

Quelques commentaires sur la Conférence « Mes cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général »

Hon. Yves-Marie MORISSETTE

Juge à la Cour d'appel du Québec

La conférence du Professeur Amselek est en quelque sorte une clé de lecture pour quiconque aborde son ouvrage. Le champ couvert par celui-ci est vaste, ce qui n'est que normal puisque l'auteur nous y décrit trois itinéraires intellectuels au cours d'une vie largement consacrée à l'étude et la réflexion théorique en droit. Je dis « largement » car tout un pan de son activité universitaire et professionnelle a aussi porté sur le droit public et, plus spécifiquement, sur le droit des finances publiques et le droit fiscal. En témoigne son imposante bibliographie. Manifestement, nous avons affaire ici à un théoricien du droit réputé qui ne s'est jamais laissé intimider par les mystères et les beautés du droit positif le plus aride, voire le plus abscons.

Je ne suis pas moi-même philosophe du droit, je tâte un peu de théorie du droit à la manière dont on taquine le poisson lorsqu'on se livre à une activité dominicale de pêche à la ligne. Bref, en amateur. Par conséquent, en fait de commentaire bien informé, j'aurai peu à contribuer sur la partie de l'ouvrage qui est présentée comme une enquête phénoménologique sur le droit. À la différence de M. Amselek, je ne me suis jamais mesuré à l'œuvre d'Edmund Husserl et fort peu à celle de Martin Heidegger.

Lorsque M. Amselek nous parle de Richard Rorty, de J.L. Austin ou de John Searle, je me sens un peu moins dépaysé. La philosophie analytique et le *linguistic turn* étaient un passage obligé lorsque, dans les années '70, j'ai complété mes études de doctorat en droit. Mais, encore là, ma réaction

en est une tout au plus de passivité réceptive, parce que j'ai perdu contact depuis trop longtemps avec les travaux de ce genre.

Là où je me sens plus directement interpellé par l'ouvrage, c'est dans sa troisième partie : le troisième itinéraire, consacré à l'interprétation et, plus spécifiquement, à l'interprétation juridique. Je voudrais partager avec vous quelques-unes des observations qui me sont inspirées par ce qu'expose Paul Amslek.

– I –

La première chose qui a attiré mon attention, c'est la rigueur avec laquelle M. Amslek définit ou circonscrit ce qui constitue pour lui une véritable activité interprétative. Manifestement, les emportements de l'herméneutique et de la déconstruction le laissent froid, ce qui est rafraîchissant pour un lecteur de mon âge. Admirateur comme je le suis des travaux de philosophes comme Searle⁵, Hacking⁶ ou Bouveresse⁷, et n'ayant que peu de patience avec les jeux de langage auquel se livre l'auteur de *Limited Inc.*⁸, je persiste à penser que la rigueur, l'intelligibilité et la volonté tenace de ne pas induire son interlocuteur ou son lecteur en erreur⁹ sont les premiers

⁵ Notamment de John SEARLE, *The Construction of Social Reality*, New York, The Free Press, 1995.

⁶ Notamment, d'Ian HACKING, *The Social Construction of What?*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

⁷ Il y aurait beaucoup de choses à citer ici, depuis Jacques BOUVERESSE, *Prodiges et vertiges de l'analogie. De l'abus des belles-lettres dans la pensée*, Paris, Éditions Liber-Raisons d'agir, 1999 jusqu'à Jacques BOUVERESSE, *Peut-on ne pas croire? Sur la vérité, la croyance et la foi*, Marseille, Éditions Agone, 2007, mais je me contenterai de mentionner : Jacques BOUVERESSE et Jean-Jacques ROSAT, *Le philosophe et le réel*, Paris, Éditions Hachette littératures, 2000.

⁸ Jacques DERRIDA, *Limited Inc.*, Paris, Éditions Galilée, 1990. Je demeure toujours sidéré devant les galéjades et les polissonneries dont était capable Jackie Derrida, même envers des gens qui auraient mérité infiniment mieux de sa part, comme par exemple Hans-Georg Gadamer, qui Dieu sait n'était pourtant pas un poseur – sur ce point, voir : Jean GRONDIN, « La rencontre de la déconstruction et de l'herméneutique », dans Jean-François MATTÉI (dir.), *Philosopher en français*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001, p. 235 ; Jean GRONDIN, *Hans-Georg Gadamer. A Biography*, New Haven, Yale University Press, p. 324 à 329.

⁹ Ensemble, ces trois exigences constituent, à mon sens, les assises de l'honnêteté intellectuelle.

devoirs de ceux qui se donnent la peine de publier des travaux dans de nombreuses disciplines universitaires sans lien immédiat avec les sciences de la nature. J'inclus dans ce dernier sous-ensemble la plupart des sciences humaines, mais également le droit, même s'il ne s'agit pas à proprement parler d'une science humaine.

En lisant ce qu'expose M. Amserek sur l'interprétation, je me suis d'abord arrêté sur la distinction intéressante et à première vue analytiquement juste qu'il trace entre la prétendue « interprétation » des faits et ce qu'il appelle l'explication des faits. C'est une idée qui a piqué ma curiosité parce qu'il est exact que, dans le milieu professionnel où j'évolue maintenant, on a peut-être trop tendance à penser que la résolution d'une question de fait litigieuse est une affaire « d'interprétation » par le juge, d'interprétation de la preuve. Et à partir du moment où on en fait une question d'« interprétation », tout est permis, ou presque, on peut pratiquement laisser au vestiaire la discipline d'une investigation rigoureuse des faits.

Lorsque l'on nous dit, ce qui est constant dans la jurisprudence canadienne, qu'une prétendue erreur de fait commise par une juridiction du premier degré n'est réformable en appel que si on peut la qualifier de « manifeste et dominante » (c'est l'expression un peu maladroite qui nous est imposée par la Cour suprême du Canada – traduction approximative de *palpable and overriding error*)¹⁰, on introduit dans le domaine de la détermination des faits une forme de pluralisme interprétatif qui peut laisser songeur. Et je me suis demandé s'il n'y a pas là, aussi, une conséquence, et peut-être même une conséquence aberrante, des pratiques procédurales et processuelles qui sont considérées ici comme allant de soi. La plupart du temps, sur une question de fait délicate et vraiment controversée, la pratique qui a cours dans notre système de justice civile consiste à s'en remettre aux experts mandatés par les parties, des experts souvent tous plus partisans les uns que les autres. Ce qui engendre quelque chose qu'on décrirait en langue anglaise comme « a battle of narratives », un combat de récits fortement antagonistes. Cela tient à la façon dont nous comprenons et appliquons le principe du contradictoire.

¹⁰ Ce sont, bien sûr, les arrêts *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235 et *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, ainsi que les innombrables jugements qui s'y conforment, ou tentent de le faire.

Dans les pays d'Europe continentale, on s'en remet très généralement aux conclusions d'un seul expert, commis d'office par la juridiction auprès de laquelle il est accrédité, et il vide les questions de fait. Cela limite le risque d'un glissement vers une pratique qui à la longue dispense, en réalité, de tout effort soutenu d'élucidation des faits. Ici, par contraste, les faits techniques ou scientifiques sont mis à contribution de manière nécessairement partisane, l'expert prend parti, souvent sans se donner la peine d'aller au fond des choses pour en avoir vraiment le cœur net, et il construit l'hypothèse à la fois la plus favorable à la position de celui qui l'a mandaté et la plus compatible avec ce que l'on sait des circonstances de l'affaire. Et vice versa.

Il semblerait qu'à la base, le vice radical de cette façon de faire, c'est une mauvaise compréhension de ce en quoi consiste réellement une explication des faits. Aussi, quand le Barreau de robe s'insurge contre l'hypothèse d'un expert unique, c'est parce qu'il a mal assimilé ce qu'est un fait. La lecture de l'ouvrage de M. Amselek, au moins sur cette question-là, lui serait salutaire. Peut-être devrait-on la rendre obligatoire pour quiconque veut satisfaire aux exigences de formation continue qu'impose désormais l'ordre professionnel des avocats...

Mais je ne voudrais pas créer l'impression que je tourne la difficulté en dérision.

D'une part, les faits dont il est question ici constituent une catégorie relativement limitée d'événements. Ce sont des données empiriques porteuses de sens, certes, mais dépourvues d'une volonté de communiquer un sens. Un accident ferroviaire n'est pas un fait qui entend communiquer un sens. Ces données appartiennent au domaine du sensible et non de l'intelligible¹¹. Or, mis à part le cas très inhabituel d'une descente sur les lieux, ou encore celui, assez inhabituel aussi, des preuves appelées « autoptic » en

¹¹ D'ailleurs, dans cette optique, la volonté de communiquer un sens semble bien être la pierre de touche de ce qui peut valablement prêter à interprétation. M. Amselek écrit dans P. AMSELEK, préc., note 1, p. 418 : « [...] l'attention ainsi portée à l'interprétation [depuis le « tournant interprétatif » des années 1970] a permis de sortir de l'ombre et de redécouvrir la nature essentielle du droit, à laquelle on se s'était guère intéressé jusque-là : le droit, les règles juridiques, ce sont des objets – des outils – qui appartiennent au monde de l'intelligible et non pas du sensible ; leur substance, le matériau dont ils sont faits, c'est de la pensée, du sens. »

langue anglaise¹², de tels faits, livrés à l'appréciation directe du juge, sont l'exception dans le champ du contentieux tel qu'on le connaît ici. Même lorsqu'il n'est pas question de citer des experts comme témoins, la preuve d'un fait nécessite dans presque tous les cas la médiation d'un locuteur qui vient relater le fait dont il a été témoin, ou expliquer la nature de la chose (matérielle) qu'il porte à l'attention du tribunal. Avec la médiation de ce locuteur, qui lui veut communiquer du sens, l'herméneutique réapparaît. Cela brouille les pistes.

D'autre part, en matière d'*explication* des faits dans l'enceinte judiciaire, la question de la proportionnalité des moyens déployés vers une fin se posera toujours et débouchera inéluctablement sur une analyse avantages-coûts, ou coûts-bénéfices (qu'on me pardonne l'anglicisme, je veux être compris). J'ai déjà signalé dans une note sur la proportionnalité et la preuve civile¹³ combien la recherche ou l'explication des causes de deux catastrophes, l'écrasement de la navette spatiale Challenger suivi quelques années plus tard de celui de la navette Columbia, avait englouti des moyens incommensurables avec le déroulement normal d'un litige civil, même un litige d'une grande complexité. Il est plus que probable que l'on aura su, dans ces deux cas, quelles avaient été les causes intimes et dernières du désastre¹⁴. Mais, faute de moyens, cette « idée invincible de la vérité » que j'empruntais à Pascal dans un article de 2009 demeure presque toujours hors de portée du système judiciaire. Faute de grives, on se contente de merles, veut le dicton. On se contente alors d'approximations qui, n'étant

¹² Sur cette notion, voir: Kenneth S. BROWN, George DIX, Edward IMWINKELRIED, David H. KAYE, Robert MOSTELLER, Edward ROBERTS et John STRONG, *McCormick on Evidence*, 6^e éd., St. Paul, Thomson Reuters, 2006, p. 368: « In the contemporary courtroom, many new types [of nontestimonial evidence] have emerged, with the advent of videotape and computer graphics in particular. As a result, the problem of satisfactorily labelling the larger class that would include all such types has proved difficult. It has been variously referred to as real, autoptic, demonstrative, tangible, and objective. Perhaps “nontestimonial” and “tangible exhibits” are the most content-neutral descriptions. »

¹³ Yves-Marie MORISSETTE, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile: état des questions », (2009) 50 *C. de D.* 381, 411.

¹⁴ Je me reprends. Les causes dernières? Le sait-on jamais? Dans le cas de la navette Challenger, était-ce le vice de conception qui affectait les joints toriques fabriqués par un sous-traitant, l'entreprise Morton Thiokol, ou n'était-ce pas plutôt l'incurie d'une administration mise en garde par ses propres ingénieurs mais trop soucieuse de lancer une mission dans les meilleurs délais et aux moindres coûts? Peut-être était-ce un peu des deux?

jamais concluantes, finissent par être « interprétées » par le juge. La distinction analytique entre interprétation et explication conserve sa valeur intrinsèque mais, dans le tohu-bohu du contentieux, il est rarement possible de lui rendre justice.

– II –

Une deuxième chose qui m'a frappé, c'est la qualité et l'étendue de la synthèse que nous offre M. Amselek lorsqu'il expose les principales thèses en présence dans le champ de l'interprétation juridique, entre les deux extrêmes que sont le pôle objectiviste (disons, sous une forme évoluée, Ronald Dworkin) et le pôle subjectiviste (disons, sous une forme militante, Stanley Fish, ou encore Jacques Derrida, lequel n'émerge pas indemne de son tête à tête avec M. Amselek).

On se situe ici dans le champ restreint de l'interprétation véritable, et c'est habituellement celui où travaille le juge. C'est un champ à haute visibilité dans la communauté des juristes, mais un champ qui dans les faits ne recoupe, à mon avis, qu'une toute petite voire infime partie du droit. Une étroite lisière autour de l'édifice massif des règles juridiques. M. Amselek écrit :

« Aussi capitale que soit la place de l'interprétation, elle ne doit pas éclipser d'autres démarches qui prennent concomitamment place dans la pratique du droit et dont la portée est loin d'être négligeable : on peut les regrouper sous l'idée de « stratégies d'utilisation de la réglementation juridique. »¹⁵

Les innovations contractuelles, les contrats ou formulaires type, les circulaires interprétatives des administrations fiscales ou autres, les conventions constitutionnelles même, sont de cet ordre. Les intéressés se débrouillent sans rechercher la solution de leurs difficultés dans une « interprétation » judiciaire qui leur serait imposée d'autorité. Et j'ajouterai à cette énumération de situations litigieuses en puissance mais non en acte quelque chose qui ne relève pas des « stratégies d'utilisation de la réglementation juridique » mais qui me paraît néanmoins un élément capital de la réalité juridique. Je pense ici à ce qu'Ernest Weinwrib appelle quelque

¹⁵ P. AMSELEK, préc., note 1, p. 423.

part « instances of immanent intelligibility »¹⁶, les espèces ou les cas innombrables où il n'y a pas matière à interprétation. Car, n'en déplaise aux contempteurs de la rationalité juridique, de telles situations existent. Oh ! que si !

Mais revenons dans le champ étroit de l'interprétation véritable. L'activité interprétative en droit, telle qu'elle est vécue par ceux ou celles dont c'est le métier a, je regrette de le dire, assez peu à voir avec le tableau qu'en donnent les théoriciens objectivistes ou subjectivistes que je viens de mentionner.

Commençons par répondre aux objectivistes. J'avais écrit il y a quelques années, dans les *Mélanges Pierre-André Côté*¹⁷, qu'on ne voyait presque jamais de problèmes d'interprétation dont la résolution est certaine. Je veux être plus précis. En onze ans de magistrature, je dirais qu'au total j'ai peut-être vu quatre ou cinq fois des difficultés d'interprétation dont la solution pouvait être qualifiée de certaine, une solution qui dissipe absolument toute apparence d'ambiguïté et qui s'impose à tous. Comme, *grosso modo* et toutes catégories confondues, j'ai dû signer en formations de trois ou de cinq juges, ou comme juge unique, près de 2 500 jugements, on m'accordera que quatre ou cinq cas de ce genre, c'est bien peu...

J'en avais donné des exemples dans le texte en question et je reviens sur l'un deux, *E.G. c. Reid*¹⁸. L'affaire portait sur l'interprétation de la *Loi sur l'aide financière aux études* de l'époque et sur un règlement d'application de cette loi. La requérante, une étudiante en droit, tentait d'obtenir un jugement déclaratoire sur la légalité d'une pratique appliquée systématiquement par le ministère de l'Éducation. Récipiendaire de prêts et bourses, et mère monoparentale, elle soutenait que le ministère incluait abusivement dans le calcul de ses revenus la pension que lui versait un ex-conjoint

¹⁶ Encore qu'en disant cela, je commente peut-être un contresens (horreur !). Précisons. J'entends par cette expression tout cas d'application d'une règle écrite sur le sens de laquelle les intéressés, à un quelconque moment dans le temps, sont unanimes. Denis PATTERSON, *Law and Truth*, Oxford, Oxford University Press, 1996, notamment aux pages 37 et suivantes, lie contestation avec Weinrib sur cette question, mais je ne pense pas que cela puisse vider la notion de son sens ou de son utilité telle que je viens de l'employer.

¹⁷ Yves-Marie MORISSETTE, « Peut-on "interpréter" ce qui est indéterminé ? », dans Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 9.

¹⁸ 2009 QCCA 2086, [2009] R.J.Q. 2737.

pour l'enfant dont elle avait la garde. À première vue, et si l'on analysait la difficulté comme la juge de première instance, le pourvoi concernait le droit à l'égalité, l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et la jurisprudence (abondante et peu simple) sur l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Bref, l'usine à gaz, et nous nous attendions à devoir vigoureusement retrousser nos manches pendant un long et pénible délibéré pour tenter d'y voir plus clair.

Or, la disposition applicable du règlement contenait une divergence entre le texte français (qui visait «les montants reçus à titre de pension alimentaire», donc toute forme de pension alimentaire) et anglais (qui visait «amounts received as child support», donc une pension alimentaire pour enfant). La juge saisie du recours avait conclu que cette divergence était sans importance puisque, dans un cas comme dans l'autre, la requérante devait inclure la pension dans son revenu. Mais une lecture attentive du texte conduisait fatalement à une seule conclusion : «amounts received as child support» ne pouvait s'entendre que d'une pension versée à un(e) étudiant(e) à la suite de la séparation ou du divorce de ses parents – et non celle reçue pour l'entretien d'un enfant qu'il ou elle avait eu avec un(e) ex-conjoint(e). Certes, la question est un peu technique, et elle requiert un examen méticuleux des textes, mais la solution ne peut faire de doute.

Ni les parties, ni la juge de première instance, n'avaient considéré cette caractéristique du texte, qui leur avait échappé jusque-là. Elle n'avait pas échappé à mon collègue le juge Giroux. Mis au fait de la chose par les membres de la formation de jugement dès le début de l'audience, l'avocat du ministère dut rapidement concéder que seule cette solution résistait à l'analyse, que pour une fois on tenait vraiment la «bonne réponse». La durée de l'audience, notée au procès-verbal, démontre que le débat fut fort bref. En somme, on avait affaire ici à un d'un cas d'immanent intelligibility longtemps passée inaperçue des lecteurs. De telles situations, je le répète, sont rarissimes, et il est inconcevable pour un juge en exercice que la «bonne réponse» chère aux objectivistes soit autre chose qu'une anomalie de ce genre. Dans l'ordre du droit positif, la «bonne réponse» à une question d'interprétation est plutôt celle que lui donne d'autorité le plus haut tribunal au dernier degré d'appel, mais ce n'est vraiment pas la même chose que la «bonne réponse» de Dworkin et des autres objectivistes. Les deux notions ne sont pas mutuellement exclusives, sans doute arrive-t-il parfois qu'elles se chevauchent (il peut arriver que le plus haut tribunal au dernier degré d'appel donne une «bonne réponse» au sens du droit posi-

tif qui coïncide avec la « bonne réponse » en laquelle croient les objectivistes), mais ce ne peut être que fortuit. Bref, les objectivistes n'ont pas tout compris, loin de là.

Venons-en maintenant aux subjectivistes.

M. Amssek consacre plusieurs pages aux contraintes qui pèsent sur les interprètes. Ce qu'il nous dit sur le sujet me semble un compte-rendu beaucoup plus fidèle de la réalité que ce qu'en disent Stanley Fish, Jacques Derrida ou les adeptes *Critical Legal Studies*, du moins lorsque ceux-ci semblent affirmer qu'aucune contrainte ne nous lie. La seule chose qui, peut-être, n'est pas suffisamment mise en lumière dans cette description de plusieurs pages, ce sont les aléas auxquels l'interprète s'expose lorsqu'il doit travailler avec un matériau qui n'est pas simplement vague, ambigu ou sous-déterminé, mais qui est pratiquement incompréhensible. Ici encore, dans les *Mélanges Pierre-André Côté*, j'avais donné un exemple tiré de la jurisprudence, que je faisais suivre du commentaire suivant :

« Lire et bien comprendre le ou les textes de loi en litige est souvent délicat, comme l'illustre cet arrêt court mais dense. Il arrive que cela contraigne le juge à un exercice *extrêmement ardu* d'élucidation du sens, du sens univoque qui pourrait émerger, et qui occasionnellement émerge en effet, d'un fatras de textes abstrus dans la formulation desquels le législateur semble s'être soucie comme de sa dernière chemise de l'intelligibilité de son œuvre auprès de ses lecteurs. Ou du moins de ceux, toujours nombreux, qui n'ont pas l'heur de connaître comme lui, et jusque dans les plus menus détails, le foisonnement d'embûches techniques et de complications pratiques qui jonchent le champ particulier où il intervient et qui expliquent les étonnantes contorsions langagières auxquelles il se livre parfois. Le droit fiscal est, par excellence, le théâtre de telles acrobaties sémantiques. »¹⁹

Subjectivement, la plus impérieuse des contraintes pour le juge, qui est d'ordre à la fois déontique et professionnel, c'est en effet la nécessité de comprendre. Combien de fois nous demandons-nous : « Mais qu'est-ce que cela peut vouloir dire !? »

Entre les authentiques « bonnes réponses » (rarissimes) et les « exercices *extrêmement ardu*s d'élucidation du sens » (passablement plus fréquents qu'on ne le croirait) se trouve une vaste plage où le vague et l'indétermination laissent à l'interprète une certaine marge de choix. Que ces choix

¹⁹ Y.-M. MORISSETTE, préc., note 17, à la page 30, note 79.

s'exercent sous l'effet de contraintes est indéniable. Mais ces contraintes, pourtant tangibles, n'imposent jamais une solution univoque. On peut donc faire le constat qu'elles existent, mais elles ne suffisent jamais pour expliquer, ni à plus forte raison pour prédire de façon certaine, comment sera résolue une véritable ambiguïté.

À mon avis, c'est cela qu'avait lucidement esquissé Hart dans *The Concept of Law*²⁰, c'est ce qu'a démontré de manière absolument implacable Timothy Endicott dans *Vagueness in Law*²¹, et c'est aussi la raison pour laquelle M. Amserek écrit dans les dernières pages de son ouvrage que l'apaisement procuré par le type de théorie que véhicule l'œuvre de Ronald Dworkin est purement illusoire.

Une fois qu'on a dit cela, on a épuisé, je crois, ce qui peut être dit d'utile sur le sujet. Le reste comportera toujours une marge irréductible d'aléatoire, et il ne peut en être autrement. Aussi vais-je maintenant me taire²².

²⁰ Herbert HART, *The Concept of Law*, 2^e éd. (avec une postface établie après le décès de l'auteur par Penelope A. BULLOCH et Joseph RAZ), Oxford, Oxford University Press, 1994. La première édition date de 1961.

²¹ Timothy ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

²² On connaît la chanson: «Wovon man nicht sprechen kann, darüber muss man schweigen».