 200-201.

⁴⁵⁷ *Id.*, p. 206.

appliquer est imprécis, le juge n'a d'autres choix que de se tourner vers son sens de justice pour découvrir l'intention du législateur⁴⁵⁸.

Or, la justice au sens large n'est pas définie par la loi. Il s'agit plutôt d'un concept moral. Le rôle du juge l'oblige cependant à la considérer. De deux interprétations possibles, il tendra naturellement vers celle qui correspond à sa conception de la justice. Lorsqu'ils agissent ainsi, les juges ne cherchent pas à prioriser leurs préférences idéologiques, mais à appliquer la loi telle qu'ils la conçoivent. L'objectif premier est d'appliquer la loi⁴⁵⁹. La distorsion idéologique n'est qu'un effet secondaire.

En somme, les juges veulent simplement développer un droit juste. Ils réfèrent nécessairement à leur moralité parce que c'est le seul sens de justice qu'ils connaissent. Comme l'écrit Dworkin, le juge utilise ses convictions morales non pas parce qu'elles sont les siennes, mais parce qu'il croit qu'elles sont les convictions que requièrent la meilleure moralité⁴⁶⁰.

Il coule de source que la façon dont quiconque conçoit la justice passe par ses référents idéologiques. Face à plusieurs choix légitimes, le juge y réfère pour choisir le principe devant déterminer le résultat. À travers son expérience et sa compréhension du monde, le juge conçoit lequel des choix légitimes semble le plus approprié, et donc celui qui serait préféré par le législateur dont on cherche à respecter la volonté. Dans cet exercice, Hart suggère que le juge recherche les valeurs morales déjà présente dans la loi⁴⁶¹.

Le problème est qu'il « existe toujours une pluralité de systèmes de valeurs et de critères pour penser la justice⁴⁶² ». C'est un truisme de dire que de multiples points de vue moraux et juridiques coexistent au sein de la société⁴⁶³. L'étude du processus de raisonnement judiciaire sert notamment à expliquer comment notre système judiciaire accommode ces différents points de

⁴⁵⁸ Allan C. Hutchinson traite des inconvénients provoqués par un tel test dans le cas de la détermination de la responsabilité pénale : Allan C. HUTCHINSON, « Sault Ste. Marie, Mens Rea and the Halfway House: Public Welfare Offences Get a Home of their Own », (1979) 17-2 *Osgoode Hall L. J.* 415-444, 442.

⁴⁵⁹ B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 118-119.

⁴⁶⁰ Ronald DWORKIN, *Law's empire*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1995, p. 248-250.

⁴⁶¹ H. L. A. HART, *Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory*, Oxford [Oxfordshire] : New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 1982, p. 161.

⁴⁶² Jeanne SIMARD et Marc-André MORENCY, « Interprétation des lois et création des normes : perspectives ouvertes dans l'étude multidisciplinaire du phénomène juridique », dans Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat: mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2011, p. 233, à la page 254.

⁴⁶³ J. LEVIN, préc., note 48, p. 188-189.

vue⁴⁶⁴. L'application individualisée d'une loi flexible fait certainement partie de la façon de faire du système canadien. Cette latitude n'est pas sans limite – les tribunaux de hiérarchie supérieure sont là pour veiller à ce qu'elle s'exerce à l'intérieur de limites acceptables pour la société canadienne.

Certains juges affirment sans détour qu'il existe des différences idéologiques entre les juges d'une même cour, notamment quant à la définition de la justice. Ils interprètent le droit à travers des lunettes différentes⁴⁶⁵. Un des juges de la Cour suprême affirme en entrevue que chaque juge a ses propres idées préconçues sur ce qu'est la justice, une notion que chaque juriste développe au fil des ans en pratiquant le droit. Ce même juge affirme qu'il serait naïf de croire pouvoir changer en quelques mots le point de vue qu'un juge a développé tout au long de sa carrière. Il maintient cependant que tous les juges croient que leurs points de vue individuels doivent être fondées, et donc pouvoir se justifier, par la loi.⁴⁶⁶

Ce qui nous ramène à l'indétermination du droit. Le problème n'est pas que le droit manque de substance, mais qu'il en contient trop. Chaque fois qu'une cause nécessite son application, il faut en déterminer le sens avant de le mettre en œuvre. Cette opération en apparence juridique implique cependant une compétition entre des notions morales et politiques. Il devient alors impossible de résoudre une question juridique sans d'abord répondre à une question sous-jacente de nature morale ou politique⁴⁶⁷. À titre d'exemple, si un juge est appelé à déterminer si une peine infligée constitue « un traitement ou une peine cruel et inusité », il devra définir ce concept à partir de principes moraux. À partir de cette prémisse, Burton affirme qu'il ne faut qu'un peu de cynisme pour croire que notre système de droit dépend d'abord et avant tout de l'idéologie (morale, juridique ou politique) du juge appelé à trancher une question⁴⁶⁸. Il devient difficile de comprendre où se trace la limite entre l'analyse juridique et l'analyse morale.

Encore une fois se soulève la question de la légitimité de l'intervention des particularités du juge dans la détermination du droit. Si, comme Balkin l'affirme, il n'est pas possible de séparer l'idéologie de la compréhension du droit, la question ne se pose pas vraiment. Les croyances, par exemple politiques ou morales, nous aident à définir les concepts qui forment le droit⁴⁶⁹. Sans

⁴⁶⁴ *Id.*, p. 102.

⁴⁶⁵ D. R. SONGER, C. L. OSTBERG, M. E. WETSTEIN et S. W. JOHNSON, préc., note 14, p. 65.

⁴⁶⁶ *Id.*, p. 82.

⁴⁶⁷ S. J. BURTON, préc., note 72, p. 48.

⁴⁶⁸ *Id.*, p. 13.

⁴⁶⁹ J. BALKIN, préc., note 126, 137.

elles, on ne pourrait pas déterminer les frontières de la bonne foi ou de la raisonnable. Elles font partie des prémisses nécessaires à la compréhension des conclusions. Ainsi, l'idéologie politique ne déforme pas la compréhension du droit – elle participe activement à son interprétation⁴⁷⁰. À compter du moment où l'idéologie ne peut être exclue de la compréhension, sa présence est *de facto* légitimée par sa nécessité.

Il existe donc plusieurs raisons pour lesquelles le droit est indéterminé, et autant de façons pour des facteurs extra-juridiques d'être considérés dans sa détermination ultime. Le texte de loi renferme un potentiel devant servir à l'interpréter, mais la lecture qui en est faite n'est pas neutre. Elle dépend en partie de sa perception par le lecteur, tant quant à la règle que quant aux principes et politiques qui la sous-tendent. Les règles n'auraient ainsi que le sens que leur donne l'interprète. Malgré toute cette incertitude, le droit demeure stable et la primauté du droit continue de prévaloir. Les conséquences de tout ce qui précède ne sont pas aussi dramatiques qu'on pourrait le croire. Bien au contraire, elles sont très limitées.

Les conséquences limitées de l'indétermination de la loi

Nous avons vu que le sens des lois sont indéterminées. Les experts canadiens de l'interprétation le reconnaissent, tout comme la Cour suprême du Canada, liant par le fait même tous les tribunaux canadiens. Il n'existe plus de débat au sein des principales institutions à ce sujet : les textes de loi ont une texture ouverte qui, dans la vaste majorité des cas, permet plus d'une interprétation. Pour choisir laquelle des interprétations possibles prévaut, les juges réfèrent à leur personnalité, et plus particulièrement à ses fondements moraux et idéologiques. Mais qu'est-ce que ça change?

Alors qu'il était auparavant possible d'affirmer qu'un texte n'avait pas besoin d'être interprété, il faut aujourd'hui reconnaître que la détermination d'une règle de droit résulte toujours d'un exercice interprétatif. Ce dernier peut être minime lorsque tout dans l'application du test converge vers une même définition de la règle. On ne peut cependant nier qu'il a lieu. Le professeur Côté écrit :

« Souvent, effectivement, l'examen des autres facteurs pertinents n'indiquera pas de raison valable d'écarter l'hypothèse de départ suggérée par le sens manifeste du texte. Dans ce cas, le sens du texte et le sens de la règle de droit se confondent

⁴⁷⁰ *Id.*

effectivement, mais ce constat est le fruit d'une démarche qu'on ne peut pas ne pas considérer comme une démarche d'interprétation⁴⁷¹. »

Certains suggèrent pourtant qu'un texte de loi peut ne pas nécessiter d'interprétation. À notre avis, cette notion est une simplification erronée. L'idée que le texte n'a pas à être interprété implique deux idées fautives : la première est qu'il existe une différence entre la compréhension du texte et son interprétation; la seconde est qu'un texte peut être compris comme étant clair et ne pas nécessiter d'interprétation.

Il n'existe pas de distinction entre comprendre un texte et l'interpréter. L'exercice est essentiellement le même. Il consiste à reconstruire l'idée communiquée par le législateur, ce qu'il est impossible de faire sans tenir compte du contexte. La distinction, s'il en est une, se rapporte au fait que le lecteur a ou non conscience de ce qu'il fait lorsqu'il lit un texte. Certains reconnaissent qu'ils tiennent compte de ce qui entoure le texte pour lui donner un sens, tandis que d'autres en sont inconscients, bien qu'ils le fassent.

Ainsi, on ne peut pas distinguer compréhension et interprétation. L'un va avec l'autre, à défaut de quoi on donne un sens inexact à la règle. Cette proposition vaut aussi pour les cas d'application en apparence évident – l'automobile est une voiture dans le parc – puisque sans une analyse au moins parcellaire du contexte, on ne peut être certain que le sens voulu de la règle corresponde à son sens de compréhension⁴⁷².

Avant de poursuivre dans l'analyse du raisonnement judiciaire, prenons un instant pour prendre la juste mesure du phénomène dont nous venons de traiter. L'idée que les traits personnels d'un juge puissent influencer la détermination du droit a de quoi ébranler la confiance que les citoyens portent à l'ordre établi. Heureusement, la taille de la fenêtre à l'intérieur de laquelle cette influence s'exerce a de quoi rassurer. Cette limite se décline en deux items : les situations où le juge doit en appeler à ses préférences sont peu nombreuses, et la discrétion dont jouit le juge est très restreinte.

Lorsqu'elle existe, la discrétion judiciaire est elle-même limitée. Pierre-André Côté parle de l'interprétation comme un exercice de création soumise à des contraintes, de telle sorte que le sens donné aux termes ne peut être arbitraire⁴⁷³. Les contraintes sont de deux ordres. Il y a les

⁴⁷¹ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 291 (références omises).

⁴⁷² Voir à ce sujet L. L. FULLER, préc., note 233.

⁴⁷³ Voir notamment P.-A. CÔTÉ, préc., note 265; P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 21; D. SIMON, préc., note 265, p. 143.

contraintes liées à l'interprétation contextuelle (p. ex. les mots employés), et celles liées aux phénomènes sociaux vus à travers cet ouvrage (p. ex. le désir de plaire à la communauté juridique alors que cette dernière exige le respect de conventions interprétatives).

Commençons par l'évidence : l'exercice de la discrétion doit se faire de façon judiciaire. Les juges sont tenus par un ensemble de règles strictes. Ils ont notamment l'obligation de faire respecter l'ensemble de la loi. Cette obligation est nécessaire au maintien d'un système de droit cohérent. Le juge ne peut pas choisir de n'appliquer que les dispositions de la loi qui lui plaisent⁴⁷⁴. Dans le même ordre d'idée, Burton affirme que les juges ne peuvent pas agir en fonction de raisons qui seraient exclues ou imprévues par la loi. Le juge ne peut se référer qu'à des considérations légales lorsqu'il utilise la discrétion que procure la loi⁴⁷⁵. Ce sentiment fait écho aux propos de Cardozo, pour qui le juge doit puiser son inspiration des principes consacrés par la loi⁴⁷⁶. Kent Roach ajoute que la place créative du juge est limitée tant par le devoir que le désir des juges de rendre de bonnes décisions et d'interpréter le droit en toute bonne foi⁴⁷⁷.

Les limites à la discrétion du juge sont une constante à travers la doctrine à ce sujet. Les différents auteurs emploient de nombreuses métaphores pour imaginer les contraintes qui lient le tribunal. Côté compare cette discrétion à celle d'un musicien appelé à interpréter une pièce⁴⁷⁸. Frank emploie un exemple similaire⁴⁷⁹. Hart employait l'analogie des échecs⁴⁸⁰ en raison des règles strictes à l'intérieure desquelles la discrétion doit s'exercer. D'autres le comparent à l'art de peindre : en utilisant des outils, des matériaux et des techniques similaires, les juges peignent un portrait semblable d'une même situation, mais le résultat n'est pas identique, et il serait faux d'affirmer qu'un seul de ces résultats est *le bon*. Lord Denning de la Cour d'appel anglaise écrit que le juge ne peut pas changer le tissu dans lequel la loi est faite, bien qu'il puisse en repasser les faux plis⁴⁸¹. Dan Simon remarque que l'art de juger est aussi comparé à la création artistique, à l'artisanerie, la cuisine, le tissage ou la charpenterie⁴⁸².

⁴⁷⁴ S. J. BURTON, préc., note 72, p. 35.

⁴⁷⁵ *Id.*, p. 37 et 49.

⁴⁷⁶ B. N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, préc., note 132, p. 141.

⁴⁷⁷ K. ROACH, préc., note 3, ch. 7.

⁴⁷⁸ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 26-27.

⁴⁷⁹ Jerome FRANK, « Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation », (1947) 47-8 *Colum. L. Rev.* 1259-1278.

⁴⁸⁰ H. L. A. HART, *The concept of law*, préc., note 272, p. 143.

⁴⁸¹ *Seaford Court Estates Ltd. c. Asher*, [1949] 2 K.B. 481, 499 expression traduite par P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 456.

⁴⁸² D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 5.

La loi est en fait la plus grande limite à la discrétion judiciaire. Côté écrit que « la formule [...] agit comme un frein à la discrétion judiciaire: elle restreint la gamme des sens qu'il est possible de donner à une disposition⁴⁸³. » Le texte – c'est-à-dire le contexte textuel – est le « véhicule privilégié de la pensée du législateur » pour communiquer sa norme⁴⁸⁴. Le juge doit y accorder la considération qui se doit. Et comme on l'a vu, il souhaite opérer à l'intérieur du cadre jugé légitime par la communauté juridique.

La discrétion sert ainsi à choisir le sens le plus susceptible d'attirer le respect des membres de la communauté, et surtout celui de la communauté juridique⁴⁸⁵. La discrétion n'est alors qu'un complément à la loi. Il est rare que les juges aillent au-delà de la compétence qui leur est accordée en exerçant cette discrétion. La discrétion judiciaire fonctionne. On en a pour preuve que les juges parviennent presque toujours à rendre une décision conforme à la loi sans que cette dernière ne leur ait dicté la réponse exacte⁴⁸⁶.

Cela est d'autant plus vrai que la fonction créatrice de droit n'occupe qu'une infime partie de la charge du juge. Le reste est plutôt occupé à accomplir ce que Patrick Devlin appelle la fonction minimale, soit « l'application désintéressée du droit connu⁴⁸⁷ ». La principale fonction de la branche judiciaire est de « dissiper un sens d'injustice » de la communauté, et plus particulièrement des parties, en lui offrant une méthode civilisée de résolution des différends⁴⁸⁸. L'essence de la fonction judiciaire consiste, en somme, à l'application routinière du droit.

Soulignons par ailleurs que l'interprétation du droit n'est généralement pas aussi contestée qu'on pourrait le croire. Si certaines décisions importantes font les manchettes, c'est bien en raison de leur caractère extraordinaire. Même à la Cour suprême, où ne se rendent pourtant que les cas difficiles, la majorité des décisions se décident à l'unanimité. Selon les chiffres de 2012, malgré la possibilité de divergences dans l'interprétation du droit, 80% des décisions rendues par la Cour suprême lorsqu'elle siège à cinq juges sont rendues à l'unanimité⁴⁸⁹. Au total, plus de 76% des

⁴⁸³ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 456-457.

⁴⁸⁴ *Id.*, p. 456.

⁴⁸⁵ Voir notamment S. J. BURTON, préc., note 72, p. 46: « it is a matter of judgement that may earn respect from members of the legal community and others »; L. BAUM, préc., note 14.

⁴⁸⁶ Voir S. J. BURTON, préc., note 72, p. 50.

⁴⁸⁷ P. DEVLIN, préc., note 307, p. 3. L'expression est empruntée au professeur Jaffe de l'école de droit de Harvard. Devlin était un juriste britannique connu notamment pour avoir siégé à la House of Lords, la plus haute cour britannique de l'époque.

⁴⁸⁸ *Id.*

⁴⁸⁹ D. R. SONGER, C. L. OSTBERG, M. E. WETSTEIN et S. W. JOHNSON, préc., note 14, p. 82.

décisions relatives à l'interprétation de la Charte – pourtant la loi la plus susceptible d'interprétations divergentes en raison de sa nature et de son objet – ont été unanimes⁴⁹⁰.

Parce que l'interprétation divise si peu les plus hautes instances, l'indétermination de la loi n'est pas incompatible avec un droit hautement prévisible. De la quantité incommensurable d'événements qui se produisent chaque jour à travers le pays, seule une quantité infinitésimale se retrouve devant les tribunaux afin que le droit y soit déterminé. Il ne faut pour s'en convaincre qu'imaginer les inconvénients qu'entraînerait un questionnement systématique de la règle de droit chaque fois qu'une personne achète un bien, conduit une voiture ou traverse la rue. De ce minuscule ensemble de cas qui nécessite d'être tranchés, plusieurs questions peuvent elles-mêmes demeurer résolues pour une période assez longue pour être considérées stables. Les questions suffisamment pertinentes pour remettre en cause une règle établie sont, somme toute, rares⁴⁹¹.

Le corolaire de ce constat est que les situations où les juges participent à la création du droit – et où leur personnalité affecte cette création – sont insignifiantes par rapport à celles où le droit est suffisamment déterminé dès son adoption. Même dans les situations litigieuses, il n'est pas dit que l'impact de la personnalité sera important. Son influence est sévèrement restreinte et son effet ne se fera ressentir que dans les rares cas où les autres éléments de l'analyse sont insuffisants.

Tamanaha déplore à ce sujet que plusieurs des recherches qui portent sur l'idéologie dans l'adjudication omettent de s'intéresser à la place qu'elle y occupe vraiment. À son avis, trop de ces recherches insistent que l'idéologie influence la décision, mais taisent le fait que cette influence est minime⁴⁹². Les conclusions de Sisk et Heise, deux professeurs de science politique, appuient cette nuance. Ils affirment que l'idéologie ne semble impliquée que dans un contexte très particulier. Même dans les rares cas où elle joue un rôle, elle n'expliquerait qu'une partie des

⁴⁹⁰ *Id.*, p. 93. Notons que les chiffres fluctuent de façon importante selon les années. Alors qu'entre 2010 et 2015, environ 70 à 75% des décisions étaient rendues à l'unanimité, ce pourcentage va en diminuant au cours des dernières années, atteignant 61% (2016), 54% (2017) et 48% (2018) : Cour suprême du CANADA, « Cour suprême du Canada - Résumé statistique 2008 à 2018 », en ligne : <<https://scc-csc.ca/case-dossier/stat/sum-som-2018-fra.aspx>> (consulté le 12 décembre 2019).

⁴⁹¹ S. J. BURTON, préc., note 72, p. 11.

⁴⁹² B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 143-152.

décisions rendues⁴⁹³. Bien que les préférences politiques et idéologiques des juges occupent une place dans la prise de décision judiciaire, la place ainsi occupée semble en réalité minuscule⁴⁹⁴.

En raison du très petit nombre de décisions affectées par l'idéologie et de l'influence relative que cette idéologie exerce dans la décision, la primauté du droit n'est pas mise en danger. Comme le fait remarquer le professeur Tamanaha, ce n'est pas parce que le verre n'est pas plein qu'il est à moitié vide. Un verre peut être plein sans être sur le point de déborder⁴⁹⁵. Il en va de même pour la primauté du droit. L'espace dans lequel celle-ci est plus fragile est tout à fait acceptable.

Rechercher la perfection est illusoire et relève davantage de la névrose. En termes absolus et relatifs, l'influence exercée par l'idéologie à l'intérieur du modèle exploré est minuscule et constitue la marge de manœuvre raisonnable qui peut exister dans tout système.

Même si le texte de loi est susceptible de plusieurs sens, la norme retenue répond aux exigences de la primauté du droit pour autant qu'elle fasse partie des sens permis par l'interprétation de la loi. La primauté du droit n'exige pas une décision parfaite – une décision réfléchie est le mieux qu'on puisse espérer⁴⁹⁶.

⁴⁹³ Voir aussi Gregory C. SISK et Michael HEISE, « Judges and Ideology: Public and Academic Debates about Statistical Measures », (2004) 99-2 *Nw. U. L. Rev.* 743-804, 793-794.

⁴⁹⁴ B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 146 au sujet des conclusions de Virginia A. HETTINGER, Stefanie A. LINDQUIST et Wendy L. MARTINEK, *Judging on a collegial court: influences on federal appellate decision making*, coll. Constitutionalism and democracy, Charlottesville, University of Virginia Press, 2006, p. 65-66.

⁴⁹⁵ B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 150-151.

⁴⁹⁶ Alvin B. RUBIN, « Views from the Lower Court », (1975) 23-3 *UCLA L. Rev.* 448-464, 453-454.

Interstice

Dans la première partie, nous nous sommes intéressés à pourquoi la personnalité peut influencer la détermination du droit. Nous y avons défini la personnalité comme un concept englobant tous les traits idiosyncratiques, y compris les susceptibilités, qui jouent un rôle dans la compréhension du monde et la prise de décision. Nous avons constaté que les juristes disent depuis longtemps que le droit n'est pas la créature parfaitement autonome louée par la mythologie juridique. Au contraire, les juges jouent un rôle relatif dans l'interprétation des lois parce que celles-ci sont imparfaites.

Nous avons ensuite étudié l'indétermination de la loi, cette caractéristique qui impose qu'elle soit interprétée. Plus précisément, nous avons vu que la loi est écrite avec une texture ouverte afin de gouverner les nombreux scénarios susceptibles de survenir dans une société moderne. Nous avons porté notre attention sur le partage de la fonction législative entre les pouvoirs législatifs et judiciaires. Nous avons vu que des raisons pratiques rendent ce partage nécessaire et que les tribunaux jouent un rôle complémentaire dans la détermination de la norme. Enfin, nous avons vu que les valeurs de la communauté juridique, y compris le respect de l'intention du législateur, imposent une importante contrainte psychologique sur le juge appelé à interpréter une loi, laissant à la personnalité du juge une place mineure dans la définition de la norme.

En somme, nous avons vu que l'indétermination des lois oblige les tribunaux à définir les lois pour les appliquer, ce qui implique parfois qu'ils se réfèrent à leurs préférences idéologiques lorsque les guides interprétatifs ne suffisent pas. Tournons-nous maintenant vers l'effet de la personnalité dans la prise de décision individualisée. Si celle-ci peut à l'occasion jouer un rôle dans l'interprétation, il importe de comprendre comment cela se produit en pratique.

Pour ce faire, nous braquerons les projecteurs vers les enseignements d'autres sciences. Les réalistes ont peut-être, sans le savoir, invité la communauté juridique à s'y intéresser. L'œuvre de Frank réfère notamment à la psychanalyse alors promue par Freud, l'auteur suggérant qu'il serait utile que la magistrature s'y adonne pour comprendre ses biais. Les autres sciences n'ont cependant pas eu besoin de l'approbation des juristes pour s'intéresser au droit⁴⁹⁷. Les sciences

⁴⁹⁷ Voir notamment Lee EPSTEIN, « Some Thoughts on the Study of Judicial Behavior », (2016) 57-6 *Wm & Mary L. Rev.* 2017; Donald C. LANGEVOORT, « Behavioral Theories of Judgment and Decision Making in Legal Scholarship: A Literature Review Symposium: The Legal Implications of Psychology: Human Behavior, Behavioral Economics, and the Law », (1998) 51-6 *Vand. L. Rev.* 1499-1540.

politiques⁴⁹⁸ ont publié une quantité intimidante de matériel, ne serait-ce qu'au sujet de l'influence de la politique⁴⁹⁹. Ces études extra-juridiques ont révélé des phénomènes qui, appliqués au processus judiciaire, remettent en perspective les théories des réalistes et en accroissent la crédibilité. Comme l'écrit le professeur Côté, le déclin de la mythologie juridique « peut s'expliquer [en partie] par l'avancement des connaissances concernant les mécanismes de la communication humaine, et la lumière que ces découvertes jettent sur les limites du langage ainsi que sur l'importance du contexte de la loi par opposition à son seul texte⁵⁰⁰. »

Dans la seconde Partie, nous nous intéresserons à cette lumière jetée sur le droit par diverses sciences. Nous y parlerons d'herméneutique – l'art de l'interprétation, le processus de découverte et de compréhension des textes.

Nous étudierons ensuite le modèle de la cohérence développé par le psychologue Dan Simon⁵⁰¹ au sujet de la prise de décision judiciaire. Ce modèle, central à nos conclusions, suggère que l'esprit cherche à agencer les arguments et les faits pour en venir à une conclusion qui soit cohérente avec la vision du monde du juge.

Nous verrons enfin le modèle des modes de pensée, de l'heuristique et des biais cognitifs. Les modes de pensée expliquent les modes de fonctionnement du cerveau. L'heuristique⁵⁰² traite quant à elle des raccourcis cognitifs utilisés pour en venir à un jugement rapide. Enfin, les biais cognitifs sont les types de raccourcis utilisés dans le cadre du raisonnement.

⁴⁹⁸ Plusieurs auteurs suggèrent l'ouvrage de Pritchett comme le point de départ de l'intérêt des sciences politiques : Charles Herman PRITCHETT, *The Roosevelt Court: a study in judicial politics and values, 1937-1947*, New York, The Macmillan co., 1948.

⁴⁹⁹ Les auteurs et points d'étude sont si nombreux qu'il serait arbitraire d'en citer un échantillon. Parmi les plus connus se trouvent notamment Jeffrey Allan SEGAL et Harold J. SPAETH, *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*, Cambridge, UK ; New York, Cambridge University Press, 2002 et, au Canada, D. R. SONGER, C. L. OSTBERG, M. E. WETSTEIN et S. W. JOHNSON, préc., note 14. Le monde juridique a formulé des critiques en apparence légitimes au sujet de ces recherches : B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 111 et s.

⁵⁰⁰ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 349.

⁵⁰¹ Professeur de droit et de psychologie à la Gould School of Law (University of Southern California).

⁵⁰² « Ce qui sert à la découverte » (du grec ancien *eurisko* : « je trouve »).

Partie II – La personnalité dans la psychologie de la prise de décision

Chapitre 1 – La subjectivité de l'interprétation

L'incontournable subjectivité de la compréhension

Le juge n'a pas à être *neutre* – son devoir est d'être *impartial*. Il doit être ouvert d'esprit aux arguments des parties. Ainsi, lorsque le juge entend une nouvelle affaire, il ne doit pas être considéré comme une page blanche, vide de connaissance et d'expérience. Au contraire, il est « inévitable et légitime que l'expérience personnelle de chaque juge soit mise à profit et se reflète dans ses jugements⁵⁰³ ». Cette expérience pertinente, quoi qu'on en dise, ne se limite pas à l'expérience juridique ou judiciaire.

Dans *S. (R.D.)*⁵⁰⁴, la Cour suprême du Canada endosse à cet effet les *Propos sur la conduite des juges (1991)* du Conseil canadien de la magistrature, à savoir que « [t]out être humain est le produit de son expérience sociale, de son éducation et de ses contacts avec ceux et celles qui partagent le monde avec nous⁵⁰⁵ ». Pour être véritablement impartial, le juge devrait donc faire preuve d'un niveau d'introspection étranger au commun des mortels. Ce n'est pas ce qui est attendu de lui en pratique :

« La sagesse que l'on exige d'un juge lui impose d'admettre, de permettre consciemment, et peut-être de remettre en question, l'ensemble des attitudes et des sympathies que ses concitoyens sont libres d'emporter à la tombe sans en avoir vérifié le bien-fondé.

La véritable impartialité n'exige pas que le juge n'ait ni sympathie ni opinion. Elle exige que le juge soit libre d'accueillir et d'utiliser différents points de vue en gardant un esprit ouvert⁵⁰⁶. »

Ainsi, le juge doit faire des efforts, mais il n'a pas à mettre de côté « sa propre conception du monde dans lequel ont lieu les faits litigieux⁵⁰⁷ ». Il doit plutôt « s'appuyer sur ses acquis antérieurs pour exercer ses fonctions juridictionnelles⁵⁰⁸. » La Cour suprême nuance cependant : « quand il

⁵⁰³ *R. c. R.D.S.*, préc., note 198, par. 29.

⁵⁰⁴ *R. c. R.D.S.*, préc., note 198.

⁵⁰⁵ CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Propos sur la conduite des juges*, traduit par Emmanuel DIDIER, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 1991, p. 15 cité dans *R. c. R.D.S.*, préc., note 198, par. 35.

⁵⁰⁶ CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, préc., note 505, p. 15. cité dans *R. c. R.D.S.*, préc., note 198, par. 35.

⁵⁰⁷ *R. c. R.D.S.*, préc., note 198, par. 39.

⁵⁰⁸ *Id.*

s'agit de savoir quelle règle de droit il faut appliquer aux conclusions de faits, ce sont les principes juridiques qui s'imposent et non les croyances personnelles du juge qui peuvent aller à l'encontre de ces principes⁵⁰⁹. »

Ce dernier énoncé simplifie trop une réalité complexe. Il n'existe pas une distinction tranchée entre les faits et le droit. Les principes juridiques guident certainement les juges, mais on ne peut nier deux effets de l'expérience personnelle sur la détermination du droit applicable. Premièrement, la compréhension des « principes juridiques qui s'imposent » sera modulée par l'expérience personnelle. Deuxièmement, il existe un lien inextricable entre la sélection des faits et les règles de droit applicables. Avec la déférence pour la détermination des faits vient aussi la déférence pour la détermination du droit applicable.

Commençons par l'apport personnel dans la compréhension du droit. C'est une idée vieille comme le monde : une personne – y compris un juge – ne peut percevoir le monde qu'à travers ses propres sens; il ne peut le concevoir qu'avec sa propre pensée. Déjà en 1670, un juge en chef anglais écrit qu'un homme ne peut pas voir par les yeux d'un autre, ni entendre par d'autres oreilles, pas plus qu'il ne peut trancher une question qui lui est posée en utilisant une compréhension qui ne soit pas la sienne⁵¹⁰. Il n'a que ses sens et sa raison⁵¹¹. C'est ce dont parle Gadamer⁵¹² au sujet d'une situation dont on ne peut s'échapper : on ne peut jamais transcender⁵¹³ notre situation historique et les traditions qui l'accompagnent⁵¹⁴.

Cette subjectivité de la compréhension du monde est illustrée par Anatole France :

« La vérité est qu'on ne sort jamais de soi-même. [...] Nous sommes enfermés dans notre personne comme dans une prison perpétuelle. Ce que nous avons de mieux à faire, il semble, c'est de reconnaître de bonne grâce cette affreuse condition et

⁵⁰⁹ *Id.*, par. 40.

⁵¹⁰ Chief Justice John Vaughan, *Bushell's Case*, (1670) 6 How. St. Tr. 999, 1012: « A man cannot see by another's eye, nor hear by another's ear, nor can a man conclude or infer the thing to be resolved by another's understanding or reasoning. »

⁵¹¹ Cela n'est pas sans rappeler la première certitude de Descartes : « Cogito, ergo sum » (Je pense, donc je suis) : René DESCARTES, *Discours de la méthode*, France, 1637.

⁵¹² Philosophe allemand connu pour ses travaux en herméneutique et son œuvre *Wahrheit und Methode (Truth and Methods)* paru en 1960.

⁵¹³ Aller au-delà de, dépasser, s'élever au-dessus de.

⁵¹⁴ W. N. Jr. ESKRIDGE, préc., note 7, 614 et 621. Martin Heidegger parlait de l'existence contextuelle : l'individu est « jeté » dans un monde culturel et sa compréhension du monde est conditionnée par les traditions de ce monde : *Id.*, 621.

d'avouer que nous parlons de nous-mêmes chaque fois que nous n'avons pas la force de nous taire⁵¹⁵. »

La subjectivité est au cœur de l'interprétation des textes de loi parce qu'elle est au cœur de l'interprétation des textes tout court; au cœur tout acte de compréhension. À cette subjectivité, on opposera souvent le sens prédéterminé des mots – l'idée selon laquelle les mots ont un sens prédéfini dont le lecteur ne peut s'éloigner. Un interprète pourrait-il dire qu'un chat est un chien? Non, mais les choses sont rarement si simples lorsqu'on recherche le sens juste d'une norme appelée à diriger la société.

L'herméneutique – la théorie de l'interprétation des textes – enseigne plutôt que la compréhension qu'un lecteur a d'un texte dépend des attentes qui l'accompagne dans sa lecture⁵¹⁶. Ces attentes dépendent notamment d'un large éventail de connaissances, croyances, valeurs et expériences qui sont emmagasinées dans le cerveau du lecteur. En ce sens, les références linguistiques qui se trouvent dans la tête du lecteur sont le plus important contexte qui soit. Ils auront une influence très forte sur le « sens ordinaire » que le lecteur attribuera aux mots⁵¹⁷.

C'est que la loi statutaire est d'abord et avant tout un texte, et un texte n'est rien de plus qu'une série de symboles. C'est grâce à des codes créés et transmis par les humains – l'alphabet et la langue – que certains peuvent déchiffrer le sens caché dans ces symboles. Ceux qui ne les maîtrisent pas n'y voient que du charabia. C'est pourquoi on ne comprend pas dès la naissance les textes en mandarin ou en japonais, les hiéroglyphes, ou même des langues écrites dans l'alphabet grec que nous utilisons tous les jours. Cette réalité touche aussi les lois statutaires : elles n'ont pas de sens avant qu'on ne les interprète pour les comprendre, c'est-à-dire avant qu'on ne les décode⁵¹⁸.

⁵¹⁵ Anatole FRANCE, *La vie littéraire -- Première série*, Paris, Calmann-Lévy, 1899, p. iv.

⁵¹⁶ Voir D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 56 et 74. réf. à Marvin MINSKY, « A Framework for Representing Knowledge », dans Patrick Henry WINSTON et Berthold HORN (dir.), *The psychology of computer vision*, coll. McGraw-Hill computer science series, New York, McGraw-Hill, 1975, p. 211. Pour un survol des facteurs qui influencent la compréhension d'un texte, voir David PEARSON et Gina CERVETTI, « The Psychology and Pedagogy of Reading Processes », dans Irving B WEINER (dir.), *Handbook of psychology*, Hoboken, NJ, Wiley, 2013, p. 258; Kirsten R. BUTCHER et Walter KINTSCH, « Text Comprehension and Discourse Processing », dans Irving B WEINER (dir.), *Handbook of psychology*, Hoboken, NJ, Wiley, 2013, p. 578.

⁵¹⁷ R. SULLIVAN, *Statutory interpretation*, préc., note 344, p. 8. Voir généralement le structuralisme inspiré des travaux de Ferdinand de Saussure au sujet de la sémiotique, et les nombreux philosophes qui ont développé à ce sujet, dont Roland Barthes, Claude Lévi-Strauss, Michel Foucault et Jacques Derrida.

⁵¹⁸ C. R. SUNSTEIN, préc., note 377, 411.

Un texte n'a donc aucun sens à l'extérieur de celui que lui attribue son lecteur. C'est pourquoi la compréhension du texte est *ontologique* – elle se rapporte à l'existence du lecteur, à sa définition de soi et à sa compréhension du monde. L'interprétation est entrelacée avec notre existence et notre perception de cette existence, le tout dans une relation bidirectionnelle où notre personne affecte notre compréhension du monde, et où le monde affecte notre vision de notre personne⁵¹⁹. Selon la vision philosophique de l'herméneutique, comprendre est être, et être est comprendre⁵²⁰.

En conséquence, pour comprendre le phénomène de communication qui s'opère, il faut s'intéresser non seulement au texte, mais aussi à celui qui le lit⁵²¹. Il ne faut pas voir le sens d'un texte comme une propriété qui s'y trouve, mais comme une compréhension qu'y apporte celui qui l'étudie. Comme l'écrit le professeur Côté, « la clarté n'est pas un attribut du texte ou de la norme, mais bien l'impression que le texte ou la norme produit dans l'esprit d'une personne⁵²². » C'est pourquoi on ne peut « négliger l'élément personnel et subjectif de l'activité interprétative » puisque « le sens d'un texte est construit par celui qui procède à son interprétation⁵²³ ».

Sullivan écrit au même effet que l'interprète émet une opinion fondée sur son intuition linguistique lorsqu'il affirme que le sens d'une disposition est clair⁵²⁴. Ainsi, le texte ne renferme pas de sens objectif – il invite plutôt le lecteur à inférer un sens à partir des mots choisis, de l'arrangement de ces mots, des circonstances de leur énonciation, et d'autres aspects du contexte de la loi⁵²⁵.

C'est aussi pourquoi Hart écrit que le droit n'a pour sens que la perspective du « point de vue interne » de son interprète⁵²⁶. En vérité, l'entièreté du phénomène interprétatif se trouve au cœur de ce point de vue⁵²⁷. Luc B. Tremblay écrit ainsi que « le sens n'est pas dans les choses que l'on

⁵¹⁹ W. N. Jr. ESKRIDGE, préc., note 6, 614 résumant l'une des propositions principales de *Truth and Methods* de Gadamer. Voir aussi les pages 618 et 619 pour la relation de va-et-vient qu'implique l'interprétation.

⁵²⁰ Voir Hans-Georg GADAMER, *Philosophical hermeneutics*, traduit par David E. LINGE, Berkeley, University of California Press, 1976, p. 49; W. N. Jr. ESKRIDGE, préc., note 7, 617. Pour l'herméneutique, voir aussi F. LIEBER, préc., note 29.

⁵²¹ Ronald Dworkin affirme la figure centrale de la détermination du droit est l'interprète, et non le législateur : Jules L. COLEMAN et Brian LEITER, « Legal Positivism », dans WILEY ONLINE LIBRARY et Dennis M PATTERSON (dir.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, Chichester, Sussex, Wiley-Blackwell, 2010, p. 228, à la page 229 réf. à R. DWORKIN, préc., note 460.

⁵²² Pierre-André CÔTÉ, « Discernement et fidélité dans l'application du nouveau droit civil », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 67, à la page 76.

⁵²³ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 23.

⁵²⁴ R. SULLIVAN, « The Plain Meaning Rule and Other Ways to Cheat at Statutory Interpretation », préc., note 302, à la page 172.

⁵²⁵ *Id.*

⁵²⁶ H. L. A. HART, *The concept of law*, préc., note 272, p. 86. Tout comme Hart, Jack Balkin affirme que le droit ne se comprend qu'à travers la subjectivité du lecteur : J. BALKIN, préc., note 126.

⁵²⁷ Voir Joseph RAZ, « The Relevance of Coherence », (1992) 72 *B. U. L. Rev.* 273, 292.

interprète, mais dans l'interprète lui-même⁵²⁸. » La compréhension du droit, n'est qu'une expérience personnelle vécue par chaque personne qui en prend connaissance⁵²⁹.

Cela ne veut pas dire que chaque compréhension soit parfaitement unique. Bien au contraire, l'expérience sera semblable pour la majorité des gens issus d'une même communauté.

La subjectivité partagée pour comprendre et stabiliser le droit

La subjectivité peut avoir plusieurs sens. Le sens commun du terme renvoie à l'individualité, aux croyances idiosyncratiques et à la psychologie d'une personne⁵³⁰. Ce sens a en droit une connotation péjorative puisqu'il corrompt l'objectivité que la mythologie attribue au droit. Balkin s'intéresse plutôt à la réalité sociologique de la subjectivité. Sous cet angle, la subjectivité correspond aux connaissances préalables que l'individu apporte à la compréhension. Elle lui permet de construire l'interprétation en donnant un sens à ses composantes⁵³¹.

La subjectivité est alors le résultat de l'internalisation des normes culturelles et des « cadres de compréhension⁵³² » – les méthodes cognitives grâce auxquelles nous comprenons le monde qui nous entoure – partagées par une communauté⁵³³. Ces normes culturelles et ces structures de compréhension sont parfaitement intégrées à l'individu. Il ne s'agit pas de notions qui s'attachent aux croyances préexistantes de l'individu – elles font partie du cœur même de qui il est⁵³⁴. Ces

⁵²⁸ L. B. TREMBLAY, préc., note 243, à la page 340.

⁵²⁹ Voir J. BALKIN, préc., note 126, 113-114. Quant à l'idée que l'interprétation est nécessairement subjective et personnelle, voir aussi S. E. FISH, préc., note 311.

⁵³⁰ J. BALKIN, préc., note 126, 107.

⁵³¹ *Id.* À notre avis, la distinction faite par Balkin est artificielle puisque tant les normes culturelles que les caractéristiques idéologiques, psychologiques et idiosyncratiques du juge sont susceptible d'influencer le raisonnement du décideur (que nous verrons en détail sous peu).

⁵³² L'idée des « cadres de compréhension » (*frameworks of understanding*) suggère que l'information ne se comprend pas individuellement, mais toujours par rapport à un ensemble d'informations. Les cadres de compréhension forment donc les connaissances acquises par un individu, lesquelles sont souvent puisées à même les connaissances générales que partage une société. Spellman et Schauer suggèrent que les juges choisissent les analogies (à la loi, aux précédents) comme étant plus ou moins pertinentes non pas en raison de leur désir d'atteindre un résultat particulier, mais en raison de la structure de leurs connaissances préalables et de la façon dont ils formulent leurs questions.

⁵³³ B. A. SPELLMAN et F. SCHAUER, préc., note 185, à la page 745 réf. à B. SPELLMAN, « Judges, Expertise and Analogy », préc., note 160; Barbara A. SPELLMAN et Keith J. HOLYOAK, « If Saddam is Hitler then who is George Bush? Analogical mapping between systems of social roles », (1992) 62-6 *J. Pers. Soc. Psychol.* 913-933.

⁵³⁴ J. BALKIN, préc., note 126, 107.

forces le transcendent : il n'a généralement ni conscience ni contrôle sur ce qui forme sa personnalité⁵³⁵.

La personne née dans un milieu culturel riche aura ainsi tendance à absorber cette réalité et à devenir culturellement riche. Divers phénomènes cognitifs font cependant en sorte qu'elle ne sera pas naturellement consciente de l'impact de son milieu ni de l'existence d'autres environnements où peuvent grandir d'autres humains. À moins d'un effort ou d'une pression pour acquérir une perspective différente, cette personne croira que sa réalité est la même que celle de tout le monde. Elle présumera que les autres voient le monde comme elle le voit⁵³⁶.

C'est dans l'inconscience de ce phénomène que réside le véritable danger pour la compréhension des textes de loi. Parce qu'il a lieu dans l'inconscient, ce phénomène invite à la projection⁵³⁷ – le phénomène par lequel on attribue à un objet une caractéristique, une compréhension ou une perception qui nous est propre. En l'espèce, la compréhension subjective du lecteur est projetée dans le texte. On lui attribue cette valeur comme s'il s'agissait d'une réalité objective⁵³⁸, alors qu'il s'agit d'une perception culturelle partagée. Le sens « correct » de la loi⁵³⁹ n'est au final que le choix du groupe désigné pour effectuer ce choix – en droit, le plus haut tribunal du pays⁵⁴⁰.

Naturellement, les juristes sont aussi inconscients des biais nés de cette projection. Les normes et les valeurs culturelles⁵⁴¹ qui affectent la compréhension ne sont pas des considérations venues

⁵³⁵ Au sujet du contrôle, Balkin écrit que si la beauté est toujours dans l'œil de celui qui regarde, celui qui regarde n'est pas pour autant en contrôle de ce qu'il perçoit : il fait partie d'un ensemble plus grand (en droit, d'un ensemble culturel, juridique et politique) : *Id.*, 108 et 160.

⁵³⁶ Connu comme « la réciprocité de la perspective » (*reciprocity of perspectives*) : Alfred SCHUETZ, « Common-Sense and Scientific Interpretation of Human Action », (1953) 14-1 *Philosophy and Phenomenological Research* 1-38. Un phénomène similaire est la « malédiction de la connaissance » (*curse of knowledge*), à l'effet que lorsqu'une personne présume que ses interlocuteurs partagent ses connaissances préalables : Colin CAMERER, George LOEWENSTEIN et Martin WEBER, « The Curse of Knowledge in Economic Settings: An Experimental Analysis », (1989) 97-5 *Journal of Political Economy* 1232-54.

⁵³⁷ Voir Hans-Georg GADAMER, *Truth and method*, 2^e éd. révisée, traduit par Joel WEINSHEIMER et Donald G. MARSHALL, London ; New York, Continuum, 2004 [1989], p. 269.

⁵³⁸ Pour une perspective herméneutique à ce sujet en droit français, voir Hugues RABAULT, *L'interprétation des normes: l'objectivité de la méthode herméneutique*, coll. Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 1997.

⁵³⁹ Voir J. BALKIN, préc., note 126, 135.

⁵⁴⁰ La même théorie doit être appliquée à ce tribunal. Il est influencé par son passé, y compris son passé juridique et son passé institutionnel, tous deux à l'origine d'une profonde influence sur la perception du droit.

⁵⁴¹ Bien que l'ensemble soit souvent partagé, il existe tout de même des normes divergentes. À titre d'exemple, l'affiliation à une mentalité idéologique plus progressive ou conservatrice est une norme culturelle qui peut être intégrée et varier à l'intérieur même d'un groupe relativement homogène comme celui qui compose la magistrature canadienne.

se greffer à une personnalité neutre. Elles font partie intégrante de l'individu, et en conséquence elles façonnent sa vision du monde. Lorsque le juge lit la loi, ce n'est pas qu'il y insère volontairement ses préférences idéologiques : celles-ci forment inconsciemment sa compréhension de la loi⁵⁴².

La tendance idéologique qu'il peut lire dans la loi lui paraît donc comme une propriété naturelle du texte puisque c'est ainsi qu'elle est représentée dans son esprit⁵⁴³. Il la verra sans effort dans sa compréhension des concepts légaux comme la « personne raisonnable », la « vie, liberté et sécurité⁵⁴⁴ », ou dans la proportionnalité. C'est que pour comprendre un texte, il faut y appliquer un ensemble de préconceptions puisées dans notre bagage culturel et historique⁵⁴⁵.

Ces préconceptions se concrétisent en préjugés et d'autres formes d'appréhension. Cette dernière s'entend de toutes les connaissances préalables, de toutes les structures par lesquelles l'individu comprend son univers. On parle en anglais de *fore-understandings*, la compréhension qui existe avant la compréhension⁵⁴⁶. Le sens-type des mots en fait partie. Alors qu'une voiture a généralement le sens d'un véhicule motorisé au 21^e siècle, elle représente plutôt un chariot ou un carrosse pour le visiteur du 19^e siècle.

En somme, la subjectivité n'est pas une intrusion dans la compréhension du droit. Elle en est le bloc fondateur. Sans elle, aucune compréhension n'est possible⁵⁴⁷. Comme l'écrit Tamanaha, l'interprétation légale est toujours socialement influencée. Ce qu'on reproche réellement à certains juges est d'avoir été influencé par des normes sociales qui ne sont pas répandues dans la communauté ou sont contraires à ses croyances⁵⁴⁸. Pourtant, pour plusieurs juristes, le caractère humain qui transcende les décisions judiciaires est une composante essentielle de l'application légitime du droit. Les influences extra-juridiques ne viennent pas corrompre le processus décisionnel des juges, mais en sont une composante constitutive⁵⁴⁹.

Ce constat entre en conflit direct avec l'utopie d'un droit objectif interprété par des juges neutres. Parce que la subjectivité a une si forte connotation péjorative dans le milieu juridique, il peut falloir

⁵⁴² J. BALKIN, préc., note 126, 107.

⁵⁴³ *Id.*, 162 et s.

⁵⁴⁴ *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 4, art. 7.

⁵⁴⁵ J. BALKIN, préc., note 126, 160.

⁵⁴⁶ *Id.*, 159 réf. à H.-G. GADAMER, *Truth and method*, préc., note 537, p. 266-268.

⁵⁴⁷ J. BALKIN, préc., note 126, 140.

⁵⁴⁸ B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 171.

⁵⁴⁹ *Id.*, p. 89-90.

un temps pour apprécier qu'elle ne fasse pas tomber les murs du temple, mais en constitue les fondations.

C'est que l'interprétation judiciaire demeure un acte de bonne foi. Balkin affirme que comprendre le droit suppose un effort honnête de rechercher la vérité subjective – le point de vue – que l'auteur tente d'y exprimer. La compréhension de la loi nécessite qu'on aborde celle-ci avec une attitude charitable à l'égard du législateur⁵⁵⁰. Il faut envisager la loi du point de vue de ce dernier, même si cela signifie qu'il faille accepter des prémisses avec lesquelles l'interprète est en désaccord⁵⁵¹. La véritable compréhension exige un effort pour comprendre le point de vue de l'autre, ce qui n'est pas sans rappeler ce que Gadamer appelait la « fusion des horizons »⁵⁵².

Gadamer parle d'« horizon » pour illustrer l'importance du contexte. Si une personne observe un objet particulier, l'horizon représente tout ce qui se trouve dans son champ de vision et qui n'est pas l'objet en tant que tel. Ce reliquat du champ de vision – ce qui reste mis à part l'objet – représente la compréhension du monde de l'observateur. Il représente tout ce que l'observateur considère inconsciemment pour comprendre et juger l'objet⁵⁵³.

Lorsque Gadamer parle de la fusion des horizons, c'est que le tiers tente de voir l'objet du point de vue de l'observateur, en se positionnant de façon identique, en adoptant son champ de vision et sa compréhension du monde⁵⁵⁴. L'acte d'interprétation honnête appelle donc le juge à adopter les prémisses de l'auteur afin de donner un sens au texte⁵⁵⁵. C'est ainsi que malgré un désaccord quant à l'utilité d'une mesure, le juge peut comprendre le sens que l'auteur voulait donner à la règle.

⁵⁵⁰ Pour Gadamer, la bonne volonté à l'égard du texte était le meilleur chemin vers l'illumination : W. N. Jr. ESKRIDGE, préc., note 6, 628-629 réf. à Diane P. MICHELFELDER et Richard E. PALMER (dir.), *Dialogue and deconstruction: the Gadamer-Derrida encounter*, Albany, State University of New York Press, 1989.

⁵⁵¹ Voir J. BALKIN, préc., note 126, 124 et 153-154.

⁵⁵² H.-G. GADAMER, *Truth and method*, préc., note 537, p. 273.

⁵⁵³ *Id.*, p. 301.

⁵⁵⁴ *Id.*, p. 302 et s. Techniquement, Gadamer référait à la fusion entre l'horizon du lecteur et l'horizon du texte, puisque la compréhension était une conversation historique entre la situation actuelle du lecteur et la situation passée du texte : W. N. Jr. ESKRIDGE, préc., note 7, 613. Eskridge, à la page 648, affirme que Dworkin adopte une position similaire en suggérant que le juriste n'interprète pas que le texte, mais aussi la vie de ce texte. Voir R. DWORKIN, préc., note 460, p. 348.

⁵⁵⁵ Par exemple, si le législateur cherche à diminuer la criminalité en adoptant une loi qui augmente les peines liées à certaines infractions, l'interprète devra présumer qu'il existe un lien logique entre la diminution de la criminalité et l'augmentation des peines, même si ce lien est statistiquement négligeable.

L'acceptation du point de vue de l'auteur est un premier outil pour tempérer les craintes d'arbitraire qui accompagnent l'idée d'une interprétation subjective du droit. On en retrouve un deuxième dans la réalité commune qui se cache dans le concept même de la subjectivité.

Le professeur Balkin trace la séparation entre la subjectivité individuelle et une subjectivité partagée. La subjectivité partagée existe lorsque plusieurs individus intègrent les mêmes des normes sociales utilisées pour comprendre un phénomène⁵⁵⁶.

Puisque la compréhension n'est que le produit de la culture qui a formée l'individu, tout ce qui semble facile ou évident⁵⁵⁷ découle en réalité d'une perception subjective de la réalité. Ces prémisses implicites ne sont valides que dans la mesure où les connaissances, références, et modes de compréhension culturelles sont partagés avec l'autre⁵⁵⁸.

Cette subjectivité partagée fait en sorte que malgré l'apport unique du juge, la conclusion demeure souvent la même d'un bout à l'autre du continuum des personnalités. À force de s'intéresser à ce qui nous distingue, on oublie en quoi on se ressemble. Dans le monde des juges – et des juristes, et de l'élite particulière dont ils sont issus – on se ressemble beaucoup plus qu'on ne se distingue. C'est pourquoi « la construction sociale de la subjectivité produit un consensus en créant des individus qui pensent, agissent et croient de façon similaire⁵⁵⁹. » Gadamer est du même avis : les croyances personnelles idiosyncratiques du lecteur ne dominent pas l'interprétation puisque l'horizon de celui-ci est dominé par la tradition (les normes culturelles communes), et non par les préjugés personnels⁵⁶⁰.

C'est que la majeure partie de la subjectivité du juge est commune à tous les juges, sans parler d'une partie qui est commune à l'ensemble de la société⁵⁶¹. À moins de verser dans les cas limites où on s'éloigne de ce cœur de prémisses communes, les conclusions tirées par les différents juges seront donc les mêmes. Il n'y aura pas de désaccord substantif⁵⁶². On peut à ce sujet tracer un parallèle entre le noyau ou cœur du sens des mots et leur pénombre; il existe de façon similaire

⁵⁵⁶ L'intersubjectivité ne s'entend ici du même sens que celle vue en matière de communication, où elle correspond au phénomène par lequel un écouteur recrée dans son esprit le message créé dans l'esprit d'un autre, puis communiqué. Voir note 282.

⁵⁵⁷ Ce qui semble aller de soi, ce qui « va sans dire », ce qui est sous-entendu, ce qui n'a pas besoin d'être expliqué ou justifié.

⁵⁵⁸ Voir J. BALKIN, préc., note 126, 174.

⁵⁵⁹ *Id.*, 137 (nous traduisons).

⁵⁶⁰ W. N. Jr. ESKRIDGE, préc., note 6, 626 réf. à H.-G. GADAMER, *Truth and method*, préc., note 537, p. 269.

⁵⁶¹ P. ex. la volonté de réprimer les violences sexuelles faites aux enfants.

⁵⁶² J. BALKIN, préc., note 126, 136.

un noyau de normes culturelles, et une pénombre. C'est pourquoi il ressort des chiffres mis de l'avant par plusieurs⁵⁶³ que seule une minorité des dossiers litigieux est sujette à des compréhensions divergentes.

Cette intersubjectivité a des implications profondes pour la légitimité des tribunaux d'une société démocratique. On ne peut dire qu'il existe une compréhension unique du droit. Mais force est de constater que dans la très large majorité des cas, cette compréhension prend sa source dans le tronc commun des normes sociales que le juge a intégré dans sa subjectivité.

Le professeur Tamanaha parle de la stabilisation du droit à travers les caractéristiques partagées des juges. La loi est généralement vue d'un même œil, et lue comme ayant le même sens. Les juges se ressemblent notamment dans l'essence de leur rôle (la fonction officielle du juge d'appliquer la loi et de rendre justice), leur compréhension de la société, et leur contexte institutionnel⁵⁶⁴.

L'intersubjectivité assure une justice cohérente nonobstant l'interprétation des textes. Les juges aspirent à rendre des décisions conformes à la justice⁵⁶⁵. Dans une société démocratique, les règles du droit représentent généralement ce que la société considère être juste. Malgré les nuances, il existe donc une similarité dans les valeurs sociales profondes qui sont inculquées à l'élite que forment les juristes⁵⁶⁶. Malgré la division radicale qui *semble* séparer les positions prises⁵⁶⁷, l'intersubjectivité fait en sorte que, nonobstant les lois, les différentes conclusions d'un débat juridique seront similaires et compatibles la justice. Dit autrement, il est probable que même sans lois, les décisions rendues par les tribunaux se ressembleraient à celles rendues en vertu du droit, et se ressembleraient entre elles nonobstant le juge.

⁵⁶³ Voir E. MACFARLANE, préc., note 36; D. R. SONGER, C. L. OSTBERG, M. E. WETSTEIN et S. W. JOHNSON, préc., note 14; R. SHARPE, préc., note 34.

⁵⁶⁴ B. Z. TAMANAHA, *Beyond the formalist-realist divide*, préc., note 13, p. 196. réf. à Brian Z. TAMANAHA, *Realistic socio-legal theory: pragmatism and a social theory of law*, Oxford: New York, Clarendon Press; Oxford University Press, 1997, ch. 8. Quant au contexte institutionnel, voir E. MACFARLANE, préc., note 36.

⁵⁶⁵ Voir généralement E. MACFARLANE, préc., note 36; D. R. SONGER, C. L. OSTBERG, M. E. WETSTEIN et S. W. JOHNSON, préc., note 14; R. SHARPE, préc., note 34.

⁵⁶⁶ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LE PROCESSUS DE NOMINATION DES JUGES DU QUÉBEC et M. BASTARACHE, préc., note 51, p. 274-278. Nous vivons dans une société libérale. La prémisse même de notre droit est que ce qui n'est pas interdit est permis. Or, cette prémisse est idéologique, du type de « l'idéologie politique libérale de type classique » et « qui veut réduire la compétence des pouvoirs publics à l'édiction de simples mesures négatives d'interdiction » : P. AMSELEK, « La teneur indélicate du droit », préc., note 279, 11.

⁵⁶⁷ On parle ici du phénomène de polarisation qui s'opère dans la société.

Il ne faut surtout pas oublier que les juges partagent, en plus d'un tronc commun de bagage culturel, une formation spécialisée en droit⁵⁶⁸. Le juge appelé à interpréter la loi n'est pas un canevas vide sur lequel est jeté le texte⁵⁶⁹. Il a lui-même acquis à travers sa formation une certaine compréhension des normes. Vu sous cet angle, les lois ont-elles-mêmes contribué à fabriquer sa personnalité⁵⁷⁰. La distinction entre la loi et la personnalité du juge est en ce sens simpliste puisque l'influence va dans les deux sens.

Surtout, la formation juridique s'accompagne d'un endoctrinement, d'une invitation à croire en certains principes fondamentaux qui supportent le système juridique⁵⁷¹. À titre d'exemple, Eskridge écrit qu'en raison de la culture juridique, les juges partagent une importante préoccupation au sujet de la séparation des rôles entre juges et Parlement, une crainte de sembler agir de manière contre-majoritaire⁵⁷². Cette préoccupation affecte nécessairement leur approche d'un texte de loi⁵⁷³.

Enfin, la subjectivité partagée est ce qui en mène plusieurs à croire en l'objectivité de leurs positions subjectives. Elle contribue de même à la croyance en un sens prédéterminé de la norme⁵⁷⁴. Sunstein écrit que certaines normes subjectives sont si partagées qu'elles en sont invisibles. Le consensus quant au sens est alors atteint sans controverse⁵⁷⁵. Lorsque tout le monde voit la même chose dans un même objet, il en transpire une illusion d'objectivité⁵⁷⁶ : une subjectivité partagée donne ainsi l'impression d'une objectivité⁵⁷⁷. Mais comme l'écrit Levin, le fait

⁵⁶⁸ Spellman et Schauer suggèrent qu'une forme de sélection naturelle s'opère dans la population, de sorte que ce sont majoritairement des personnes partageant des caractéristiques similaires qui s'investissent dans des études en droit : B. A. SPELLMAN et F. SCHAUER, préc., note 186, à la page 752.

⁵⁶⁹ Voir généralement *R. c. R.D.S.*, préc., note 198.

⁵⁷⁰ Voir J. BALKIN, préc., note 126, 148 et 166.

⁵⁷¹ Voir M. KRYGIER, préc., note 311; O. M. FISS, préc., note 311; S. E. FISH, préc., note 311.

⁵⁷² Une frange de l'idéologie démocratique pour laquelle la loi du nombre doit l'emporter sur tout autre principe.

⁵⁷³ W. N. Jr. ESKRIDGE, préc., note 7, 613.

⁵⁷⁴ J. BALKIN, préc., note 126, 139.

⁵⁷⁵ C. R. SUNSTEIN, préc., note 377, 423.

⁵⁷⁶ J. BALKIN, préc., note 126, 108.

⁵⁷⁷ Gadamer était d'avis que « la vérité » – la notion philosophique qu'on pourrait comparer au « sens réel » d'un texte – est intersubjective : « La vérité réside dans le consensus formé entre interlocuteurs. » W. N. Jr. ESKRIDGE, préc., note 6, 615 et 677 (nous traduisons) réf. à Richard BERNSTEIN, « From Hermeneutics to Praxis », dans Robert HOLLINGER (dir.), *Hermeneutics and praxis*, coll. Revisions, Notre Dame, Ind, University of Notre Dame Press, 1985, p. 272, à la page 284.

qu'une majorité embrasse une vision particulière ne la rend pas objective⁵⁷⁸: un consensus n'étant rien de plus qu'une préférence populaire⁵⁷⁹.

Il ne serait pas problématique que l'objectivité soit définie pour refléter cette réalité, mais ce ne semble pas être le cas à l'heure actuelle. Il est plutôt cru que la perception subjective partagée représente une mesure objective. Or, parce que l'objectivité est si prisée en cette ère scientifique, prétendre que des perceptions subjectives sont objectives fausse le débat en conférant à ces perceptions une qualité supérieure. Selon toutes vraisemblances, ce phénomène est causé par l'inconscience du processus de compréhension. L'illusion d'objectivité s'apparente alors à une fausse piste à laquelle on s'est agrippée en tentant de comprendre le raisonnement humain.

L'inconscience du processus et de l'influence subjective

Règle générale, les gens ne sont pas activement conscients que leur raisonnement et leur appréciation des phénomènes – qu'il s'agisse de comprendre un texte, d'évaluer des faits ou d'accepter des arguments – sont le fruit d'un processus cognitif subjectif. Les personnes ne sont pas non plus conscientes que cette appréciation soit influencée par le « biais de cohérence »⁵⁸⁰, qui les porte à rejeter certains arguments du seul fait qu'ils sont associés à une conclusion indésirable.

Les gens croient naturellement que leur raisonnement est objectif. Cette croyance est mue par une combinaison de biais cognitifs et de l'inconscience des leurs procédés mentaux⁵⁸¹. En conséquence, ils perçoivent leurs décisions comme rationnelles, c'est-à-dire influencées par la valeur objective d'un argument plutôt que par leur perception de cet argument à travers les lunettes subjectives de leur système cognitif⁵⁸². C'est ce qui s'appelle le « réalisme naïf »⁵⁸³.

Robert Robinson décrit le réalisme naïf comme la conviction inébranlable d'une personne qui croit avoir accès à une réalité invariable, connaissable, objective. Une réalité que les autres percevront aussi si, comme elle, ils sont raisonnables et rationnels; une réalité au sujet de laquelle

⁵⁷⁸ J. LEVIN, préc., note 48, p. 5.

⁵⁷⁹ *Id.*, p. 6.

⁵⁸⁰ Il ne s'agit pas vraiment d'un biais, mais d'un modèle général de raisonnement cognitif. Cependant, parce qu'il entraîne des conclusions irrationnelles, il est parfois appelé ainsi.

⁵⁸¹ Timothy D. WILSON et Nancy BREKKE, « Mental contamination and mental correction: Unwanted influences on judgments and evaluations », (1994) 116-1 *Psychological Bulletin* 117-142.

⁵⁸² Dan SIMON, « A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making », (2004) 71-2 *U. Chi. L. Rev.* 511-586, 545.

⁵⁸³ « Réalisme » n'a ici rien à voir avec la philosophie légale du réalisme juridique.

les autres ne se méprendront que si, contrairement à elle, ils voient le monde à travers une lorgnette subjective⁵⁸⁴. En bref, par égocentrisme, une personne qualifie sa vision d'objective, et celle des autres de subjective. Cette prétention d'objectivité a longtemps été revendiquée par l'élite intellectuelle⁵⁸⁵.

Selon toutes vraisemblances, les juges – comme toute autre personne – ne sont pas conscients des procédés psychologiques à travers lesquels ils filtrent l'information. Dans ce contexte, la conscience personnelle d'un phénomène s'entend de la capacité à le décrire. Daniel Dennett distingue la conscience générique quant à un état de fait (*awareness*) de la prise de conscience active de ce fait (*consciousness*). Le conducteur peut être « conscient » que la route a des courbes, et conduire son véhicule en conséquence (*awareness*). Mais comme tout conducteur d'expérience, il ne serait pas activement attentif à ce qu'il fait, ni capable de le décrire en détail (*consciousness*). Le pianiste sait qu'il joue une pièce, mais ne pourrait décrire la séquence d'activation de chacun des muscles utilisés pour frapper les touches du piano⁵⁸⁶. Il se peut donc que le juge sache qu'il a raisonné pour en venir à une conclusion, sans pouvoir décrire ce raisonnement. De façon similaire, il peut savoir qu'il doit être à l'affût de ses biais et préjugés, mais être incapable de les identifier et de les contrecarrer.

L'inconscience du processus de raisonnement n'est pas la seule source d'incompréhension du processus décisionnel. Il existe aussi une tendance à ne pas se souvenir de la compréhension initiale d'une situation. Une fois le processus de réflexion terminé, la personne ne se souvient généralement pas de sa position d'origine. Elle confond plutôt sa position finale avec sa position initiale, croyant l'avoir maintenue à travers tout le processus⁵⁸⁷.

Le professeur Simon remarque que ce processus donne une illusion de stabilité et d'objectivité – l'interprétation étant objective, elle est une vérité immuable incapable de changer en cours de route. Cette illusion sert les fins du droit. Le monde juridique accorde beaucoup d'importance à

⁵⁸⁴ Robert J. ROBINSON, Dacher KELTNER, Andrew WARD et Lee ROSS, « Actual versus assumed differences in construal: "Naive realism" in intergroup perception and conflict », (1995) 68-3 *J. Pers. Soc. Psychol.* 404-417, 405.

⁵⁸⁵ J. BALKIN, préc., note 126, 143.

⁵⁸⁶ Voir D. C. DENNETT, *Content and consciousness*, London ; New York, Routledge, 2010.

⁵⁸⁷ Keith J. HOLYOAK et Dan SIMON, « Bidirectional reasoning in decision making by constraint satisfaction. », (1999) 128-1 *Journal of Experimental Psychology: General* 3-31. Voir Solomon E. ASCH, « Studies in the principles of judgments and attitudes: II. Determination of judgments by group and by ego standards », (1940) 12 *The Journal of Social Psychology* 433-465, 454.

l'objectivité, à la constance et aux méthodes systématiques. L'idée que les faits et le droit soient transformés par les procédés mentaux du décideur va à l'encontre de ces principes juridiques⁵⁸⁸.

Ces notions sont intimement liées à la théorie officielle d'interprétation des lois. Les juges perçoivent la loi comme une très sérieuse source de contrainte. Le respect de la loi énoncée par le législateur est nécessaire à la certitude juridique, mais sa légitimité et sa certitude dépendent de l'objectivité avec laquelle elle est interprétée puis appliquée. Le professeur Simon suggère que la théorie de la réponse correcte – la doctrine selon laquelle il existe une réponse unique et correcte à l'interprétation du droit et à son application – existe bel et bien dans les faits, mais qu'il est erroné de l'attribuer à la loi. Ce n'est pas la loi qui impose une réponse correcte, mais les systèmes cognitifs du juge, du fait qu'il se sent lié par la loi⁵⁸⁹.

Ce sentiment de coercion est lié de près à d'autres phénomènes psychologiques, eux aussi provoqués par l'inconscience du raisonnement. Cette dernière entraîne notamment une forme de projection : le juge attribue incorrectement sa décision à la loi elle-même. Cela est vrai des conclusions, mais aussi de toutes les prémisses qui y sont liées (tous les éléments du modèle mental). Il impute donc la responsabilité à une force extérieure – la loi – alors que la valeur de cette force est intérieure, produite par ses propres processus mentaux⁵⁹⁰.

Ce phénomène – la projection de l'opinion dans la loi – est ce qui amène Balkin à suggérer que les chercheurs devraient cesser de s'intéresser à la loi en tant que telle, et plutôt tourner leur attention vers la subjectivité de ceux qui l'interprètent⁵⁹¹. C'est à force d'ignorer la subjectivité nécessaire à la compréhension du texte qu'on en est venu à attribuer à la loi des propriétés qui ne sont que des conclusions subjectives⁵⁹².

Parce que le juge n'a pas conscience du raisonnement suivi et ne peut offrir qu'une logique justificative, les décisions ont tendance à être trop inclusives dans les motifs qu'elles rapportent, en ce qu'elles présentent des justifications qui n'existaient pas au moment de la prise de décision. Une fois la décision prise, les personnes prennent part à un exercice de rationalisation de cette décision afin de trouver des informations supplémentaires pour la supporter⁵⁹³. Ce faisant, le

⁵⁸⁸ D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 94; D. SIMON, « A Third View of the Black Box », préc., note 582, 533.

⁵⁸⁹ D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 129.

⁵⁹⁰ *Id.*, 21.

⁵⁹¹ J. BALKIN, préc., note 126, 106.

⁵⁹² *Id.*, 108-109.

⁵⁹³ D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 36.

décideur est susceptible de tirer des inférences biaisées de ces lectures⁵⁹⁴, c'est-à-dire de voir dans certains arguments la preuve du bienfondé de sa décision, même s'il n'existe pas de tel lien.

En plus d'être trop inclusives, les décisions seront sous-inclusives. Les motifs offerts ne seront pas exhaustifs ou parfaitement transparents quant aux raisons qui ont justifié la décision. Cela est dû en partie au fait que le juge n'est pas conscient des véritables motifs qui l'animent, et, parfois, de la crainte que certains d'entre eux ne soient pas légitimes⁵⁹⁵.

L'inconscience du fonctionnement de l'esprit et des mécanismes cognitifs liés au raisonnement mérite d'être exploré pour confronter ce problème. La bonne nouvelle est que la psychologie s'intéresse depuis longtemps à ces phénomènes. Mieux encore, certains se sont intéressés à son application au comportement judiciaire. Leurs propositions offrent des pistes intéressantes pour comprendre le comportement judiciaire.

⁵⁹⁴ *Id.*

⁵⁹⁵ *Id.*, 36-37. Voir Christopher K. HSEE, « Elastic Justification: How Unjustifiable Factors Influence Judgments », (1996) 66-1 *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 122-129.

Chapitre 2 – La psychologie et le modèle de la cohérence

Attention : Ce chapitre aborde en rafale diverses notions psychologiques centrales à la théorie mise de l'avant dans cet ouvrage. Il est recommandé de l'aborder à tête reposée.

L'application de la psychologie traditionnelle aux juges

La psychologie traditionnelle vaut-elle aussi pour les juges? Il a été suggéré que les juges, en raison de leur fonction et de leur formation, soient capables de raisonner de façon différente. Ils raisonneraient juridiquement – un raisonnement qualifié par sa logique déductive⁵⁹⁶. Par contre, si ce n'est pas le cas, il est suggéré que les juges ne se distinguent que par leur connaissance d'un domaine particulier. La psychologie traditionnelle s'appliquerait alors à eux comme à tout le monde⁵⁹⁷. Des pistes ont été suggérées pour vérifier si les résultats de la recherche en psychologie s'appliquent aussi à la magistrature⁵⁹⁸. Si tel était le cas, la mine d'informations de la recherche pourrait être utilisée pour mieux comprendre comment opère l'esprit judiciaire.

Les prétentions d'un raisonnement juridique distinct ne font pas l'unanimité. Pour les réalistes, les juges sont humains et donc influencés par leur humanité. Ils se distinguent certainement par leur statut, leur fonction, leur formation, voire leur origine sociale, mais ils demeurent susceptibles aux biais humains.

Pour Frank, il est clair qu'en matière de détermination de faits ou de droit, les juges ne diffèrent pas du commun des mortels⁵⁹⁹. Il écrit que pour comprendre ce qui se produit lors de la création d'un jugement, il faut observer comment des gens ordinaires parviennent à leurs décisions⁶⁰⁰. Il faut se demander quels sont les facteurs cachés qui influencent l'opinion des gens ordinaires⁶⁰¹. Pour résumer sa pensée, Frank cite un philosophe de l'époque à l'effet que « Dans chaque cas de réflexion véritable, l'entièreté de la personnalité de l'homme pénètre et colore sa pensée dans tous ses aspects⁶⁰² ». Le raisonnement des juges se comparerait ainsi à celui des ingénieurs, des

⁵⁹⁶ B. A. SPELLMAN et F. SCHAUER, préc., note 186.

⁵⁹⁷ F. SCHAUER, « Is There a Psychology of Judging? », préc., note 157.

⁵⁹⁸ David E. KLEIN et Gregory MITCHELL (dir.), *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford ; New York, N.Y, Oxford University Press, 2010.

⁵⁹⁹ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, préc., note 10, p. 119.

⁶⁰⁰ *Id.*, p. 108.

⁶⁰¹ *Id.*, p. 114.

⁶⁰² Source inconnue (F.C.S. Schiller), cité dans *Id.*, p. 119 (nous traduisons) : « In every aspect of actual thinking, the whole of a man's personality enters into and colors it in every part. »

marchands, des physiciens ou des banquiers⁶⁰³. Plus récemment, Richard Posner affirme qu'il n'existe pas de méthodologie distinctive de raisonnement juridique, le juge utilisant dans le processus décisionnel les mêmes outils qu'il utilise sans sa vie de tous les jours⁶⁰⁴.

Dans un passage particulièrement éloquent, Cardozo écrit que « Les grandes marées et les courants qui engloutissent le reste des hommes ne se détournent pas dans leur course pour épargner les juges⁶⁰⁵. » Ailleurs, il remarque qu'il y a « en chacun de nous une tendance, qu'on peut appeler philosophie ou autre chose, qui donne cohérence et orientation à la pensée et à l'action. Le juge ne peut pas plus se soustraire à ce courant que le commun des mortels⁶⁰⁶. »

Cette croyance en un raisonnement distinct fait partie de la mythologie juridique. La formation et la socialisation des juristes invitent à se distancer des influences personnelles. Malgré cela, il serait étonnant que les juges soient capables de s'isoler de leurs caractéristiques humaines. Si les juges, dans leur ensemble, étaient capables de créer une séparation parfaitement étanche entre leur rôle judiciaire et leur personnalité, ils formeraient un groupe *suspicieusement* exceptionnel. S'il est possible qu'une poignée d'entre eux en soit capable, la majorité demeure selon toutes vraisemblances sujette aux forces qui influencent le comportement humain⁶⁰⁷.

La psychologie offre plusieurs pistes de réponse pour découvrir comment raisonnent les juges. Toutefois, l'essentiel de la recherche porte pour l'instant sur le non-judiciaire. Le devoir de réserve et l'immunité constitutionnelle des juges crée une barrière que peu ont réussi à franchir.

Heureusement, il semble y avoir un vent de changement dans l'imperméabilité de la magistrature. Les juges acceptent à l'occasion de participer à des études de façon anonyme⁶⁰⁸. Il arrive aussi que des juges acceptent de prendre la parole au sujet de leur rôle, parfois même alors qu'ils sont en poste⁶⁰⁹. Ces prises de parole nous rappellent que la psychologie traditionnelle s'applique aux juges jusqu'à preuve du contraire.

⁶⁰³ John DEWEY, « Logical Method and Law », (1924) 10-1 *Cornell Law Review* 17-27, 18.

⁶⁰⁴ Richard POSNER, « The Jurisprudence of Skepticism », (1988) 86-5 *Michigan Law Review* 827-891, 859.

⁶⁰⁵ B. N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, préc., note 132, p. 168 (nous traduisons).

⁶⁰⁶ *Id.*, p. 12-13 et 167. repris dans *R. c. R.D.S.*, préc., note 198, par. 34.

⁶⁰⁷ L. BAUM, préc., note 14, p. 32-42.

⁶⁰⁸ Voir notamment D. R. SONGER, C. L. OSTBERG, M. E. WETSTEIN et S. W. JOHNSON, préc., note 14; E. MACFARLANE, préc., note 36; Chris GUTHRIE, Jeffrey RACHLINSKI et Andrew WISTRICH, « Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases », (2007) 93-1 *Cornell L. Rev.* 1.

⁶⁰⁹ De nombreux juges sont cités par E. MACFARLANE, préc., note 37; D. R. SONGER, C. L. OSTBERG, M. E. WETSTEIN et S. W. JOHNSON, préc., note 14. Pensons aussi à R. SHARPE, préc., note 34; R. A. POSNER,

La recherche faite auprès des juges suggère en effet que c'est leur nature humaine – par opposition à leur rôle de juriste – qui est le plus susceptible d'expliquer leur comportement. Les études démontrent que les juges semblent généralement aussi susceptibles aux biais cognitifs – des failles de raisonnement causées par nos procédés mentaux – que l'est le commun des mortels⁶¹⁰. Il en va de même pour les avocats – desquels sont puisés les juges⁶¹¹.

Dans un champ voisin, un modèle a été proposé pour expliquer comment les jurys déterminent la trame factuelle acceptée lors d'un procès⁶¹². Les jurés recherchent une histoire cohérente, c'est-à-dire une histoire consistante, plausible et complète⁶¹³. À la lumière des études concernant le comportement judiciaire⁶¹⁴, on peut croire que les juges réfléchissent aussi de cette façon. Ce modèle peut aussi trouver application en matière d'interprétation. Dans ce contexte, plutôt que de reconstruire le fil d'événements passés, il reconstruit l'histoire du législateur. Il cherche alors à reconstruire une histoire consistante, plausible et complète au sujet de l'intention du législateur, y compris ce qui l'animait au moment d'adopter le texte. L'auteur du modèle que nous allons étudier suggère lui-même que le modèle de cohérence cognitive puisse s'appliquer à des concepts abstraits⁶¹⁵, comme c'est le cas de l'interprétation du droit.

How judges think, préc., note 38; P. WALD, « The Rhetoric of Results and the Results of Rhetoric: Judicial Writings », préc., note 37.

⁶¹⁰ F. SCHAUER, « Is There a Psychology of Judging? », préc., note 157 aux pages 103-104; Barbara A. SPELLMAN, « On the Supposed Expertise of Judges in Evaluating Evidence », (2007) 155 *U. Pa. L. Rev.* 165.

⁶¹¹ Notamment l'effet d'encadrement et le biais d'aversion pour la perte. Voir Linda BABCOCK, Henry S. FARBER, Cynthia FOBIAN et Eldar SHAFIR, « Forming beliefs about adjudicated outcomes: Perceptions of risk and reservation values », (1995) 15-3 *International Review of Law and Economics* 289-303. Voir aussi Zev J. EIGEN et Yair LISTOKIN, « Do Lawyers Really Believe Their Own Hype, and Should They? A Natural Experiment », (2012) 41-2 *The Journal of Legal Studies* 239-267 au sujet de l'excès de confiance.

⁶¹² Nancy PENNINGTON et Reid HASTIE, « A Cognitive Theory of Juror Decision Making: The Story Model Decision and Interference Litigation », (1991) 13-Issues 2-3 *Cardozo L. Rev.* 519-558.

⁶¹³ Voir Nancy PENNINGTON et Reid HASTIE, « Reasoning in explanation-based decision making », (1993) 49-1 *Cognition* 123-163; Nancy PENNINGTON et Reid HASTIE, « The Story Model for Juror Decision Making », dans Reid HASTIE (dir.), *Inside the juror: the psychology of juror decision making*, Cambridge [England]; New York, NY, USA, Cambridge University Press, 1993, p. 192. Pennington et Reid ont aussi mené plusieurs expériences qui confirment le modèle de raisonnement des jurés. Voir aussi Kenworthy BILZ, « We don't want to hear it: Psychology, literature and the narrative model of judging », (2010) 2010-2 *University of Illinois law review* 429-488. Kahneman suggère cependant que le caractère complet de l'histoire n'est pas aussi important que la cohérence de l'information : D. KAHNEMAN, préc., note 141, p. 87.

⁶¹⁴ Voir notes 616 à 626.

⁶¹⁵ D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 30.

Les études menées auprès de la magistrature suggèrent que celle-ci est sujette à divers biais cognitifs, dont le biais rétrospectif (*hindsight bias*)⁶¹⁶, l'effet d'encadrement (*framing effect*)⁶¹⁷ et l'effet d'ancrage (*anchor effect*)⁶¹⁸. Ils utilisent les mêmes systèmes cognitifs de jugement que tout un chacun⁶¹⁹, ils sont incapables d'ignorer la preuve inadmissible qui leur est présentée⁶²⁰, et leur appréciation de certains types de preuve dépend de leurs préférences idéologiques⁶²¹.

Qui plus est, les décisions judiciaires seraient influencées par leurs émotions⁶²², par la situation personnelle des parties, nonobstant le droit⁶²³, ainsi que par des facteurs étrangers au droit⁶²⁴. Les juges seraient aussi affectés par la cognition culturelle, la tendance des individus à moduler leurs croyances quant à certains faits afin de les faire correspondre aux valeurs de leur identité culturelle⁶²⁵. Cela étant dit, ils ne seraient pas pour autant directement influencés par leurs préférences idéologiques lorsqu'ils interprètent le droit⁶²⁶.

Ce qui est certain, c'est que les juges sont humains. La prémisse de base devrait donc être que les enseignements de la psychologie s'appliquent à eux comme à tout autre être humain. Il serait illogique de présumer l'inverse. Il revient à ceux qui affirment que les juges raisonnent

⁶¹⁶ Chris GUTHRIE, Jeffrey RACHLINSKI et Andrew WISTRICH, « Inside the Judicial Mind », (2001) 86-4 *Cornell L. Rev.* 777-830, 799-805.

⁶¹⁷ *Id.*, 794-799.

⁶¹⁸ Birte ENGLISH, Thomas MUSSWEILER et Fritz STRACK, « Playing Dice With Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making », 2016 *Personality and Social Psychology Bulletin* 188.

⁶¹⁹ C. GUTHRIE, J. RACHLINSKI et A. WISTRICH, préc., note 608.

⁶²⁰ Andrew WISTRICH, Chris GUTHRIE et Jeffrey RACHLINSKI, « Can Judges Ignore Inadmissible Information - The Difficulty of Deliberately Disregarding », (2005) 153-4 *U. Pa. L. Rev.* 1251.

⁶²¹ Richard E. REDDING et Dick REPPUCCI, « Effects of Lawyers' Socio-Political Attitudes on Their Judgments of Social Science in Legal Decision Making », (1999) 23 *Law and Human Behavior* 31-54, 47-48.

⁶²² Andrew J. WISTRICH, Jeffrey J. RACHLINSKI et Chris GUTHRIE, « Heart versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings », (2014) 93-4 *Tex. L. Rev.* 855-924.

⁶²³ Holger SPAMANN et Lars KLÖHN, « Justice Is Less Blind, and Less Legalistic, than We Thought: Evidence from an Experiment with Real Judges », (2016) 45-2 *The Journal of Legal Studies* 255-280.

⁶²⁴ Shai DANZIGER, Jonathan LEVAV et Liora AVNAIM-PESSO, « Extraneous factors in judicial decisions », (2011) 108-17 *P.N.A.S.* 6889-6892.

⁶²⁵ Voir Paul SECUNDA, « Cultural Cognition at Work », (2010) 38 *Florida State University Law Review* 107-148; Dan KAHAN et Donald BRAMAN, « Cultural Cognition and Public Policy: The Case of Outpatient Commitment Laws », (2006) 24 *Yale L. & Policy Rev.* 147-170.

⁶²⁶ Dan KAHAN, David HOFFMAN, Danieli EVANS, Neal DEVINS, Eugene LUCCI et Katherine CHENG, « "Ideology" or "Situation Sense"? An Experimental Investigation of Motivated Reasoning and Professional Judgment », (2016) 164-2 *U. Pa. L. Rev.* 349-440.

différemment d'en faire la preuve⁶²⁷. À défaut de cette preuve, il n'existe pas de raison de croire que ce qui s'applique à l'ensemble de l'humanité ne s'applique pas aux magistrats⁶²⁸.

Le professeur Schauer suggère qu'avant de tirer quelque conclusion, il faut d'abord s'intéresser à ces tâches qui font appel à l'expertise du juge. Certaines, comme la détermination des faits, pourraient être influencées par les mêmes biais que la population générale, alors que d'autres, comme l'interprétation du droit, pourraient être traitées différemment. Ces tâches expertes seraient spécifiques aux fonctions et à la formation du juriste, alors que les autres ne le seraient pas. S'il est révélé que les juges réfléchissent comme tout être humain même dans les domaines juridiques, alors il serait erroné de prétendre en l'existence d'une psychologie *judiciaire* – il n'y aurait que la psychologie, point à la ligne⁶²⁹.

Une étude préliminaire de la question démontre que les problèmes auxquels font face les juges correspondent à la description des problèmes du quotidien. Jacqueline Leighton et Robert Sternberg écrivent que ces derniers sont habituellement résolus à partir d'une information incomplète, alors qu'existent des contraintes de temps, et que ces problèmes auront des conséquences significatives⁶³⁰. Cette description correspond à la situation dans laquelle se trouvent les juges qui siègent. À moins de circonstances exceptionnelles, ils ne possèdent pas toute l'information – par stratégie, par défaut des parties, ou parce que l'information s'est perdue dans les limbes de la mémoire – et ils sont sujets à des contraintes de temps.

En somme, les juges ne sont pas des robots. La recherche suggère plutôt qu'ils sont susceptibles aux mêmes phénomènes cognitifs que tout le monde. S'ils se distinguent dans leur raisonnement, ces distinctions n'ont pas encore été prouvées. Jusqu'à ce que cette preuve soit faite, on peut présumer de l'application du modèle psychologique traditionnel. Si on ne peut transposer ce modèle intégralement, il y a au moins lieu de s'en inspirer.

⁶²⁷ Connu en rhétorique comme le « rasoir d'Hitchens » : « ce qui peut être affirmé sans preuve peut être nié sans preuve. »

⁶²⁸ Voir D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 33.

⁶²⁹ F. SCHAUER, « Is There a Psychology of Judging? », préc., note 157 aux pages 104-105. Spellman et Schauer écrivent que le raisonnement des juges ne se distinguerait pas du raisonnement en général. Les juristes ne se distingueraient que par leur connaissance approfondie en droit, et non par une forme particulière de raisonnement : B. A. SPELLMAN et F. SCHAUER, préc., note 186.

⁶³⁰ Jacqueline P. LEIGHTON et Robert J. STERNBERG, « Reasoning and Problem Solving », dans Irving B WEINER (dir.), *Handbook of psychology*, Hoboken, NJ, Wiley, 2013, p. 613, à la page 631, en ligne : <<http://site.ebrary.com/id/10613593>> (consulté le 12 décembre 2019).

Les prémisses conceptuelles de la cohérence mentale

Le processus décisionnel demeure évasif. Même s'il était accepté que la personnalité du juge influence sa décision, il demeurerait difficile de décrire comment s'opère le phénomène. Comme l'écrit Daved Muttart, les procédés utilisés par le juge seront toujours hors de portée d'un examen direct puisqu'ils surviennent dans les confins privés du crâne judiciaire⁶³¹.

La psychologie suggère néanmoins qu'il faut s'attarder au « style cognitif » individuel pour comprendre comment une personne perçoit et réfléchit. Il faudrait donc se référer à la personnalité comme nous l'avons définie. Tetlock⁶³² et Mitchell affirment que des aspects de la personnalité des juges influencent leur style de décisions. Ainsi, ceux qui sont sensibles à l'importance du contexte auront tendance à régler une question pour des motifs restreints et nuancés, de sorte que les situations futures puissent en être distinguées. À l'inverse, ceux qui se préoccupent moins du contexte auront tendance à trancher les questions avec des énoncés larges et catégoriques⁶³³.

Cass Sunstein propose une distinction similaire entre les juges minimalistes (qui s'en tiennent au strict minimum) et les juges maximalistes (dont les énoncés couvrent plus de matière et sont formulés plus largement)⁶³⁴. Elle rejoint aussi les propos du juge Lebel, cité plus tôt, à l'effet que la méthode moderne n'exclut pas les tendances personnelles du juge⁶³⁵.

Le présent ouvrage ne s'intéresse cependant pas à la personnalité du juge dans un cas donné. Il cherche plutôt à expliquer ce qui se passe dans sa tête au moment d'interpréter la loi. Selon la théorie que nous étudierons, la personnalité des juges influence comment ceux-ci comprennent le droit, et en conséquence comment ils l'interprètent.

La psychologie de la prise de décision individuelle⁶³⁶ est ce qui nous intéresse pour comprendre le raisonnement judiciaire. Pour comprendre le phénomène, il faut d'abord considérer certains concepts.

⁶³¹ Daved MUTTART, *The empirical gap in jurisprudence: a comprehensive study of the Supreme Court of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2007, p. 7.

⁶³² Philip E. TETLOCK, *Expert political judgment: how good is it? How can we know?*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 2005.

⁶³³ Gregory MITCHELL et Philip E. TETLOCK, « Cognitive Style and Judging », dans David E. KLEIN et Gregory MITCHELL (dir.), *The psychology of judicial decision making*, Oxford ; New York, N.Y., Oxford University Press, 2010, p. 279, à la page 280.

⁶³⁴ C. R. SUNSTEIN, préc., note 417.

⁶³⁵ L. LEBEL, préc., note 257, à la page 107.

⁶³⁶ Adele DIEDERICH et Jerome R. BUSEMEYER, « Judgment and Decision Making », dans Irving B. WEINER (dir.), *Handbook of Psychology*, 2^e éd., Hoboken, NJ, Wiley, 2013, p. 660, à la page 660 réf. à Benjamin

Tout d'abord, sans vouloir s'étirer sur l'évidence, le juge s'adonne à un exercice de **jugement** lorsqu'il siège. Un jugement est une opinion au sujet de ce qu'est ou sera un aspect du monde (de l'existence, de l'univers). Le jugement peut être binaire (oui/non) comme il peut être qualitatif (valeur, beauté, qualité relative (meilleure ou pire)) ou quantitatif (nombre de personnes dans une foule, nombre de personnes attendues à un événement)⁶³⁷. En droit, le jugement comprend notamment l'évaluation de la vraisemblance d'un fait présenté en preuve, ou la vraisemblance de la narration qu'il se fait de l'adoption d'une disposition statutaire. Le jugement final reflète son évaluation des faits, des règles qui s'appliquent, de leur sens, et de leur application aux faits.

Pour juger, le décideur utilise plusieurs procédés. Il doit notamment **raisonner**, c'est-à-dire tirer des conclusions à partir de principes et de preuve⁶³⁸. Le raisonnement opère habituellement grâce à des **inférences**. Une inférence est définie comme tout procédé de raisonnement qui permet à une personne de créer une nouvelle proposition à partir de sa connaissance existante⁶³⁹. Ainsi, la personne utilise la connaissance qu'elle possède déjà pour en venir à une nouvelle proposition en utilisant un « **médiateur d'inférence** » – le lien qui unit une **prémisse** et la **proposition** (la conclusion). Ce lien est souvent supporté par une source (le **support**). En droit, le support est une règle ou un principe juridique, tandis que les arguments sont habituellement des inférences : l'induction d'un principe à partir de précédents, l'analogie entre plusieurs décisions, ou l'interprétation d'un mot⁶⁴⁰.

À titre d'illustration, prenons la proposition « Jacob, cinq ans, a volé une barre de chocolat. Aucune accusation ne

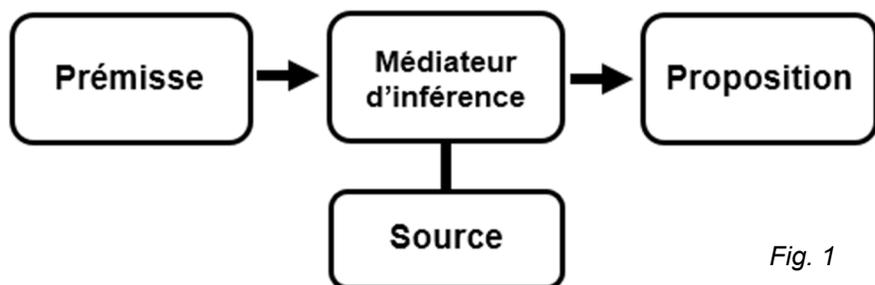


Fig. 1

R. NEWELL, David A. LAGNADO et David R. SHANKS, *Straight choices: the psychology of decision making*, Hove, Psychology Press, 2007.

⁶³⁷ A. DIEDERICH et J. R. BUSEMEYER, préc., note 630, à la page 661 réf. à J. Frank YATES, *Judgment and decision making*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, Inc, 1990.

⁶³⁸ J. P. LEIGHTON et R. J. STERNBERG, préc., note 624, à la page 631 réf. à Peter Cathcart WASON et P. N. JOHNSON-LAIRD, *Psychology of reasoning: structure and content*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1972.

⁶³⁹ D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 19.

⁶⁴⁰ *Id.* Andrew M COLMAN, *A dictionary of psychology*, Oxford, Oxford University Press, 2015 (inference). Pour un survol, voir Janice M. KEENAN, « Psychology of Inferences », dans James D. WRIGHT (dir.), *International encyclopedia of the social & behavioral sciences*, 2. ed, Amsterdam, Elsevier, 2015, p. 394; D. SIMON, D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 94; D. SIMON, « A Third View of the Black Box », préc., note 582, 514.

pourra être déposée contre lui. » Dans cette trame, la prémisse est que Jacob, qui a cinq ans, a volé une barre de chocolat. La proposition – le résultat de l'inférence – est qu'aucune accusation ne sera déposée contre lui. Le « médiateur d'inférence » – le lien implicite qui unie la prémisse à la conclusion – est que les enfants de moins de douze ans ne peuvent être reconnus coupables d'une infraction criminelle. Ce médiateur, pour être crédible, doit être supporté par une source – en l'espèce, l'article 13 du *Code criminel*⁶⁴¹.

Lorsque le juge est confronté à un litige, il doit considérer ce qui lui est exposé et en venir à une conclusion. Il s'agit alors de « résolution de problème », définie comme un procédé, orienté sur la finalité, par lequel l'esprit surmonte les obstacles qui le sépare de la solution⁶⁴². En matière judiciaire, les obstacles sont les arguments qui militent en faveur d'une autre conclusion ou qui minent la légitimité de la conclusion favorisée. Ces arguments peuvent être présentés par les parties ou exister d'office dans la tête du juge (p. ex. les principes de justice fondamentale ou les précédents notoires).

Le jugement, le raisonnement par inférence et la résolution de problème sont des concepts qui fonctionnent ensemble et avec d'autres (que nous ne verrons pas dans le cadre de ce texte). Pour **résoudre le problème** qui lui est soumis, le décideur doit **juger** les arguments qui lui sont présentés en **raisonnant** par **inférence**. C'est ce que propose le modèle de prise de décision judiciaire formulé par Dan Simon, professeur de droit et de psychologie, et l'un des rares chercheurs à s'intéresser à l'application concrète de la psychologie aux juges⁶⁴³.

Le professeur Simon puise dans diverses théories psychologiques pour formuler un modèle de prise de décision judiciaire. Ce modèle se fonde principalement sur la théorie du raisonnement⁶⁴⁴

⁶⁴¹ « Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part lorsqu'il était âgé de moins de douze ans. »

⁶⁴² J. P. LEIGHTON et R. J. STERNBERG, préc., note 624, à la page 631 réf. à Robert J. STERNBERG et Jeffery Scott MIO, *Cognitive psychology*, 5^e éd., Australia ; Belmont, CA, Cengage Learning/Wadsworth, 2008.

⁶⁴³ Parmi les autres, on retrouve notamment ses collaborateurs Keith Holyoak et Daniel Krawczyk, ainsi que Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski et Andrew Wistrich. Plusieurs autres s'intéressent évidemment au concept (Frederick Schauer, Lawrence Baum), mais peu d'expériences psychologiques sont conduites en pratique au sujet de la psychologie judiciaire.

⁶⁴⁴ Pour plus de détails au sujet des théories du raisonnement, voir J. P. LEIGHTON et R. J. STERNBERG, préc., note 630; Daniel KRAWCZYK, *Reasoning: the neuroscience of how we think*, Cambridge, MA, Elsevier, Academic Press, an imprint of Elsevier, 2018.

fondé sur la **cohérence**⁶⁴⁵ (aussi appelée consistance, consonnance, équilibre ou congruence)⁶⁴⁶.

Jack Balkin écrit que la cohérence est nécessaire à la compréhension du soi (la façon dont un individu se perçoit et se conçoit). Il existerait en nous un besoin de croire que nos propres croyances sont cohérentes et rationnelles, que nous sommes des êtres rationnels⁶⁴⁷. L'expérience humaine suggère que les personnes, même les plus instables, croient subjectivement au bienfondé de leurs croyances et de leur conception du monde. C'est parce que la cohérence a pour principal objet la préservation de notre vision de nous-même⁶⁴⁸.

La théorie de la cohérence s'inspire notamment de la **théorie de l'équilibre** développée par Fritz Heider au sujet des relations interpersonnelles⁶⁴⁹. Pour Heider, l'équilibre est une caractéristique des relations tripartites. Entre trois parties ou éléments (il peut s'agir de trois personnes ou de deux personnes et d'une opinion), l'équilibre est atteint lorsque tous ont des relations positives entre elles. Il y a déséquilibre lorsqu'une de ces relations n'est pas comme les autres (p. ex. deux personnes qui s'apprécient, mais ont une opinion divergente sur un sujet). Les déséquilibres sont des sources de tension, et on tente donc de les éviter. La théorie de Heider a été approfondie par la suite pour tenir compte non seulement de l'existence du déséquilibre, mais de la force de la relation qui existe entre les différents éléments⁶⁵⁰. Les liens entre les individus et les éléments ne

⁶⁴⁵ Pour un condensé des études, anciennes et nouvelles, avec lesquelles la théorie de la cohérence est consistante, voir Dan SIMON, Douglas M. STENSTROM et Stephen J. READ, « The coherence effect: Blending cold and hot cognitions », (2015) 109-3 *J Pers Soc Psychol* 369-394, 389-390.

⁶⁴⁶ D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 45 et s.

⁶⁴⁷ J. BALKIN, préc., note 126, 115 et 144.

⁶⁴⁸ Elliot ARONSON, « The Theory of Cognitive Dissonance: A Current Perspective » This article and all the original work reported in it were supported by a grant from the National Science Foundation. », dans Leonard BERKOWITZ (dir.), *Advances in Experimental Social Psychology*, 4, Academic Press, 1969, p. 1-34. Pour un survol, voir Joel COOPER et Kevin CARLSMITH, « Cognitive Dissonance », dans James D. WRIGHT (dir.), *International encyclopedia of the social & behavioral sciences*, 2^e éd., Amsterdam, Elsevier, 2015, p. 76.

⁶⁴⁹ Fritz HEIDER, *The psychology of interpersonal relations*, Hillsdale, Erlbaum, 1958; F. HEIDER, « Attitudes and cognitive organization », (1946) 21 *The Journal of Psychology: Interdisciplinary and Applied* 107-112.

⁶⁵⁰ Percy TANNENBAUM, « The Congruity Principle: Retrospective Reflections and Recent Research », dans Robert P. ABELSON (dir.), *Theories of cognitive consistency: a source-book*, Chicago, Rand McNally, 1968; Charles E. OSGOOD et Percy H. TANNENBAUM, « The principle of congruity in the prediction of attitude change », (1955) 62-1 *Psychological Review* 42-55. Voir dans le même ordre d'idée Milton ROSENBERG, « Hedonism, Inauthenticity, and Other Goads Toward Expansion of a Consistency Theory », dans Robert P. ABELSON (dir.), *Theories of cognitive consistency: a source-book*, Chicago, Rand McNally, 1968; Milton J. ROSENBERG, « Cognitive structure and attitudinal affect », (1956) 53-3 *The Journal of Abnormal and Social Psychology* 367-372.

sont dès lors plus binaires, une caractéristique importante lorsqu'on considère les systèmes complexes qui impliquent plus de trois éléments.

Cette nuance au sujet des liens entre les éléments s'applique en l'espèce puisque pour construire son modèle, Simon s'inspire de deux autres phénomènes : « l'architecture connexionniste de la représentation mentale » et le « mécanisme de satisfaction des contraintes »⁶⁵¹. L'**architecture connexionniste** consiste à imaginer la représentation mentale d'un problème comme un ensemble où tous les éléments sont liés entre eux et exercent une influence sur la structure comme sur les autres éléments. La **satisfaction des contraintes** réfère quant à elle aux multiples contraintes qui s'exercent en même temps en raison des différentes forces actives. En somme, le système connexionniste suggère que tous les éléments sont reliés et sont évalués en même temps⁶⁵². Il cherche à résoudre plusieurs déséquilibres en même temps, chacun étant relativement contraignant selon sa valeur probante et la force de sa relation avec l'autre élément.

Cette théorie de la **recherche de cohérence** est liée à la théorie de la « dissonance cognitive » développée par Leon Festinger⁶⁵³. La **dissonance cognitive** représente l'incongruité apparente de deux éléments au sein d'un modèle mental (croyances, opinions, comportements, faits observés). La présence d'une dissonance crée un inconfort qui nous pousse à reconsidérer la relation entre les éléments. Si nous entendions un chat japper plutôt que miauler, l'incongruité entre notre compréhension du monde (les chats miaulent et ne jappent pas) et notre perception du monde (un chat vient de japper) nous secouerait et nous forcerait à réévaluer la situation. On pourrait alors corriger l'incongruité en confirmant que nos sens nous ont trompé (le chat n'a pas jappé – nous avons mal entendu) ou en réévaluant notre conception du monde (en acceptant que les chats peuvent japper). Le même principe s'applique pour les idées et les arguments.

Selon la théorie de la dissonance cognitive, les personnes sont inconfortables lorsque leur compréhension du monde paraît insensée. Leurs procédés mentaux travaillent alors pour réduire

⁶⁵¹ Voir Stephen J. READ, Eric J. VANMAN et Lynn C. MILLER, « Connectionism, parallel constraint satisfaction processes, and gestalt principles: (re) introducing cognitive dynamics to social psychology », (1997) 1-1 *Pers Soc Psychol Rev* 26-53; Stephen J. READ et Lynn Carol MILLER, « Dissonance and balance in belief systems: The promise of parallel constraint satisfaction processes and connectionist modeling approaches », dans *Beliefs, reasoning, and decision making: Psycho-logic in honor of Bob Abelson*, Hillsdale, NJ, US, Lawrence Erlbaum Associates, Inc, 1994, p. 209-235; William BECHTEL et Adele A. ABRAHAMSEN, *Connectionism and the mind: an introduction to parallel processing in networks*, Cambridge, Mass., USA, B. Blackwell, 1991.

⁶⁵² Voir aussi le résumé de Simon : D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 53 et s.76.

⁶⁵³ Leon FESTINGER, *A theory of cognitive dissonance*, Evanston, Ill., Row, Peterson, 1957.

l'importance de la contradiction⁶⁵⁴. En conséquence, la cohérence est un état favorable au maintien du *statu quo* cognitif, alors que l'incohérence génère une pression en faveur du changement⁶⁵⁵. Ainsi, l'esprit tend naturellement vers une vision cohérente du monde, et lorsqu'il y parvient, il y reste. Notons toutefois qu'il existe plusieurs situations où existe une dissonance d'un point de vue logique, mais aucune dissonance cognitive chez l'individu. Tout dépend de s'il est conscient de l'existence de la dissonance⁶⁵⁶.

La dissonance est liée à ce que le décideur considère acceptable. C'est pourquoi la prise en compte des conséquences de l'application d'une règle fait naturellement partie du phénomène interprétatif⁶⁵⁷. Appliquer une règle qu'on croit fondamentalement injuste est en soi une incohérence. Si le juge échoue à se mettre dans la peau du législateur et à adopter sa vision du monde, il se retrouve confronté à l'application d'une règle qui, dans son univers, est incohérente. Il est donc naturel que le juge soit réticent à accepter une règle qui, pour lui, est insensée. Agir autrement reviendrait à accueillir une dissonance à bras ouverts.

En présence d'une incohérence, il existe deux façons de diminuer la dissonance cognitive, mais les deux impliquent un changement. On peut changer l'attitude ou la pensée qui crée la dissonance, ou changer son comportement. À titre d'exemple, le fumeur avisé des dangers du tabagisme peut refuser de croire que la cigarette cause des maladies mortelles (changement dans la pensée) ou cesser de fumer (changement de comportement). Il pourrait aussi accepter la proposition (la cigarette est dangereuse) et modifier sa vision du monde, par exemple en se disant qu'on meurt tous de quelque chose un jour⁶⁵⁸. Après tout, la modification du comportement est supportée par une troisième idée, à savoir qu'on veut vivre longtemps et en santé, et qu'il faut adapter son comportement pour favoriser cet objectif. En somme, la modification peut affecter tant l'appréciation de l'idée reçue que les idées préexistantes de l'individu.

⁶⁵⁴ Voir Richard E. PETTY, S. Christian WHEELER et Zakary L. TORMALA, « Persuasion and attitude change », dans Irving B WEINER (dir.), *Handbook of psychology*, Hoboken, NJ, US, John Wiley & Sons Inc, 2003, p. 353-382 aux pages 376 et 381-383; David Ricky MATSUMOTO (dir.), *The Cambridge dictionary of psychology*, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 2009 (« cognitive dissonance theory »).

⁶⁵⁵ D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 47.

⁶⁵⁶ Todd D. NELSON, « Cognitive Consistency Theories », *Encyclopedia.com*, en ligne : <www.encyclopedia.com/> (consulté le 8 août 2019). Todd D. Nelson est docteur en psychologie de l'université du Michigan et professeur à la California State University Stanislaus.

⁶⁵⁷ Gadamer écrit que comprendre est de pouvoir appliquer – ce qui est certainement vrai en droit : H.-G. GADAMER, *Truth and method*, préc., note 537, p. 325.

⁶⁵⁸ Les exemples sont empruntés à T. D. NELSON, préc., note 656. Nelson indique que Festinger utilisait lui-même l'exemple du fumeur.

Au cœur de la théorie de la cohérence se trouve aussi l'idée que l'esprit cherche à éviter les tâches complexes et difficiles. Lorsqu'il y est confronté, il les reconstruit en tâches simples et faciles qui emportent des conclusions sûres⁶⁵⁹. Les tâches sont considérées complexes lorsque les considérations sont nombreuses, contradictoires, ambiguës ou incommensurables⁶⁶⁰ – ce qui correspond normalement aux litiges juridiques. Les cas où toutes les inférences supportent une même conclusion constituent les cas faciles, alors que les cas où l'évaluation initiale contient des inférences supportant des conclusions différentes constituent les cas difficiles⁶⁶¹.

Le besoin de cohérence cognitive n'opère pas uniquement dans un contexte de prise de décision. Les humains ont naturellement tendance à rechercher la cohérence dans leur compréhension du monde⁶⁶². La recherche de cohérence peut être une finalité en soi. Elle s'exprime à travers l'ensemble de l'existence humaine. On la recherche en permanence, à tous les instants, chaque fois que nous percevons une information.

En conséquence, tous les éléments qui font partie de la compréhension du monde sont traités dès leur réception, y compris un texte de loi ou les arguments en faveur d'une de ses interprétations possibles. Cette évaluation en continue fait en sorte que l'opinion du juge par rapport au problème à résoudre naît dès qu'il lui est présenté et il continue d'évoluer jusqu'à sa conclusion. Les différents éléments ne sont pas emmagasinés dans la mémoire dans l'attente d'instructions ou que l'ensemble des considérations soient réunies⁶⁶³. En conséquence, il ne faut pas imaginer la résolution de problème comme la considération simultanée d'un ensemble de proposition à partir d'un état neutre, mais plutôt comme un travail en mouvement où ne cessent de s'ajouter (ou de disparaître) des éléments à considérer.

⁶⁵⁹ D. SIMON, « A Third View of the Black Box », préc., note 582, 513 et 516. Le passage d'une tâche complexe en une tâche facile est ici le résultat d'une reconstruction de la tâche. Il faut le distinguer du remplacement qui existe en heuristique où l'esprit remplace une question complexe (Quel fut mon niveau de bonheur moyen pour les cinq dernières années?) par une question simple (Quel est mon niveau de bonheur actuel?) : Daniel KAHNEMAN et Shane FREDERICK, « Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgement », dans *Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgment*, coll. Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgment, New York, NY, US, Cambridge University Press, 2002, p. 49.

⁶⁶⁰ William JAMES, *The principles of psychology*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1983 [1890], p. 1136.

⁶⁶¹ D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 44.

⁶⁶² D. SIMON, « A Third View of the Black Box », préc., note 582, 551.

⁶⁶³ Voir Reid HASTIE et Bernadette PARK, « The relationship between memory and judgment depends on whether the judgment task is memory-based or on-line », (1986) 93-3 *Psychological Review* 258-268, 261-266; Laraine WINTER et James S. ULEMAN, « When are social judgments made? Evidence for the spontaneousness of trait inferences », (1984) 47-2 *J. Pers. Soc. Psychol.* 237-252, 248-251.

Maintenant que nous avons vu les principaux concepts utiles (inférences, dissonance cognitive, recherche d'équilibre et interconnexion des éléments), nous pouvons considérer le modèle de la cohérence proposé par Dan Simon.

Le modèle de la cohérence mentale dans la prise de décision

Pour traiter tous ces éléments et les incohérences possibles, l'esprit crée un **modèle mental** qui représente sa perception des propositions (les « représentations mentales » des concepts)⁶⁶⁴. Le modèle paraît cohérent lorsqu'une conclusion finale⁶⁶⁵ (p. ex. l'accusé est coupable) est supportée par des considérations probantes, tandis que les considérations qui supportent les solutions alternatives sont jugées faibles et rejetées. Le modèle paraît *incohérent* lorsque les considérations appuient différentes conclusions avec une force similaire⁶⁶⁶.

On peut comparer le modèle mental à la construction d'une narration. Le décideur tente d'évaluer tous les faits qui lui sont présentés afin de construire une histoire qui se tient⁶⁶⁷. Le même principe s'applique dans la détermination du droit. Le juge cherche à ce que les propositions s'agencent pour former un droit cohérent. Lorsqu'il s'agit d'une décision qui allie les faits et le droit, le même modèle continue de prévaloir, à la différence qu'on y recherche la cohérence normative plutôt que la cohérence factuelle⁶⁶⁸. Caractéristique essentielle : dans ce modèle, le droit n'est pas imperméable aux faits – les faits, les arguments et normes sont susceptibles de s'influencer mutuellement afin de parvenir à un tout cohérent.

Le modèle mental consiste en un réseau complexe (une toile d'araignée ou un circuit électrique) à travers lequel sont connectées divers éléments. Chaque élément (l'unité d'un circuit électrique, ou l'intersection des fils de la toile) a un **niveau d'activation**, une force qui varie selon son appréciation par le décideur. L'image du circuit ou de la toile d'araignée sert surtout à illustrer que les éléments sont liés entre eux et que leur force respective influence différemment les autres unités auxquelles ils sont liés, directement ou par l'entremise de leurs voisins.

⁶⁶⁴ D. SIMON, « A Third View of the Black Box », préc., note 582, 516.

⁶⁶⁵ À distinguer d'une conclusion relative à une inférence.

⁶⁶⁶ D. SIMON, « A Third View of the Black Box », préc., note 582, 516 et 522. Au sujet des « représentations mentales », voir Ronald Thomas KELLOGG, *Cognitive psychology*, 2^e éd., Thousand Oaks, Calif, Sage Publications, 2003, p. 8; Arthur B. MARKMAN, *Knowledge representation*, Mahwah, NJ, L. Erlbaum, 1999.

⁶⁶⁷ Voir note 612.

⁶⁶⁸ J. BALKIN, préc., note 126, 114-116.

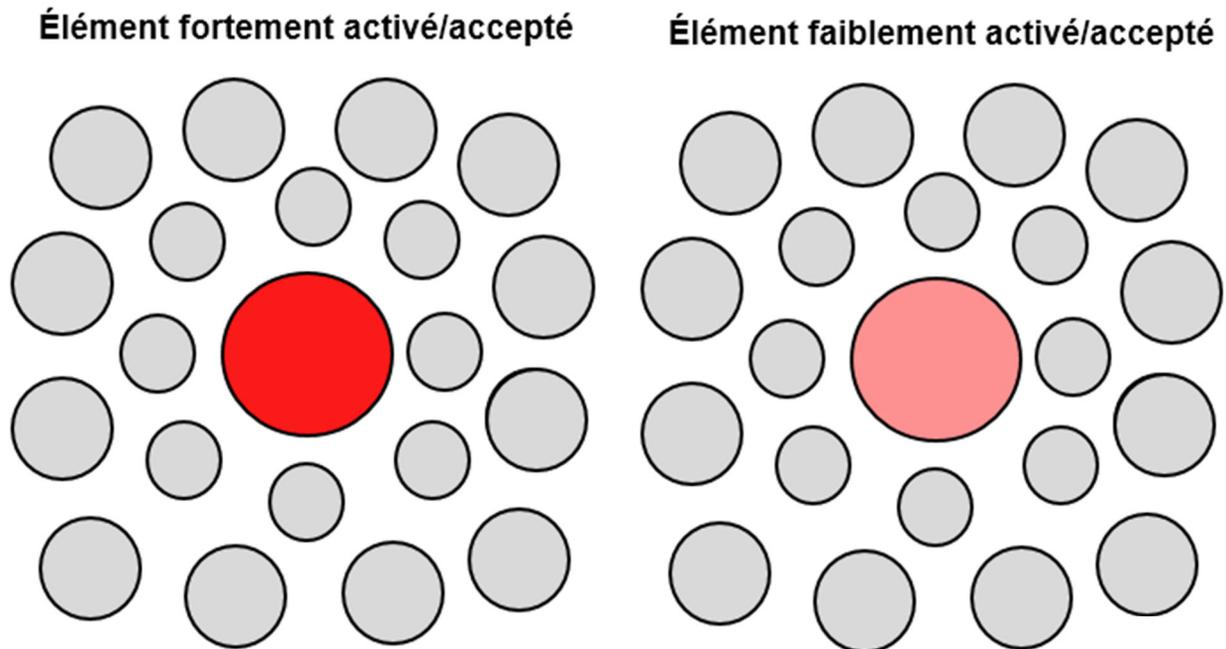


Fig. 2

Dans ce qui suit, nous allons déconstruire ce modèle pour comprendre comment la personnalité y joue un rôle. Tout commence par l'évaluation des divers éléments qui composent le modèle. Si l'évaluation globale dépend des propositions qu'on retrouve dans le modèle, l'évaluation des propositions dépend quant à elle des inférences qui les supportent.

On dit que le modèle de la cohérence est un modèle de prise de décision « fondé sur les inférences ». Il en est ainsi parce que les inférences sont centrales à l'évaluation de chaque élément. Ce type de modèle est conçu pour les situations où les personnes doivent faire des choix entre des conclusions opposées, chacune supportée par plusieurs inférences⁶⁶⁹. L'analyse de chaque proposition repose avant tout sur l'inférence qui y est liée. Pour accepter la conclusion d'une inférence, il faut accepter la prémisse, le médiateur d'inférence et la source supportant ce dernier.

L'évaluation de ces inférences se fait à la fois de façon globale (l'ensemble du modèle est évalué) et individualisée (chaque proposition qui compose le modèle est évaluée). Cela étant dit, dans sa recherche de cohérence, l'esprit analyse l'ensemble des propositions en même temps (évaluation holistique) plutôt qu'un élément à la fois (évaluation atomistique)⁶⁷⁰. Il évalue donc tous les

⁶⁶⁹ D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 33.

⁶⁷⁰ D. SIMON, « A Third View of the Black Box », préc., note 582, 559-560. La notion d'évaluation de l'ensemble des éléments puise une part de ses origines dans la psychologie de Gestalt (qui signifie

éléments du même coup. Les nouveaux éléments sont évalués à la lumière de ceux déjà présents, et ils influencent ceux-là dès qu'ils entrent dans l'esprit du décideur.

C'est pourquoi l'exclusion d'un élément de preuve ou d'un argument n'est pas vraiment possible. Cela est vrai tant pour un jury à qui le juge ordonne de ne pas tenir compte de l'élément que pour le juge qui siège seul et tente de l'ignorer dans sa prise de décision. Dès qu'un argument est entendu et évalué, il influence le reste du modèle. Le simple fait de vouloir le retirer n'enlèvera pas l'influence déjà exercée sur ces autres éléments⁶⁷¹. Pour réellement écarter un élément de preuve, le juge des faits devrait reconstruire le modèle mental qui existait avant d'avoir pris connaissance du fait problématique, puis recréer le modèle tel qu'il se serait développé au fur et à mesure qu'y étaient ajoutés de nouveaux éléments, jusqu'à être remonté jusqu'au moment présent. Cet exercice semble humainement impossible.

L'idée d'ignorer un élément de preuve relève donc davantage de la fiction juridique que de la réalité, même au sein de la magistrature. Il est à ce sujet intéressant de remarquer que les tribunaux ne font pas confiance aux avocats pour ignorer une information qu'ils ne devraient pas avoir⁶⁷², ni aux jurys pour surmonter le phénomène et ignorer une preuve qui leur fut soumise par erreur. Malgré cela, ils ne semblent pas s'inquiéter de la capacité de la magistrature à ignorer ce même élément de preuve⁶⁷³.

Comme nous l'indiquons ci-dessus, il n'est pas davantage possible pour un juge que pour un juré de faire totalement abstraction de l'élément de preuve exclu. Cet élément aura vraisemblablement toujours une certaine influence. Il existe cependant des raisons probantes pour lesquelles les procédures devraient se poursuivre malgré une telle bévue dans la présentation de la preuve. Il serait absurde de recommencer un procès chaque fois qu'un élément est présenté par mégarde.

« forme » en allemand). Aussi appelée la "loi de la simplicité", la *gestaltpsychologie* est à l'effet qu'on a tendance à voir les formes en fonction de l'ensemble et non en tant que parties individualisées. Le gestaltisme explique plusieurs illusions optiques. Dans le modèle de la cohérence, cette théorie inspire deux idées : l'importance de l'ensemble plutôt que de l'élément, et l'importance de la proximité des éléments entre eux. L'évaluation holistique est aussi inspirée du modèle connexionniste, *supra*, note 651.

⁶⁷¹ Voir Ronald J. ALLEN, « Rationality, Algorithms and Juridical Proof: A Preliminary Inquiry », (1997) 1 *Int'l J. Evid. & Proof* 254; Ronald J. ALLEN, « Factual Ambiguity and a Theory of Evidence », (1993) 88-2 *Nw. U. L. Rev.* 604-640.

⁶⁷² La Cour écrit dans *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235 : « Un avocat qui a appris des faits confidentiels pertinents ne peut pas agir contre son client ou son ancien client. Il sera automatiquement déclaré inhabile à agir. Peu importe qu'il donne l'assurance ou qu'il promette de ne pas utiliser les renseignements. L'avocat ne peut pas compartimenter son esprit de façon à trier les renseignements appris de son client et ceux obtenus d'autres sources. »

⁶⁷³ Bien que le commentaire ne soit plus des plus récents, voir J. FRANK, préc., note 10, p. 115.

Pareillement, il serait difficile d'exiger qu'un autre magistrat, plutôt que le juge du procès, entende les voir-dires sur l'admissibilité de certaines preuves.

Dans ce contexte – comme dans le contexte plus général du raisonnement judiciaire dont nous traitons – il semble cependant important de reconnaître les phénomènes psychologiques dont il est ici question. Cette reconnaissance ouvre la porte à un débat éclairé au sujet des politiques juridiques que l'on souhaite adopter à ce sujet. Cette information pourrait aussi servir à insister sur la nature difficile de ce qui est attendu des juges et jurés confrontés à ces situations, et sur le sérieux dont ils devraient faire preuve en s'exécutant.

Dans le même ordre d'idées que la preuve qui ne peut être ignorée, l'esprit ne reconnaît pas de barrière entre les éléments juridiquement pertinents et ceux qui ne le sont pas. C'est pourquoi la preuve non pertinente peut malgré tout influencer une décision⁶⁷⁴. Il se peut même qu'une décision soit influencée par une autre décision, même s'il n'existe pas de lien⁶⁷⁵.

Pour exclure l'élément inadmissible, il faut tenter de reconstruire le modèle à l'état où il existait avant la prise de connaissance de cet élément, et considérer comment tous les autres éléments auraient par la suite été influencés différemment n'eût été de cet élément. En raison de l'importante quantité d'éléments qui composent le modèle, il s'agit d'un exercice intimidant. Il est utopique de croire qu'il puisse être réalisé sans difficulté, même par les magistrats expérimentés.

Concrètement, la réflexion du juge s'opère à travers une analyse comparant les conclusions⁶⁷⁶. Pour déterminer laquelle est la meilleure, le juge considère l'ensemble des propositions. Chacune est alors évaluée en fonction de sa force probante, à commencer par la cohérence entre la prémisse, la conclusion, et le médiateur d'inférence qui les relie.

⁶⁷⁴ Par exemple, dans une affaire de responsabilité civile où on reproche à un intimé une faute, le fait d'apprendre que le demandeur est une bonne personne ne devrait pas influencer la responsabilité civile de l'intimée. Pourtant, le juge peut être influencé en sa faveur en raison de ce fait. Voir D. SIMON, « A Third View of the Black Box », préc., note 582, 537-538 et 546-547.

⁶⁷⁵ Par exemple, le fait d'apprendre que la plaignante A dans une affaire X a menti pourrait amener le juge à juger défavorablement de la crédibilité de la plaignante B dans l'affaire Y. La présence d'un seul élément commun (i.e. la crédibilité qu'on accorde en général au genre de plaignant) suffit à contaminer différents modèles mentaux qui n'ont aucun lien direct entre eux. Voir *Id.*, 540 et 546-547. Pour une liste d'exemples tirés de la recherche, voir Dan SIMON, « On Juror Decision Making: An Empathic Inquiry », (2019) 15-1 *Annual Review of Law and Social Science* 415-435, 433.

⁶⁷⁶ Eskridge écrit que l'interprétation ne consiste pas à confirmer une pré-compréhension du lecteur, mais de discriminer entre les diverses pré-compréhensions pour choisir la meilleure – certaines étant rejetées parce qu'elles ne sont pas cohérentes avec l'ensemble : W. N. Jr. ESKRIDGE, préc., note 6, 621 réf. à H.-G. GADAMER, *Truth and method*, préc., note 537, p. 271.

Dans le cadre de cet exercice, le système cognitif tente d'imposer une forme de cohérence entre les arguments. Si accepter un argument renforce une conclusion, il est noté comme tel. L'esprit crée ainsi des sous-groupes de propositions.

Le modèle de cohérence cherche à ce que les propositions retenues soient cohérentes entre elles – elles doivent mener à un même résultat. Pour l'esprit, il est contre-nature de supporter à la fois une conclusion et les arguments qui y sont défavorables. Cela serait incohérent et créerait de la dissonance cognitive. En conséquence, les arguments contraires à la conclusion retenue sont rejetés et ignorés⁶⁷⁷. L'esprit cherche ainsi à ce que tous les indicateurs pointent dans la même direction. Petit à petit, le cas difficile composé d'arguments contraires se transforme en cas facile où tous les arguments convergent vers une même conclusion⁶⁷⁸.

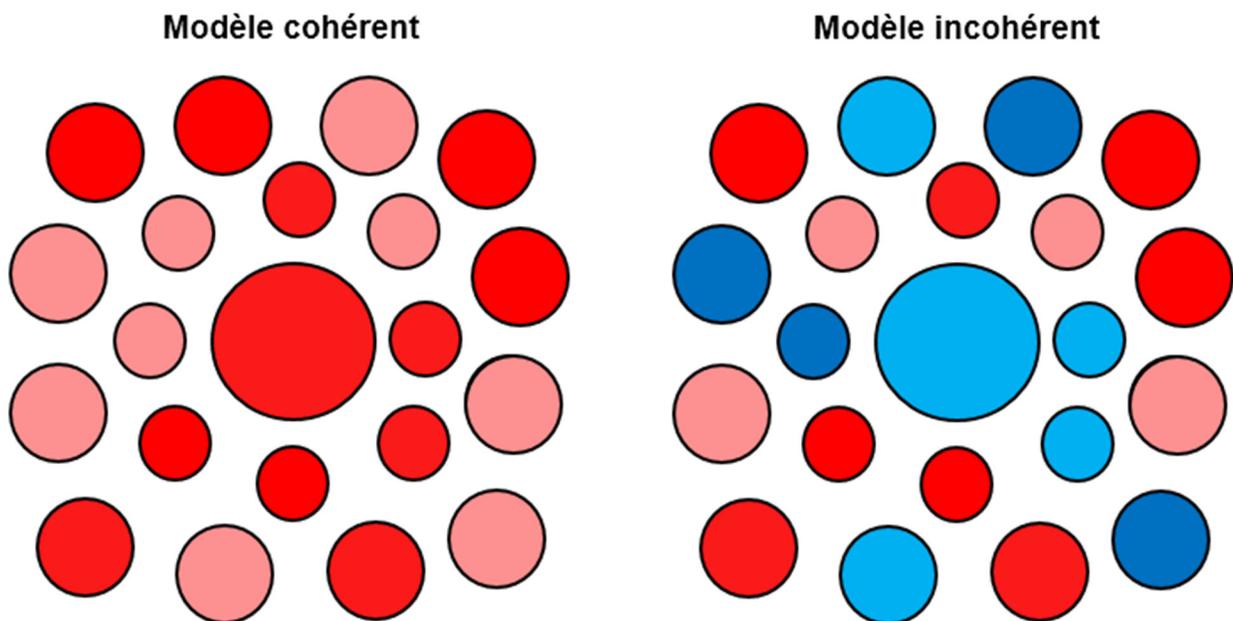


Fig. 3

Le processus d'évaluation a lieu à travers la répétition d'une même étape de restructuration du modèle mental. Chaque fois, l'esprit tente des combinaisons différentes pour tester divers scénarios. Le professeur Simon parle d'un processus à la fois flexible et dynamique⁶⁷⁹. En cas de conflit réel dans le modèle initial – lorsque plusieurs conclusions sont supportées par des

⁶⁷⁷ D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 21.

⁶⁷⁸ D. SIMON, « A Third View of the Black Box », préc., note 582, 517 et 584.

⁶⁷⁹ D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 79.

arguments probants – l'esprit ne se limite pas à l'évaluation d'une seule perspective⁶⁸⁰. Il étudie en alternance les conclusions possibles, épousant tour à tour les arguments qui les appuient afin d'en apprécier la cohérence. Il continue jusqu'à ce qu'il parvienne à une conclusion définitive⁶⁸¹.

D'ailleurs, les changements apportés ne sont pas aléatoires. Au contraire, ils sont influencés par ce que le juge estime être susceptible d'améliorer la cohérence pour le mener à la solution du problème⁶⁸². L'expérience du juge lui permet d'être plus efficace dans ce processus, en ce qu'il peut importer dans son modèle mental des modèles antérieurs utilisés pour résoudre des problèmes similaires⁶⁸³.

Au fur et à mesure que les propositions sont évaluées et réévaluées, certaines ressortent comme plus cohérentes que d'autres. Les modèles jugés plus cohérents sont retenus, tandis que les moins cohérents sont rejetés. D'une certaine façon, l'esprit garde en tête le modèle le plus cohérent tenté jusqu'alors, et y compare les nouveaux modèles. Il est donc garanti de ne conserver que les améliorations⁶⁸⁴.

Les **restructurations du modèle** ne sont pas radicales. Il s'agit plutôt de légères modifications dans l'appréciation de chaque élément, entraînant un changement graduel du modèle mental⁶⁸⁵. Lorsqu'on passe d'un modèle mental où les conclusions s'équivalent à un modèle où une conclusion domine, on parle de **changement cognitif (*cognitive shift*)**. Ce changement peut toucher l'ensemble du modèle mental ou un élément seulement⁶⁸⁶. Il peut survenir rapidement⁶⁸⁷ ou lentement – parfois sur une période de plusieurs mois. Parce que les changements cognitifs ont lieu avant la prise de décision, il est aussi cru que les motifs rendus par le juge ne sont pas le fruit d'un pur exercice de rationalisation une fois la décision prise, mais les raisons qui ont

⁶⁸⁰ Le défaut de considérer l'une des options possibles serait considéré comme une faille importante dans le raisonnement : Jonathan BARON, *Thinking and deciding*, 4th ed, New York, Cambridge University Press, 2008, ch. 9.

⁶⁸¹ W. JAMES, préc., note 660, p. 1137.

⁶⁸² D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 79. réf. à Allen NEWELL et Herbert A. SIMON, *Human problem solving*, Englewood Cliffs, N.J, Prentice-Hall, 1972, p. 826.

⁶⁸³ Gary L. BLASI, « What Lawyers Know: Lawyering Expertise, Cognitive Science, and the Functions of Theory », (1995) 45-3 *Journal of Legal Education* 313-397, 342-348.

⁶⁸⁴ D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 79.

⁶⁸⁵ D. SIMON, « A Third View of the Black Box », préc., note 582, 517.

⁶⁸⁶ *Id.*, 527.

⁶⁸⁷ Certains changements cognitifs importants ont eu lieu en moins d'une heure lors d'expériences : *Id.*, 528.

véritablement mené à la décision⁶⁸⁸. Dit autrement, le juge ne fait pas que justifier sa décision, il exprime une logique à laquelle il croyait avant même d'écrire ses motifs.

Le modèle de cohérence peut s'appliquer aux questions de droit. Balkin affirme que si la cohérence des faits est une question de logique ou de cohérence narrative, la cohérence du droit est une question de cohérence normative⁶⁸⁹. Il faut que les principes, politiques et objets de la loi se justifient dans un tout cohérent⁶⁹⁰. La cohérence est donc une condition essentielle à notre compréhension du monde, qu'il s'agisse du monde factuel ou conceptuel.

Tout ce que nous venons de voir est compatible avec l'analyse d'une question de droit. Dans une pure question de droit, les « unités » ou « éléments » du circuit électrique seraient des arguments de logique et rien d'autre. Le juge évaluerait et réévaluerait les relations entre les arguments qu'il accepte et ceux qu'il rejette jusqu'à trouver un modèle normatif logique et cohérent. En réalité cependant, le modèle contiendrait aussi des faits, réels ou inventés. Quoi qu'il en soit, que le raisonnement soit de pure logique ou imprégné de faits, la méthode proposée est compatible avec la démarche intellectuelle de l'interprète.

Du point de vue de la théorie de la cohérence mentale, le rôle du juge est donc d'évaluer diverses propositions, chacune supportée par plusieurs inférences. Il doit accepter (si on lui propose) ou trouver (si l'argument est incomplet) les inférences nécessaires, puis les intégrer au modèle mental grâce auquel il analyse l'affaire⁶⁹¹. À terme, le processus de prise de décision du juge consiste à transformer sa représentation mentale de la question juridique qui doit servir à trancher le litige. Il part de la représentation initiale de la question, où des arguments contraires créent une apparente incohérence. Il évalue et réévalue par la suite l'ensemble des arguments jusqu'à en venir à un modèle qui lui semble cohérent, c'est-à-dire une représentation où les arguments acceptés tendent vers une même conclusion, tandis que les arguments qui s'y opposent sont rejetés⁶⁹².

Les motifs rendus laissent habituellement entendre que la décision est non seulement correcte, mais la seule qui puisse être rendue compte tenu du cadre applicable. La lecture de la décision ne porte pas à croire que le juge a fait un choix en vertu de sa discrétion judiciaire – elle affirme

⁶⁸⁸ Voir *Id.*, 534 et 546.

⁶⁸⁹ J. BALKIN, préc., note 126, 114.

⁶⁹⁰ *Id.*, 116.

⁶⁹¹ D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 19.

⁶⁹² *Id.*, 61 et 77.

plutôt que la conclusion retenue est la seule qui soit légitime⁶⁹³. Pour Dan Simon, ces motifs traduisent une croyance sincère du juge dans le bienfondé de sa décision⁶⁹⁴. Lorsqu'une décision est prise, le juge cesse d'être un évaluateur neutre des arguments, et devient plutôt un défenseur de la conclusion retenue⁶⁹⁵.

Cette confiance au bienfondé de la décision rendue est la conséquence naturelle de la façon dont le modèle mental évolue au fil des restructurations. Comme nous le verrons, la recherche de cohérence et les procédés cognitifs – les mécanismes de raisonnement utilisés par l'esprit – ont pour effet de polariser les idées. Ainsi, les arguments qui contredisent la conclusion retenue sont rejetés et deviennent invisibles (ignorés) puisque sans valeurs. S'ils paraissent légitimes au début de la réflexion, finissent par être vus comme devant à l'évidence être mises de côté. Pour comprendre l'entièreté du processus, il faut considérer comment les propositions qui forment le modèle agissent à l'intérieur de celui-ci.

L'influence des propositions qui forment le modèle

Chaque élément du modèle a une influence sur la conclusion retenue. En plus d'affecter directement cette conclusion, il influence les autres éléments et les autres conclusions possibles. Cet effet garantit la cohérence à travers l'ensemble du modèle en ce que chaque élément est considéré en tant que partie d'un tout⁶⁹⁶. Parce tous les éléments exercent une telle influence, ils sont à la fois influenceurs et influencés. Cette influence est donc bidirectionnelle⁶⁹⁷. De plus, les éléments peuvent se supporter mutuellement et renforcer la conclusion à laquelle ils mènent. Balkin donne l'exemple des affirmations « Jean aime jouer au tennis » et « Jean possède une raquette de tennis », chacune rendant l'autre plus probable dans un univers cohérent⁶⁹⁸.

⁶⁹³ Il est rare que les juges admettent officiellement dans un jugement qu'il n'existe pas de bonne réponse et que plusieurs des arguments retenus peuvent légitimement s'équivaloir simultanément. Un tel exemple se trouve dans *R. c. Mills*, 2019 CSC 22, par. 66, où le juge Moldaver écrit des motifs concurrents pour dire que tant les motifs évoqués par les juges Brown (avec l'accord des juges Abella et Gascon) que ceux évoqués par la juge Karakatsanis (avec l'accord du juge en chef Wagner) sont bien fondés en droit et peuvent servir de fondement valable au rejet de l'appel. À l'évidence, une telle position serait inacceptable si elle approuvait des motifs dont le résultat serait contradictoire, la fonction du juge étant de trancher le litige en faveur d'une des parties, et non simplement de dire qu'elles pourraient toutes deux avoir raison.

⁶⁹⁴ D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 3 et 17.

⁶⁹⁵ *Id.*, 84.

⁶⁹⁶ *Id.*, 51.

⁶⁹⁷ Voir K. J. HOLYOAK et D. SIMON, préc., note 587. Dans le même ordre d'idée, voir le concept de « reflective equilibrium » de John RAWLS, *A theory of justice*, Cambridge, Mass, Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

⁶⁹⁸ J. BALKIN, préc., note 126, 114.

Parce que tous les éléments sont connectés, l'influence s'exerce aussi sur la structure (l'ensemble du modèle mental). On retrouve ici l'idée du système connexionniste – système où tous les éléments sont liés entre eux. Il s'apparente ainsi à un circuit électrique complexe⁶⁹⁹ où chaque élément (notion, argument ou concept) représente un point du circuit (on peut l'imaginer par une lumière, un conducteur ou un générateur).

Chaque élément a ce que Simon appelle un « niveau d'activation⁷⁰⁰ ». Ce niveau correspond en fait à son acceptation par le décideur, et à la force probante qui en découle – un élément facilement accepté et considéré comme essentiel (p. ex. le fardeau de preuve hors de tout doute raisonnable en droit criminel) étant par la force des choses plus probant, c'est-à-dire plus influent.

L'activation peut être positive lorsque l'argument est accepté, ou négative lorsque rejeté, et son influence sur les autres éléments peut être forte ou faible, positive ou négative, selon le lien les unit⁷⁰¹. Le niveau d'activation est donc l'un des deux facteurs qui déterminent l'influence exercée sur les autres éléments du modèle. Le second facteur est le lien qui unit l'élément influent avec l'élément influencé. L'influence est proportionnelle au lien qui les unit. Ces deux facteurs doivent être considérés ensemble, et non séparément⁷⁰².

Exemple de modèle connexionniste

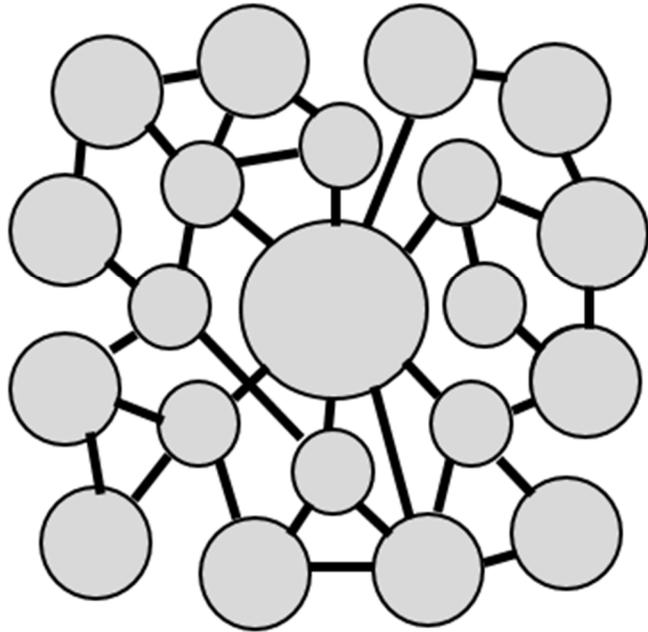


Fig. 4

⁶⁹⁹ Complexe parce que ce n'est pas dans tous les cas que le rejet d'un élément entraînera l'exclusion de la conclusion proposée, comme ce serait le cas si certains conducteurs électriques étaient retirés d'un système simple.

⁷⁰⁰ D. SIMON, « A Third View of the Black Box », préc., note 582, 521 note 29.

⁷⁰¹ D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 55.

⁷⁰² *Id.*, 101-102.

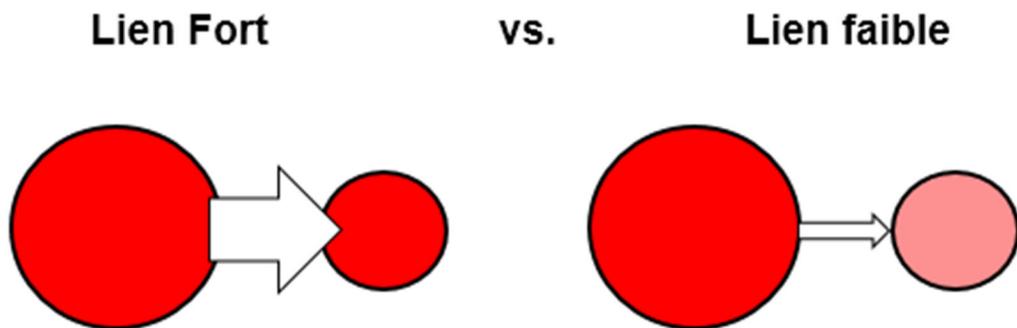


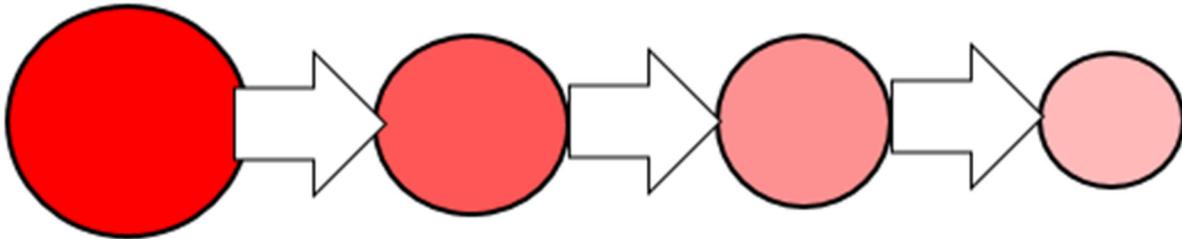
Fig. 5

On peut imaginer l'influence comme une conduite d'eau. Le niveau d'activation est la quantité d'eau que l'élément tente d'envoyer en direction de l'élément à influencer. Le tuyau qui unit les deux éléments est le lien entre ceux-ci. Si l'élément influent tente de faire passer une très grande quantité d'eau à travers un très petit tuyau, l'élément influencé ne recevra qu'une petite quantité d'eau – il sera peu influencé. Si, au contraire, le tuyau (le lien) qui les unie est très grand, alors la quantité d'eau (l'influence) sera aussi grande. Enfin, si la quantité d'eau initiale (le niveau d'activation) est très petite, la quantité d'eau envoyée (l'influence) sera toujours faible, peu importe la taille du tuyau.

Le niveau d'activation de chacun a un effet immédiat sur ses voisins, mais aussi un effet indirect sur les voisins de ses voisins. La métaphore de la canalisation d'eau fonctionne encore si on l'imagine en tant que système unidirectionnel. L'eau envoyée par l'élément A à l'élément B fera augmenter l'eau que l'élément B peut tenter d'envoyer à l'élément C, et ainsi de suite. À travers ce jeu, même les éléments les plus éloignés sont affectés par l'élément A.

Effet domino

Élément influenceur fortement activé/accepté



Élément influenceur faiblement activé/accepté

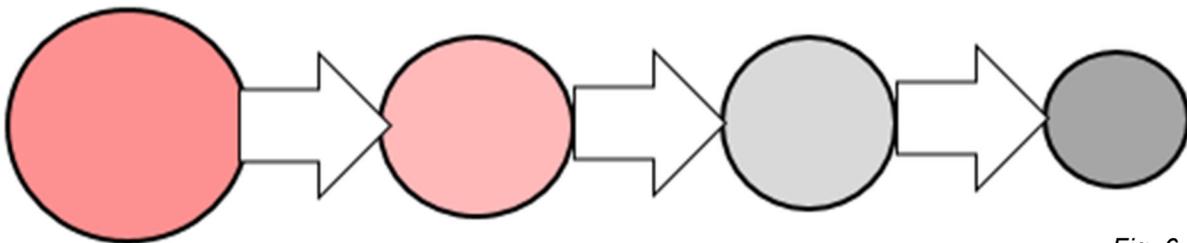


Fig. 6

Quant à l'influence négative, il faut l'imaginer comme si, plutôt que de pousser de l'eau vers un autre élément influencé, l'élément influent tentait de l'aspirer. L'analogie des conduites d'eau a cependant ses limites. Selon le modèle de la cohérence, l'influence est bidirectionnelle, un concept que les lois de la physique n'accrochent pas avec la métaphore du système d'eau. Pour comprendre comment le décideur perçoit les éléments à l'intérieur du modèle, mieux vaut se tourner vers l'image d'un circuit électrique où chaque élément est une lumière. Pour reprendre le dernier point, un élément électrique du circuit, plutôt que de donner de l'énergie à l'élément influencé, lui en enlèverait : sa lumière diminuerait plutôt que d'augmenter.

Le circuit électrique est aussi un bon exemple pour comprendre que les éléments ont eux-mêmes une importance relative selon qu'ils constituent des propositions centrales à l'argument ou des propositions mineures. Si l'on imagine un circuit électrique (un tableau où se trouvent de nombreuses lumières bleues et rouges), les éléments centraux seront représentés par des lumières très puissantes, tandis que les éléments mineurs apparaîtront comme de toutes petites ampoules. Si une lumière bleue très puissante est hautement activée (produit une lumière forte), celle-ci suggérera que la bonne conclusion est la conclusion bleue. Il faudra qu'une très grande quantité de petites ampoules rouges soient aussi activées avant que ces lumières rouges donnent

l'impression que le circuit est généralement rouge, et non bleu. Si cette lumière bleue demeure très brillante malgré la forte activation de toutes les lumières rouges, elle demeurera visible. En droit criminel, il s'agira du doute raisonnable : le fait que malgré toutes les lumières rouges, on ne peut évacuer la présence du brillant point bleu au milieu du circuit rouge.

Généralement, cette lumière disparaît cependant. La façon dont l'esprit réfléchit lorsqu'il emploie le modèle de cohérence entraîne l'illusion de la supériorité d'une conclusion. Lorsque deux éléments se renforcent mutuellement et affaiblissent un élément contraire, ils sont non seulement plus grands dans l'absolu, mais ils semblent encore plus grand par rapport à l'élément diminué⁷⁰³. L'esprit constate alors une inégalité – une incohérence, une dissonance – entre la force probante de ces éléments. Le tiers élément diminué n'a plus sa place dans le modèle. La dissonance cognitive est alors réduite par un phénomène de séparation (*spreading apart*) des groupes d'éléments selon leur affiliation. Le groupe formé des deux éléments qui s'accordent ira d'un côté, et le tiers élément ira d'un autre côté⁷⁰⁴.

Pour poursuivre avec l'analogie, imaginons trois lumières toutes connectées et de force égale. Deux sont rouges; une est bleue. Si les deux ampoules rouges sont fortement acceptées, elles brilleront fortement de par elles-mêmes. Mais parce que l'esprit remarque une incohérence du fait de voir une lumière bleue allumée parmi ces lumières rouges, il diminuera sa luminosité de manière à donner l'impression d'un circuit rouge. Ainsi, non seulement les lumières rouges sont-elles plus brillantes de par elles-mêmes (luminosité dans l'absolu), mais elles le paraissent encore davantage parce que la lumière bleue diminue peu à peu (luminosité relative). La diminution de la lumière bleue correspond à « l'influence négative » dont nous parlions plus tôt.

Le modèle de cohérence a ainsi tendance à favoriser la polarisation. Il favorise une conclusion au détriment de l'autre, allant jusqu'à faire disparaître les arguments qui soutiennent la conclusion rejetée⁷⁰⁵. Cette polarisation est renforcée dans certains cas par le système binaire des décisions judiciaires⁷⁰⁶. En droit criminel, l'accusé est coupable ou non coupable – il n'y a pas de semi-culpabilité, même si le juge est à un doute près de condamner l'accusé. Même dans les cas où

⁷⁰³ *Id.*, 49.

⁷⁰⁴ *Id.*

⁷⁰⁵ D. SIMON, « A Third View of the Black Box », préc., note 582, 517; D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 20 et 79. Voir aussi Alexander I. PLATT, « Debiasing Statutory Interpretation », (2012) 39 *Ohio Northern University Law Review* 275-318, 289.

⁷⁰⁶ D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 99.

des compromis sont possibles (p. ex. quant à la responsabilité partagée en matière civile), la théorie de Simon suggère que le phénomène de polarisation influence la réflexion.

Au terme de ce processus cognitif, le juge conçoit comme une évidence la conclusion à laquelle il parvient. Dans sa représentation mentale du dilemme, les arguments favorables à la conclusion retenue sont hautement activés/acceptés, tandis que ceux qui en favorisent une autre sont rejetés et paraissent invisibles aux yeux du juge, complètement éclipsés par le reste du modèle.

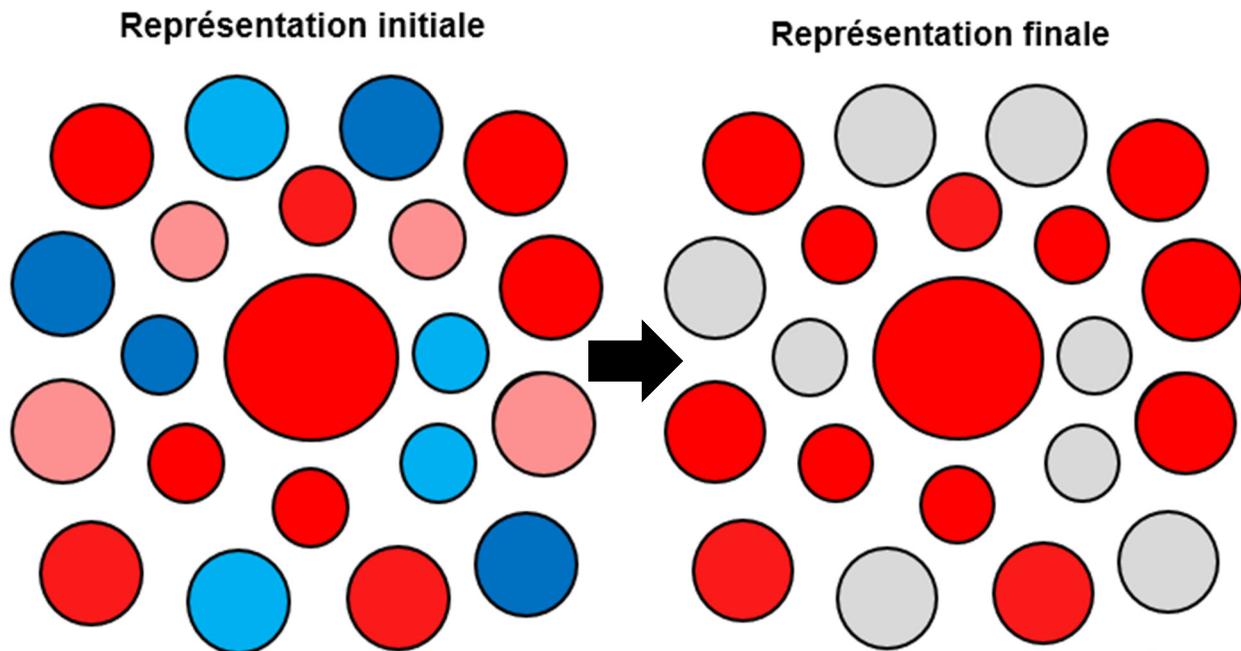


Fig. 7

Reprenons une dernière fois l'analogie du circuit électrique où les lumières sont bleues ou rouges, selon qu'elles mènent à une conclusion ou à l'autre. Au départ, le circuit est illuminé tant de rouge que de bleu. Autant d'arguments probants favorisent chaque conclusion. En conséquence, il paraît mauve – un cas difficile où la réponse n'est pas évidente. Au fil des évaluations, certains éléments commencent à rayonner plus que d'autres. La brillance des lumières bleues diminue tandis que celle des lumières rouges augmente. Plus les cycles passent, plus le circuit a généralement l'air rouge. Éventuellement, les lumières bleues s'éteignent dans la projection mentale du problème. Pour le décideur, il apparaît alors évident que la réponse au problème est rouge. Tout ce qui est bleu peut facilement être ignoré : il n'apparaît plus dans le circuit. Celui qui évoque un argument représenté par une lumière bleue semble pour le juge suggérer une parfaite incohérence. Une lumière bleue dans un système rouge est source de dissonance et doit être rejetée afin d'assurer la cohérence du modèle. Une fois sa décision (rouge) prise, la lumière bleue est une anomalie qui n'a aucun sens et qui doit être rejetée. Quand bien même qu'on s'acharnerait

à rappeler son existence au décideur, il l'ignorera : pourquoi accorderait-il de l'importance à un élément qui, selon son modèle, n'en a pas?

Pour transformer cet exemple à l'interprétation du droit, chaque argument a un effet sur les autres arguments comme sur la conclusion. Si le juge est convaincu que la totalité des membres du Parlement avaient une intention spécifique claire au moment d'adopter un texte de loi, cette croyance affectera nécessairement le sens à donner à la disposition. Du même coup, parce qu'il est si convaincu de la volonté commune du législateur, il peut accorder moins d'importance à l'argument – favorable à l'autre conclusion – concernant l'emploi de certains termes qui contredisent cette intention présumée. Maintenant que le juge est convaincu de l'intention du législateur et du peu de poids à donner aux mots choisis, il peut réviser les autres arguments et y chercher la confirmation de sa conclusion, renforçant du même coup les autres éléments qui la supportent. Les éléments contraires, quant à eux, seront éclipsés en étant rejetés parce qu'ils sont incohérents avec la solution acceptée : pourquoi accorder plus d'importance au choix des mots alors que, de toute évidence, ils ne représentent pas ce que cherchait à dire le législateur? L'intention retenue est cohérente dans l'esprit du juge. Tout ce qui la contredit semble incohérent.

Le décideur raisonne donc en utilisant un modèle de cohérence. Il crée dans sa tête une représentation mentale du problème, y étalant les divers éléments et tissant des liens entre chaque. Alors qu'il évalue ces idées et les restructure, des groupes émergent. Ils se rassemblent selon la conclusion qu'ils favorisent. Ensemble, ils semblent convaincants; ils se supportent l'un l'autre, et ils répriment les arguments contraires. Le juge a alors une image claire dans sa tête : la réponse est choisie, les arguments qui la soutiennent ont conquis le modèle mental, et ceux qui la contredisent ont été évincés. La conclusion finale est supportée par plusieurs éléments simultanément, plutôt que par une suite logique d'éléments. Eskridge et Frickey emploient la métaphore d'un câble – dont la solidité et la flexibilité repose sur sa composition de multiples fils – plutôt que d'une chaîne dont le maillon le plus faible pourrait compromettre l'ensemble⁷⁰⁷. Même si un argument soutenu dans les motifs est faible, la conclusion demeure valide aux yeux du décideur, puisque c'est l'ensemble qui la justifie.

⁷⁰⁷ William ESKRIDGE et Philip FRICKEY, « Statutory Interpretation as Practical Reasoning », (1990) 42 *Stanford Law Review* 321-384, 351-352.

Le modèle de la cohérence jette une nouvelle lumière sur le phénomène de prise de décision. Il est aussi remarquable en ce qu'il ressemble en plusieurs points aux explications fournies au cours du dernier siècle.

Il ressemble d'abord au modèle interprétatif suggéré par Eskridge et Frickey, comme à celui suggéré par Gadamer. Les trois auteurs écrivent que l'interprétation implique une première compréhension du texte qui doit être réévaluée afin de tester différentes hypothèses. Ce n'est qu'après avoir évalué ces différentes possibilités que le juge peut déterminer le véritable sens de la règle énoncée⁷⁰⁸. L'idée est la même avec Simon : la situation évoque une image mentale initiale, puis le problème est résolu à travers une série de restructurations du modèle où plusieurs conclusions sont vérifiées.

Il ressemble aussi au modèle narratif qui explique comment les jurés parviennent à leurs conclusions. Selon ce modèle, la preuve présentée est intégrée à plusieurs narrations plausibles des événements. Le juré choisit la trame qu'il trouve la plus cohérente parmi ces hypothèses plausibles. Après avoir entendu les verdicts possibles, il choisit celui qui correspond à sa narration des événements⁷⁰⁹. Le même principe de cohérence narrative existe dans le modèle de Simon. Bien que le modèle des jurés soit axé sur les questions factuelles, il peut à notre avis être transposé aux notions abstraites. Plutôt que de chercher la cohérence narrative, le juge cherche alors la cohérence normative : il recherche une série de règles qui, ensemble, sont cohérentes.

Ce dernier point se rattache aussi à ce qu'écrivent Spellman et Schauer. Si les juges recherchent la cohérence dans leur raisonnement, ils choisiront des règles et des sources de droit qui sont consistantes avec les autres règles et sources déjà présentes dans leur réflexion. En parallèle, ignoreront celles qui rendent la cohérence plus difficile⁷¹⁰. C'est exactement ce que propose le modèle de Simon : une sélection de règles cohérentes, accompagnée d'une mise à l'écart des règles qui nuisent à cette cohérence. Comme le résume Kahneman, le système associatif a

⁷⁰⁸ *Id.* Voir au même effet W. N. Jr. ESKRIDGE, préc., note 7, 650. Balkin tient un discours similaire : J. BALKIN, préc., note 126, 139.

⁷⁰⁹ N. PENNINGTON et R. HASTIE, « A Cognitive Theory of Juror Decision Making: The Story Model Decision and Interference Litigation », préc., note 612.

⁷¹⁰ B. A. SPELLMAN et F. SCHAUER, préc., note 186. Voir K. J. HOLYOAK et D. SIMON, préc., note 587; Dan SIMON, Lien B. PHAM, Quang A. LE et Keith J. HOLYOAK, « The emergence of coherence over the course of decision making », (2001) 27-5 *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition* 1250-1260.

tendance à se stabiliser lorsqu'il trouve un modèle d'activation cohérent, et à supprimer le doute et l'ambiguïté⁷¹¹.

* * *

Dans la première partie de ce texte, nous avons vu pourquoi la personnalité du juge peut influencer la détermination de la norme : le droit est relativement indéterminé et il nécessite que les tribunaux le définissent avant de pouvoir l'appliquer. C'est dans cette indétermination que peut se manifester la personnalité du juge. Plus précisément, c'est parce qu'aucune interprétation n'est universellement irrésistible que les tribunaux jouissent d'une discrétion lorsqu'ils affirment le sens de la loi, et c'est dans cette discrétion que l'individualité du juge se matérialise.

Dans cette deuxième partie, nous nous intéressons à comment la personnalité du juge affecte son raisonnement. Nous avons d'abord vu que la compréhension est une expérience subjective qui repose sur les connaissances préalables du lecteur. Il est cependant rare que les gens soient conscients de la nature de ce processus. Ils font plutôt preuve de « réalisme naïf », ce qui entraîne certaines confusions dans la qualification de leurs conclusions personnelles.

Nous venons maintenant de voir que l'esprit raisonne à travers une représentation mentale composée de l'ensemble des éléments qui forment le problème. L'esprit joue ensuite avec le modèle, le reconfigurant *ad nauseam* jusqu'à trouver une configuration qui en fasse un tout cohérent. Chacun des éléments qui composent le modèle (argument, faits, concepts ou principes) occupe une place différente selon son importance dans l'esprit du juge – généralement, mais aussi dans la représentation de ce problème particulier. Chaque élément a de plus un « niveau d'activation » selon qu'il est ou non accepté par le décideur. Enfin, chaque élément est lié aux autres, directement ou indirectement, et influence le niveau d'activation des autres éléments.

Ainsi, bien que la prémisse du modèle soit simple (l'esprit recherche la cohérence), son application à un cas donné en révélerait vite la complexité. Selon toutes vraisemblances, le même raisonnement ne se répète jamais deux fois de façon identique. Malgré les similarités entre deux affaires, les arguments et les faits seront toujours un peu différents. Qui plus est, tous les éléments sont toujours perçus différemment par différents juges. Ainsi, même pour une situation factuelle identique, le raisonnement différera toujours entre deux juges. C'est ici qu'entre en jeu la personnalité du juge, à travers ses connaissances préalables et ses inclinaisons personnelles.

⁷¹¹ D. KAHNEMAN, préc., note 141, p. 87-88.

Chapitre 3 – L'influence de la personnalité dans la compréhension du problème

L'effet de la personnalité : l'interaction entre subjectivité et propositions

Dans l'exécution du raisonnement devant mener à la conclusion, la première représentation mentale du juge est largement déterminée par ses connaissances préalables⁷¹² : ses valeurs, ce qu'il sait au sujet du droit comme de la vie, tout ce qu'il a appris et l'a formé à travers son parcours personnel et professionnel. Selon le professeur Simon, pour apprécier chaque élément et déterminer la force du lien qui l'unit aux autres, il faut faire correspondre cet élément aux connaissances⁷¹³ du décideur⁷¹⁴.

L'évaluation initiale des éléments a aussi à voir avec le modèle de cohérence. Pour qu'une représentation mentale d'un élément ait du sens, il faut que la proposition s'accorde avec les connaissances du juge dans cette matière. Elle doit sembler cohérente avec sa compréhension du monde, dont la structure est déterminée par ses connaissances préalables. Ce phénomène explique aussi pourquoi l'impression initiale d'un problème varie d'un juge à l'autre⁷¹⁵.

Dans la représentation mentale d'un problème, les éléments sont plus ou moins acceptés selon qu'ils sont cohérents avec les connaissances préalables au sujet des mondes juridiques, physiques et sociaux. Ainsi, le juge qui considère un argument fondé sur un principe juridique connu et appliqué au quotidien acceptera cet élément puisqu'il s'accorde avec sa vision du monde. Pour donner un exemple tiré du droit criminel, si une partie affirme dans son argumentaire que le poursuivant doit prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, cet

⁷¹² On entend ici connaissance dans son sens le plus large au sujet des univers physiques, sociaux et conceptuels : D. SIMON, « A Third View of the Black Box », préc., note 582, 521.

⁷¹³ Le terme employé en science est « structures de connaissance » (*knowledge structures*). Cette expression englobe, pour un sujet donné, toutes les notions et concepts liés à ce sujet, ainsi que les liens qui les unissent de manière à former un tout représentant la connaissance dudit sujet.

⁷¹⁴ D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 56 et 102. réf. à M. MINSKY, préc., note 516. Voir plus généralement au sujet du rôle que jouent les connaissances préalables : Stephen J. READ, « Constructing causal scenarios: A knowledge structure approach to causal reasoning. », (1987) 52-2 *J. Pers. Soc. Psychol.* 288; Roger C. SCHANK et Robert P. ABELSON, « Knowledge and memory: The real story », dans *Knowledge and memory: The real story*, coll. *Advances in social cognition*, Vol. 8., Hillsdale, NJ, US, Lawrence Erlbaum Associates, Inc, 1995, p. 1-85; Robert S. WYER et Gabriel RADVANSKY, « The comprehension and validation of social information. », (1999) 106-1 *Psychological review* 89-118.

⁷¹⁵ D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 75.

argument sera important dans la représentation mentale du juge puisqu'il s'agit d'un principe incontournable qu'il ne saurait remettre en doute.

Cette théorie est cohérente avec l'approche de la réponse cognitive. Cette théorie est à l'effet qu'une personne évalue l'information qu'elle reçoit en la comparant avec ses connaissances préalables⁷¹⁶. Si l'information est conforme à ses connaissances, elle sera plus facilement acceptée. À cause de ces théories, l'interprétation peut à l'occasion s'apparenter à un exercice de renforcement circulaire entre la compréhension du texte et les connaissances préalables du lecteur. Ce dernier lit alors dans le texte ce qui est conforme à sa compréhension du monde – un exercice bien plus facile que de reformuler son monde pour l'accorder avec un autre sens du texte⁷¹⁷.

Le rôle des connaissances préalables dans l'appréciation des éléments peut aussi être responsable de la partialité des décideurs. Simon affirme que le juge a un biais inacceptable lorsqu'en raison de ses prédispositions – dont ses connaissances et attitudes préalables – la vue d'ensemble du problème est déformée par un élément dont l'influence est excessive et peu susceptible au changement. Cette résistance au changement fait en sorte que les autres éléments du circuit sont incapables de l'influencer comme ils le devraient⁷¹⁸.

En plus d'évaluer différemment les éléments considérés pour résoudre le problème, les connaissances préalables peuvent avoir pour effet d'ajouter des éléments au modèle mental. Même s'ils ne sont nommés par personne et ne sont pas évoqués par les parties, des arguments et des concepts peuvent être intégrés dans la représentation mentale du décideur pour l'aider à y trouver la cohérence recherchée. Il s'agit parfois de principes généraux qui découlent de la tradition juridique et sont implicites à tout exercice judiciaire (primauté du droit, principes de justice fondamentale, respect des précédents, etc.). Par contre, il peut aussi s'agir d'éléments qui, s'ils étaient connus, seraient rejetés par la communauté juridique (p. ex. l'injustice apparente de l'application de la loi face à une partie sympathique).

En raison du jeu d'influence qui s'exerce à l'intérieur du modèle de cohérence, la subjectivité du juge influence donc la décision en accordant beaucoup d'importance à certains éléments du modèle et en y ajoutant d'autres. Comme nous l'avons vu, chaque élément influence les unités

⁷¹⁶ Pour un sommaire de la recherche à ce sujet, voir R. E. PETTY, S. C. WHEELER et Z. L. TORMALA, préc., note 654 aux pages 379-380.

⁷¹⁷ J. BALKIN, préc., note 126, 160.

⁷¹⁸ D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 75.

voisines, et un haut « niveau d'activation » initial teintera ce que certains croient être un exercice neutre. Tout cela étant dit, il ne faut toutefois pas exagérer l'importance de l'influence attribuable à la première impression du juge.

D'abord, l'influence est toujours relative et dépend de la force et de l'importance de chaque proposition. En présence de dissonance cognitive, les gens ont tendance à modifier les éléments qui sont le plus facile à changer⁷¹⁹. L'influence se fait donc sentir davantage sur les propositions faibles que sur les propositions centrales de l'argument. Ainsi, les propositions secondaires ou périphériques, étant moins importantes à l'intérieur du modèle, sont plus facilement influencées par les traits dominants de la personnalité du juge⁷²⁰.

Ensuite, les changements sont plus susceptibles de toucher les propositions ambiguës que les principes juridiques notoires ou les faits indisputables⁷²¹. L'esprit n'accepte pas les distorsions profondes de ce qu'il considère être la réalité⁷²². Prenons l'exemple de la détermination des faits, dans un dossier où les événements auraient été enregistrées par vidéo. Face à la démonstration visuelle du fil des événements, les croyances du juge ne l'amèneront pas à considérer que ce qu'il a vu ne s'est pas réellement passé. L'influence de sa personnalité sera nulle. Par contre, des questions intangibles et incertaines (p. ex. l'état mental de la personne au moment des faits) pourront être réévaluées afin d'être cohérentes avec le modèle mental du juge. S'il est prédisposé à croire que la personne est honnête, morale et intègre, il aura de la difficulté à croire qu'au moment des faits, ses intentions étaient malicieuses.

Enfin, l'influence exercée par la subjectivité du juge dans le modèle de cohérence cognitive ne signifie pas que les magistrats parviennent à des décisions incorrectes ou qu'elles provoquent des changements drastiques dans sa perception du dossier⁷²³. Il peut cependant ressembler à un cercle vicieux ou à une pente glissante. Parce que les éléments se renforcent l'un l'autre, à partir du moment où une conclusion semble plus favorable, le juge peut se convaincre qu'il s'agit de la seule solution logique. Simon lui-même écrit qu'une simple inclinaison chez le décideur peut

⁷¹⁹ Jack W. BREHM et Arthur R. COHEN, *Explorations in cognitive dissonance*, coll. Explorations in cognitive dissonance, Hoboken, NJ, US, John Wiley & Sons Inc, 1962, p. 9.

⁷²⁰ Voir Shelly CHAIKEN et Mark W. BALDWIN, « Affective-cognitive consistency and the effect of salient behavioral information on the self-perception of attitudes », (1981) 41-1 *J. Pers. Soc. Psychol.* 1-12.

⁷²¹ D. SIMON, « A Third View of the Black Box », préc., note 582, 548.

⁷²² Robert P. ABELSON, « Modes of resolution of belief dilemmas », (2016) 3 *Journal of Conflict Resolution* 343-352, 345.

⁷²³ D. SIMON, « A Third View of the Black Box », préc., note 582, 549.

tendre à intensifier sa croyance par rapport à la conclusion, par exemple quant à la culpabilité d'un accusé⁷²⁴.

Cependant, il ne faut pas oublier que la réflexion du juge, bien qu'elle puisse s'effectuer rapidement, peut aussi être longue. Dans ces situations, les ruminations du juge seront interrompues par diverses recherches, lectures et autres événements du quotidien, tous susceptibles de modifier son appréciation des éléments du modèle mental. Comme on l'écrivait plus haut, le juge ne bénéficie pas véritablement de l'ensemble des informations pertinentes en raison de la faillibilité humaine. Ces événements pourront secouer sa mémoire ou porter à son attention des considérations qui lui échappaient auparavant⁷²⁵.

Qui plus est, lorsqu'il se rapproche d'une conclusion provisoire, le juge interrompt son raisonnement pour en tester la validité. Cette vérification se fait en s'assurant que la conclusion anticipée peut être soutenue par le reste de la preuve. Si elle paraît invraisemblable à la lumière des autres données, elle est mise de côté en faveur de celles qui peuvent l'être⁷²⁶. Llewellyn suggère que dans cette évaluation, les juges évaluent la conclusion selon son acceptabilité anticipée en fonction de leur expérience judiciaire⁷²⁷.

Sans même en être conscient, l'esprit du juge fait naturellement certaines vérifications qui garantissent, dans bien des cas, que ses prédispositions ne seront pas le catalyseur de la conclusion. Ce qui est d'autant plus rassurant, c'est que si la subjectivité du juge peut avoir une influence sur sa compréhension du problème, l'inverse est aussi vrai – le problème peut amener le juge à changer ses prédispositions.

Les prédispositions du juge ne sont pas une force immuable qui favorise toujours une partie et en handicape une autre. Le lien entre la subjectivité du juge et la représentation mentale du problème n'est pas à sens unique. La force de la recherche de cohérence est telle que l'influence peut s'exercer dans les deux sens entre les propositions et les prédispositions du juge⁷²⁸. Cela est conforme à la théorie selon laquelle l'acte de compréhension des lois engage l'interprète et peut

⁷²⁴ D. SIMON, « On Juror Decision Making: An Empathic Inquiry », préc., note 675, 433.

⁷²⁵ Jack Balkin tient un discours similaire : J. BALKIN, préc., note 126, 140.

⁷²⁶ Voir Stanley D. FISHER, Charles F. GETTYS, Carol MANNING, Tom MEHLE et Suzanne BACA, « Consistency checking in hypothesis generation », (1983) 31-2 *Organizational Behavior and Human Performance* 233-254; Milton J. ROSENBERG et Robert P. ABELSON, « An Analysis of Affective-Cognitive Consistency », dans Milton J. ROSENBERG (dir.), *Attitude organization and change; an analysis of consistency among attitude components*, New Haven, Yale University Press, 1966 [1960], p. 112.

⁷²⁷ K. N. LLEWELLYN, *The Common Law tradition: Deciding Appeals*, préc., note 45, p. 11.

⁷²⁸ Voir D. SIMON, « A Third View of the Black Box », préc., note 582, 536.

affecter ses valeurs⁷²⁹. Comme l'écrit Balkin : « Se risquer à comprendre est se risquer à changer⁷³⁰. »

Si une proposition d'une partie (p. ex. il faut se fier au témoignage du témoin visuel) entre en conflit avec une prédisposition du décideur (p. ex. les témoins visuels ne sont pas fiables), celui-ci aura naturellement tendance à accorder peu de crédibilité à l'identification par ce témoin. Toutefois, s'il appert que ce témoin dit vrai puisque l'ensemble de la preuve pointe en direction de l'accusé, le juge sera confronté à un dilemme entre ses convictions personnelles et le fait que ce témoin, en l'espèce, ait raison. À ce moment, il se peut que pour maintenir la cohérence de son modèle mental, le juge change ses convictions personnelles et adopte la proposition en faveur de la fiabilité de l'identification par un témoin⁷³¹. Ce changement dans les convictions personnelles du juge pourra disparaître par la suite, le ramenant à son état antérieur⁷³². Mais s'il s'agit d'expériences répétées, il est possible que ces changements soient permanents. Le juge apprend alors – il modifie ses prédispositions⁷³³.

On indiquait plus tôt que l'influence de la subjectivité sur la représentation initiale dépend de l'importance et de l'appréciation de chaque élément. Un phénomène similaire existe aussi au sujet de l'influence du modèle sur le juge. Bien que toutes les croyances du juge puissent être modifiées, ses convictions profondes sont plus difficiles à altérer⁷³⁴, tandis que ses croyances mineures – ou ce dont il ne se préoccupe pas vraiment – peuvent plus facilement être influencées⁷³⁵.

De ce qui précède, il coule de source que les prédispositions du juge ne sont pas figées dans le temps. Des normes incompatibles luttent entre elles pour dominer la réflexion à un moment donné.

⁷²⁹ J. BALKIN, préc., note 126, 151 et 158.

⁷³⁰ *Id.*, 159 (nous traduisons). Balkin explique qu'il n'est pas donné que les traits personnels de l'interprète influencent sa lecture du texte. L'inverse peut aussi être vrai. Dit autrement, le juge peut tellement désirer une interprétation particulière qu'il ajustera ses valeurs personnelles pour favoriser l'interprétation désirée. Cela a lieu lorsque l'interprétation désirée est nécessaire à une vision cohérente du monde et lorsque les valeurs préexistantes sont faibles ou indéfinies : *Id.*, 163.

⁷³¹ Voir D. SIMON, « A Third View of the Black Box », préc., note 582, 536.

⁷³² *Id.*, 536-537 et 542-543.

⁷³³ *Id.*, 547.

⁷³⁴ Kahneman écrit que même les statistiques les plus probantes ne changeront généralement pas les croyances de longue date ou les croyances ancrées dans l'expérience personnelle. Cependant, des cas individuels surprenant peuvent avoir un profond impact sur les croyances de l'individu puisqu'il doit alors ajuster sa compréhension du monde pour permettre la survenance d'un tel événement dans un monde cohérent : D. KAHNEMAN, préc., note 141, p. 174. Voir Richard E. NISBETT et Eugene BORGIDA, « Attribution and the psychology of prediction », (1975) 32-5 *J. Pers. Soc. Psychol.* 932-943.

⁷³⁵ D. SIMON, « A Third View of the Black Box », préc., note 582, 537.

À différents moments, en raison de différents contextes, le raisonnement d'un juge peut donc favoriser des valeurs incompatibles⁷³⁶. En conséquence, la réaction initiale du décideur face à un même argument peut changer, par exemple s'il vient d'entendre une cause activant différemment certaines notions ou si l'argument est présenté par un plaideur différent⁷³⁷.

Dans un phénomène aussi complexe que la prise de décision, l'effet des caractéristiques personnelles du juge se font sentir ailleurs que dans le modèle initial du problème. Son idiosyncrasie affecte aussi le niveau de cohérence requis pour qu'il cesse sa réflexion. Les facteurs personnels peuvent faire en sorte que le juge se contente d'un faible niveau de cohérence, pour autant qu'il atteigne le seuil minimal qu'il s'est fixé⁷³⁸, tout comme il peut l'amener à pousser la réflexion jusqu'à pleine satisfaction⁷³⁹. Cela dépend surtout de ce qui s'appelle l'agilité mentale, c'est-à-dire la facilité avec laquelle un individu parvient à restructurer les arguments pour les rendre cohérents⁷⁴⁰.

Bien sûr, des facteurs externes gouvernent aussi le choix du moment où s'arrête la réflexion. Le temps dont dispose le juge et les conventions juridiques limitent le degré jusqu'auquel la réflexion peut être poussée⁷⁴¹.

Ces facteurs externes, bien qu'ils exercent une influence sur l'interprétation du droit⁷⁴², n'expliquent pas pourquoi deux juristes compétents interpréteront un même texte différemment.

⁷³⁶ Robert B. CIALDINI, Carl A. KALLGREN et Raymond R. RENO, « A Focus Theory of Normative Conduct: A Theoretical Refinement and Reevaluation of the Role of Norms in Human Behavior », (1991) 24 *Advances in Experimental Social Psychology* 201-234, 204-205. Jack Balkin tient un discours au même effet : J. BALKIN, préc., note 126, 141.

⁷³⁷ Cela rappelle la « cohérence dynamique » de Balkin, pour qui l'interprétation d'un texte varie selon l'objet visé par l'exercice. Selon l'importance qu'on accorde à cet objet, des concepts présents dans le texte acquièrent plus d'importance. Voir J. BALKIN, préc., note 126, 112.

⁷³⁸ La notion de *satisficing* développée par Herbert A. SIMON, *Models of man - Social and rational; mathematical essays on rational human behavior in a social setting*, New York, Wiley, 1957.

⁷³⁹ Donna M. WEBSTER et Arie W. KRUGLANSKI, « Individual Differences in Need for Cognitive Closure », (1994) 67-6 *J. Pers. Soc. Psychol.* 1049-1062; Steven L. NEUBERG et Jason T. NEWSOM, « Personal need for structure: Individual differences in the desire for simpler structure », (1993) 65-1 *J. Pers. Soc. Psychol.* 113-131; D. SIMON, « A Psychological Model of Judicial Decision Making », préc., note 5, 82 et 102.

⁷⁴⁰ Voir L. FESTINGER, préc., note 653, p. 44.

⁷⁴¹ À l'effet que les juges contraints par le temps rendront appliqueront le droit plus littéralement, mais rendront des décisions qu'ils considèrent moins justes, voir Brian SHEPPARD, « Judging Under Pressure: A Behavioral Examination of The Relationship Between Legal Decisionmaking and Time », (2012) 39-4 *SSRN Journal* 931-1002.

⁷⁴² Par exemple la fatigue ou les contraintes de temps.

Alexander Platt suggère que c'est plutôt le modèle de cohérence cognitive qui explique les différentes interprétations d'un même texte de loi⁷⁴³.

En ce qui a trait au raisonnement, c'est à travers l'appréciation initiale des éléments que se concrétise la subjectivité du juge. La recherche suggère que l'appréciation des arguments (p. ex. la pertinence d'une analogie) est une conséquence naturelle des connaissances préalables de l'individu et de la façon dont il formule la question⁷⁴⁴.

La personnalité du décideur a bien sûr d'autres effets dans la résolution de tout litige : elle affecte ses interventions dans le procès, sa flexibilité quant à la gestion de la procédure, sa réceptivité à la preuve entendue, ou son autonomie dans la recherche de considérations autres que celles présentées par les parties. Cependant, en ce qui concerne le raisonnement nécessaire à l'interprétation des textes de loi, les traits individuels du juge affectent sa perception initiale du problème, sa capacité à restructurer le modèle mental pour lui donner un sens, et le seuil de satisfaction nécessaire pour cesser la réflexion (son agilité mentale).

S'il est difficile de se prémunir contre ces influences cachées de ce processus mental, il est possible de les mitiger et de réintégrer une perspective moins subjective au raisonnement. On peut ainsi neutraliser les erreurs que l'esprit a une tendance systématique à faire. Pour cela, il faut se tourner vers un autre domaine de la psychologie, à savoir la théorie des systèmes de la pensée et le phénomène de l'heuristique et des biais cognitifs

Les deux modes de pensée de l'esprit

Il a été démontré que de simplement demander aux juges de faire un effort pour être objectif ne protégeait pas contre l'influence des biais⁷⁴⁵. Nous avons vu plus tôt que les gens opèrent en fonction d'un « réalisme naïf ». Or, des gens qui croient agir objectivement risquent d'ignorer une instruction les invitant à agir objectivement – de leur point de vue, ils le font déjà! Comme on l'a vu, les biais agissent rapidement et à l'insu du principal intéressé. Tout pour compliquer la tâche de ceux qui souhaitent les corriger.

⁷⁴³ A. I. PLATT, préc., note 705.

⁷⁴⁴ B. SPELLMAN, « Judges, Expertise and Analogy », préc., note 160, à la page 149; B. A. SPELLMAN et K. J. HOLYOAK, préc., note 533; Barbara A. SPELLMAN et Keith J. HOLYOAK, « Pragmatics in Analogical Mapping », (1996) 31-3 *Cognitive Psychology* 307-346.

⁷⁴⁵ Baruch FISCHHOFF, « Perceived informativeness of facts », (1977) 3-2 *J. Experimental Psychol: Hum. Perception & Performance* 349-358, 356.

Deux méthodes ont eu un certain succès pour freiner les biais cognitifs et favoriser un raisonnement logique. La première consiste à mettre en contraste deux représentations mentales d'un même problème. Il faut mettre côte à côte la représentation à la fin de la réflexion – celle où la conclusion semble évidente pour le juge – et la représentation qui existait à l'origine du litige, alors qu'existait un état de conflit, de contradiction et de complexité. Il s'agit d'inviter le juge à noter les faiblesses de sa conclusion préférée et les forces de la conclusion rejetée⁷⁴⁶. La deuxième est d'inviter le décideur à sérieusement considérer la possibilité que l'autre partie ait raison. Le décideur peut ainsi prendre conscience de la force probante de certains des arguments, et par le fait même réaliser que la conclusion retenue n'est pas aussi évidente qu'il ne le croit⁷⁴⁷. Ces façons de faire permettent de surmonter le biais rétrospectif en reconnaissant que la position d'origine n'était pas celle de la conclusion.

Adopter le point de vue de l'autre partie est aussi ce qui est suggéré par Balkin, qui remarque que de tenter de défendre un point de vue auquel on ne croit pas amène souvent à croire en la pertinence de ce point de vue. C'est parce que pour faire valoir l'argument de façon honnête, il faut aussi lui donner un sens qui soit cohérent dans la vision du monde qui le promeut⁷⁴⁸. Cette notion est conforme au modèle de cohérence et aux propositions herméneutiques⁷⁴⁹. Eskridge écrit que les juges qui s'investissent dans le jeu de va-et-vient de l'interprétation⁷⁵⁰ seront normalement capables de surmonter leurs préjugés. Avec le temps et des efforts constants, ils élargiront la limite de leurs horizons⁷⁵¹.

Ces solutions exigent toutes que le lecteur se dévoue de façon délibérée et active à la recherche de ses erreurs. Il ne semble pas possible de corriger les biais de la pensée sans y consacrer un effort sérieux. Cette nécessité s'explique par la théorie des deux systèmes de la pensée. Si nos biais cognitifs proviennent d'un premier système, rapide et facile, les correctifs nous viennent plutôt d'un deuxième système, lent et exigeant. Pour les explorer, nous référerons notamment au

⁷⁴⁶ Voir D. SIMON, « A Third View of the Black Box », préc., note 582, 544, notes 103-104 et texte accompagnateur.

⁷⁴⁷ Hal R. ARKES, « Principles in judgment/decision making research pertinent to legal proceedings », (1989) 7-4 *Behav. Sci. & L.* 429-456, 450-451; Charles G. LORD, Mark R. LEPPER et Elizabeth PRESTON, « Considering the opposite: A corrective strategy for social judgment », (1984) 47-6 *J. Pers. Soc. Psychol.* 1231-1243.

⁷⁴⁸ J. BALKIN, préc., note 126, 165.

⁷⁴⁹ Voir note 550 et texte accompagnateur.

⁷⁵⁰ L'herméneutique suppose un échange entre le lecteur et le texte, les deux s'influençant mutuellement pour trouver la « vérité » du texte, le sens capable d'exister quelque part entre l'intention originale de son auteur et la situation historique du lecteur.

⁷⁵¹ W. N. Jr. ESKRIDGE, préc., note 7, 680.

résumé offert par Daniel Kahneman, psychologue de renommée internationale, récipiendaire d'un prix Nobel, expert en heuristiques et biais cognitifs, et auteur du *best-seller* de vulgarisation psychologique *Thinking, Fast and Slow*⁷⁵².

En substance, l'esprit raisonne selon deux modes de pensée qu'on appelle « **système 1** » et « **système 2** »⁷⁵³. Le système 1 est le système de pensée automatique. Il est rapide et requiert peu d'efforts. Les résultats qu'il produit, bien qu'ils soient généralement acceptables, demeurent approximatifs et cachés de leur auteur. Avec le système 1, la conclusion vient d'abord et les arguments suivent⁷⁵⁴. Le système 2 est tout le contraire. Il est le système de pensée délibérée. Il est lent et requiert de sérieux efforts mentaux. Les résultats qu'il produit sont le fruit d'un raisonnement intentionnel et, en conséquence, peuvent davantage être expliqués par leur auteur⁷⁵⁵.

Les individus utilisent les deux systèmes⁷⁵⁶. Le système 1 sert aux opérations légères du quotidien. Il est ainsi associé aux comportements automatiques et souvent involontaires. Malgré cette nature, les résultats qu'il produit peuvent être complexes même s'ils ne sont pas réfléchis. Selon Kahneman, ce système est utilisé dans toutes les opérations automatiques de notre existence. Il sert à la réception et au traitement de l'information perçue par nos sens, comme détecter la source d'un bruit – il est aussi notre système d'alarme à l'affût des dangers. Il permet d'exprimer nos émotions à travers nos expressions faciales, comme à détecter l'hostilité dans le comportement des autres. Il est utilisé pour des activités cérébrales acquises, comme la reconnaissance des mots, la lecture de phrases simples et la conduite d'une voiture sur une route déserte⁷⁵⁷. Le système 1 est l'opérateur de tout ce qui est rapide et automatique, y compris les

⁷⁵² D. KAHNEMAN, préc., note 141.

⁷⁵³ Keith E. STANOVICH et Richard F. WEST, « Individual differences in reasoning: Implications for the rationality debate? », (2000) 23-5 *Behavioral and Brain Sciences* 645-665. Voir aussi Jonathan St. B. T. EVANS et Keith FRANKISH (dir.), *In two minds: dual processes and beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2009; Jonathan St. B. T. EVANS, « Dual-processing accounts of reasoning, judgment, and social cognition », (2008) 59 *Annu Rev Psychol* 255-278.

⁷⁵⁴ D. KAHNEMAN, préc., note 141, p. 45.

⁷⁵⁵ Comme on l'a vu, beaucoup de ce qui se passe dans l'esprit demeure inconscient. L'auteur ne peut expliquer son raisonnement que dans la mesure où il est conscient des étapes de celui-ci. Alors qu'avec le système 1, l'esprit sera inconscient de ce qui s'y passe, il portera attention à ce qui se produit lorsque le système 2 est activé.

⁷⁵⁶ La théorie a été élaborée par D. KAHNEMAN et S. FREDERICK, préc., note 659, à la page 49.

⁷⁵⁷ D. KAHNEMAN, préc., note 141, p. 21-22.

associations d'idées (deux objets sont similaires) et les comportements intégrés (conduire, lire, parler)⁷⁵⁸.

Le système 2 est quant à lui en charge de toute l'attention délibérée. Il s'agit par exemple de porter son attention à un instrument désigné dans une symphonie, à repérer un mot dans un texte, à comparer deux produits en prévision d'un achat, ou à vérifier la validité d'un argument logique complexe⁷⁵⁹.

L'opération du système 2 est exigeante. Elle nécessite de la concentration – une concentration qui peut être brisée à tout moment par le système 1. Si, en tentant d'identifier quelqu'un dans une foule (p. ex. la recherche de son conjoint dans un centre d'achat), on entend soudainement des coups de feu derrière nous, le système 1 attirera immédiatement notre attention vers ce nouveau stimulus, qu'on le veuille ou non⁷⁶⁰.

Lorsqu'on est réveillé, les deux systèmes sont toujours actifs, même s'ils ne sont pas toujours activés. Le système 1 est toujours à l'affût⁷⁶¹ – même quand on préférerait qu'il ne le soit pas, comme lorsqu'on tente de se concentrer sur un problème difficile. Il est physiquement impossible d'empêcher le traitement intuitif de l'information⁷⁶².

Kahnemen écrit que le système 1 génère constamment des suggestions qui sont soumises au système 2 (impressions, intuitions, intentions, émotions). S'ils sont entérinés par le système 2, ils se transforment en croyance ou en actions⁷⁶³. Le système 2 intervient en renfort au système 1 pour des tâches complexes, comme des calculs mathématiques, mais aussi comme garde-fou à certaines impulsions – par exemple le désir de répondre à une insulte ou de quitter une conférence ennuyeuse. Il s'active aussi lorsque le système 1 rencontre un phénomène qui est contraire à sa compréhension du monde, comme lorsqu'on a l'impression qu'un chat vient de japper⁷⁶⁴.

Les systèmes sont coordonnés pour économiser nos ressources. Ils cherchent à minimiser l'effort en maintenant le système 1 à l'avant-plan, et à maximiser la performance en activant le système

⁷⁵⁸ *Id.*, p. 22.

⁷⁵⁹ *Id.*, p. 22-23.

⁷⁶⁰ *Id.*, p. 22.

⁷⁶¹ *Id.*, p. 25.

⁷⁶² Emily SHERWIN, « Features of Judicial Reasoning », dans David E. KLEIN et Gregory MITCHELL (dir.), *The psychology of judicial decision making*, Oxford ; New York, N.Y, Oxford University Press, 2010, p. 121 aux pages 127-128.

⁷⁶³ D. KAHNEMAN, préc., note 141, p. 24.

⁷⁶⁴ *Id.*

2 lorsque nécessaire⁷⁶⁵. Dans l'exemple des coups de feu au centre d'achat, après que le système 1 eut attiré notre attention vers la source du son, le système 2 prendra immédiatement le relais pour y vouer toute notre attention.

Cette collaboration naturelle a ses défauts. Le système 1 est crédule et susceptible aux biais, tandis que le système 2 est en charge du doute et de la vérification. Malheureusement, le système 2 est lâche et peut être autrement occupé⁷⁶⁶, mettant la table à ce que des informations utiles passent inaperçus⁷⁶⁷. La loi du moindre effort⁷⁶⁸ transforme le système 2 en ce que Kahneman appelle un surveillant lâche⁷⁶⁹ : il n'intervient que si on lui demande de le faire.

Or, les mécanismes du système 1, bien qu'appropriés pour se gouverner dans la vie de tous les jours, sont généralement imprécis. Les résultats sont erronés (parce qu'approximatifs) puisque les raccourcis intellectuels utilisés pour minimiser l'effort ne résistent pas à une vérification rigoureuse. On appelle ces raccourcis « **biais cognitifs** » ou « **heuristiques** »⁷⁷⁰ – ne pas confondre avec « herméneutique », vu au chapitre 1 de la présente partie. Le mot « heuristique » vient du grec *heuriskein* : « trouver, découvrir, inventer, obtenir⁷⁷¹ ». Il se rapporte à ce qui sert à la découverte (dans son sens large de découverte subjective du monde)⁷⁷². L'heuristique est donc

⁷⁶⁵ *Id.*, p. 31.

⁷⁶⁶ Voir l'exemple du test de l'attention où l'auditeur, à qui on demande de compter le nombre de passes de ballon effectuée par une équipe vêtue de blanc, ne s'aperçoit pas de ce qui se passe ailleurs sur la cour de jeu : Steven B. MOST, Daniel J. SIMONS, Brian J. SCHOLL, Rachel JIMENEZ, Erin CLIFFORD et Christopher F. CHABRIS, « How Not to Be Seen: The Contribution of Similarity and Selective Ignoring to Sustained Inattentive Blindness », (2001) 12-1 *Psychological Science* 9-17. Pour un exemple de l'expérience, voir www.youtube.com/watch?v=Ahg6qcgoay4.

⁷⁶⁷ D. KAHNEMAN, préc., note 141, p. 81.

⁷⁶⁸ Principe applicable en l'espèce : Wouter KOOL, Joseph MCGUIRE, Zev ROSEN et Matthew BOTVINICK, « Decision Making and the Avoidance of Cognitive Demand », (2010) 139-4 *Journal of experimental psychology. General* 665-82. Voir aussi Joseph MCGUIRE et Matthew BOTVINICK, « The Impact of Anticipated Demand on Attention and Behavioral Choice », dans Brian BRUYA (dir.), *Effortless attention: a new perspective in the cognitive science of attention and action*, Cambridge, Mass, The MIT Press, 2010, p. 103.

⁷⁶⁹ D. KAHNEMAN, préc., note 141, p. 39 et s.

⁷⁷⁰ *Id.*, p. 25. Bien que la matière soit introduite à cette page, l'entièreté de l'ouvrage est dédiée à l'examen de ces biais et heuristiques. Pour des écrits récents au sujet de l'application de ces concepts aux tribunaux, voir Matthew I. FRAIDIN, « Decision-Making in Dependency Court: Heuristics, Cognitive Biases, and Accountability », (2013) 60 *Cleveland State Law Review* 913-974; Michael SIMON, « Things that I learned during my first year on the bench that I wish I had known as a trial lawyer », (2013) 24-2 *Stan. L. & Pol'y Rev.* 345-352.

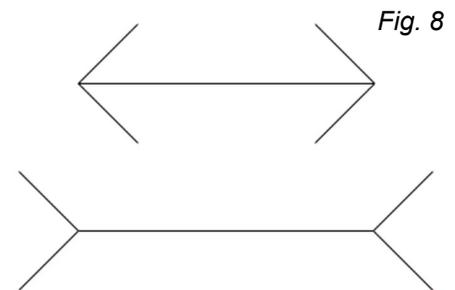
⁷⁷¹ « Heuristic », *Online Etymology Dictionary*, en ligne : <www.etymonline.com/search?q=heuristic> (consulté le 9 octobre 2019).

⁷⁷² Il tire son origine de la même racine étymologique que la fameuse expression « *eureka* ». Cette dernière (originellement épelée « *heureka* ») n'est que la conjugaison du verbe *heuriskein* : « *Eureka* », *Online Etymology Dictionary*, en ligne : <www.etymonline.com/search?q=eureka> (consulté le 6 octobre 2019).

« ce qui sert à la découverte ». Kahneman la définit comme une procédure simple qui aide à trouver des réponses adéquates, mais imparfaites, à des questions difficiles⁷⁷³. Pour être utilisé, le raccourci heuristique doit être disponible (exister dans la mémoire de l'individu), être accessible (activé alors qu'il est en mémoire), et applicable à la situation en l'espèce⁷⁷⁴.

Kahneman donne l'imagination du contexte comme un exemple saillant du système 1. La phrase « Julie s'approche de la caisse », selon le contexte qu'on imagine, peut référer tantôt à une caisse enregistreuse, à une boîte en bois, ou à une succursale de la coopérative Desjardins. Le contexte, essentiel à la compréhension de l'information, est assimilé ou généré inconsciemment. En l'absence d'un contexte plus complet – parce qu'il n'existe pas ou parce que l'interprète ne l'a pas cherché – le système 1 imagine un contexte probable. Dans l'incertitude, le système 1 est guidé par son expérience pour créer ce contexte. Le système 1 fait alors un choix sans en aviser l'interprète, qui a l'impression que le contexte n'est pas considéré⁷⁷⁵.

Ce qui est probablement le plus inquiétant, c'est de savoir que connaître l'existence d'une illusion ne permet pas d'y mettre fin. Cette réalité est bien représentée par l'illusion visuelle Müller-Lyer, où deux lignes de même longueur semblent différentes (plus ou moins longues) selon que les flèches pointent vers l'intérieur ou l'extérieur. Même si l'on sait qu'il s'agit d'une perception erronée, l'illusion persiste. De façon similaire, les biais cognitifs continuent d'influencer notre perception de la réalité même si on connaît leur existence, et même si l'on sait qu'ils s'appliquent en l'espèce⁷⁷⁶. Cette connaissance permet cependant de porter attention de tenter d'apporter un remède au défaut. Le décideur biaisé pourrait se questionner sur les fondements de sa conclusion quant à un argument ou à la crédibilité d'un témoin.



Ce phénomène existe en interprétation du droit. Quand bien même voudrait-on retirer le contexte imaginé de l'exercice interprétatif, rien n'y ferait. Il n'est pas possible d'imaginer Julie s'approchant d'une caisse sans créer un contexte qui permette de définir la caisse en question. Celui-ci est essentiel à la compréhension, et incontournable une fois créé. Tout au plus, l'interprète peut alors

⁷⁷³ D. KAHNEMAN, préc., note 141, p. 98.

⁷⁷⁴ Shelly CHAIKEN, Akiva LIBERMAN et Alice Hendrickson EAGLY, « Heuristic and Systematic Processing Within and Beyond the Persuasion Context », dans James S. ULEMAN et John A. BARGH (dir.), *Unintended thought*, New York, Guilford Press, 1989, p. 212.

⁷⁷⁵ D. KAHNEMAN, préc., note 141, p. 79-80.

⁷⁷⁶ Voir généralement *Id.*, p. 216 et s.

remettre en question le contexte imaginé et se demander pourquoi ce contexte particulier a été généré dans son esprit.

La théorie des deux modes de pensée serait à la source des biais cognitifs liés à l'heuristique⁷⁷⁷. La recherche met à jour une contradiction importante entre notre perception de nous-mêmes et qui nous sommes réellement. Les gens ont tendance à s'identifier au système 2 – des êtres lucides, conscients, rationnels, ayant des croyances et prenant des décisions réfléchies⁷⁷⁸. En réalité, ils sont gouvernés par le système 1 la plupart du temps⁷⁷⁹.

Il existe plusieurs sortes de biais cognitifs, dont plusieurs (notamment les biais raciaux) font l'objet d'une recherche accrue depuis le tournant du siècle⁷⁸⁰. L'ensemble de la recherche nous enseigne que malgré toute notre bonne volonté, les humains ne sont pas des machines rationnelles. Ils sont mus par des forces inconscientes qui s'avèrent trop souvent inexactes. À ce titre, celui qui souhaite se défaire de ses biais nage à contre-courant. Non seulement ces erreurs systématiques sont-elles cachées, mais l'esprit est maintenu en place par la loi du moindre effort. Parce que l'esprit cherche à économiser ses ressources, il est facile de le laisser surfer sur les vagues du système 1.

C'est pourquoi les solutions pour contrer les biais cognitifs sont si exigeantes : nous sommes programmés pour les ignorer afin de maximiser nos ressources. Surveiller nos propres pensée (*self-monitoring*) est une activité du système 2⁷⁸¹. Il n'en demeure pas moins que contrer l'influence exercée par la personnalité passe par l'identification des biais cognitifs personnels.

⁷⁷⁷ Voir D. KAHNEMAN et S. FREDERICK, préc., note 659.

⁷⁷⁸ Ce n'est pas sans rappeler le « réalisme naïf » en vertu duquel ils croient voir le monde objectivement : voir note 583 et texte accompagnateur.

⁷⁷⁹ D. KAHNEMAN, préc., note 141, p. 21 et 64.

⁷⁸⁰ Pour quelques résumés, voir notamment Melissa BREGER, « Making the Invisible Visible: Exploring Implicit Bias, Judicial Diversity, and the Bench Trial University of Richmond Law Review, Vol. 53, No. 1039, 2019 », (2019) 53 *U. of Rich. L. Rev.* 1039-1084; Jerry KANG *et al.*, « Implicit Bias in the Courtroom », (2012) 59 *UCLA L. Rev.* 1124-1186; John IRWIN et Daniel REAL, « Unconscious Influences on Judicial Decision-Making: The Illusion of Objectivity », (2010) 42-1 *McGeorge Law Review* 1-18; Anthony GREENWALD et Linda KRIEGER, « Implicit Bias: Scientific Foundations », (2006) 94-4 *California Law Review* 945-968.

⁷⁸¹ Daniel KAHNEMAN et Gary KLEIN, « Conditions for intuitive expertise: a failure to disagree », (2009) 64-6 *Am. Psychol.* 515-526, 519.

L'identification des biais cognitifs comme solution partielle à l'immiscion du subjectif

Il est donc difficile de surmonter les biais cognitifs sans un effort considérable puisque les solutions impliquent l'activation du système 2. Ce recours au système délibératif permet de prévenir la plupart des erreurs systémiques autrement produites par le système 1, puisqu'il permet de recueillir et d'évaluer plus d'informations⁷⁸².

La difficulté naît du fait que le système 1, bien qu'il soit capable d'évoluer, est très difficile à manipuler. Les mécanismes utilisés par l'esprit ne changent pas vraiment. Le mieux qu'on puisse faire est apprendre à reconnaître les situations où les erreurs sont les plus susceptibles de survenir⁷⁸³. Lorsque ces situations surviennent, la solution est simple – quoique son exécution puisse être compliquée. Il s'agit de ralentir la cadence et d'activer le système 2, de réfléchir de façon délibérée, de se concentrer sur le problème à résoudre et d'évaluer le raisonnement intuitif produit par le système 1⁷⁸⁴.

Bien que simple en théorie, l'activation du système 2 peut s'avérer complexe en pratique. Comme on le mentionnait, le système 2 est énergivore. La concentration que requiert son opération n'est pas la même dans toutes les situations. Les circonstances peuvent rendre son déploiement difficile, voire impossible. On peut penser aux facteurs externes, comme la difficulté de se concentrer lorsqu'un marteau-piqueur fonctionne à quelques pas. Mais il existe aussi des facteurs internes, y compris toutes les formes de distractions biologiques (avoir faim ou besoin d'aller à la salle de bains) ou cognitives (être fatigué, courroucé par un conflit, ou avoir hâte d'aller à une activité)⁷⁸⁵. En présence de ces facteurs, il sera plus difficile d'activer le système 2. Si ce dernier n'est pas activé (ou ne l'est pas suffisamment), le système 1 mènera la charge et se rabattra sur la solution facile.

Un exemple judiciaire de ce phénomène nous est offert par une recherche menée au sujet des remises en liberté par des juges israéliens en 2010⁷⁸⁶. Les chercheurs ont étudié 1 112 dossiers

⁷⁸² D. KAHNEMAN, préc., note 141, p. 135.

⁷⁸³ *Id.*, p. 28.

⁷⁸⁴ *Id.*, p. 417. Pour un résumé des principaux biais cognitifs et des remèdes rapides (mais imparfaits), voir Daniel KAHNEMAN, Dan LOVALLO et Olivier SIBONY, « The Big Idea: Before You Make that Big Decision », *Harvard Business Review* (1 juin 2011).

⁷⁸⁵ Pour un résumé de la recherche du point de vue de juristes, voir Pamela CASEY, Kevin BURKE et Steve LEBEN, « Minding the Court: Enhancing the Decision-Making Process », (2013) 5-1 *Int'l J. for Court Administration* 45-54, 49-50.

⁷⁸⁶ L'étude a été réalisée en 2010, bien que publiée en 2011. S. DANZIGER, J. LEVAV et L. AVNAIM-PESSO, préc., note 624.

entendus par 8 juges différents au cours de 50 jours d'audience répartis sur une période de 10 mois. Règle générale, environ 35% des demandes de remise en liberté sont accordées. La position de repli (position « de base » ou « par défaut ») est donc le rejet de la demande. Les journées étaient divisées en trois séances. Une première avait lieu en début de journée, une deuxième après la pause du matin, puis une dernière après la pause repas du midi.

Les auteurs ont remarqué une corrélation troublante entre le temps écoulé depuis le début de l'audience et le pourcentage de demandes accueillies. Plus la demande présentée était éloignée de la pause la plus récente, moins elle avait de chances de succès. Les demandes présentées au début de séance étaient accueillies (les accusés étaient libérés) environ 65% du temps. Ce chiffre diminuait ensuite de façon constante jusqu'à atteindre presque 0% au moment précédant la pause. Au retour, ce chiffre grimpait à nouveau, puis chutait systématiquement.

Les chercheurs ont étudié un ensemble de facteurs pouvant autrement expliquer cette corrélation (gravité de l'infraction, temps déjà passé en détention, antécédents, etc.). Aucun n'offrait une explication plausible⁷⁸⁷. Ainsi, pour ces dossiers, les chances qu'une demande de remise en liberté soit accueillie ne dépendaient pas seulement des facteurs propres au dossier, mais aussi des facteurs internes des juges – et plus particulièrement ceux associés au temps écoulé depuis le début de l'audience, comme la patience, la fatigue, et le moment du dernier repas⁷⁸⁸.

Les conclusions de l'étude israélienne confirment ce que la psychologie savait déjà au sujet du recours au système 2. Les gens utilisent davantage les heuristiques lorsqu'ils sont peu motivés ou incapables de s'engager dans une réflexion sérieuse⁷⁸⁹.

D'autres études suggèrent que les juges utilisent, eux aussi, les deux systèmes de la pensée⁷⁹⁰. Trois auteurs connus pour leur recherche au sujet du raisonnement judiciaire ont fait passer des tests⁷⁹¹ à près de deux-cent-cinquante juges réunis en Floride. Leurs résultats suggèrent que les

⁷⁸⁷ *Id.*, 6890-6891.

⁷⁸⁸ *Id.*, 6892.

⁷⁸⁹ S. CHAIKEN, A. LIBERMAN et A. H. EAGLY, préc., note 774; Richard E. PETTY, John T. CACIOPPO et Rachel GOLDMAN, « Personal involvement as a determinant of argument-based persuasion », (1981) 41-5 *J. Pers. Soc. Psychol.* 847-855.

⁷⁹⁰ C. GUTHRIE, J. RACHLINSKI et A. WISTRICH, préc., note 608, 5.

⁷⁹¹ Dont le « Cognitive Reflection Test » créé par Shane FREDERICK, « Cognitive reflection and decision making », (2005) 19-4 *J. Econ. Persp.* 25-42.

juges rendent des décisions sur la foi de leur intuition (système 1), mais sont capables de l'écartier pour agir avec délibération (système 2)⁷⁹².

Un premier test permettait de vérifier si les juges activent leur système de pensée délibérative (système 2) avant de répondre aux questions posées⁷⁹³. L'auteur de l'étude originale (qui ne visait pas les juges en particulier) avait conclu que la majorité des gens sont incapables ou réticents à refouler leur réponse intuitive⁷⁹⁴ – même ceux qui répondent correctement considèrent leur réponse intuitive avant de choisir la bonne réponse⁷⁹⁵. D'autres tests visaient ensuite des situations que les juges sont susceptibles de rencontrer sur le banc.

Les résultats démontrent que les magistrats se situent dans la moyenne des gens éduqués, mais ne sont pas meilleurs qu'un autre groupe de professionnels pour résoudre des problèmes qui nécessitent l'activation de la pensée délibérative. Comme tout le monde, les juges ont tendance à se fier à leur intuition⁷⁹⁶. Par ailleurs, les auteurs n'ont pas remarqué de différence significative entre les résultats des juges en fonction de leur sexe, de leur nombre d'années d'expérience ou de leur affiliation politique⁷⁹⁷.

Tout cela porte à croire que les juges raisonnent comme le commun des mortels, à tout le moins ceux qui partagent une éducation et une intelligence similaires. Comme l'écrivent les auteurs, les magistrats demeurent des êtres humains avec la même « machinerie cognitive » que leurs semblables⁷⁹⁸. L'ensemble des études menées à ce jour supporte cette conclusion : les juges décident de façon largement intuitive lorsqu'ils agissent judiciairement⁷⁹⁹, et ils sont susceptibles aux biais cognitifs, bien qu'ils puissent parfois y résister mieux que d'autres professionnels⁸⁰⁰.

⁷⁹² Ils parlent du « *intuition-override model of judging* » : C. GUTHRIE, J. RACHLINSKI et A. WISTRICH, préc., note 608, 3.

⁷⁹³ *Id.*, 10.

⁷⁹⁴ S. FREDERICK, préc., note 791, 28-29.

⁷⁹⁵ *Id.*, 27.

⁷⁹⁶ C. GUTHRIE, J. RACHLINSKI et A. WISTRICH, préc., note 608, 5, 14 et 17.

⁷⁹⁷ *Id.*, 17.

⁷⁹⁸ *Id.*, 12.

⁷⁹⁹ Il faut noter qu'il en est ainsi parce que d'un point de vue purement quantitatif, la majorité des décisions rendues par les juges sont des décisions de routine qui ne nécessitent pas de délibération.

⁸⁰⁰ C. GUTHRIE, J. RACHLINSKI et A. WISTRICH, préc., note 608, 19-26. Voir aussi *supra*, notes 610 et 611.

Le premier test administré était composé de trois questions, chacune plus difficile que la précédente⁸⁰¹. Ce test ne visait pas à déterminer l'intelligence d'une personne, mais à vérifier si elle est capable de surmonter son désir de donner une réponse intuitive à un problème. Ce qui distingue la personne qui donne la réponse intuitive de celle qui ne la donne pas est sa capacité à reconnaître le « piège » et à activer son système 2 pour l'éviter. En l'espèce, le taux de réponses correctes était plus élevé pour les questions plus difficiles⁸⁰².

Les participants savaient que les questions étaient en ordre croissant de difficulté. Ils étaient donc plus susceptibles d'activer le système de pensée délibérative et de parvenir à la bonne réponse à la dernière question (qu'on sait plus difficile) qu'à la première (qui est crue plus simple). Il est plus facile d'identifier un piège lorsqu'on est avisé de sa présence. Dans le même ordre d'idée, certaines questions sont plus complexes que d'autres, et sont donc plus facilement étiquetées comme nécessitant l'intervention de la pensée délibérative.

Ces constats sont pertinents pour la situation judiciaire. En général, le problème n'est pas la compétence des juges. Ils sont compétents et capables de résoudre les questions juridiques qui leur sont soumises. Il s'agit plutôt d'éviter de tomber dans le piège de la réponse intuitive dans les cas où la question mérite qu'on s'y attarde. Ceux qui posent les questions – qu'il s'agisse des avocats qui les soumettent ou des juges qui les reformulent – peuvent les adapter afin de favoriser (ou non) l'activation du système 2. Il est aussi réconfortant de savoir qu'à moins d'un coup de maître de l'avocat, les questions les plus complexes le seront souvent à leur face même. En contrepartie, il faut être à l'affût des questions apparemment simples qui cachent un problème nuancé.

Certaines catégories de questions sont plus susceptibles de passer inaperçues. C'est le cas des décisions qui sont habituellement prises rapidement, souvent sans ou avec peu de délibération. Ces questions sont plus susceptibles de s'appuyer sur la réponse intuitive plutôt que délibérative.

⁸⁰¹ Les trois questions sont :

- 1) Un bâton et une balle de baseball coûtent 1,10\$ en tout. Le bâton coûte 1,00\$ de plus que la balle. Quel est le prix de la balle?
- 2) S'il faut 5 minutes à 5 machines pour créer 5 gadgets, de combien de minutes faudra-t-il à 100 machines pour créer 100 gadgets?
- 3) Un nénuphar pousse dans un lac. Chaque jour, la taille du nénuphar double. S'il faut 48 jours pour que le nénuphar couvre tout le lac, combien de temps faudra-t-il pour qu'il couvre la moitié du lac?

⁸⁰² C. GUTHRIE, J. RACHLINSKI et A. WISTRICH, préc., note 608, 16. Les réponses correctes sont : 1) 0,05\$; 2) 5 minutes; 3) 47 jours.

Sont notamment vulnérables les requêtes avant procès, les conférences de gestion, ainsi que les questions de preuve avant ou pendant le procès. Il en va de même de toutes les décisions rendues oralement ou sous pression⁸⁰³. Ces questions sont pourtant susceptibles d'invalidier un verdict. Les plus importantes ne devraient jamais dépendre de l'intuition spontanée du juge. Malheureusement, le temps semble être un facteur clé dont les juges manquent trop souvent⁸⁰⁴. À défaut d'avoir les ressources nécessaires pour délibérer⁸⁰⁵, l'intuition fournit la meilleure réponse approximative à la disposition du décideur.

La décision prise par intuition n'est pas pour autant erronée. Le choix du système utilisé affecte simplement la réflexion qui mène à la conclusion. Une décision intuitive peut être correcte par chance ou en raison de l'expérience du juge. Elle peut aussi être erronée en raison d'une inattention ou d'une méconnaissance du sujet. Ce que le système 2 permet, c'est une mise en perspective de la question et une analyse plus rigoureuse. Cette analyse risque d'être meilleure que l'intuition puisqu'elle nécessite un raisonnement complet.

Concrètement, le meilleur remède pour éviter les erreurs de logique serait d'augmenter le temps dont disposent les juges et de favoriser les décisions écrites⁸⁰⁶. La rédaction de motifs permet de surmonter l'intuition et les biais cognitifs⁸⁰⁷. Elle permet de prévenir un jugement prématuré⁸⁰⁸ ou basé sur l'intuition⁸⁰⁹. Elle représente un moment charnière dans la réflexion. Certains juges affirment que lorsqu'une décision « ne s'écrit pas » – lorsqu'ils ne parviennent pas à justifier leur décision convenablement au sens de la loi – ils optent pour une autre décision que des motifs légitimes peuvent supporter⁸¹⁰. Une expérience empirique suggère que la rédaction de motifs pour supporter une décision a bel et bien un effet sur celle-ci⁸¹¹.

⁸⁰³ *Id.*, 34.

⁸⁰⁴ Voir Arie W. KRUGLANSKI et Donna M. WEBSTER, « Motivated closing of the mind: “Seizing” and “freezing.” », (1996) 103-2 *Psychological Review* 263-283, 280.

⁸⁰⁵ Les ressources s'entendent ici tant des ressources temporelles que des ressources financières et humaines. Le temps, la distribution des mandats et la possibilité de recourir à l'aide d'un clerc peuvent toutes faciliter l'activation du système 2.

⁸⁰⁶ C. GUTHRIE, J. RACHLINSKI et A. WISTRICH, préc., note 608, 35-38. Voir Stephen GAGELER, « Why Write Judgements », (2014) 36-2 *Sydney L. Rev.* 189-203.

⁸⁰⁷ Voir généralement Frederick SCHAUER, « Giving Reasons », (1995) 47-4 *Stanford Law Review* 633-659.

⁸⁰⁸ Roger J. TRAYNOR, « Some Open Questions on the Work of State Appellate Courts », (1956) 24-2 *U. Chi. L. Rev.* 211-224, 224.

⁸⁰⁹ R. SHARPE, préc., note 34, p. 142.

⁸¹⁰ Voir R. SHARPE, préc., note 34; E. MACFARLANE, préc., note 36.

⁸¹¹ John Zhuang LIU, « Does Reason Writing Reduce Decision Bias? Experimental Evidence from Judges in China », (2018) 47-1 *The Journal of Legal Studies* 83-174.

Une autre méthode consiste à inviter le juge à se demander pourquoi (ou comment) il se peut que son intuition ait tort⁸¹². Une autre encore est de renforcer le désir de parvenir à la décision correcte, ce qui, en droit, inciterait le juge à approfondir sa délibération⁸¹³.

Toutes les méthodes suggérées renvoient à la réalisation d'un même objectif : amener le juge à activer le système 2 et à vérifier la logique qui lie les principaux éléments de sa réflexion. C'est aussi ce qui se produit dans les méthodes, suggérées plus tôt, qui invitent le décideur à comparer sa conclusion à la situation initiale pour reconnaître que cette conclusion n'est pas aussi évidente qu'il le croit, ou encore d'argumenter que la conclusion rejetée est celle qui aurait dû être retenue.

Les parties peuvent ainsi jouer un rôle à ce sujet. Tant dans la formulation de l'argument que dans les plaidoiries finales, elles peuvent insister sur l'importance de certains points et inviter le juge à faire une réflexion particulière. Il importe alors, compte tenu du temps limité dont dispose la cour, de bien identifier les éléments les plus susceptibles de faire pencher la balance en leur faveur.

Les juges peuvent aussi, de leur propre chef, améliorer leurs habitudes de réflexion. À cet égard, la formation – plus particulièrement l'acquisition de connaissances et de compétences relatives au raisonnement – est un autre remède potentiel.

⁸¹² Cette méthode ressemble à celle proposée par Dan Simon lorsqu'il suggère de supposer que l'autre partie ait le meilleur argument. Voir Robin M. HOGARTH, *Educating intuition*, Chicago, University of Chicago Press, 2001, p. 236-239.

⁸¹³ D. C. LANGEVOORT, préc., note 497, 1520-1521.

Conclusion

Il est maintenant temps de voir quelles conclusions peuvent être tirées de tout ce que nous avons vu. Dans la première partie, nous avons offert une définition provisoire de la personnalité du juge et avons considéré certains facteurs susceptibles d'influencer ses prises de position. Nous avons traité des grandes philosophies juridiques qui avaient pour but d'expliquer le raisonnement judiciaire et la nature du droit. Nous nous sommes attardés sur le point de vue des réalistes, pour qui le juge est un humain chargé d'une mission difficile qu'il tente tant bien que mal d'accomplir. Généralement, les réalistes sont d'avis que la personnalité du juge joue un rôle dans ses réflexions. La loi demeure toutefois un guide de premier ordre que le magistrat tâche de respecter.

Nous avons ensuite vu que le droit est indéterminé. Cette indétermination est créée par plusieurs phénomènes liés à la communication des idées et la nature du droit afin de donner à la loi une texture ouverte. L'indétermination est relative et, bien qu'on ne puisse pas parler d'un droit quasi-déterminé, l'interprète ne jouit en réalité que d'une discrétion sévèrement limitée. Enfin, nous avons considéré que les juges, leur personnalité et leur moralité occupent une place dans l'interprétation des lois. Cette place est créée et légitimée par la nature du droit et les imperfections des textes édictés par le législateur. Qui plus est, il existe des mécanismes à l'intérieur du système judiciaire et constitutionnel pour permettre à la meilleure interprétation acceptable d'être retenue.

Dans la deuxième partie, nous nous sommes tournées vers les sciences humaines pour mieux comprendre le processus de prise de décision. Nous avons d'abord considéré la perspective herméneutique. Cette science de l'interprétation nous enseigne que toute forme de compréhension passe nécessairement par la subjectivité de l'interprète. Cette subjectivité peut toutefois être partagée avec une communauté, ce qui facilite le consensus quant au sens de la norme, mais a aussi pour effet de cacher le phénomène subjectif qui s'opère.

Nous avons ensuite considéré les théories psychologiques, prenant pour prémisse que celles-ci s'appliquent aux juges jusqu'à preuve du contraire. Nous avons ainsi vu le modèle de la cohérence suggéré par Dan Simon. À l'intérieur de ce modèle, l'esprit raisonne grâce à une représentation mentale du problème qui lui est soumis. Les connaissances préalables du juge déterminent l'acceptation de chacune des propositions qui forment le modèle. Celles-ci s'influencent entre elles tandis que le juge reconstruit le modèle à de nombreuses reprises pour trouver la meilleure configuration – la solution au problème. Éventuellement, les arguments sont acceptés ou rejetés de manière à créer un modèle cohérent où ne subsistent que les propositions qui s'accordent avec une même conclusion.

Nous avons vu que c'est à l'intérieur du modèle de cohérence que se concrétise l'influence de la personnalité du décideur dans l'interprétation du droit. Les diverses structures de compréhension, dont ses connaissances préalables, font en sorte que les faits et les arguments qui lui sont présentés sont appréciés différemment d'un juge à l'autre. Cette appréciation a un effet direct sur la place qu'occupera l'élément à l'intérieur du modèle mental de résolution de problème, et sur l'influence que cet élément exercera sur ses semblables.

De plus, nous avons vu que l'esprit raisonne selon deux systèmes de pensée. Le premier est affecté aux tâches légères et automatiques du quotidien; le second est en charge de la pensée délibérée. Les deux systèmes opèrent en alternance en fonction des besoins du moment et de manière à préserver ses ressources. Parce que l'esprit cherche à économiser ses ressources, le système 1 emploie des raccourcis cognitifs qui peuvent être illogiques. Il n'existe pas de solution facile pour contrer ces erreurs cognitives, mais il est possible de s'entraîner à identifier les situations qui nécessitent l'activation de la pensée délibérative.

Les deux modes de raisonnement judiciaire et l'influence de la personnalité

Le modèle et les théories psychologiques que nous avons vus permettent de mieux comprendre la nature du processus de prise de décision. En combinant le modèle de Dan Simon à la théorie des deux systèmes de pensée, on constate que le raisonnement réel ne correspond ni aux prétentions des formalistes ni à celles des réalistes. Il se trouve plutôt à mi-chemin entre les deux, étant surtout influencé par la loi, mais aussi, à l'occasion, par la personnalité du juge. Si les juges sont influencés par leur intuition – ce qui comprend leurs réactions émotives – ils sont aussi capables d'y résister pour rendre des décisions réfléchies et, en conséquence, conformes au sens accepté de la loi.

Les réalistes, et plus particulièrement ceux qui insistaient sur l'intuition judiciaire, avaient à tout le moins raison de croire que le processus décisionnel était complexe. Les formalistes, en revanche, se trompaient s'ils croyaient que l'application du droit était un exercice mécanique relevant de la simple logique déductive.

En fait, la prise de décision s'opère de deux manières qui correspondent aux deux systèmes de pensée. La première est automatique, spontanée et s'effectue sans effort réel. On parle de la prise de décision fondée sur le système intuitif. La deuxième est plus lente; elle nécessite effort, motivation et concentration. Il s'agit de la prise de décision fondée sur le système délibératif. Ainsi, le raisonnement serait initialement orienté par une intuition initiale – comme le suggèrent les réalistes – mais pourrait être suivi d'une étape de réflexion délibérative où le décideur remet cette

intuition en question à la lumière, notamment, du droit – ce qui correspond davantage à l’approche formaliste. À terme, la décision est intuitive si le système délibératif n’a pas été enclenché, et elle est délibérative s’il l’a été⁸¹⁴.

Sans qu’il soit question de remettre en doute la bonne foi de quiconque, il faut considérer que toutes les décisions judiciaires ne sont pas le fruit d’une réflexion profonde, d’une remise en question visant à trouver le bienfondé juridique de l’application de la loi en l’espèce. Les juges rendent régulièrement des décisions sur le banc au sujet de la procédure, de l’admissibilité de la preuve et même de droit substantif. Il serait naïf de prétendre que chacune de ces décisions est le fruit d’un exercice exhaustif d’application de règles et de principes juridiques.

Ça ne veut pas dire que ces décisions soient incorrectes. Les décisions doivent plutôt être vues comme engageant plus ou moins le système 2. Il s’agit d’un continuum où le processus de réflexion sera plus ou moins engagé en fonction de l’importance que le juge accorde à la question. S’il a déjà eu à traiter des situations similaires, le juge a en mémoire des modèles où la réflexion est déjà complétée. Il peut s’y référer pour déterminer rapidement où mènerait probablement la nouvelle situation. Cependant, il risque du même coup de substituer la question actuelle à la question antérieure⁸¹⁵.

C’est probablement en première instance qu’on retrouve la plupart des décisions qui tendent davantage vers l’inaction du système 2. Il ne s’agit pas d’une question de compétence, mais de simple arithmétique. La quantité absolue de décisions rendues en première instance, et l’environnement dans lequel elles sont rendues, rendent plus difficile de procéder à un raisonnement complet à chaque fois. Des règles appliquées quotidiennement, comme déterminer si un témoignage verse dans le oui-dire, ne nécessitent pas une reconsidération systématique de la règle chaque fois qu’une objection est accueillie à ce sujet.

Ensuite, la nature du processus en révision judiciaire ou en appel est telle qu’il y est plus facile d’activer le système 2. Le nombre souvent limité de questions en jeu, le temps et les plaidoiries écrites dont disposent le tribunal, et le fait que l’exercice consiste précisément à réviser une question de droit, invite les juges à une réflexion par le système 2. Il en va de même de la rédaction systématique des motifs pour justifier une décision.

⁸¹⁴ D. KAHNEMAN et S. FREDERICK, préc., note 659, à la page 51.

⁸¹⁵ Un des raccourcis heuristiques consiste à remplacer une question par une autre. En l’espèce, on remplace la question « Cette requête devrait-elle être accordée? » par « L’ancienne requête devait-elle être accordée? »

Dans toutes les instances, le processus contradictoire et la dynamique d'un procès offrent une mesure de validation. Le rôle des parties est justement d'attirer l'attention de la cour sur les questions importantes et de s'opposer aux arguments fallacieux qui abusent du système 1. Un juge de la Cour suprême notait que les audiences en elles-mêmes étaient utiles pour éviter les décisions basées sur des valeurs personnelles. Elles permettent aux parties de faire valoir leurs arguments, et aux juges, à travers leurs questions aux parties, de donner la chance de faire valoir des points particuliers⁸¹⁶.

Ces interventions ne sont pas une garantie d'un raisonnement exhaustif, mais elles constituent certainement un appel à délibérer au sujet d'une question problématique. Il n'est pas davantage possible de savoir si la conclusion trouvée est la bonne ou non, mais ce genre d'apostrophe peut permettre de développer la capacité du système 1 à reconnaître des défauts similaires dans l'avenir. Les praticiens reconnaîtront qu'avec l'expérience vient une facilité pour reconnaître les questions contraires aux règles de droit. Il s'agit là de l'adaptation du système 1 à reconnaître les stimuli qui nécessitent un appel au système 2.

Les systèmes 1 et 2 sont utilisés pour évaluer les différents éléments présents dans le modèle mental du juge. Ils peuvent être activés pour l'ensemble du modèle comme ils peuvent se concentrer sur un seul argument. Dans un monde idéal, il faudrait s'assurer d'activer le système 2 pour évaluer chacun des éléments et s'assurer que les conclusions qui y sont liées ne reposent pas sur une erreur de logique, un raccourci intellectuel ou un biais émotif. En pratique, il faut surtout mettre l'emphase sur les éléments au cœur du raisonnement. Puisque tous les éléments ont une importance relative et distincte, et parce qu'ils ne sont pas tous susceptibles d'être influencés de la même manière par les biais cognitifs, l'avocat et le juge doivent identifier ceux qui sont plus susceptibles d'être erronés et d'influencer la conclusion.

On dit qu'une bonne plaidoirie se concentre habituellement sur un ou deux arguments plutôt que de s'éparpiller. Si le modèle proposé dans ce texte est correct, il faudrait que cet argument soit central à l'acceptation de la conclusion désirée. S'y concentrer aura pour effet de modifier l'acceptation des éléments qui y sont liés. Si cet élément est central à la décision, on influence pour faire en sorte que les sous-éléments favorables soient aussi acceptés, tandis que d'autres éléments défavorables seront rejetés. Il se peut ainsi que de convaincre le juge au sujet d'un seul

⁸¹⁶ E. MACFARLANE, préc., note 36, p. 96.

argument ait pour effet de changer l'ensemble du modèle mental du problème, et donc de changer la conclusion à laquelle en vient le décideur.

L'argumentation peut ainsi servir à activer le système 2 du juge en l'appelant à réfléchir davantage aux liens logiques qui supportent cet argument. Il ne fonctionnera toutefois que si ses prémisses sont elles-mêmes connues et acceptées. De plus, il faut que le juge soit réceptif à ouvrir son esprit et à activer le système 2. Or, il arrive que certains aient des idées préconçues quant aux faits ou au droit et refusent de les remettre en question. On parle alors d'un manquement judiciaire, l'ouverture d'esprit requise du juge exigeant de lui qu'il soit prêt à remettre ses idées en question, quitte à confirmer son idée d'origine.

Cette façon de réfléchir en utilisant le mode de pensée délibératif ou le mode intuitif peut servir à diminuer l'influence de la personnalité sur la décision. Il faut cependant comprendre comment la personnalité influence ce processus pour identifier où l'intervention des deux systèmes est nécessaire, c'est-à-dire au niveau de l'évaluation individuelle des pièces qui forment le modèle de résolution de problème.

Lorsqu'un juge tente de résoudre un problème, il utilise une représentation mentale des éléments qui composent ce problème. L'acceptation de chaque élément découle essentiellement de la personnalité du juge. Il s'agit d'un exercice de compréhension, donc d'un exercice herméneutique, où l'ensemble des expériences du décideur lui permettent de comprendre ce qui lui est présenté. Ces expériences sont ce que nous avons défini comme l'essence de sa personnalité : ses souvenirs, ses connaissances, la façon dont il comprend l'information, mais aussi son tempérament et sa susceptibilité aux influences sociales. Plus concrètement, les connaissances préalables supportent le jugement posé sur chaque élément en influençant l'acceptation de la prémisse, du « médiateur d'inférence » et de la source qui supportent une proposition.

L'acceptation de chaque élément – son « niveau d'activation » pour employer les termes de Simon – pourra être faible ou fort, ainsi que négatif ou positif. Qui plus est, tous les éléments du modèle sont liés entre eux, fortement ou faiblement, et par des liens directs ou indirects. Ainsi, chaque élément exerce une influence plus ou moins grande sur tous les autres éléments selon le lien qui les unie, le niveau d'activation de chacun, et la conclusion à laquelle ils mènent. Ce dernier critère est lié à l'essence du modèle, à savoir la recherche de cohérence. L'esprit veut d'abord et avant tout parvenir à une configuration harmonieuse du modèle. En conséquence, il permet aux éléments les plus influents de changer l'acceptation d'éléments voisins.

Ainsi, dans un problème où l'on opposerait un *principe juridique notoire* (p. ex. le fardeau de preuve hors de tout doute raisonnable en droit criminel) à un *argument* du poursuivant qui dirait que son fardeau de preuve est la balance des probabilités, le principe l'emporterait sur l'argument. Dans cet exemple, ces deux éléments mènent à des conclusions différentes (p. ex. coupable ou non coupable). Ils sont intimement liés puisqu'ils traitent d'un même sujet, à savoir le fardeau de preuve. Parce que le principe juridique notoire est fortement activé, c'est-à-dire accepté par le juge, il exerce une influence forte. À l'inverse, l'argument de la balance des probabilités est plus difficilement accepté puisqu'il est contraire à une jurisprudence incontestée. À supposer qu'il ne soit pas complètement rejeté de ce seul fait, cet argument serait fortement et négativement influencé par le principe. Fortement en raison de la force du principe influenceur, et négativement en raison des conclusions opposées que chacun supporte.

C'est lorsqu'on met en commun l'évaluation individuelle des éléments, le rôle que joue la personnalité dans l'acceptation des inférences, et l'influence qu'exerce chaque élément sur ses voisins, qu'on peut concevoir l'impact réel de la personnalité.

Parce que l'esprit continue sa réflexion jusqu'à trouver une configuration cohérente du modèle, les éléments ont plusieurs occasions d'influencer leurs pairs. Au fil de ces nombreuses reconfigurations, l'influence du groupe d'éléments supérieurs fera diminuer l'acceptation des éléments opposés, jusqu'à ce qu'ils disparaissent pratiquement du modèle. Ainsi, le juge qui accepte un argument fallacieux – celui-ci lui paraissant cohérent à la lumière de ses expériences passées – introduit dans la représentation mentale du problème une force qui pourra, par une sorte d'effet papillon, mener au rejet d'arguments fondés, mais incompatibles. À terme, les arguments favorables sembleront dominer le modèle, et le juge pourrait en conséquence parvenir à une conclusion particulière en raison de sa personnalité.

Dans la représentation mentale d'un problème interprétatif, une préférence personnelle idéologique pourrait avoir un effet semblable. Face à un problème difficile où le tribunal doit décider s'il intervient pour compléter la loi laconique du législateur, ou s'il s'en abstient pour respecter le partage des conséquences, les préférences idéologiques du juge pourront être déterminantes. Pour les fins de l'exemple, supposons que les arguments relatifs à deux interprétations opposées sont de force égale et que les chances que chaque conclusion soit la bonne sont de 50%. Le fait d'ajouter à ce modèle une réticence du juge à intervenir, non pas en raison d'une jurisprudence reconnue, mais en raison de son interprétation personnelle de la distribution des pouvoirs prévue par les lois constitutionnelles, pourrait faire pencher la balance en faveur d'une interprétation plutôt que d'une autre. Une fois cet équilibre brisé, le modèle de

raisonnement expliqué ci-dessus opérera jusqu'à évincer les arguments en faveur de l'autre conclusion, rendant au final l'impression que les arguments sont à 100% en faveur de la conclusion retenue.

Ce qui est le plus problématique, et ce qui explique vraisemblablement son caractère énigmatique, c'est que le raisonnement vient souvent du système 1. Ses rouages passent alors inaperçus puisqu'ils opèrent à un niveau inconscient⁸¹⁷. Ils ont donc tendance à influencer la personne sans qu'elle le sache⁸¹⁸. C'est le cas en ce qui concerne l'évaluation des arguments. C'est lorsqu'un élément (argument ou fait) est accepté sans être suffisamment considéré pour ce qu'il est que la personnalité est le plus susceptible d'influencer le raisonnement. Certains peuvent être acceptés sans broncher parce qu'ils représentent des principes de justice fondamentale (p. ex. le droit de l'accusé de ne pas témoigner à son procès).

Par contre, d'autres méritent d'être vérifiés pour assurer qu'ils sont conformes à la logique et aux principes de justice. Quant à la personnalité, il faut vérifier si cet élément est susceptible d'être influencé par celle-ci. Dans l'appréciation des faits, le juge devrait considérer si son amour du hockey fait en sorte qu'il apprécie plus favorablement le témoignage d'un joueur de son équipe préférée. Dans la reconstruction de la narration de la loi, il devrait se demander si ses préférences idéologiques sont susceptibles de déformer la vision du monde qu'avait le législateur au moment d'adopter la loi. Pour reprendre l'expression de Balkin, il doit se demander s'il fait preuve de suffisamment de charité envers le législateur lorsqu'il tente de reconstruire sa pensée. Peut-il accepter le législateur considérait que l'imposition de peines plus lourdes tendrait à prévenir la criminalité, même si, de son point de vue, la preuve scientifique ne supporte pas cette prémisse?

Comme on le disait, c'est à travers ses connaissances préalables et sa compréhension du monde que le juge accepte ou non un argument. Si l'élément est cohérent avec sa compréhension du monde, il sera plus facilement accepté. Cela laisse beaucoup de place aux biais inacceptables, surtout en présence d'une large discrétion dans l'appréciation de la preuve.

⁸¹⁷ T. D. WILSON et N. BREKKE, préc., note 581.

⁸¹⁸ D. SIMON, « On Juror Decision Making: An Empathic Inquiry », préc., note 675, 431. Voir Rachel K. CUSH et Jane Goodman DELAHUNTY, « The Influence of Limiting Instructions on Processing and Judgments of Emotionally Evocative Evidence », (2006) 13-1 *Psychiatry, Psychology and Law* 110-123; Kevin S. DOUGLAS, David R. LYON et James R. P. OGLOFF, « The impact of graphic photographic evidence on mock jurors' decisions in a murder trial: Probative or prejudicial? », (1997) 21-5 *Law and Human Behavior* 485-501.

Prenons un exemple évident qui tient de la détermination des faits, mais qui illustre plus simplement les principes dont il est question : le décideur raciste qui croit que les personnes d'une certaine origine sont des menteurs. Ce magistrat ne sera pas porté à croire qu'une personne de cette origine puisse dire la vérité lorsqu'elle témoigne : cela serait contraire à sa compréhension du monde, dans laquelle ces personnes ne sont pas dignes de foi. Il n'est pas impossible qu'il la croie, mais pour ce faire, il faudrait qu'il se laisse influencer. Alors que l'influence opère normalement du décideur vers l'argument, il est aussi possible que l'inverse survienne. Pour accepter le fait qu'en l'espèce, cette personne semble dire la vérité, il lui faudrait changer ses idées préconçues (« les personnes de cette origine mentent ») – un exercice difficile, mais pas impossible.

Dans le contexte de l'argumentaire et de l'interprétation, de telles prédispositions personnelles imposent informellement un fardeau différend aux parties. Lorsque le juge est naturellement défavorable aux prétentions d'un demandeur, les arguments présentés par celui-ci devront s'appuyer sur une logique à toute épreuve. Il est à ce sujet intéressant de noter que selon la recherche en psychologie sociale, la persuasion a lieu à travers des voies systémiques (ou centrales) ou heuristiques (ou périphériques). Tandis que les routes systémiques favorisent les faits, la logique et les inférences rationnelles, les voies heuristiques font plutôt appel aux raccourcis intellectuels et aux émotions. Font partie de cette dernière les métaphores, l'ironie, les questions rhétoriques, l'humour et l'amabilité de l'interlocuteur⁸¹⁹.

Il existe ainsi des arguments qui fonctionneront vraisemblablement lorsque le juge a une prédisposition favorable à la position d'une partie, mais qui pourront être rejetés rapidement dans le cas contraire, les arguments ne reposant pas sur les faits et la logique. Le plaideur progressiste ne risque pas de convaincre le juge conservateur en utilisant l'ironie, mais il pourrait le convaincre en utilisant les arguments fondés sur les faits et la logique. En d'autres mots, certains arguments sont logiques et capables de survivre à l'analyse rigoureuse du système 2, tandis que d'autres font appel aux biais naturels de l'esprit.

À l'évidence, personne n'avouerait préférer les arguments qui abusent de nos faiblesses cognitives. Si ces arguments périphériques étaient facilement identifiables, ils seraient vite rejetés. Le problème nait encore une fois du fait que les raccourcis cognitifs opèrent de façon inconsciente. Utilisons à nouveau l'exemple d'un décideur raciste pour illustrer le phénomène. L'idée que le

⁸¹⁹ D. SIMON, « On Juror Decision Making: An Empathic Inquiry », préc., note 675, 427-428.

témoin racisé ne soit pas digne de foi n'a probablement pas été réfléchi explicitement. Aucun magistrat contemporain ne se lève le matin en affirmant être raciste et avoir l'intention de ne pas croire les témoins d'une origine particulière.

Ces prédispositions, qui fondent des fautes logiques, opéreront plutôt par des voies cachées. Une méthode typique à l'heuristique du système 1 consiste à remplacer la question à laquelle est confronté le décideur par une question plus générique. Cette façon de faire permet d'économiser les forces de l'esprit en répondant à une question simple plutôt qu'en procédant à une analyse individualisée. Ainsi, il est probable dans un tel contexte que la question à laquelle l'esprit du décideur réponde ne soit pas « Cette personne est-elle digne de confiance? », mais « Est-ce que je fais confiance aux personnes de cette origine? » Or, ce n'est pas la question à laquelle le tribunal devait répondre.

Il faut de plus considérer que les biais opèrent à plusieurs niveaux. Toujours avec le même exemple, il serait facile d'identifier des raisons pour lesquelles le témoin ne mérite pas d'être cru. Il existe toujours des arguments contraires en droit, mais aussi dans l'appréciation des faits. Il faut alors prendre garde aux biais sous-jacents au biais principal, c'est-à-dire aux biais qui permettent de maintenir l'existence du biais principal. Nous pensons notamment au biais de confirmation, où la personne recherche la confirmation de ses prédispositions dans l'information qui lui est soumise. Dans cet exemple, le biais principal serait l'indisposition à croire que le témoin dise la vérité, et le biais sous-jacent serait le biais de confirmation qui attire son attention sur tous les indices que cette personne ne dit pas la vérité. La liste des nombreux biais répertoriés ne sera pas étudiée ici – Baron en rapportait 46 en 1994⁸²⁰, une liste qui s'est allongée depuis⁸²¹.

Tout ce qui précède sert à démontrer que pour bien comprendre le raisonnement à l'intérieur du modèle de la cohérence mentale, il faut considérer l'appréciation de chaque élément comme étant gouverné par les systèmes 1 et 2. Le problème entier peut bien être considéré ainsi, mais les éléments qui forment le modèle sont aussi analysés en utilisant ces systèmes. On s'attarde souvent au résultat final puisqu'il s'agit du seul élément que l'on possède, mais il pourrait être utile de remonter dans la réflexion afin de trouver où l'heuristique et les biais ont détourné le raisonnement de sa conclusion logique.

⁸²⁰ J. BARON, préc., note 680.

⁸²¹ A. DIEDERICH et J. R. BUSEMEYER, préc., note 636, à la page 668.

Pour reprendre l'exemple du racisme, on croira qu'une personne est considérée responsable parce que le décideur est raciste. Le commentaire ne serait pas faux en soit, mais il serait incomplet. Il ne s'agirait pas d'une conclusion recherchée par la personne en raison de ses prédispositions racistes (un agenda raciste caché), mais plutôt la conséquence de ces mêmes prédispositions. Le fait qu'il ne croit pas la version de la personne racisée (conséquence immédiate de ses prédispositions) fait en sorte que la version de l'autre partie est retenue et, qu'en conséquence, la personne discriminée est considérée responsable.

Nous ne cherchons bien sûr pas à faire l'apologie des gens qui discriminent. Il va de soi qu'une véritable justice rejette ce genre de ségrégation. Il s'agit plutôt de souligner le caractère insidieux des influences liées à la personnalité. Dans l'exemple proposé, le décideur agit, de son point de vue, en toute bonne foi puisqu'il ne croit pas la version de la personne discriminée. Dans son esprit, justice est rendue conformément au droit puisque la loi est appliquée à ses déterminations factuelles. Par ailleurs, il s'agit d'un exemple où un seul élément est si important à l'intérieur du modèle mental qu'il peut affecter l'ensemble et mener à une conclusion contraire. Si la version des événements n'est pas crue et est rejetée, l'ensemble des arguments en faveur de la conclusion contraire gagnent en force probante.

Évidemment, la bonne foi n'excuse pas l'erreur lorsque celle-ci est la conséquence de prédispositions racistes. Être capable d'identifier le biais spécifique peut cependant aider à le contrer. Pour reprendre l'exemple, le biais générique du « racisme » ne suffit pas en l'espèce et semble peu susceptible de corriger la situation. Il faut indiquer que le biais se concrétise par une croyance que les personnes d'une certaine origine ne sont pas dignes de foi. Dans cet exemple, c'est à cette croyance plus spécifique qu'il faut s'en prendre pour rétablir une justice impartiale. Une accusation généralisée risque davantage de mettre le décideur sur la défensive sans provoquer de changement. Ce qui précède vaut bien sûr aussi pour les personnes accusées d'entretenir de tels biais. Avant de les rejeter, encore faut-il être capable d'identifier la nature réelle du reproche pour l'examiner.

La conscience des biais et leur identification permet de poser les bonnes questions et d'appliquer les bons tests. Ce n'est pas parce qu'un accusé déplaît au décideur qu'il est coupable. Ce n'est pas non plus parce qu'il n'est pas cru qu'il est coupable de ce qu'on lui reproche. Une des décisions les plus citées dans les appels de droit criminel est à cet effet. Dans *R. c. W.D.*⁸²², la

⁸²² *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521.

Cour suprême donne des directives aux juges appelés à déterminer la culpabilité d'un accusé. Essentiellement, elle rappelle que ne pas croire la version de l'accusé ne le rend pas coupable.

C'est le genre de raccourci cognitif qu'il faut éviter : remplacer une question difficile (« la poursuite a-t-elle prouvé les éléments essentiels de l'infraction hors de tout doute raisonnable? ») par une autre (« est-ce que je crois l'accusé? » ou « est-ce que j'éprouve de l'animosité envers l'accusé? »). Se rappeler le bon test juridique (la preuve hors de tout doute raisonnable des éléments essentiels de l'infraction) et y répondre rigoureusement est sans doute l'un des meilleurs moyens pour prévenir les erreurs de logique provoqués par le système 1 et la personnalité qui le supporte (les raccourcis cognitifs inhérents à la compréhension du monde).

Cette méthode est valide qu'on parle de faits ou de la loi. Si l'appréciation des faits consiste en la recherche d'une trame factuelle cohérente, l'interprétation de la loi consiste en la recherche d'une narration normative cohérente. L'interprète cherche à ce que tous les indices contextuels – qu'il s'agisse des mots de la disposition, des dispositions connexes, du contexte social ou des débats parlementaires – s'agencent harmonieusement. Or, pour respecter le test dicté par la Cour suprême, il faut fouiller l'ensemble du contexte à la recherche des indices qui permettent de reconstruire l'intention du législateur. Cette façon de faire exige de l'interprète qu'il soit capable de se remettre en question et d'écarter sa propre compréhension du monde pour y préférer celle du législateur. À défaut de quoi, il laisse peut-être sa personnalité occuper une place indue dans la détermination de la norme⁸²³.

Si cet exercice peut sembler facile en étudiant une série d'arguments définis, il n'en est pas moins fastidieux lorsqu'il demande qu'on fouille un contexte indéfini à la recherche de l'intention du législateur. Dans une telle situation, il existe une myriade de façons pour que la personnalité intervienne. La plupart peuvent concerner l'appréciation des éléments, depuis l'attention qui est portée pendant la recherche des indices contextuelles, jusqu'à leur acceptation selon les connaissances préalables, en passant par les liens qui les unissent avec le reste du modèle. La personnalité, lorsqu'on l'entend comme le fondement d'un exercice herméneutique combiné à une obligation de justifier sa décision, est alors bien plus qu'idéologique, bien que l'idéologie puisse en partie expliquer le raisonnement.

⁸²³ Rappelons que nous traitons ici de l'interprétation des lois statutaires et non de l'interprétation des droits garantis par la Charte Canadienne, dont la nature fait en sorte que certaines règles particulières s'appliquent, alors que d'autres sont peu utiles (p. ex. a recherche de l'intention du législateur l'ayant adopté).

La concrétisation de l'idéologie dans le comportement judiciaire

Ainsi, l'influence de la personnalité prend racine dans les prémisses utilisées pour comprendre le droit. Le juge n'agit pas consciemment pour atteindre des objectifs politiques ou idéologiques. Il exprime une croyance réelle en ce que signifie le texte adopté par le législateur, et en ce que, en tant que juge, il a l'obligation de définir comme étant le sens réel de la norme.

Ne donnons qu'un exemple inspiré de la dichotomie entre conservatisme et progressisme. En raison de ses valeurs, et plus particulièrement sa conception du partage des pouvoirs entre judiciaire et législateur, un juge conservateur sera généralement minimaliste. Pour reprendre les conclusions de Susan Philips au sujet des juges chargés d'accepter les plaidoyers de culpabilité d'accusés⁸²⁴, le juge conservateur se sentait obligé à plus de déférence envers l'accusé. Il posait en conséquence moins de questions, et des questions plus fermées, afin de laisser à l'accusé le soin de faire valoir ses moyens de défense. À l'opposé, le juge progressiste sera généralement interventionniste. Il se sentira obligé de faire plus pour garantir qu'aucune erreur judiciaire ne soit commise, ce qui implique poser plus de questions ouvertes afin d'avoir un portrait global de la situation avant d'accepter un plaidoyer.

Dans le contexte de l'interprétation, le juge conservateur considérera qu'il doit faire preuve de plus de déférence à l'égard du législateur, et n'osera pas compléter les dispositions au-delà de ce qu'elles énoncent, jugeant qu'il appartient à l'assemblée législative de le faire. À l'inverse, le juge progressiste considérera qu'il lui appartient comme juge de donner au texte le sens voulu par le législateur, quitte à le compléter.

Ainsi, la plupart de ce qui a été décrit comme des biais judiciaires ne relève pas d'un choix délibéré d'imposer un agenda politique ou idéologique de la part du juge. Il s'agit plutôt d'une convergence entre, d'une part, sa conception de la loi et de la fonction judiciaire, et, d'autre part, ses préférences idéologiques. Comme le suggère Balkin, l'idéologie est nécessaire à l'interprétation de la loi, et celle-ci est – sans effort ou intention pour ce faire – lue dans la loi par l'interprète.

Un phénomène similaire d'association explique à notre avis ce qui peut ressembler à un biais relié à ses affiliations antérieures. Le penchant naturel du juge pour une position particulière – qu'on pourrait appeler prédisposition ou facilité – est une conséquence naturelle de l'expérience, et non le corollaire d'une préférence idéologique. L'avocat qui a œuvré en droit du travail et représenté

⁸²⁴ S. U. PHILIPS, préc., note 11.

l'employeur a certainement une conception différente de ce qu'est une compensation raisonnable, non pas parce qu'il porte l'idéologie de ses anciens clients, mais parce que ses expériences personnelles lui ont donné une perspective nécessairement colorée par leur position. Son expérience lui a donné d'être plus sympathique – en ce qu'il comprend mieux à force d'y être exposé – la réalité de l'employeur qu'il représentait. Il ne s'agit donc pas nécessairement d'un biais idéologique contre l'employé, mais d'une capacité moindre à comprendre sa situation, et en conséquence à être capable d'empathie — à se mettre dans ses souliers et à voir le problème selon son point de vue. Ce problème peut-il être surmonté? Sans doute.

L'auteur Steve Burton croit que les juges sont capables d'être parfaitement conscients de leur processus décisionnel. Les personnes sont supposées être dotées de la capacité de délibérer au sujet de quoi faire et d'agir rationnellement⁸²⁵. Les juges peuvent essayer d'agir ainsi, mais il faudra un effort sérieux et de longue haleine pour mettre le système 1 sous garde. Comme le dit Balkin, la socialisation se traduit par l'intégration de normes culturelles⁸²⁶. L'œuvre réalisée à titre d'avocat fait partie de cette socialisation. Les forces qui ont formé le juge au cours de son parcours ont donc fondamentalement influencé sa perception du droit et des faits. Il est d'ailleurs reconnu que l'expérience est une composante essentielle de la capacité à bien juger puisqu'elle permet de mieux comprendre ce droit et ces faits⁸²⁷.

Il ne faut pas oublier que la prise de décision judiciaire est multidimensionnelle. Les décisions ne sont généralement pas la conséquence d'une variable unique. La fonction judiciaire implique sans contredit de nombreux enjeux qui luttent pour la priorité dans la tête du décideur. Il semble peu probable qu'ils soient principalement motivés par un agenda idéologique aux dépens de ce qu'ils considèrent être justes et conforme au droit.

Les motifs qui poussent un juge à trancher une question d'une certaine façon sont multiples et de force persuasive inégale⁸²⁸. De son côté, la professeure Philips qualifie le comportement judiciaire de polysémique – qui a plusieurs sens ou significations. Bien que la pensée légale domine le discours et la réflexion, elle comporte aussi une composante idéologique politique⁸²⁹. Plus particulièrement, la conception qu'ont les juges de leur fonction, et l'interprétation du droit qui en découle, une idéologie politique. Tenter de séparer les deux et de nier leur entrelacement ne

⁸²⁵ S. J. BURTON, préc., note 72, p. 38.

⁸²⁶ Voir généralement J. BALKIN, préc., note 126.

⁸²⁷ S. J. BURTON, préc., note 72, p. 46-47.

⁸²⁸ *Id.*, p. 50-62.

⁸²⁹ S. U. PHILIPS, préc., note 11, p. 117.

change rien au fait qu'ils mènent à des résultats communs. Cela est aussi vrai en matière d'interprétation.

Comme le remarque la professeur Philips, une idéologie politique se rattache à toute interprétation du droit⁸³⁰. Une approche originaliste est nécessairement conservatrice puisqu'elle se rapporte à des standards du passé. Une interprétation littérale a pour effet de tendre vers un standard minimal⁸³¹. Il paraît donc inexact d'affirmer qu'on écarte ses propres convictions idéologiques en s'en remettant à la stricte application de la loi, alors que celle-ci est lue en utilisant une méthode interprétative qui favorise pourtant un courant idéologique. Le choix d'une méthode interprétative a donc des conséquences idéologiques puisqu'il entraîne le résultat désiré par cette idéologie.

On retrouve ainsi des liens conceptuels entre philosophies judiciaires, méthodes interprétatives et philosophies juridiques. Bien que des différences existent à plusieurs niveaux, on peut généralement considérer que les divisions à l'intérieur de ces trois champs tournent autour de la place qu'occupe le juge dans la détermination du droit et par la déférence à laquelle le législateur a droit dans cette détermination. Les adeptes de la déférence favoriseront naturellement une interprétation littérale, une approche formaliste, et une prise de décision minimaliste.

L'association entre préférences judiciaires et idéologiques est si forte que Philips conclut qu'il est erroné de croire qu'un juge puisse agir de façon non idéologique. La représentation du formalisme comme une séparation entre idéologie et judiciaire commence par une conception erronée du droit. Comme nous l'avons vu, les règles sont indéterminées et porteuses de plusieurs sens. La détermination d'un sens emporte nécessairement une composante idéologique. Dit autrement, les décisions ne sont pas fondées que sur des habiletés juridiques développées en totale isolation du monde idéologique et politique⁸³². Bien que les juges soient guidés par le droit, ils demeurent inspirés par des idéologies politiques indissociables de leur lecture de la loi.

Ainsi, les accusations d'activisme judiciaire lancées de part et d'autre ont peut-être une part de vérité, mais elles sont en même temps une simplification trompeuse d'un phénomène complexe. La question de l'activisme est à notre avis posée à l'envers. Les juges tentent généralement de séparer leurs préférences idéologiques des décisions qu'ils rendent. Ils souhaitent remplir leurs fonctions honorablement, et donc avec impartialité. Mais comme nous l'avons vu en étudiant le

⁸³⁰ *Id.*, p. 79 et s.

⁸³¹ Schauer écrit que le formalisme est inextricablement entrelacé avec l'interprétation littérale : F. SCHAUER, « Formalism », préc., note 82, 538.

⁸³² S. U. PHILIPS, préc., note 11, p. 123.

modèle de la cohérence et l'effet de la personnalité sur les décisions, l'idéologie exerce une influence sournoise sur l'esprit.

La question est alors de savoir non pas si l'idéologie exerce une influence, mais s'il est possible qu'elle n'en exerce aucune? Si elle exerce toujours une influence, alors n'est-ce pas que toute décision constitue une part d'activisme? Même en tenant compte de leur expérience et de leur formation pour isoler leur raisonnement de leurs idées personnelles, les juges sont-ils capables de créer une séparation parfaitement étanche entre leur raisonnement habituel et leur raisonnement juridique? Nous en doutons. L'important est que la décision puisse être justifiée d'un point de vue juridique.

En ce sens, l'influence de la personnalité dans l'adjudication n'est pas problématique en soi – elle ne fait qu'orienter le décideur vers l'une des multiples décisions par ailleurs acceptables.

Que conclure de l'influence de la personnalité dans l'adjudication?

À travers cet ouvrage, nous avons vu que le droit est fondamentalement indéterminé et que son interprétation relève d'une compréhension subjective du message qu'il renferme. Cette subjectivité peut être partagée par une communauté, lui donnant alors une allure d'objectivité. Il ne l'est pourtant pas. La détermination du sens de la norme demeure un acte subjectif influencé dans une faible mesure par les préférences idéologiques de l'interprète.

Cette prétention a longtemps été mise de l'avant par les réalistes. Certains voyaient dans l'acte judiciaire la matérialisation de purs caprices, alors que d'autres y voyaient la faiblesse humaine face à une tâche des plus exigeantes, celle de rendre justice dans des situations où la moralité ne trace pas un chemin clair vers la bonne solution. Il semble que ces derniers aient eu raison.

Lorsque le juge est confronté à un problème complexe, celui-ci est résolu par des procédés mentaux subtils où des prémisses, des faits et des conclusions s'influencent mutuellement⁸³³. L'appréciation de ces éléments est déterminée par les expériences du juge et sa compréhension du monde, que nous avons regroupées sous le terme générique de « personnalité ».

Tous ces phénomènes agissent de manière inconsciente chez le juge. Il ne cherche pas à imposer ses préférences idéologiques, pas plus qu'il ne cherche délibérément à favoriser ses semblables ou à nuire à ceux qu'il méprise. Ces conséquences découlent des procédés cognitifs par lesquels

⁸³³ D. SIMON, « A Third View of the Black Box », préc., note 582, 583.

il perçoit le monde, y compris la preuve et les arguments qui lui sont présentés. En ce sens, les préjugés idéologiques des juges ne relèvent pas d'une partialité incontrôlée, mais d'un biais psychologique inhérent au raisonnement humain.

À terme, le juge peut interpréter la loi différemment parce que le sens de la norme ne peut être mesuré objectivement. Pour trouver ce sens, il doit appliquer une méthode contextuelle qui le mène à plusieurs possibilités. Face celles-ci, il fait de son mieux pour soupeser les arguments en utilisant ses connaissances et sa compréhension du monde. Si, malgré un effort de perspective, il ne peut trancher en fonction des seuls arguments contextuels, il se tourne ultimement vers les seuls repères dont il dispose, à savoir son sens de la moralité, duquel fait partie son sens de justice.

Dans cet exercice, le juge est influencé par différentes valeurs. Il y a d'abord les valeurs de la société et de son groupe d'appartenance, qu'il a intégrées au cours de son existence. Il y a ensuite les valeurs de la communauté juridique, imprégnés à travers la socialisation qui accompagne son parcours juridique. Ces valeurs incluent le respect de la loi et le désir de fonctionner selon les normes juridiques. Dans toute décision, les préférences idéologiques du décideur palissent en comparaison du poids des valeurs juridiques. Cela étant dit, ces deux notions se sont mutuellement influencées : l'idéologie affectant la compréhension de la loi, et la loi affectant les préférences idéologiques.

Autant que faire se peut, le juge agit de bonne foi et tente de décider en respectant les standards de sa fonction et de la communauté juridique. Ses décisions, bien qu'elles puissent tirer d'un côté ou de l'autre, demeureront près du cœur des valeurs essentielles à cette communauté. Face à l'impossibilité de plaire à tous, mais devant tout de même trancher la question, le juge rendra une décision qui devra se ranger du côté des préférences d'un sous-groupe.

Or, de par l'effet qu'a l'idéologie sur sa compréhension de la loi, la décision qui lui semblera juste aura naturellement tendance à s'aligner avec les préférences du sous-groupe avec lequel il s'identifie. Cette décision pourra être perçue comme une prise de position idéologique, bien qu'elle n'ait pas été influencée par le groupe susceptible d'en être satisfait. Ce sera plutôt que les préférences du groupe et celles du juge convergent en raison de leurs similarités idéologiques – la même similarité qui les a fait se rejoindre en premier lieu. Ainsi, il n'y a pas de lien de causalité entre les préférences du groupe et la décision rendue. Le juge ne rend pas cette décision parce qu'il appartient à ce groupe. C'est plutôt qu'il appartient à ce groupe parce qu'il rend de lui-même ce genre de décisions.

Notre première conclusion est que la personnalité joue un rôle inévitable dans le processus de prise de décision que constitue l'interprétation du droit. Cela étant dit, l'influence qu'elle exerce sur le décideur n'est susceptible de jouer un rôle substantiel que dans les cas les plus difficiles où les guides contextuels ne suffisent pas à déterminer un résultat qui soit acceptable pour l'ensemble de la communauté juridique. Face à l'impossibilité de plaire à tous, une décision sera rendue qui ne plaira pas à certains. Cette décision n'en sera pas pour autant illégitime, ou, plus précisément, indûment influencée par l'idéologie du décideur.

* * *

Parce que le droit est toujours indéterminé et que les méthodes d'interprétation ne suffisent pas, la détermination du sens d'une disposition équivaut toujours à un choix politique. C'est pourquoi les décisions font rarement l'unanimité, bien qu'elles puissent emporter l'approbation d'une majorité significative.

Cela étant dit, il ne faut pas oublier deux choses. Premièrement, le fait qu'une opinion soit partagée n'en fait cependant pas une interprétation neutre du droit. Deuxièmement, le fait qu'une décision ne soit pas celle préférée par une personne n'en fait pas une décision biaisée.

Cette leçon mérite d'être soulignée. La confiance en la bonne foi des magistrats est le pilier fondamental de notre système de justice. Une remise en question systématique, où chaque décision est dénoncée par un courant politique ou son opposé, ne peut que porter atteinte à la confiance du public en l'administration de la justice.

La communauté juridique doit accepter la réalité idéologique qui accompagne nécessairement toute décision judiciaire. Elle doit accepter qu'il existe à l'intérieur du droit un ensemble de sens acceptables et conformes à la justice fondamentale. Bien qu'il ne s'agisse pas du sens préféré par certains groupes, le sens retenu demeure légitime en ce qu'il fait partie des sens qu'un juriste raisonnable et de bonne foi peut tirer du texte et de son contexte.

La primauté du droit et la stabilité de nos institutions ne dépend pas de la capacité des tribunaux à parvenir à des décisions correctes ou à des décisions penchant toujours du même côté de l'ordre idéologique, mais dans sa capacité à rendre des décisions raisonnables, après avoir permis aux différents points de vue d'être entendus, et qui soient justifiables en vertu du droit. Requérir davantage est en soi idéologique, irréaliste, et susceptible de nuire à la paix sociale.

Il existe dans la société canadienne une pluralité de points de vue idéologiques, politiques et moraux. Exiger des tribunaux qu'ils tranchent toujours en faveur d'un même point de vue revient

à exiger la suprématie d'une moralité qui ne peut être mesurée par un critère objectif, et qui en conséquence ne peut être que relative. Le système de justice canadien a développé des mécanismes de contrôle et une hiérarchie qui permet la coexistence de points de vue multiples en favorisant la recherche du consensus. Si les parties qui sont déboutés lors d'un litige critiquent *systématiquement* les décisions rendues par les tribunaux, elles font l'apologie d'un système judiciaire réellement idéologique. Il appartient à une communauté juridique mature d'accepter que des litiges puissent être tranchées en sa défaveur sans être illégitimes.

Notre deuxième conclusion est que parce que la personnalité du juge joue un rôle inévitable dans la détermination du droit, elle y joue aussi un rôle acceptable. Partant de la prémisse qu'il est impossible de la retirer du processus décisionnel, il nous appartient d'en comprendre les bénéfices et d'accepter l'effet qu'elle peut y avoir. En l'espèce, elle permet l'émergence de différents points de vue légitimes, dont un seul sera ultimement choisi par la plus haute instance judiciaire pour représenter le principe juridique le plus acceptable pour la communauté.

* * *

Question de conclure sur une note moins tragique, prenons un moment pour étudier les conséquences de ce que nous avons vu à travers ce texte. Notre troisième et dernière conclusion est que la place inévitable et légitime qu'occupe la personnalité du juge dans l'interprétation du droit nous force à repenser la nature de celui-ci. Elle nous force à changer de paradigme juridique en acceptant la nature indéterminée du droit et la subjectivité du sens de la norme.

Accepter que toute interprétation du droit soit subjective – qu'elle ne peut jamais être objective ou *correcte* – a des conséquences intéressantes pour la théorie du droit et notre compréhension du fonctionnement des tribunaux. Comme nous l'avons vu, il n'existe pas à notre avis d'interprétation « correcte » d'une disposition statutaire. Il n'existe que des interprétations plausibles, acceptées et préférées.

Partant de ce constat, la distinction entre certaines normes de révision ne semble pas ancrée dans une approche fondée sur les principes. Dans *Dunsmuir*⁸³⁴, la Cour suprême a établi qu'il existe en droit administratif deux normes de révision, celle de la décision correcte, et celle de la décision déraisonnable. Les cours de révision doivent faire preuve de déférence lorsque la norme de la décision raisonnable s'applique, mais pas lorsqu'il s'agit de la norme de la décision correcte.

⁸³⁴ *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, préc., note 261.

Si on accepte qu'il n'existe pas de décision correcte, quelle est alors la distinction? La rectitude, comme la raisonnable, est une caractéristique subjective qui n'est pas fondée sur des principes définis. Il n'existe pas de mesure objective pour déterminer si une interprétation est correcte, pas plus qu'il n'en existe pour déterminer si elle est raisonnable. La différence se limite-t-elle au vocabulaire employé?

En ce sens, les enseignements de la Cour suprême au sujet des tribunaux administratifs dans *Dunsmuir* s'appliquent aussi aux autres tribunaux. Il ne saurait vraiment y avoir de différence entre la décision correcte et la décision raisonnable, si ce n'est qu'une question de degré. La norme établie par la Cour en est une de déférence subjective. Les deux normes se distinguent selon qu'on est *un peu* ou *beaucoup* en désaccord avec le sens retenu par le juge de première instance.

Dans un univers qui accorde tant d'importance au choix des mots, il y aurait peut-être lieu de repenser le vocabulaire employé pour refléter davantage la réalité à laquelle les juges font face dans l'application de ces critères. Le contraire serait, comme le suggèrent certains réalistes, de cacher la subjectivité du processus derrière un écran de fumée juridique.

Bien que les cours emploient un vocabulaire différent dans le jeu de la révision judiciaire, en bout de piste, la réalité est similaire. Que les juges réviseurs parlent d'une norme de révision « correcte » ou « raisonnable », une décision ne sera renversée que si une majorité d'entre eux considère la décision d'origine suffisamment inacceptable pour en justifier le revirement. La norme donne tout au plus une vague indication de la patience dont les juges doivent faire preuve par rapport aux opinions qui sont contraires aux leurs.

Si, à terme, le plus haut tribunal d'appel décide de réfuter l'interprétation du décideur de première instance, qu'il le fasse en plaidant une norme ou l'autre, le justiciable n'en demeure pas moins lié par cette décision. Il ne dispose d'aucun recours pour demander à un autre ensemble qui, à son tour, considérerait les décisions inférieures correctes ou raisonnables. La notion d'une interprétation correcte fait appel à la subjectivité. Qu'il s'agisse de la subjectivité de neuf juges plutôt que de trois ou d'un seul n'en change pas la nature.

Ce camouflage de la réalité derrière un jargon juridique n'est qu'un exemple parmi tant d'autres. L'autre, dont nous avons traité en longueur, concerne le rôle créateur de droit des juges. Comme l'écrit Côté, la négation du rôle créateur que jouent les juges dans l'interprétation du droit est une « fiction déclarative » qui conduit au « "refoulement de l'interprétation", c'est-à-dire à la négation

de l'élément personnel et subjectif dans l'interprétation⁸³⁵. » Ruth Sullivan va dans le même sens lorsqu'elle affirme que les « fausses règles » comme celle du texte clair (*plain meaning rule*) déguisent le rôle important que joue la discrétion judiciaire dans l'interprétation statutaire et obscurcissent le débat au sujet des politiques légales⁸³⁶.

Ces commentaires sont à notre avis lourds de sens. Le système judiciaire canadien est fondé sur le débat contradictoire, sur la logique, et sur la transparence du raisonnement. D'ainsi cacher la véritable nature de l'exercice interprétatif est un autre caillou dans la chaussure juridique dont on pourrait facilement se débarrasser. Toute convention qui serait ainsi rompue ne serait, en réalité, qu'une illusion utile pour les détenteurs du pouvoir judiciaire. Une telle position judiciaire est contraire aux valeurs démocratiques du pays et du système dans son ensemble.

Le problème avec les raccourcis juridiques comme la doctrine du texte clair est qu'il s'agit d'un écran de fumée qui empêche le véritable débat d'avoir lieu. Plutôt que d'utiliser des arguments logiques – qui pourraient très bien s'avérer valides et supérieurs – on affirme une conclusion sur la foi d'une règle qui ne fait que cacher les prémisses de la conclusion imposée. Ces prémisses doivent être exprimées si l'on souhaite qu'un débat rationnel puisse avoir lieu. Leur mise à l'écart nuit au développement de politiques juridiques fondées sur la raison⁸³⁷.

Il est donc important d'accepter la nature indéterminée du droit et le pouvoir créateur du juge, afin de permettre que des décisions transparentes soient rendues. Pour reprendre les mots de Richard Devlin, il faut « identifier nos présomptions, remettre en question notre heuristique, et reconsidérer les raccourcis » qui mènent à nos conclusions juridiques⁸³⁸.

La transparence du débat est importante puisqu'elle est une prémisses nécessaire à un débat sur le fond de la question interprétative : la moralité. Comme on l'a vu, les préférences idéologiques se font ressentir chez le juge à travers l'ensemble de la représentation mentale du problème à l'intérieur duquel il recherche la cohérence. La transparence du débat permet de mettre l'accent sur le raisonnement qui a lieu à l'intérieur de ce modèle mental, et comment les préférences affectent l'appréciation des différents éléments.

⁸³⁵ P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 155, p. 18 citant F. OST et M. van de KERCHOVE.

⁸³⁶ R. SULLIVAN, « The Plain Meaning Rule and Other Ways to Cheat at Statutory Interpretation », préc., note 302, à la page 154.

⁸³⁷ Voir P.-A. CÔTÉ, M. DEVINAT et S. BEAULAC, préc., note 1, p. 333.

⁸³⁸ R. DEVLIN, préc., note 229, à la page 298.

Il est souvent traité de l'effet de l'idéologie sur le processus judiciaire, mais l'idéologie n'est qu'une des représentations de la moralité. Il s'agit de la concrétisation de valeurs profondes appliquées à des sujets particuliers. Ces valeurs sont profondément ancrées chez les individus et font souvent partie de leur identité. Le professeur Jonathan Haidt a identifié les six piliers sur lesquels reposent les valeurs morales⁸³⁹. La moralité de chaque personne se décline ainsi en une quantité infinie de teintes, selon l'importance accordée à chaque valeur. Son ouvrage, dont le titre peut être traduit par « L'esprit vertueux : pourquoi de bonnes personnes sont divisées par la politique et la religion » insiste sur l'importance des valeurs dans l'interprétation du monde, et du même coup dans les désaccords à ce sujet⁸⁴⁰.

Parce que les valeurs morales peuvent être profondément ancrées dans la personnalité des individus, il est corrélativement difficile de les changer. Et puisque le désaccord ne repose pas sur la raison, mais sur des valeurs fondamentales qui affectent notre lecture du droit, le discours intellectuel ne saurait à lui seul être convainquant. Il faut d'abord amener l'autre à accepter la philosophie morale qui sous-tend notre vision du monde.

Ainsi, il semble que jusqu'à ce qu'on développe une moralité commune, il y aura des désaccords non seulement dans l'édiction des lois, mais aussi dans leur interprétation.

Il va sans dire qu'il reste beaucoup de chemin à faire. Nous espérons que ce livre soit un petit pas dans la bonne direction.

⁸³⁹ Les piliers (et leurs antithèses) sont : le souci pour l'autre (le désir de nuire); la liberté (l'oppression), la justesse (la tricherie), la loyauté (la trahison), l'autorité (la subversion), et le caractère sacré (l'avilissement).

⁸⁴⁰ Jonathan HAITT, *The righteous mind: why good people are divided by politics and religion*, New York, Pantheon Books, 2012.

Bibliographie

Législation

Interpretation Act, RSNS 1989, c. 235.

Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c. 11.

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21.

Loi sur les langues officielles, L.C. 1988, c. 38.

Jurisprudence (Canada)

ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board), 2006 CSC 4.

Benhaim c. St-Germain, 2016 CSC 48.

Berardinelli c. Ontario Housing Corp., [1979] 1 R.C.S. 275.

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général), 2004 CSC 4.

Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CSC 3.

Cloutier c. La Reine, [1979] 2 R.C.S. 709.

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général), 2014 CSC 40.

Corporation d'Urgences-santé c. Syndicat des employées et employés d'Urgences-santé (CSN), 2015 QCCA 315.

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9.

Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division Éconogros c. Collin, 2004 CSC 59.

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33.

Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927.

McLean c. Colombie Britannique (Securities Commission), 2013 CSC 67.

Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc., 2005 CSC 62.

Municipal Parking Corp. c. Toronto (City), 2007 ONCA 647.

Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. Canadienne des pilotes de lignes aériennes, [1993] 3 R.C.S. 724.

Ontario c. Canadien Pacifique Ltée, [1995] 2 R.C.S. 1031.

Ostiguy c. Allie, 2017 CSC 22.

Ouimet c. Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail, 2009 QCCA 552.

Pharmascience Inc. c. Binet, 2006 CSC 48.

Procureur général de l'Ontario et Viking Houses c. Peel, [1979] 2 R.C.S. 1134.

Québec (Procureur général) c. Garderie Roxboro inc., 2009 QCCA 552.

R. c. A.D.H., 2013 CSC 28.
R. c. Alex, 2017 CSC 67.
R. c. Ali, [1980] 1 R.C.S. 221.
R. c. Clark, 2005 CSC 2.
R. c. Mills, 2019 CSC 22.
R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30.
R. c. Multiform Manufacturing Co., [1990] 2 R.C.S. 624.
R. c. Nova Scotia Pharmaceutical, [1992] 2 R.C.S. 606.
R. c. S. (R.D.), [1997] 3 R.C.S. 484.
R. c. S. (W.D.), [1994] 3 R.C.S. 521.
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313.
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27.
S.C.F.P. c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick, [1979] 2 R.C.S. 227.
Stein c. Le navire « Kathy K », [1976] 2 R.C.S. 802.
Stuart Investments Ltd. c. The Queen, [1984] 1 R.C.S. 536.
Succession MacDonald c. Martin, [1990] 3 R.C.S. 1235.
Wellesley Hospital c. Lawson, [1978] 1 R.C.S. 893.

Jurisprudence (autres pays)

Bushell's Case, (1670) 6 How. St. Tr. 999.
Grey c. Pearson, [1857] 6 H.L.C. 61.
In re J.P. Linahan, Inc., [1943] 138 F.2d 650.
Jones c. Secretary of State for Social Services, [1972] 1 All E.R. 145 (H.L.).
Lochner v. New York, [1905] 198 U.S. 45.
Seaford Court Estates Ltd. c. Asher, [1949] 2 K.B. 481.
Re Castioni, [1891] 1 Q.B. 149.

Doctrine (Monographies et ouvrages collectifs)

ABELSON, R. P., *Theories of cognitive consistency: a source-book*, Chicago, Rand McNally, 1968.
ABRAMS, D. et M. A. HOGG (dir.), *Social identity and social cognition*, Malden, Mass, Blackwell, 1999.
ALEXANDER, L. (dir.), *Constitutionalism: philosophical foundations*, 1st pbk. ed, coll. Cambridge studies in philosophy and law, Cambridge [England] ; New York, Cambridge University Press, 2001.
AQUIN, T. D', *Summa Theologica*.

- ARMSTRONG, J. S. (dir.), *Principles of Forecasting: a Handbook for Researchers and Practitioners*, 2001, en ligne : <<http://www.mylibrary.com?id=20116>> (consulté le 21 décembre 2019).
- ARNAUD, A. J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : Bruxelles, Libr. générale de droit et de jurisprudence ; E. Story-Scientia, 1988.
- AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence: Or, The Philosophy of Positive Law*, 4^e éd., London, John Murray, 2002.
- BARAK, A., *Judicial Discretion*, New Haven, Yale University Press, 1989.
- BARON, J., *Thinking and deciding*, 4th ed, New York, Cambridge University Press, 2008.
- BAUM, L., *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*, Princeton, N.J, Princeton University Press, 2006.
- BEAULAC, S. et M. DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat: mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2011.
- BECHTEL, W. et A. A. ABRAHAMSEN, *Connectionism and the mind: an introduction to parallel processing in networks*, Cambridge, Mass., USA, B. Blackwell, 1991.
- BECKER, E., *The structure of evil: an essay on the unification of the science of man*, New York, Free Press, 1976.
- BIDDLE, B. J., *Role theory: expectations, identities, and behaviors*, New York, Academic Press, 1979.
- BLACKSTONE, S. W., *Commentaries on the Laws of England*, 1, 1753.
- BREHM, J. W. et A. R. COHEN, *Explorations in cognitive dissonance*, coll. Explorations in cognitive dissonance, Hoboken, NJ, US, John Wiley & Sons Inc, 1962.
- BROWN, G. et G. YULE, *Discourse analysis*, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 1983.
- BROWN, J. D., *The Self*, New York, Routledge, 1998.
- BRUN, H., G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5e éd., Cowansville, Éditions YBlais, 2008.
- BRUYA, B. (dir.), *Effortless attention: a new perspective in the cognitive science of attention and action*, Cambridge, Mass, The MIT Press, 2010.
- BURTON, S. J., *Judging in Good Faith*, coll. Cambridge studies in philosophy and law, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 1992.
- CARDOZO, B. N., *The Growth of Law*, New Haven; London, Yale University Press, 1924.
- , *The Nature of the Judicial Process*, Mineola, N.Y, Dover Publications, 2005.
- CASE, R., *Understanding judicial reasoning: controversies, concepts, and cases*, Toronto, Thompson Educational Pub, 1997.
- CLAYTON, C. W. et H. GILLMAN (dir.), *Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches*, Chicago, University of Chicago Press, 1999.
- COHEN, J. M., *Inside Appellate Courts: The Impact of Court Organization on Judicial Decision Making in the United States Courts of Appeals*, University of Michigan Press, 2002.
- COLMAN, A. M., *A dictionary of psychology*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

- CÔTÉ, J. E., *The appellate craft = La démarche du juge d'appel: art, science ou technique?*, Ottawa, Ont, Canadian Judicial Council, 2009.
- CÔTÉ, P.-A., M. DEVINAT et S. BEAULAC, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009.
- COVER, R. M., *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process*, Yale University Press, 1975.
- DENNETT, D. C., *Content and consciousness*, London ; New York, Routledge, 2010.
- DESCARTES, R., *Discours de la méthode*, France, 1637.
- DEVLIN, P., *The judge*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 1979.
- DICKERSON, R., *The interpretation and application of statutes*, Boston; Toronto, Little, Brown, 1975.
- DRIEDGER, E. A., *Construction of statutes*, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1983.
- DWORKIN, R., *Law's empire*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1995.
- EAGLY, A. H. et S. CHAIKEN, *The psychology of attitudes*, Fort Worth, TX, Harcourt Brace Jovanovich College Publishers, 1993.
- EPP, C. R., *The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*, Chicago, University of Chicago Press, 1998.
- EVANS, J. St. B. T. et K. FRANKISH (dir.), *In two minds: dual processes and beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- FESTINGER, L., *A theory of cognitive dissonance*, Evanston, Ill., Row, Peterson, 1957.
- FISH, S. E., *Is there a text in this class? the authority of interpretive communities*, Cambridge Mass., Harvard Univ. Press, 2000.
- FISKE, S. T. et S. E. TAYLOR, *Social cognition*, 2nd ed, coll. McGraw-Hill series in social psychology, New York, McGraw-Hill, 1991.
- FRANCE, A., *La vie littéraire -- Première série*, Paris, Calmann-Lévy, 1899.
- FRANK, J., *Law and the Modern Mind*, Gloucester, Peter Smith, 1970.
- GADAMER, H.-G., *Philosophical hermeneutics*, traduit par David E. LINGE, Berkeley, University of California Press, 1976.
- , *Truth and method*, 2^e éd. révisée, traduit par Joel WEINSHEIMER et Donald G. MARSHALL, London ; New York, Continuum, 2004.
- GARANT, P., *La justice invisible ou méconnue: propos sur la justice et la justice administrative*, Cowansville, Québec, Canada, Éditions Yvon Blais, 2014.
- GENTNER, D., K. J. HOLYOAK et B. N. KOKINOV (dir.), *The analogical mind: perspectives from cognitive science*, Cambridge, Mass, MIT Press, 2001.
- GÉNY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1954.
- GHESTIN, J. et G. GOUBEUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1995.
- GILOVICH, T. (dir.), *Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgment*, New York, NY, US, Cambridge University Press, 2002.
- GREEN, G. M., *Pragmatics and natural language understanding*, 2^e éd., Mahwah, N.J, Erlbaum, 1996.

- GREENE, I. (dir.), *Final appeal: decision-making in Canadian courts of appeal*, Toronto, J. Lorimer, 1998.
- GUIRAUD, P., *La Sémantique*, 8e éd., Paris, PUF, 1975.
- HAIDT, J., *The righteous mind: why good people are divided by politics and religion*, New York, Pantheon Books, 2012.
- HART, H. L. A., *The concept of law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- , *Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory*, Oxford [Oxfordshire] : New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 1982.
- HASTIE, R. (dir.), *Inside the juror: the psychology of juror decision making*, coll. Cambridge series on judgment and decision making, Cambridge [England] ; New York, NY, USA, Cambridge University Press, 1993.
- HAUSEGGER, L., M. A. HENNIGAR et T. Q. RIDDELL, *Canadian courts: law, politics, and process*, Don Mills, Ont. ; New York, Oxford University Press, 2009.
- HAWKINS, K. (dir.), *The Uses of discretion*, coll. Oxford socio-legal studies, Oxford : New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 1992.
- HEIDER, F., *The psychology of interpersonal relations*, Hillsdale, Erlbaum, 1958.
- HEINZ, J. P. (dir.), *Urban lawyers: the new social structure of the bar*, Chicago, University of Chicago Press, 2005.
- HETTINGER, V. A., S. A. LINDQUIST et W. L. MARTINEK, *Judging on a collegial court: influences on federal appellate decision making*, coll. Constitutionalism and democracy, Charlottesville, University of Virginia Press, 2006.
- HIRSCHL, R., *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 2004.
- HOGARTH, R. M., *Educating intuition*, Chicago, University of Chicago Press, 2001.
- HOLLAND, K. M. et J. L. WALTMAN (dir.), *Judicial activism in comparative perspective*, St Martin's Press, New York, 1991.
- HOLLINGER, R. (dir.), *Hermeneutics and praxis*, coll. Revisions, Notre Dame, Ind, University of Notre Dame Press, 1985.
- HOLMES, O. W., *The Common Law*, Boston, Little, Brown, 1881.
- HOLYOAK, K. J. et R. G. MORRISON (dir.), *The Oxford handbook of thinking and reasoning*, coll. Oxford Library of Psychology, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2013.
- HOWE, P. et P. H. RUSSELL (dir.), *Judicial power and Canadian democracy*, Montreal ; Ithaca, Published for the Institute for Research on Public Policy by McGill-Queen's University Press, 2000.
- HUTCHISON, C., *The fundamentals of statutory interpretation*, Toronto, LexisNexis Canada, 2018.
- JAMES, W., *The principles of psychology*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1983.
- KAHNEMAN, D., *Thinking, fast and slow*, 1st ed, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2011.
- KALMAN, L., *Legal realism at Yale, 1927-1960*, coll. Studies in legal history, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1986.
- KASIRER, N. (dir.), *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, QC, Éditions Themis, 2003.

- KELLOGG, R. T., *Cognitive psychology*, 2^e éd., Thousand Oaks, Calif, Sage Publications, 2003.
- KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, coll. Collection Philosophie du droit, n°7, Paris, Dalloz, 1962.
- , *Introduction to the problems of legal theory*, traduit par S. PAULSON et B.L. PAULSON, Oxford, Clarendon Press, 1992.
- KENNEDY, D., *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Mass; London, Harvard University Press, 1998.
- KLEIN, D. E., *Making law in the United States Courts of Appeals*, Cambridge, UK; New York, Cambridge University Press, 2002.
- KLEIN, D. E. et G. MITCHELL (dir.), *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford ; New York, N.Y, Oxford University Press, 2010.
- KLEIN, G., *The Power of Intuition: how to use your gut feelings to make better decisions at work*, New York, NY, Doubleday, 2007.
- KLEIN, G. A., *Sources of power: how people make decisions*, Cambridge, Mass, MIT Press, 1998.
- KLUCKHOHN, C., H. A. MURRAY et D. M. SCHNEIDER (dir.), *Personality in nature, society, and culture*, 2nd éd., New York, Knopf, 1953.
- KNOPFF, R. et F. L. MORTON, *Charter politics*, Scarborough, Ont, Nelson Canada, 1992.
- KRAWCZYK, D., *Reasoning: the neuroscience of how we think*, Cambridge, MA, Elsevier, Academic Press, an imprint of Elsevier, 2018.
- KURAN, T., *Private truths, public lies: the social consequences of preference falsification*, 1st Harvard University Press pbk. ed, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1997.
- LANGDELL, C. C., *A Selection of Cases on the Law of Contracts: With References and Citations*, Little, Brown, 1871.
- LEITER, B., *Naturalizing jurisprudence: essays on American legal realism and naturalism in legal philosophy*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2007.
- LEVIN, J., *How Judges Reason: the Logic of Adjudication*, New York, P. Lang, 1992.
- LEWIN, K., *A dynamic theory of personality: selected papers*, Reprinted, New York, McGraw-Hill, 1970.
- LIEBER, F., *Legal and political hermeneutics, or, principles of interpretation*, Boston, Little Brown, 1839.
- , *Legal and Political Hermeneutics*, Boston, Little and Brown, 1880.
- LLEWELLYN, K. N., *The Bramble Bush: on our law and its study*, New York, Oceana Publications, 1930.
- , *The Common Law tradition: Deciding Appeals*, Boston; Toronto, Little Brown, 1960.
- LOPUCKI, L. M., *Courting Failure: How Competition for Big Cases Is Corrupting the Bankruptcy Courts*, Ann Harbor, University of Michigan Press, 2005.
- MACFARLANE, E., *Governing from the bench: the Supreme Court of Canada and the judicial role*, coll. Law and society series, Vancouver, UBC Press, 2013.
- MACKAAY, E., UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL et CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PUBLIC, *Les certitudes du droit = Certainty and the law*, Montréal, Éditions Thémis, 2000.
- MARKMAN, A. B., *Knowledge representation*, Mahwah, NJ, L. Erlbaum, 1999.

- MATSUMOTO, D. R. (dir.), *The Cambridge dictionary of psychology*, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 2009.
- MAXWELL, P. B., *On the interpretation of statutes*, 12e éd., London, Sweet and Maxwell, 1969.
- MCCORMICK, P. J. et I. GREENE, *Judges and judging: inside the Canadian judicial system*, Toronto, James Lorimer & Co, 1990.
- MICHELFELDER, D. P. et R. E. PALMER (dir.), *Dialogue and deconstruction: the Gadamer-Derrida encounter*, Albany, State University of New York Press, 1989.
- MONTESQUIEU, C. de S., *De l'esprit des lois*, Londres, sn, 1777.
- MOORE, B. (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003.
- MORIN, M. et C. D. GONTHIER (dir.), *Responsibility, fraternity and sustainability in law: in memory of the honourable Charles Doherty Gonthier = Responsabilité, fraternité et développement durable en droit/ general editor Michel Morin*, Markham, Ont, LexisNexis, 2012.
- MORTON, F. L. et R. KNOPFF, *The Charter revolution and the Court Party*, Peterborough, Ont, Broadview Press, 2000.
- MUTTART, D., *The empirical gap in jurisprudence: a comprehensive study of the Supreme Court of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2007.
- NEWELL, A. et H. A. SIMON, *Human problem solving*, Englewood Cliffs, N.J, Prentice-Hall, 1972.
- NEWELL, B. R., D. A. LAGNADO et D. R. SHANKS, *Straight choices: the psychology of decision making*, Hove, Psychology Press, 2007.
- PATTERSON, D. M. (dir.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2^e éd., Chichester, Sussex, Wiley-Blackwell, 2010.
- PERELMAN, C., *Logique juridique: nouvelle rhétorique*, 2. éd, coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 1979.
- PHILIPS, S. U., *Ideology in the language of judges: how judges practice law, politics, and courtroom control*, coll. Oxford studies in anthropological linguistics, n°17, New York ; Oxford, Oxford University Press, 1998.
- POHL, R. (dir.), *Cognitive illusions: a handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory*, Hove ; New York, Psychology Press, 2004.
- POSNER, R. A., *The problems of jurisprudence*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1990.
- , *Overcoming law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996.
- , *How judges think*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2008.
- POUND, R., *Interpretations of Legal History*, 2^e éd., 1930.
- PRESSER, S. B. et J. S. ZAINALDIN (dir.), *Law and jurisprudence in American history: cases and materials*, 5th ed, coll. American casebook series, St. Paul, MN, Thomson/West Group, 2003.
- PRITCHETT, C. H., *The Roosevelt Court: a study in judicial politics and values, 1937-1947*, New York, The Macmillan co., 1948.
- RABAULT, H., *L'interprétation des normes: l'objectivité de la méthode herméneutique*, coll. Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 1997.
- RAWLS, J., *A theory of justice*, Cambridge, Mass, Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

- RAZ, J., *The authority of law: essays on law and morality*, Oxford : New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 1979.
- ROACH, K., *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2016.
- ROBERTSON, D., *Judicial discretion in the House of Lords*, Oxford : New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 1998.
- ROSENBERG, M. J., *Attitude organization and change; an analysis of consistency among attitude components*, New Haven, Yale University Press, 1966.
- RUSSELL, P. H., *The judiciary in Canada: the third branch of government*, Toronto, McGraw Hill Ryerson, 1987.
- , *Constitutional odyssey: can Canadians become a sovereign people?*, 3^e éd., Toronto ; Buffalo, University of Toronto Press, 2004.
- SACHS, A., *The strange alchemy of life and law*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2009.
- SCHAUER, F. F., *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*, Repr, coll. Clarendon law series, Oxford, Clarendon Press, 2002.
- SCHUBERT, G. A. et D. J. DANELSKI (dir.), *Comparative judicial behavior; cross-cultural studies of political decision-making in the East and West*, Toronto, Oxford University Press, 1969.
- SEGAL, J. A. et H. J. SPAETH, *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*, Cambridge, UK ; New York, Cambridge University Press, 2002.
- SHARPE, R., *Good judgment: making judicial decisions*, Toronto, University of Toronto Press, 2018.
- SHIENTAG, B. L., *The Personality of the Judge (and the Part it Plays in the Administration of Justice)*, Association of the Bar of the City of New York, New York, 1944.
- SIMON, D., *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales: morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, coll. Publications de la Revue générale de droit international public, Paris, A. Pedone, 1981.
- SIMON, H. A., *Models of man - Social and rational; mathematical essays on rational human behavior in a social setting*, New York, Wiley, 1957.
- SONGER, D. R., C. L. OSTBERG, M. E. WETSTEIN et S. W. JOHNSON, *Law, ideology, and collegiality: judicial behaviour in the Supreme Court of Canada*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2012.
- SOURDIN, T. et A. ZARISKI (dir.), *The responsive judge: international perspectives*, 2018.
- STARK, S. D., *Writing to win: the legal writer*, 1st rev. ed., New York, Three Rivers Press, 2012.
- STERNBERG, R. J. et J. S. MIO, *Cognitive psychology*, 5^e éd., Australia ; Belmont, CA, Cengage Learning/Wadsworth, 2008.
- SULLIVAN, R., *Statutory interpretation*, Toronto, Irwin Law, 2016.
- SUNSTEIN, C. R., *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Mass. London, Harvard University Press, 2001.
- TAJFEL, H., *Differentiation between social groups: studies in the social psychology of intergroup relations*, coll. European monographs in social psychology ; no. 14, London ; New York,

Published in cooperation with European Association of Experimental Social Psychology by Academic Press, 1978.

TAMANAH, B. Z., *Realistic socio-legal theory: pragmatism and a social theory of law*, coll. Oxford socio-legal studies, Oxford : New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 1997.

———, *A general jurisprudence of law and society*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2001.

———, *Law as a means to an end: threat to the rule of law*, coll. The law in context series, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 2006.

———, *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*, Princeton, N.J, Princeton University Press, 2010.

TATE, C. N. et T. VALLINDER (dir.), *The global expansion of judicial power*, New York, New York University Press, 1995.

TETLOCK, P. E., *Expert political judgment: how good is it? How can we know?*, Princeton, N.J, Princeton University Press, 2005.

TRICE, H. M., *Occupational subcultures in the workplace*, coll. Cornell studies in industrial and labor relations, no. 26, Ithaca, N.Y, ILR Press, 1993.

TWINING, W. et D. MIERS, *How to do things with rules: a primer of interpretation*, 4th ed, coll. Law in context, London, Butterworths, 1999.

ULEMAN, J. S. et J. A. BARGH (dir.), *Unintended thought*, New York, Guilford Press, 1989.

UNDERWOOD, G. (dir.), *Implicit cognition*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 1996.

VALÉRY, P., *Variété III*, 41^e éd., Paris, Gallimard, 1936.

WASON, P. C. et P. N. JOHNSON-LAIRD, *Psychology of reasoning: structure and content*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1972.

WEINER, I. B., *Handbook of psychology*, Hoboken, NJ, Wiley, 2013, en ligne : <<http://site.ebrary.com/id/10613593>> (consulté le 12 décembre 2019).

WHITE, G. E., *Intervention and detachment: essays in legal history and jurisprudence*, New York, Oxford University Press, 1994.

WINSTON, P. H. et B. HORN, *The psychology of computer vision*, coll. McGraw-Hill computer science series, New York, McGraw-Hill, 1975.

WINTER, S. L., *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind*, Chicago, University of Chicago Press, 2001.

WRIGHT, J. D. (dir.), *International encyclopedia of the social & behavioral sciences*, 2^e éd., Amsterdam, Elsevier, 2015.

YATES, J. F., *Judgment and decision making*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, Inc, 1990.

Doctrine (articles de revue et d'ouvrages collectifs)

ABELLA, R., « The Dynamic Nature of Equality », dans Kathleen E. MAHONEY et Sheilah L. MARTIN (dir.), *Equality and judicial neutrality*, Toronto, Carswell, 1987.

———, « Public Policy and the Judicial Role », (1989) 34 *R.D. McGill* 1021-1035.

- ABELSON, R. P., « Modes of resolution of belief dilemmas », (2016) 3 *Journal of Conflict Resolution* 343-352.
- ABRAHAMSON, S. S., « Judging in the Quiet of the Storm », (1992) 24-4 *St. Mary's L.J.* 965-994.
- ALLEN, R. J., « Factual Ambiguity and a Theory of Evidence », (1993) 88-2 *Nw. U. L. Rev.* 604-640.
- , « Rationality, Algorithms and Juridical Proof: A Preliminary Inquiry », (1997) 1 *Int'l J. Evid. & Proof* 254.
- ALTMAN, S., « Beyond Candor », (1990) 89-2 *Michigan Law Review* 296-351.
- AMSELEK, P., « La Teneur Indécise du Droit », (1992) 26-1 *R.J.T. n.s.* 1-20.
- , « La question de la vérité aujourd'hui: bref essai de mise en perspective », (2008) 33 *R.R.J.* 625.
- , « L'interprétation dans la Théorie pure du droit de Hans Kelsen », dans Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat: mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2011, p. 39.
- ARKES, H. R., « Principles in judgment/decision making research pertinent to legal proceedings », (1989) 7-4 *Behav. Sci. & L.* 429-456.
- , « Overconfidence in judgmental forecasting », dans J. Scott ARMSTRONG (dir.), *Principles of Forecasting: a Handbook for Researchers and Practitioners*, 2001, p. 495.
- ARONSON, E., « The Theory of Cognitive Dissonance: A Current Perspective », dans Leonard BERKOWITZ (dir.), *Advances in Experimental Social Psychology*, 4, Academic Press, 1969, p. 1-34.
- ASCH, S. E., « Studies in the principles of judgments and attitudes: II. Determination of judgments by group and by ego standards », (1940) 12 *The Journal of Social Psychology* 433-465.
- ASENDORPF, J., « Personality », dans Philip J. CORR et Gerald MATTHEWS (dir.), *The Cambridge handbook of personality psychology*, Cambridge, U.K. ; New York, Cambridge University Press, 2009, p. 43.
- BAAR, C., « Judicial Activism in Canada », dans Kenneth M HOLLAND et Jerold L. WALTMAN (dir.), *Judicial activism in comparative perspective*, St Martin's Press, New York, 1991, p. 53-69.
- BABCOCK, L., H. S. FARBER, C. FOBIAN et E. SHAFIR, « Forming beliefs about adjudicated outcomes: Perceptions of risk and reservation values », (1995) 15-3 *International Review of Law and Economics* 289-303.
- BAINBRIDGE, S. M. et G. M. GULATI, « How Do Judges Maximize? (The Same Way Everybody Else Does - Boundedly): Rules of Thumb in Securities Fraud Opinions », (2002) 51 *Emory L.J.* 83-152.
- BALKIN, J., « Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence », (1993) 103 *Yale L.J.* 105-176.
- BASTARACHE, M., « The Challenge of the Law in the New Millennium Lecture », (1997) 25-3 *Man. L.J.* 411-420.
- BEAULAC, S., « Parliamentary Debates in Statutory Interpretation: A Question of Admissibility or of Weight », (1997) 43-2 *McGill, L. J.* 287-324.

- BEAULAC, S., « Constitutional Interpretation: On Issues of Ontology and of Interlegality », dans Peter C. OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (dir.), *The Oxford handbook of the Canadian constitution*, New York, NY, Oxford University Press, 2017.
- BEAULAC, S. et P.-A. CÔTÉ, « Driedger's "Modern Principle" at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization », (2006) 40 *Revue juridique Thémis* 131-172.
- BERGER, L., « A Revised View of the Judicial Hunch », (2013) 10 *Legal Comm. & Rhetoric: JALWD* 1.
- BERNATCHEZ, S., « De la vérité à l'intersubjectivité et du texte au contexte: vers une conception réflexive de l'interprétation du droit », dans Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat: mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2011, p. 79.
- BERNSTEIN, R., « From Hermeneutics to Praxis », dans Robert HOLLINGER (dir.), *Hermeneutics and praxis*, coll. Revisions, Notre Dame, Ind, University of Notre Dame Press, 1985, p. 272.
- BILZ, K., « We don't want to hear it: Psychology, literature and the narrative model of judging », (2010) 2010-2 *University of Illinois law review* 429-488.
- BIX, B. H., « Legal Positivism », dans Gideon KEREN et George WU (dir.), *The Wiley-Blackwell handbook of judgment and decision making*, coll. Books, Chichester, West Sussex, Wiley-Blackwell, 2015, p. 29.
- BLASI, G. L., « What Lawyers Know: Lawyering Expertise, Cognitive Science, and the Functions of Theory », (1995) 45-3 *Journal of Legal Education* 313-397.
- BRAMAN, E., « Searching for Constraint in Legal Decision Making », dans David E. KLEIN et Gregory MITCHELL (dir.), *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford University Press, 2010, p. 203.
- BREGER, M., « Making the Invisible Visible: Exploring Implicit Bias, Judicial Diversity, and the Bench Trial University of Richmond Law Review, Vol. 53, No. 1039, 2019 », (2019) 53 *U. of Rich. L. Rev.* 1039-1084.
- BRUDNEY, J., S. SCHIAVONI et D. MERRITT, « Judicial Hostility toward Labor Unions--Applying the Social Background Model to a Celebrated Concern », (1999) 60 *Ohio St. L.J.* 1675.
- BURKE, A., « Neutralizing Cognitive Bias: An Invitation to Prosecutors », (2007) 2 *N.Y.U. J.L. & Liberty* 512.
- BUTCHER, K. R. et W. KINTSCH, « Text Comprehension and Discourse Processing », dans Irving B WEINER (dir.), *Handbook of psychology*, Hoboken, NJ, Wiley, 2013, p. 578.
- CAMERER, C., G. LOEWENSTEIN et M. WEBER, « The Curse of Knowledge in Economic Settings: An Experimental Analysis », (1989) 97-5 *Journal of Political Economy* 1232-54.
- CARP, R. et R. WHEELER, « Sink or Swim: The Socialization of a Federal District Judge », (1972) 21-2 *J. Pub. L.* 359-394.
- CASEY, P., K. BURKE et S. LEBEN, « Minding the Court: Enhancing the Decision-Making Process », (2013) 5-1 *Int'l J. for Court Administration* 45-54.
- CHAFEE, Z., « The Disorderly Conduct of Words », (1941) 41-3 *Columbia Law Review* 381-404.
- CHAIKEN, S. et M. W. BALDWIN, « Affective-cognitive consistency and the effect of salient behavioral information on the self-perception of attitudes », (1981) 41-1 *J. Pers. Soc. Psychol.* 1-12.

- CHAIKEN, S., A. LIBERMAN et A. H. EAGLY, « Heuristic and Systematic Processing Within and Beyond the Persuasion Context », dans James S. ULEMAN et John A. BARGH (dir.), *Unintended thought*, New York, Guilford Press, 1989, p. 212.
- CIALDINI, R. B., C. A. KALLGREN et R. R. RENO, « A Focus Theory of Normative Conduct: A Theoretical Refinement and Reevaluation of the Role of Norms in Human Behavior », (1991) *24 Advances in Experimental Social Psychology* 201-234.
- COLEMAN, J. L. et B. LEITER, « Legal Positivism », dans Dennis M PATTERSON (dir.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, 2^e éd., Chichester, Sussex, Wiley-Blackwell, 2010, p. 228.
- COLES, W. D., « Politics and the Supreme Court of the United States », (1893) *27-2 Am. L. Rev.* 182-208.
- COOK, W. W., « Unpublished Chapter of the Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws », (1942) *37-5 Ill. L. Rev.* 418-424.
- COOPER, J. et K. CARLSMITH, « Cognitive Dissonance », dans James D. WRIGHT (dir.), *International encyclopedia of the social & behavioral sciences*, 2^e éd., Amsterdam, Elsevier, 2015, p. 76.
- COOPER, J. et R. H. FAZIO, « A New Look at Dissonance Theory », dans Leonard BERKOWITZ (dir.), *Advances in Experimental Social Psychology*, 17, Academic Press, 1984, p. 229-266.
- CORRY, J. A., « Administrative Law and the Interpretation of Statutes », (1936) *1-2 The University of Toronto Law Journal* 286-312.
- CÔTÉ, P.-A., « L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes », (1990) *50 Revue du Barreau* 329.
- , « Discernement et fidélité dans l'application du nouveau droit civil », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 67.
- CROSS, F. B., « Political Science and the New Legal Realism: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance », (1997) *92-1 Nw. U. L. Rev.* 251-326.
- CUNLIFFE, E., « Judging, Fast and Slow: Using Decision-Making Theory to Explore Judicial Fact Determination », (2014) *18 Int'l J. of Evidence & Proof* 139-180.
- CURTIS, C. P., « A Better Theory of Legal Interpretation Symposium on Statutory Construction », (1949) *3-3 Vand. L. Rev.* 407-437.
- CUSH, R. K. et J. G. DELAHUNTY, « The Influence of Limiting Instructions on Processing and Judgments of Emotionally Evocative Evidence », (2006) *13-1 Psychiatry, Psychology and Law* 110-123.
- DALPHOND, P. J., « Le style civiliste et le juge: le juge québécois ne serait-il pas le prototype du juge civiliste de l'avenir? », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, QC, Éditions Thémis, 2003, p. 81.
- , « La conception du juge Gonthier de l'indépendance judiciaire et du rôle des juges », dans Michel MORIN et Charles Doherty GONTHIER (dir.), *Responsibility, fraternity and sustainability in law: in memory of the honourable Charles Doherty Gonthier = Responsabilité, fraternité et développement durable en droit/ general editor Michel Morin*, Markham, Ont, LexisNexis, 2012, p. 81.

- D'AMATO, A., « Can Legislatures Constrain Judicial Interpretation of Statutes? », (1989) 75 *Virginia Law Review* 561.
- DANZIGER, S., J. LEVAV et L. AVNAIM-PESSO, « Extraneous factors in judicial decisions », (2011) 108-17 *P.N.A.S.* 6889-6892.
- DEVLIN, R., « Judging and Diversity: Justice or Just Us?/Les Décisions Judiciaires et la Diversité: La Justice des Justiciables ou de justiciers? », (1996) 20-3 *Provincial Judges Journal* 4-22.
- , « The Art and Craft of Judicial Decision-Making: An Essay for Justice Marc Rosenberg », dans Benjamin L. BERGER, Emma CUNLIFFE et James STRIBOPOULOS (dir.), *To ensure that justice is done: essays in memory of Marc Rosenberg*, Toronto, Thomson Reuters Canada, 2017, p. 279.
- DEWEY, J., « Logical Method and Law », (1924) 10-1 *Cornell Law Review* 17-27.
- DICKSON, B., « The Role and Function of Judges », (1980) 14 *Law Soc'y Gaz.* 138-147.
- DIEDERICH, A. et J. R. BUSEMEYER, « Judgment and Decision Making », dans Irving B WEINER (dir.), *Handbook of Psychology*, 2^e éd., Hoboken, NJ, Wiley, 2013, p. 660.
- DOBIE, A. M., « A Judge Judges Judges », (1951) 1951-4 *Wash. I. L. Q.* 471-485.
- DORFMAN, J., V. SHAMES et J. KILSTROM, « Intuition, Incubation, and Insight: Implicit Cognition in Problem Solving », dans Geoffrey UNDERWOOD (dir.), *Implicit cognition*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 1996, p. 257.
- DOUGLAS, K. S., D. R. LYON et J. R. P. OGLOFF, « The impact of graphic photographic evidence on mock jurors' decisions in a murder trial: Probative or prejudicial? », (1997) 21-5 *Law and Human Behavior* 485-501.
- DROR, I. E. et P. FRASER-MACKENZIE, « Cognitive biases in human perception, judgment, and decision making: Bridging theory and the real world », dans Itiel E. DROR (dir.), *Criminal Investigative Failures*, Taylor & Francis, 2008, p. 53-67.
- EBBESEN, E. B. et V. J. KONECNI, « Decision making and information integration in the courts: The setting of bail », (1975) 32-5 *J. Pers. Soc. Psychol.* 805-821.
- EDWARDS, H., « The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making », (2003) 151-5 *U. Pa. L. Rev.* 1639.
- EDWARDS, H. T., « The Judicial Function and the Elusive Goal of Principled Decisionmaking Feature », (1991) 1991-5 *Wis. L. Rev.* 837-866.
- EIGEN, Z. J. et Y. LISTOKIN, « Do Lawyers Really Believe Their Own Hype, and Should They? A Natural Experiment », (2012) 41-2 *The Journal of Legal Studies* 239-267.
- EINHORN, H. J. et R. M. HOGARTH, « Confidence in judgment: Persistence of the illusion of validity », (1978) 85-5 *Psychological Review* 395-416.
- ENGLICH, B., T. MUSSWEILER et F. STRACK, « Playing Dice With Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making », 2016 *Personality and Social Psychology Bulletin* 188.
- EPSTEIN, L., « Some Thoughts on the Study of Judicial Behavior », (2016) 57-6 *Wm & Mary L. Rev.* 2017.
- EPSTEIN, L. et J. KNIGHT, « Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, A Look Ahead », (2000) 53-3 *Political Research Quarterly* 625-661.

- ESKRIDGE, W., « Fetch Some Soupmeat », (1995) 16 *Cardozo L. Rev.* 2209.
- ESKRIDGE, W. et P. FRICKEY, « Statutory Interpretation as Practical Reasoning », (1990) 42 *Stanford Law Review* 321-384.
- ESKRIDGE, W. N. Jr., « Gadamer/Statutory Interpretation », (1990) 90-3 *Colum. L. Rev.* 609-681.
- EVANS, J. S. B. et P. C. WASON, « Rationalization in a reasoning task », (1976) 67-4 *Brit. J. Psych.* 479-486.
- EVANS, J. S. B. T., « Heuristic and analytic processes in reasoning* », (1984) 75-4 *Brit. J. Psych.* 451-468.
- EVANS, J. St. B. T., « Dual-processing accounts of reasoning, judgment, and social cognition », (2008) 59 *Annu. Rev. Psychol.* 255-278.
- EVERSON, G., « Human Element in Justice », (1919) 10-1 *J. Am. Inst. Crim. L. & Criminology* 90-99.
- FISCHHOFF, B., « Perceived informativeness of facts », (1977) 3-2 *J. Experimental Psychol.: Hum. Perception & Performance* 349-358.
- FISHER, S. D., C. F. GETTYS, C. MANNING, T. MEHLE et S. BACA, « Consistency checking in hypothesis generation », (1983) 31-2 *Organizational Behavior and Human Performance* 233-254.
- FISS, O. M., « Objectivity and Interpretation », (1981) 34-4 *Stan. L. Rev.* 739-764.
- FLANGO, V. E., L. M. WENNER et M. W. WENNER, « The Concept of Judicial Role: A Methodological Note », (1975) 19-2 *American Journal of Political Science* 277-289.
- FOUTS, D. E., « Policy Making in the Supreme Court of Canada, 1950-1960 », dans Glendon A. SCHUBERT et David J. DANIELSKI (dir.), *Comparative judicial behavior; cross-cultural studies of political decision-making in the East and West*, Toronto, Oxford University Press, 1969, p. 257-292.
- FRAIDIN, M. I., « Decision-Making in Dependency Court: Heuristics, Cognitive Biases, and Accountability », (2013) 60 *Cleveland State Law Review* 913-974.
- FRANK, J., « Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation », (1947) 47-8 *Colum. L. Rev.* 1259-1278.
- FRANKFURTER, F., « Some Reflections on the Reading of Statutes », (1947) 47-4 *Colum. L. Rev.* 527-546.
- FREDERICK, S., « Cognitive reflection and decision making », (2005) 19-4 *J. Econ. Persp.* 25-42.
- FRIENDLY, H., « Reactions of a Lawyer-Newly Become Judge », (1961) 71-2 *Yale L.J.* 218-238.
- FULLER, L. L., « Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart », (1958) 71-4 *Harvard Law Review* 630-672.
- FURGESON, J. R., L. BABCOCK et P. M. SHANE, « Behind the mask of method: Political orientation and constitutional interpretive preferences », (2008) 32-6 *Law and Human Behavior* 502-510.
- , « Do a law's policy implications affect beliefs about its constitutionality? An experimental test », (2008) 32-3 *Law and Human Behavior* 219-227.
- GAGELER, S., « Why Write Judgements », (2014) 36-2 *Sydney L. Rev.* 189-203.

- GIBSON, J. L., « The Role Concept in Judicial Research », (1981) 3-3 *Law & Pol'y Q.* 291-312.
- , « From Simplicity to Complexity: The Development of Theory in the Study of Judicial Behavior », (1983) 5-1 *Political Behavior* 7-49.
- GILLMAN, H. et C. W. CLAYTON, « Beyond Judicial Attitudes: Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making », dans Cornell W. CLAYTON et Howard GILLMAN (dir.), *Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches*, Chicago, University of Chicago Press, 1999, p. 1.
- GOLDSWORTHY, J., « The Limits of Judicial Fidelity to Law: The Coxford Lecture », (2011) 24-2 *Can. J.L. & Juris.* 305-325.
- GRAHAM, R. N. M., « What Judges Want: Judicial Self-interest and Statutory Interpretation », (2009) 30-1 *Statute Law Rev.* 38-72.
- GREENWALD, A. et L. KRIEGER, « Implicit Bias: Scientific Foundations », (2006) 94-4 *California Law Review* 945-968.
- GRIFFIN, D. et A. TVERSKY, « The weighing of evidence and the determinants of confidence », (1992) 24-3 *Cognitive Psychology* 411-435.
- GRISWOLD, E. N., « Foreword: Of Time and Attitudes—Professor Hart and Judge Arnold Supreme Court 1959 Term, The », (1960) 74-1 *Harv. L. Rev.* 81-94.
- GUTHRIE, C., J. RACHLINSKI et A. WISTRICH, « Inside the Judicial Mind », (2001) 86-4 *Cornell L. Rev.* 777-830.
- , « Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases », (2007) 93-1 *Cornell L. Rev.* 1.
- HARSANYI, J. C., « Rational-Choice Models of Political Behavior vs. Functionalist and Conformist Theories », (1969) 21-4 *World Politics* 513-538.
- HART, H. L. A., « Positivism and the Separation of Law and Morals », (1958) 71-4 *Harvard Law Review* 593.
- , « Introduction », dans H. L. A. HART (dir.), *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford [Oxfordshire]: New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 1983, p. 1.
- HASTIE, R., « Problems for Judgment and Decision Making », (2001) 52 *Annual review of psychology* 653-683.
- HASTIE, R. et B. PARK, « The relationship between memory and judgment depends on whether the judgment task is memory-based or on-line », (1986) 93-3 *Psychological Review* 258-268.
- HEIDER, F., « Attitudes and cognitive organization », (1946) 21 *The Journal of Psychology: Interdisciplinary and Applied* 107-112.
- HEINE, S. J. et D. R. LEHMAN, « Culture, Dissonance, and Self-Affirmation », (1997) 23-4 *Pers Soc Psychol Bull* 389-400.
- HEINZ, J. P., E. O. LAUMANN, R. L. NELSON et E. MICHELSON, « The Changing Character of Lawyers' Work: Chicago in 1975 and 1995 », (1998) 32-4 *Law & Society Review* 751-776.
- HEISE, M., « The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism », (2002) 4 *U. Ill. L. Rev.* 819.
- HEISE, M. et G. C. SISK, « Religion, Schools, and Judicial Decision Making: An Empirical Perspective », (2012) 79 *University of Chicago Law Review* 187-215.

- HIEBERT, J. L., « Wrestling with Rights: Judges, Parliament and the Making of Social Policy », dans Paul HOWE et Peter H. RUSSELL (dir.), *Judicial power and Canadian democracy*, Montreal ; Ithaca, McGill-Queen's University Press, 2000, p. 165.
- HIGGINS, R. S. et P. H. RUBIN, « Judicial Discretion », (1980) 9-1 *The Journal of Legal Studies* 129-138.
- HOLMES, O. W., « The Path of the Law », (1897) 10 *Harvard Law Review* 457.
- HOLYOAK, K. J., D. GENTNER et B. N. KOKINOV, « Introduction: The Place of Analogy in Cognition », dans Dedre GENTNER, Keith James HOLYOAK et Boicho N. KOKINOV (dir.), *The analogical mind: perspectives from cognitive science*, Cambridge, Mass, MIT Press, 2001, p. 1.
- HOLYOAK, K. J. et D. SIMON, « Bidirectional reasoning in decision making by constraint satisfaction. », (1999) 128-1 *Journal of Experimental Psychology: General* 3-31.
- HOWARD, J. W., « Role Perceptions and Behavior in Three U.S. Courts of Appeals », (1977) 39-4 *J. of Politics* 916-938.
- HSEE, C. K., « Elastic Justification: How Unjustifiable Factors Influence Judgments », (1996) 66-1 *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 122-129.
- HUTCHESON, J., « Judgment Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision », (1929) 14-3 *Cornell Law Review* 274-288.
- HUTCHINSON, A. C., « Sault Ste. Marie, Mens Rea and the Halfway House: Public Welfare Offences Get a Home of their Own », (1979) 17-2 *Osgoode Hall L. J.* 415-444.
- IRWIN, J. et D. REAL, « Unconscious Influences on Judicial Decision-Making: The Illusion of Objectivity », (2010) 42-1 *McGeorge Law Review* 1-18.
- JOHNSON, S. W., « The Supreme Court of Canada and Strategic Decision Making: Examining Justices' Voting Patterns during Periods of Institutional Change », (2012) 42-2 *American Review of Canadian Studies* 236-256.
- JUDSON, K., « Bias, Subjectivity, and Wrongful Conviction », (2017) 50-3 *U. Mich. J.L. Reform* 779-794.
- KAHAN, D. et D. BRAMAN, « Cultural Cognition and Public Policy: The Case of Outpatient Commitment Laws », (2006) 24 *Yale L. & Policy Rev.* 147-170.
- KAHAN, D., D. HOFFMAN, D. EVANS, N. DEVINS, E. LUCCI et K. CHENG, « "Ideology" or "Situation Sense"? An Experimental Investigation of Motivated Reasoning and Professional Judgment », (2016) 164-2 *U. Pa. L. Rev.* 349-440.
- KAHNEMAN, D., « A perspective on judgment and choice: Mapping bounded rationality », (2003) 58-9 *Am. Psychol.* 697-720.
- KAHNEMAN, D. et S. FREDERICK, « Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgement », dans *Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgment*, coll. Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgment, New York, NY, US, Cambridge University Press, 2002, p. 49.
- KAHNEMAN, D. et G. KLEIN, « Conditions for intuitive expertise: a failure to disagree », (2009) 64-6 *Am. Psychol.* 515-526.

- KANG, J., M. BENNETT, D. CARBADO, P. CASEY, D. NILANJANA, D. FAIGMAN, R. GODSIL, A. G. GREENWALD, J. LEVINSON et J. MNOOKIN, « Implicit Bias in the Courtroom », (2012) 59 *UCLA L. Rev.* 1124-1186.
- KEENAN, J. M., « Psychology of Inferences », dans James D. WRIGHT (dir.), *International encyclopedia of the social & behavioral sciences*, 2. ed, Amsterdam, Elsevier, 2015, p. 394.
- KENNEDY, D., « Legal Formality », (1973) 2-2 *Journal of Legal Studies* 351.
- , « A Semiotics of Legal Argument Symposium: Law and Economics and the Semiotic Process », (1991) 42-1 *Syracuse L. Rev.* 75-116.
- KERCHOVE, M. van de, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation », dans Michel van de KERCHOVE (dir.), *L'Interprétation en droit: approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 13.
- KLUCKHOHN, C. et H. A. MURRAY, « Personality Formation: the Determinants », dans Clyde KLUCKHOHN, Henry Alexander MURRAY et David Murray SCHNEIDER (dir.), *Personality in nature, society, and culture*, 2^e éd., New York, Knopf, 1953, p. 53.
- KOOL, W., J. MCGUIRE, Z. ROSEN et M. BOTVINICK, « Decision Making and the Avoidance of Cognitive Demand », (2010) 139-4 *Journal of experimental psychology. General* 665-82.
- KOZINSKI, A., « What I Ate for Breakfast and Other Mysteries of Judicial Decision Making », (1993) 26-4 *Loy. L.A. L.Rev.* 993.
- KRUGLANSKI, A. W. et D. M. WEBSTER, « Motivated closing of the mind: "Seizing" and "freezing." », (1996) 103-2 *Psychological Review* 263-283.
- KRYGIER, M., « The Traditionality of Statutes », (1988) 1-1 *Ratio Juris* 20-39.
- LANDES, W. M. et R. A. POSNER, « The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective », (1975) 18-3 *The Journal of Law & Economics* 875-901.
- LANDIS, J. M., « A Note on Statutory Interpretation », (1929) 43-6 *Harv. L. Rev.* 886-893.
- LANGEVOORT, D. C., « Behavioral Theories of Judgment and Decision Making in Legal Scholarship: A Literature Review Symposium: The Legal Implications of Psychology: Human Behavior, Behavioral Economics, and the Law », (1998) 51-6 *Vand. L. Rev.* 1499-1540.
- LEBEL, L., « La méthode d'interprétation moderne : e juge devant lui-même et en lui-même », dans Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat: mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2011, p. 103.
- LEBEL-GRENIER, S., « The Charter and Legitimization of Judicial Activism », dans Paul HOWE et Peter H. RUSSELL (dir.), *Judicial power and Canadian democracy*, Montreal ; Ithaca, Published for the Institute for Research on Public Policy by McGill-Queen's University Press, 2000, p. 94-98.
- LEHMAN, D. R., R. O. LEMPERT et R. E. NISBETT, « The effects of graduate training on reasoning: Formal discipline and thinking about everyday-life events », (1988) 43-6 *American Psychologist* 431-442.
- LEIGHTON, J. P. et R. J. STERNBERG, « Reasoning and Problem Solving », dans Irving B WEINER (dir.), *Handbook of psychology*, Hoboken, NJ, Wiley, 2013, p. 631, en ligne : <<http://site.ebrary.com/id/10613593>> (consulté le 12 décembre 2019).
- LEITER, B., « Legal Indeterminacy », (1995) 1 *Legal Theory* 481-492.

- , « Positivism, Formalism, Realism », (1999) 99-4 *Columbia L. Rev.* 1138.
- , « American Legal Realism », dans Dennis M PATTERSON (dir.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, 2^e éd., Chichester, Sussex, Wiley-Blackwell, 2010, p. 249.
- LIU, J. Z., « Does Reason Writing Reduce Decision Bias? Experimental Evidence from Judges in China », (2018) 47-1 *The Journal of Legal Studies* 83-174.
- LLEWELLYN, K. N., « Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound », (1931) 44-8 *Harvard Law Review* 1222-1264.
- , « Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed Symposium on Statutory Construction », (1949) 3-3 *Vand. L. Rev.* 395-406.
- , « The Case Law System in America », (1988) 88-5 *Columbia Law Review* 989-1020.
- LORD, C. G., M. R. LEPPER et E. PRESTON, « Considering the opposite: A corrective strategy for social judgment », (1984) 47-6 *J. Pers. Soc. Psychol.* 1231-1243.
- MANFREDI, C. P., « Adjudication, Policy-Making and the Supreme Court of Canada: Lessons from the Experience of the United States », (1989) 22-2 *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique* 313-335.
- MARONEY, T., « Why Choose? A Response to Rachlinski, Wistrich & Guthrie », (2015) 93 *Texas L. Rev.* 317.
- MAYES, D., « Whether Law is a Science », (1833) 9 *Am. Jurist & L. Mag.* 349.
- MCGUIRE, J. et M. BOTVINICK, « The Impact of Anticipated Demand on Attention and Behavioral Choice », dans Brian BRUYA (dir.), *Effortless attention: a new perspective in the cognitive science of attention and action*, Cambridge, Mass, The MIT Press, 2010, p. 103.
- MINSKY, M., « A Framework for Representing Knowledge », dans Patrick Henry WINSTON et Berthold HORN (dir.), *The psychology of computer vision*, New York, McGraw-Hill, 1975, p. 211.
- MITCHELL, G. et P. E. TETLOCK, « Cognitive Style and Judging », dans David E. KLEIN et Gregory MITCHELL (dir.), *The psychology of judicial decision making*, Oxford ; New York, N.Y, Oxford University Press, 2010, p. 279.
- MONROE, K. R., « A Paradigm for Political Psychology », dans Kristen Renwick MONROE (dir.), *Political psychology*, Mahwah, N.J, L. Erlbaum, 2002, p. 399.
- MORISSETTE, Y.-M., « Peut-on “interpréter” ce qui est indéterminé? », dans Stéphane BEULAC et Mathieu DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat: mélanges en l’honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2011, p. 9.
- MOST, S. B., D. J. SIMONS, B. J. SCHOLL, R. JIMENEZ, E. CLIFFORD et C. F. CHABRIS, « How Not to Be Seen: The Contribution of Similarity and Selective Ignoring to Sustained Inattentive Blindness », (2001) 12-1 *Psychological Science* 9-17.
- MOURER, S., « Believe It or Not: Mitigating the Negative Effects Personal Belief and Bias Have on the Criminal Justice System », (2015) 43-4 *Hofstra Law Review* 1087-1123.
- NEUBERG, S. L. et J. T. NEWSOM, « Personal need for structure: Individual differences in the desire for simpler structure », (1993) 65-1 *J. Pers. Soc. Psychol.* 113-131.
- NISBETT, R. E. et E. BORGIDA, « Attribution and the psychology of prediction », (1975) 32-5 *J. Pers. Soc. Psychol.* 932-943.

- NOREAU, P., « L'acte de juger et son contexte : éléments d'une sociologie politique du jugement », (2001) 3-2 *Éthique publique. Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale* 18.
- OLIPHANT, H., « A Return to Stare Decisis », (1928) 14-2 *American Bar Association Journal* 71-107.
- OSGOOD, C. E. et P. H. TANNENBAUM, « The principle of congruity in the prediction of attitude change », (1955) 62-1 *Psychological Review* 42-55.
- OSWALD, M. et S. GROSJEAN, « Cognitive Bias », dans Rüdiger POHL (dir.), *Cognitive illusions: a handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory*, Hove ; New York, Psychology Press, 2004, p. 81.
- PEARSON, D. et G. CERVETTI, « The Psychology and Pedagogy of Reading Processes », dans Irving B WEINER (dir.), *Handbook of psychology*, Hoboken, NJ, Wiley, 2013, p. 258.
- PECK, S., « A Scalogram Analysis of the Supreme Court of Canada, 1958-1967 », dans Glendon A. SCHUBERT et David J. DANIELSKI (dir.), *Comparative judicial behavior; cross-cultural studies of political decision-making in the East and West*, Toronto, Oxford University Press, 1969, p. 293-334.
- PENNINGTON, N. et R. HASTIE, « A Cognitive Theory of Juror Decision Making: The Story Model Decision and Interference Litigation », (1991) 13-Issues 2-3 *Cardozo L. Rev.* 519-558.
- , « The Story Model for Juror Decision Making », dans Reid HASTIE (dir.), *Inside the juror: the psychology of juror decision making*, Cambridge [England]; New York, NY, USA, Cambridge University Press, 1993, p. 192.
- , « Reasoning in explanation-based decision making », (1993) 49-1 *Cognition* 123-163.
- PETTY, R. E., J. T. CACIOPPO et R. GOLDMAN, « Personal involvement as a determinant of argument-based persuasion », (1981) 41-5 *J. Pers. Soc. Psychol.* 847-855.
- PETTY, R. E., S. C. WHEELER et Z. L. TORMALA, « Persuasion and attitude change », dans Irving B WEINER (dir.), *Handbook of psychology*, Hoboken, NJ, US, John Wiley & Sons Inc, 2003, p. 353-382.
- PIGEON, L.-P., « The Human Element in the Judicial Process », (1970) 8 *Alberta L. Rev.* 301-304.
- PLATT, A. I., « Debiasing Statutory Interpretation », (2012) 39 *Ohio Northern University Law Review* 275-318.
- POSNER, R., « The Jurisprudence of Skepticism », (1988) 86-5 *Michigan Law Review* 827-891.
- POUND, R., « Mechanical Jurisprudence », (1908) 8-8 *Columbia Law Review* 605-623.
- , « The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. I. Schools of Jurists and Methods of Jurisprudence », (1911) 24 *Harvard Law Review* 591-619.
- , « The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. II. », (1911) 25-2 *Harvard Law Review* 140-168.
- , « The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. III. Sociological Jurisprudence », (1912) 25-6 *Harvard Law Review* 489-516.
- , « The Theory of Judicial Decision. III. A Theory of Judicial Decision for Today », (1923) 36-8 *Harvard Law Review* 940-959, DOI : 10.2307/1329692.

- RACHLINSKI, J., « A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight », (1998) 65-2 *U. Chi. L. Rev.* 571-625.
- , « Heuristics and Biases in the Court: Ignorance or Adaptation? », (2000) 79-1 *Or. L.R.* 61-102.
- RACHLINSKI, J., A. WISTRICH et C. GUTHRIE, « Judicial Politics and Decisionmaking: A New Approach », (2017) 70-6 *Vanderbilt Law Review* 2051.
- RADIN, M., « The Theory of Judicial Decision: or How Judges Think », (1925) 11-6 *American Bar Association Journal* 357-362.
- , « Statutory Interpretation », (1929) 43-6 *Harv. L. Rev.* 863-885.
- RAZ, J., « The Relevance of Coherence », (1992) 72 *B. U. L. Rev.* 273.
- , « On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries », dans Larry ALEXANDER (dir.), *Constitutionalism: philosophical foundations*, Cambridge [England]; New York, Cambridge University Press, 2001, p. 177.
- READ, S. J., « Constructing causal scenarios: A knowledge structure approach to causal reasoning. », (1987) 52-2 *J. Pers. Soc. Psychol.* 288.
- READ, S. J. et L. C. MILLER, « Dissonance and balance in belief systems: The promise of parallel constraint satisfaction processes and connectionist modeling approaches », dans *Beliefs, reasoning, and decision making: Psycho-logic in honor of Bob Abelson*, Hillsdale, NJ, US, Lawrence Erlbaum Associates, Inc, 1994, p. 209-235.
- READ, S. J., E. J. VANMAN et L. C. MILLER, « Connectionism, parallel constraint satisfaction processes, and gestalt principles: (re) introducing cognitive dynamics to social psychology », (1997) 1-1 *Pers. Soc. Psychol. Rev.* 26-53.
- REDDING, R. E. et D. REPPUCCI, « Effects of Lawyers' Socio-Political Attitudes on Their Judgments of Social Science in Legal Decision Making », (1999) 23 *Law and Human Behavior* 31-54.
- ROBBENNOLT, J., R. J. MACCOUN et J. M. DARLEY, « Multiple Constraint Satisfaction in Judging », dans David E. KLEIN et Gregory MITCHELL (dir.), *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford ; New York, N.Y, Oxford University Press, 2010, p. 27.
- ROBINSON, R. J., D. KELTNER, A. WARD et L. ROSS, « Actual versus assumed differences in construal: "Naive realism" in intergroup perception and conflict », (1995) 68-3 *J. Pers. Soc. Psychol.* 404-417.
- ROSENBERG, M., « Hedonism, Inauthenticity, and Other Goals Toward Expansion of a Consistency Theory », dans Robert P. ABELSON (dir.), *Theories of cognitive consistency: a source-book*, Chicago, Rand McNally, 1968.
- ROSENBERG, M. J., « Cognitive structure and attitudinal affect », (1956) 53-3 *The Journal of Abnormal and Social Psychology* 367-372.
- ROSENBERG, M. J. et R. P. ABELSON, « An Analysis of Affective-Cognitive Consistency », dans Milton J. ROSENBERG (dir.), *Attitude organization and change; an analysis of consistency among attitude components*, New Haven, Yale University Press, 1966, p. 112.
- ROSSMO, K. et J. POLLOCK, « Confirmation Bias and Other Systemic Causes of Wrongful Convictions: A Sentinel Events Perspective », (2019) 11-2 *Northeastern University Law Review* 790-835.

- ROSTOW, E., « American Legal Realism and the Sense of the Profession », (1962) 34 *Rocky Mountain Law Review* 123-149.
- RUBIN, A. B., « Views from the Lower Court », (1975) 23-3 *UCLA L. Rev.* 448-464.
- , « Doctrine in Decision-Making: Rationale or Rationalization », (1987) 1987-2 *Utah L. Rev.* 357-372.
- SCHAEFER, W., « Precedent and Policy », (1966) 34-3 *University of Chicago Law Review* 3-25.
- SCHANK, R. C. et R. P. ABELSON, « Knowledge and memory: The real story », dans *Knowledge and memory: The real story*, coll. Advances in social cognition, Vol. 8., Hillsdale, NJ, US, Lawrence Erlbaum Associates, Inc, 1995, p. 1-85.
- SCHAUER, F., « Formalism », (1988) 97-4 *Yale Law Journal* 509-548.
- , « Giving Reasons », (1995) 47-4 *Stanford Law Review* 633-659.
- , « A Critical Guide to Vehicles in the Park Symposium: The Hart-Fuller Debate at Fifty », (2008) 83-4 *N.Y.U. L. Rev.* 1109-1134.
- , « Is There a Psychology of Judging? », dans David E. KLEIN et Gregory MITCHELL (dir.), *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford University Press, 2010, p. 103.
- SCHNEIDER, C. E., « Discretion and Rules: A Lawyer's View », dans Keith HAWKINS (dir.), *The Uses of discretion*, coll. Oxford socio-legal studies, Oxford : New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 1992, p. 47.
- SCHROEDER, T., « Psychologic Study of Judicial Opinions », (1918) 1-2 *California L. Rev.* 89-113.
- SCHUETZ, A., « Common-Sense and Scientific Interpretation of Human Action », (1953) 14-1 *Philosophy and Phenomenological Research* 1-38.
- SCHWARZ, N., H. BLESS, F. STRACK, G. KLUMPP, H. RITTENAUER-SCHATKA et A. SIMONS, « Ease of retrieval as information: Another look at the availability heuristic », (1991) 61-2 *J. Pers. Soc. Psychol.* 195-202.
- SECUNDA, P., « Cultural Cognition at Work », (2010) 38 *Florida State University Law Review* 107-148.
- SEGAL, J. A. et H. J. SPAETH, « The Influence of Stare Decisis on the Votes of United States Supreme Court Justices », (1996) 40-4 *American Journal of Political Science* 971-1003.
- SHEPPARD, B., « Judging Under Pressure: A Behavioral Examination of The Relationship Between Legal Decisionmaking and Time », (2012) 39-4 *SSRN Journal* 931-1002.
- SHERWIN, E., « Features of Judicial Reasoning », dans David E. KLEIN et Gregory MITCHELL (dir.), *The psychology of judicial decision making*, Oxford ; New York, N.Y, Oxford University Press, 2010, p. 121.
- SIMARD, J. et M.-A. MORENCY, « Interprétation des lois et création des normes : perspectives ouvertes dans l'étude multidisciplinaire du phénomène juridique », dans Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat: mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2011, p. 233.
- SIMON, D., « A Psychological Model of Judicial Decision Making », (1998) 30-1 *Rutgers L.J.* 1-142.
- , « A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making », (2004) 71-2 *U. Chi. L. Rev.* 511-586.

- , « In Praise of Pedantic Eclecticism: Pitfalls and Opportunities in the Psychology of Judging », dans David E. KLEIN et Gregory MITCHELL (dir.), *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford University Press, 2010, p. 131.
- , « On Juror Decision Making: An Empathic Inquiry », (2019) 15-1 *Annual Review of Law and Social Science* 415-435.
- SIMON, D., L. B. PHAM, Q. A. LE et K. J. HOLYOAK, « The emergence of coherence over the course of decision making », (2001) 27-5 *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition* 1250-1260.
- SIMON, D., D. M. STENSTROM et S. J. READ, « The coherence effect: Blending cold and hot cognitions », (2015) 109-3 *J Pers Soc Psychol* 369-394.
- SIMON, H. A., « What is an “Explanation” of Behavior?: », (2017) 3-3 *Psychol. Sci.* 150.
- SIMON, M., « Things that I learned during my first year on the bench that I wish I had known as a trial lawyer », (2013) 24-2 *Stan. L. & Pol’y Rev.* 345-352.
- SISK, G. C. et M. HEISE, « Judges and Ideology: Public and Academic Debates about Statistical Measures », (2004) 99-2 *Nw. U. L. Rev.* 743-804.
- SISK, G., M. HEISE et A. MORRIS, « Charting the Influences on the Judicial Mind: An Empirical Study of Judicial Reasoning », (1998) 73-5 *N.Y.U. L. Rev.* 1377.
- SNIDERMAN, P. M., J. F. FLETCHER, P. H. RUSSELL et P. E. TETLOCK, « Political Culture and the Problem of Double Standards: Mass and Elite Attitudes toward Language Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1989) 22-2 *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique* 259-284.
- SONGER, D. R. et S. A. LINDQUIST, « Not the Whole Story: The Impact of Justices’ Values on Supreme Court Decision Making », (1996) 40-4 *American Journal of Political Science* 1049-1063.
- SOURDIN, T. et R. CORNES, « Do Judges Need to be Human? The Implications of Technology for Responsive Judging », dans Tania SOURDIN et Archie ZARISKI (dir.), *The responsive judge: international perspectives*, 2018, p. 87.
- SPAMANN, H. et L. KLÖHN, « Justice Is Less Blind, and Less Legalistic, than We Thought: Evidence from an Experiment with Real Judges », (2016) 45-2 *The Journal of Legal Studies* 255-280.
- SPELLMAN, B., « Judges, Expertise and Analogy », dans David E. KLEIN et Gregory MITCHELL (dir.), *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford University Press, 2010, p. 149.
- SPELLMAN, B. A., « On the Supposed Expertise of Judges in Evaluating Evidence », (2007) 155 *U. Pa. L. Rev.* 165.
- SPELLMAN, B. A. et K. J. HOLYOAK, « If Saddam is Hitler then who is George Bush? Analogical mapping between systems of social roles », (1992) 62-6 *J. Pers. Soc. Psychol.* 913-933.
- , « Pragmatics in Analogical Mapping », (1996) 31-3 *Cognitive Psychology* 307-346.
- SPELLMAN, B. A. et F. SCHAUER, « Legal Reasoning », dans Keith HOLYOAK et Robert MORRISON (dir.), *The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning*, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2012, p. 719.
- STANOVICH, K. E. et R. F. WEST, « Individual differences in reasoning: Implications for the rationality debate? », (2000) 23-5 *Behavioral and Brain Sciences* 645-665.

- , « On the relative independence of thinking biases and cognitive ability », (2008) 94-4 *J. Pers. Soc. Psychol.* 672-695.
- SULLIVAN, R., « Statutory Interpretation in the Supreme Court of Canada », (1998) 30-2 *Ottawa L. Rev.* 175-228.
- , « The Plain Meaning Rule and Other Ways to Cheat at Statutory Interpretation », dans Ejan MACKAAY (dir.), *Les certitudes du droit = Certainty and the law*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 151.
- , « Some Implications of Plain Language Drafting », (2001) 22-3 *Statute Law Rev* 145-180.
- SUNSTEIN, C., « Must Formalism Be Defended Empirically? », (1999) 66 *The University of Chicago Law Review* 636.
- SUNSTEIN, C. R., « Interpreting Statutes in the Regulatory State », (1989) 103-2 *Harv. L. Rev.* 405-508.
- TANNENBAUM, P., « The Congruity Principle: Retrospective Reflections and Recent Research », dans Robert P. ABELSON (dir.), *Theories of cognitive consistency: a source-book*, Chicago, Rand McNally, 1968.
- TATE, A., « Forum Juridicum: The Judge as a Person », (1959) 19-2 *Louisiana Law Review* 438-447.
- , « "Policy" in Judicial Decisions », (1959) 20-1 *La. L. Rev.* 62-75.
- TERRY, D., M. HOGG et J. DUCK, « Group Membership, Social Identity, and Attitudes », dans Dominic ABRAMS et Michael A. HOGG (dir.), *Social identity and social cognition*, Malden, Mass, Blackwell, 1999, p. 280.
- TODD, A. G., « An Exaggerated Demise: The Endurance of Formalism in Legal Rhetoric in the Face of Neuroscience », (2019) 23 *Leg. Writing: The J. of the Leg. Writing Institute* 84.
- TRAYNOR, R. J., « Some Open Questions on the Work of State Appellate Courts », (1956) 24-2 *U. Chi. L. Rev.* 211-224.
- TREMBLAY, L. B., « Le pluralisme interprétatif ou carré blanc sur fond blanc - Une histoire juridique », dans Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat: mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2011, p. 327.
- TURNER, J., « Towards a Cognitive Redefinition of the Social Group », dans Henri TAJFEL (dir.), *Social identity and intergroup relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, p. 17.
- TVERSKY, A. et D. KAHNEMAN, « The framing of decisions and the psychology of choice », (1981) 211 *Science* 453-458.
- TVERSKY, A. et D. KAHNEMAN, « Availability: A heuristic for judging frequency and probability », (1973) 5-2 *Cognitive Psychology* 207-232.
- UNGS, T. D. et L. R. BAAS, « Judicial Role Perceptions: A Q-Technique Study of Ohio Judges », (1972) 6-3 *Law & Society Review* 343-366.
- VAN MAANEN, J. et S. R. BARLEY, « Occupational communities: Culture and control in organizations », (1984) 6 *Research in Organizational Behavior* 287-365.

- VAUGHAN, F., « Judicial Politics in Canada: Patterns and Trends », dans Paul HOWE et Peter H. RUSSELL (dir.), *Judicial power and Canadian democracy*, Montreal ; Ithaca, McGill-Queen's University Press, 2000, p. 3.
- WALD, P., « The Rhetoric of Results and the Results of Rhetoric: Judicial Writings », (1995) 62-4 *U. Chicago L. Rev.* 1371-1420.
- WALD, P. M., « Thoughts on Decisionmaking », (1984) 87 *W. Va. L. Rev.* 1-13.
- , « Some Thoughts on Judging as Gleaned from One Hundred Years of the "Harvard Law Review" and Other Great Books », (1987) 100-4 *Harvard Law Review* 887-908.
- , « A Response to Tiller and Cross », (1999) 99-1 *Columbia L. Rev.* 235-261.
- WEBSTER, D. M. et A. W. KRUGLANSKI, « Individual Differences in Need for Cognitive Closure », (1994) 67-6 *J. Pers. Soc. Psychol.* 1049-1062.
- WETSTEIN, M. E. et C. L. OSTBERG, « Search and Seizure Cases in the Supreme Court of Canada: Extending an American Model of Judicial Decision Making across Countries », (1999) 80-4 *Social Science Quarterly* 757-774.
- WHITE, J., « Analogical Reasoning », dans Dennis M PATTERSON (dir.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, 2^e éd., Chichester, Sussex, Wiley-Blackwell, 2010, p. 571.
- WILLIAMS, E. F. et T. GILOVICH, « Do people really believe they are above average? », (2008) 44-4 *Journal of Experimental Social Psychology* 1121-1128.
- WILLIAMS, G., « Language and the Law - I », (1945) 61-1 *L. Q. Rev.* 71-86.
- , « Language and the Law - II », (1945) 61-2 *L. Q. Rev.* 179-95.
- , « Language and the Law - III », (1945) 61-3 *L. Q. Rev.* 293-303.
- , « Language and the Law - IV », (1945) 61-4 *L. Q. Rev.* 384-406.
- WILLIS, J., « Statute Interpretation in a Nutshell », (1938) 16-1 *R. du B. Can.* 1-27.
- WILSON, B., « The Making of a Constitution: Approaches to Judicial Interpretation », (1988) 3 *Public law* 370-384.
- , « Will Women Judges Make a Difference? », (2005) 28-3 *Osgoode Hall Law Journal* 507-522.
- WILSON, T. D. et N. BREKKE, « Mental contamination and mental correction: Unwanted influences on judgments and evaluations », (1994) 116-1 *Psychological Bulletin* 117-142.
- WINTER, L. et J. S. ULEMAN, « When are social judgments made? Evidence for the spontaneousness of trait inferences », (1984) 47-2 *J. Pers. Soc. Psychol.* 237-252.
- WISTRICH, A., C. GUTHRIE et J. RACHLINSKI, « Can Judges Ignore Inadmissible Information - The Difficulty of Deliberately Disregarding », (2005) 153-4 *U. Pa. L. Rev.* 1251.
- WISTRICH, A. J., J. J. RACHLINSKI et C. GUTHRIE, « Heart versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings », (2014) 93-4 *Tex. L. Rev.* 855-924.
- WOLD, J. T., « Political Orientations, Social Backgrounds, and Role Perceptions of State Supreme Court Judges », (1974) 27-2 *Western Pol. Q.* 239-248.
- WROBLEWSKI, J., « L'interprétation en droit : Théorie et idéologie », (1972) 17 *Arch. Philo. Dr.* 51.

———, « Interprétation juridique », dans André Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : Bruxelles, L.G.D.J., 1988, p. 316.

WYER, R. S. et G. RADVANSKY, « The comprehension and validation of social information. », (1999) 106-1 *Psychological review* 89-118.

YABLON, C., « Justifying the Judge's Hunch: An Essay on Discretion », (1990) 41-2 *Hastings Law Journal* 231.

YANKWICH, L., « The Art of Being a Judge », (1957) 105 *U. Pa. L. Rev.* 374-389.

Autres sources

AMERICAN PSYCHOLOGY ASSOCIATION, *American Psychology Association*, en ligne : <<https://www.apa.org/>>.

CANADA, C. suprême du, « Cour suprême du Canada - Résumé statistique 2008 à 2018 », en ligne : <<https://scc-csc.ca/case-dossier/stat/sum-som-2018-fra.aspx>> (consulté le 12 décembre 2019).

CENTRE NATIONAL DE RESSOURCES TEXTUELLES ET LEXICALES, *CNRTL*, en ligne : <<https://www.cnrtl.fr/>>.

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

CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Propos sur la conduite des juges*, traduit par Emmanuel DIDIER, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 1991.

ÉDITIONS LAROUSSE, *Dictionnaire de français Larousse*, en ligne : <<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/>>.

EDWARDS, H. T., *Collegial Decision Making in the U.S. Courts of Appeals*, coll. Public Law Research Paper, Rochester, NY, NYU School of Law, 2017.

FRANK, J., « The Cult of the Robe », *Saturday Review of Literature* (13 octobre 1943), p. 12-15.

KAHNEMAN, D., D. LOVALLO et O. SIBONY, « The Big Idea: Before You Make that Big Decision », *Harvard Business Review* (1 juin 2011).

MAKIN, K., « Plain-Talking Estey: After Eleven Years Sitting on the Supreme Court, Retiring Justice Plans Clean Break with Law », *Globe and Mail* (27 avril 1988), p. A1.

NELSON, T. D., « Cognitive Consistency Theories », *Encyclopedia.com*, en ligne : <www.encyclopedia.com/> (consulté le 8 août 2019).

Online Etymology Dictionary, en ligne : <www.etymonline.com/>.

ROSSIER, J., « Personnalité », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : <<http://www.universalis.fr/encyclopedie/personnalite/>> (consulté le 31 juillet 2019).

SCHWEITZER, N. J., M. J. SAKS, I. TINGEN, D. LOVIS-McMAHON, B. COLE, N. GILDAR et D. FAY, *The Effect of Legal Training on Judgments of Rule Violations*, Jacksonville, FL, 2008.

SHAPIRO, S. J., *The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed*, SSRN Scholarly Paper, ID 968657, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2007, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=968657>> (consulté le 6 décembre 2019).

SHUTT, S., « Supreme dress rehearsal », *Canadian Lawyer Magazine* (avril 2016), en ligne : <www.canadianlawyermag.com/>.

THE LAW COMMISSION (BRITISH PARLIAMENT). *Consultation Paper No 155 -- Legislating the Criminal Code: Fraud and Deception*, Londres (R.-U.), 1999.

Wikipédia, en ligne : <<https://fr.wikipedia.org/>>.