

LE JUGE ET SON ESTOMAC

RETOUR SUR UN MYTHE DU RÉALISME JURIDIQUE AMÉRICAIN

Matthieu GAYE-PALETTES

Doctorant à l'Université Toulouse 1 Capitole

Résumé: « La décision judiciaire est fonction de ce que le juge a mangé à son petit déjeuner ». Symbole d'une caricature théorique, croque-mitaine juridique d'un juge irrationnel, intrinsèquement subjectif puisque physiologiquement conditionné, cette maxime connaît pourtant une littérature foisonnante. L'article se propose alors d'esquisser le renversement qu'a connu le regard de la doctrine autour de la théorie du petit-déjeuner qui est passé d'exagération théorique au début du xx^e siècle à une hypothèse crédible et testable par les outils statistiques contemporains. La théorie fait ainsi figure de mythe utile dans la littérature américaine. Partant, elle sert à décrédibiliser les pensées réalistes par une réduction de leur thèse à l'argument que le juge décide en fonction de son petit-déjeuner. Si cette critique théorique perdure encore, elle cohabite aujourd'hui avec une réutilisation massive de la théorie du petit-déjeuner dans des programmes de recherche testant la relation d'influence des facteurs extra-normatifs sur la décision judiciaire.

Mots-clés: Réalisme juridique – Recherche juridique empirique – Doctrine américaine – Théorie de la décision

Abstract: « *The judicial decision is a matter of what the judge had for breakfast* ». This maxim is a symbol of a theoretical caricature, a legal bogeyman of an irrational judge, intrinsically subjective because physiologically conditioned, and yet there is an abundance of literature related to this analysis. This paper will then outline the reversal of legal scholarship on the Breakfast Theory, from a theoretical exaggeration at the beginning of the 20th century to a credible hypothesis that can be tested by contemporary statistical tools. The theory has thus become a useful myth in American literature. As a result, it has been used to discredit legal realist thinking by reducing its thesis to the argument that the judge decides after his breakfast. While this theoretical criticism persists, it now coexists with a massive recycling of the Breakfast Theory in research programs testing the influence of extra-normative factors on judicial decisions.

Keywords: Legal Realism – Empirical legal research – American legal scholars – Judicial decision-making

Qu'il soit permis à chacun de s'égarer dans les doctrines sinueuses de la production jurisprudentielle, questionnant alors les mécaniques du raisonnement judiciaire et l'espace complexe des raisons et des causes décisionnelles, et il sera étonné de voir surgir, souvent au débotté, la mention des expériences culinaires des magistrats. En faisant un pas de plus vers l'estomac de nos juges, sa surprise se muera en perplexité face à la constance des citations de ce que tout le monde s'accorde pourtant à voir comme une exagération, une caricature, ou même une blague théorique¹. La « théorie du petit-déjeuner » a sans conteste le vent en poupe. S'il ne suffisait pour s'en convaincre que d'observer les multiples mentions qui en sont faites dans les ouvrages français² portant leur regard sur les réalistes américains, c'est avec la force de l'évidence que s'impose l'immense écho qu'a connu depuis 2011 l'article « Extraneous factors in judicial decisions »³ de trois chercheurs israéliens, prenant l'hypothèse en point de départ d'une étude statistique d'une série de décisions de libération conditionnelle⁴.

C'est donc avec circonspection qu'il est possible d'approcher la « théorie du petit-déjeuner » en remarquant d'abord ses multiples visages, tant « *gastronomical jurisprudence* », que « *bellyache theory* », « *digestive theory* » ou encore théorie du « *hungry judge* »⁵. Une telle variété d'appellations dissimule cependant une formulation relativement canonique que l'on peut emprunter, entre autres, à Frederick Schauer aux termes de laquelle la décision judiciaire est déterminée par « ce que le juge a mangé pour le petit-déjeuner »⁶. Cette théorie, si tant est qu'elle en soit une, n'est guère plus développée. Elle tendrait à s'inscrire dans le champ de l'analyse des choix opérés par les acteurs juridiques – système de *Common law* oblige, les juges en sont les destinataires privilégiés – pour identifier un modèle causal du raisonnement.

¹ Sur ce dernier, L. B. ELIOT, « Judicial rulings per what the judge ate for breakfast and how AI fits in », *AI & Law*, 2021, p. 4.

² On la retrouve citée, entre autre, au titre d'exagération du réalisme américain dans, X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008, p. 123 ; également à titre d'exotisme chez V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2016, p. 237 ; ou en tant que programme de recherche de certains réalistes américains, V. E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2022, p. 58.

³ S. DANZIGER, J. LEVAV *et al.*, « Extraneous factors in judicial decisions », *PNAS*, vol. 108, 2011, n° 17, p. 6889.

⁴ Google Scholar recensait en 2022 pas moins de 1436 citations de l'article dans des revues scientifiques de droit, psychologie, économie ou encore médecine. Leur recherches connaissent également une réception inégale dans la presse grand public. V. entre autres, S. FAURE, « Les magistrats jugent-ils en fonction de leur petit-déjeuner », *Libération*, 2016 ; A. PAIRO-VASSEUR, « Les juges plus sévères le ventre vide ? », *Le Point*, 2021 ; B. BRYANT, « Judges are more lenient after taking a break, study finds », *The Guardian*, 2011.

⁵ Si la première demeure avec le terme « *breakfast theory* » l'expression consacrée, on retrouve également les autres respectivement dans, M. P. GOLDING, « Realism and functionalism in the legal thought of F. S. Cohen », *Cornell L. Rev.*, vol. 66, 1980-81, p. 1050 ; G. TUZET, « A short note on digestive realism », *Revue*, vol. 25, p. 11 ; J. C. BUBLITZ, « What is wrong with hungry judges ? A case study of legal implications of cognitive science », in A. M. WALTERMANN *et al.* (dir.), *Law, Science, and Rationality*, Eleven International Publishing, 2019.

⁶ F. SCHAUER, *Thinking like a lawyer: A new introduction to legal reasoning*, Harvard University Press, 2009.

nement juridictionnel. Le positionnement sous-tend néanmoins une théorie des humeurs où le petit-déjeuner agirait comme facteur d'influence sur un juge, qui ne serait plus guidé par sa raison rationnelle, mais par ses humeurs irrationnelles. Se retrouve en filigrane le dualisme du corps et de l'esprit où seul le dernier devrait être le lieu du droit isolant le premier dans l'empire des faits⁷. La théorie du petit-déjeuner formaliserait donc un croque-mitaine de la théorie du droit avec lequel l'idiosyncrasie factuelle viendrait dévorer la rationalité juridique.

Si cette théorie est communément excipée comme slogan du mouvement extrêmement lâche du réalisme juridique américain, tel qu'il s'est développé dans les années 30 au sein des *law schools* américaines à partir de postulats de la *sociological jurisprudence*, la parenté ne leur reviendrait pas. Dan Priel, dans son étude historique de la théorie du petit-déjeuner aux États-Unis, qualifie l'idée d'« impalpable » tant elle est familièrement reçue dans la croyance collective américaine à partir du XIX^e siècle⁸. Les journaux portent ainsi diverses mentions de la digestion juridictionnelle lorsqu'il y a lieu de dénoncer une décision inattendue et estimée intolérable, résultat certain d'un pouvoir discrétionnaire. Ce rapport à l'arbitraire est ainsi le cœur de la théorie. Celle-ci se trouvait pourtant déjà formalisée bien avant en Europe selon Giovanni Tuzet⁹, la faisant remonter d'un côté au philosophe français Julien Offray de La Mettrie dans *L'homme machine* de 1747¹⁰ et de l'autre au *Magnum Opus* de Cesare Beccaria, *Des délits et des peines* de 1764 où il dénonce, dans son chapitre sur l'interprétation des lois, la dangerosité pour un juge de spéculer sur l'esprit d'une loi tant il peut reposer sur la subjectivité de ses errances digestives¹¹. Déterminer l'origine exacte de cette théorie s'avère donc complexe et sans aucun doute inutile tant elle semble se perdre dans des folklores populaires d'une justice inique¹². De telles études témoignent cependant de l'enracinement de la question et de l'inquiétude cachée derrière la caricature

⁷ V. sur ce point les développements platoniciens d'une justice sans corps, idéalisée, J. ALLARD, « L'impartialité au cœur de l'autorité du juge. Approches philosophiques », *Les Cahiers de la Justice*, 2020/4, n° 4, p. 665.

⁸ D. PRIEL, « Law is what the judge had for breakfast: a brief history of an unpalatable idea », *Buff. L. Rev.*, vol. 68, 2020, not. p. 918-923.

⁹ G. TUZET, art. cité, p. 11.

¹⁰ J. OFFRAY DE LA METTRIE, *L'homme Machine*, 1947; Il est intéressant de noter que si aujourd'hui le juge repu est considéré comme moins sévère que le juge affamé, chez l'auteur français l'inverse était inscrit. Un juge qui jeûne sera plus clément qu'un juge rassasié – qu'il conçoit comme clairement injuste.

¹¹ C. BECCARIA, *Des délits & des peines*, Éditions du boucher, 2002 [1764], p. 17.

¹² Cette inquiétude fut légitimatrice des conceptions radicales du juge automate et « bouche de la loi », pour reprendre les termes de Montesquieu, (sur ce point, C. SPECTOR, « La bouche de la loi? Les figures du juge dans l'esprit des lois », *Montesquieu Law Review*, 2015, p. 87 et s.) qui connurent en France un certain succès chez les constituants révolutionnaires. Supprimer l'arbitraire se cultivait alors par la subordination stricte au texte de la loi. Le XIX^e siècle rompra en France avec cette idéalisation chez des auteurs qui, dès Portalis, mettent en avant, non le pouvoir discrétionnaire, mais la sagesse et la raison pour mettre en action l'esprit de la loi, V. J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Confluences, 1999 [1801].

de la théorie du petit-déjeuner qui viendrait effriter les fondements idéologiques d'une justice non plus seulement aveugle, mais incorporelle.

Le présent texte n'entend pas évaluer la véracité ou non du lien existant entre la décision d'un juge et les différentes caractéristiques de son petit-déjeuner. La réponse à une telle question serait trop ambitieuse et fait déjà l'objet d'une littérature théorique foisonnante, à laquelle s'ajoute aujourd'hui tout un ensemble d'analyses empiriques qui ont tenté d'en vérifier l'hypothèse. Le point de départ est tout autre. Il commence là où concluent Laetitia Brunin et Harold epineuse qui notent que les travaux sur le petit-déjeuner sont sans doute moins intéressants pour ce qu'ils démontrent que pour « l'étonnement – voire l'agacement – qu'ils provoquent chez les juristes, et la réponse qu'ils méritent qu'on formule en retour »¹³. C'est donc un pas de côté qui est opéré pour s'intéresser non directement à la théorie du petit-déjeuner, mais à ceux qui la manipulent, soit pour la formuler ou pour la défendre, soit pour la critiquer. Devant cette multitude d'œuvres, il sera tenté d'esquisser, dans les limites éditoriales, un panorama d'un glissement, pour ne pas dire d'un renversement spectaculaire, qui s'est opéré dans l'appréhension doctrinale de la thèse du petit-déjeuner. La où elle fut originellement considérée comme une caricature utile, permettant de jeter le discrédit sur une représentation réductionniste du droit ramené à des orientations subjectives, elle connaît aujourd'hui un regain d'intérêt en tant qu'hypothèse testable, dont la crédibilité ne supporte plus que des contestations méthodologiques.

À cette fin, une scission relativement nette peut être opérée entre deux dates paradigmatiques qui cristallisent avec une certaine précision le débat autour du petit-déjeuner. La première se situe en 1930 avec la parution de l'ouvrage *Law and The Modern Mind* de Jerome Frank¹⁴ qui tendra le bâton le plus robuste avec lequel sera attaqué l'intégralité du réalisme juridique américain. L'ouvrage fournit le point d'entrée de la théorie du petit-déjeuner sur la scène juridique contemporaine. Il servira d'ancrage à un « mythe utile », qui permet à moindre coût de rabaisser la thèse réaliste, étendant les motivations décisionnelles aux influences extranormatives par une caricature voulant que le droit soit *seulement* affaire de ce que le juge a mangé pour le petit-déjeuner¹⁵ (I). La seconde fut citée précédemment avec la publication quelque 80 ans plus tard, en 2011, de l'article de Shaï Danziger, Jonathan Levav et Liora Avnaim-Pesso¹⁶ poursuivant un programme de recherche ouvert par le réalisme juridique et pérennisé par les travaux sur les biais cognitifs et l'irrationalité des choix donnant vie au mythe. La caricature s'évapore alors pour laisser place à

¹³ L. BRUNIN, H. EPINEUSE, « Vers une meilleure connaissance des facteurs d'influence dans le processus de décision judiciaire ? », *Les Cahiers de la Justice*, 2015/4, p. 503.

¹⁴ J. FRANK, *Law and the modern mind*, Routledge, 2017 [1930], p. 147 ; Si nous verrons par la suite que ce n'est pas l'œuvre principale où il mentionne la théorie du petit-déjeuner, c'est en tout cas la première.

¹⁵ L'exclusivité du petit-déjeuner comme cause de la décision est utilisée par R. DWORKIN, « Dissent on douglas », *N. Y. Rev. Books*, 1981, p. 4.

¹⁶ S. DANZIGER, J. LEVAV *et al.*, art. cité, p. 6889.

la falsification scientifique où les critiques questionnent *dans quelle mesure* la décision est affaire de ce que le juge a mangé au petit-déjeuner (II).

I. La théorie du petit-déjeuner : caricature utile aux critiques du réalisme juridique américain

L'affiliation de la théorie du petit-déjeuner aux réalistes est devenue un truisme qui a encouragé la critique et le rejet du réalisme américain en tant que théorie crédible tant elle était la seule chose que les juristes diplômés des *law schools* connaissaient de ce mouvement¹⁷. Il est paradoxalement intéressant de noter que cette critique du petit-déjeuner est unanime, tant chez les contradicteurs des réalistes, qui en font un épouvantail rhétorique pour critiquer deux postulats majeurs du réalisme juridique (B), que chez les réalistes eux-mêmes qui prenaient déjà leur distance face à ce qu'ils considéraient comme une thèse exagérée (A).

A. Une distanciation initiale des auteurs réalistes envers la digestion

Lorsque Dan Priel se demande si les réalistes ont un jour discuté de la théorie du petit-déjeuner, il conclut positivement¹⁸. S'il est incontestable que des mentions furent faites, il est cependant plus juste d'observer une distance envers cette théorie qui demeure le plus souvent rejetée – lorsqu'elle n'est pas un impensé – par la plupart des auteurs réalistes nord-américains (1) à l'exception de Jerome Frank tenant une position ambivalente à son égard (2).

1. Une mention globalement hostile du « noyau dur »¹⁹ réaliste

Parmi la diversité des points de vue qui forme le réalisme juridique américain, la théorie qui nous intéresse n'est jamais étudiée, ni même en substance défendue dans leurs textes. Les seules mentions plausibles sont celles proposées furtivement par Karl Llewellyn ainsi que Felix Cohen²⁰. Elles dénotent néanmoins toutes les deux d'une certaine méfiance pour une dimension idiosyncratique de la décision de justice qui ferait dépendre le résultat d'une affaire d'éléments de psychologie individuelle. Karl Llewellyn énonce seulement dans un article qu'il

¹⁷ M. J. HORWITZ, *The transformation of american law, 1870 -1960 the crisis of legal orthodoxy*, Oxford University Press, 1992, p. 176.

¹⁸ D. PRIEL, art. cité, p. 906 et s. ; Cela vient s'opposer notamment à B. LEITER, « Positivism, Formalism, Realism », *Columb. L. Rev.*, 1999, n° 4, p. 1148 ; Ce dernier conteste radicalement toute affiliation.

¹⁹ L'expression fait référence à un ensemble d'auteurs proposé par Frederick Schauer comme incontestablement réalistes. Elle nous permet d'éviter rapidement les longues querelles sur la liste des réalistes américains. V. F. SCHAUER, « Twining on Llewellyn and legal realism », in U. BAXI *et al.* (dir.), *Law's Ethical, Global and Theoretical Contexts*, Cambridge University Press, 2015, p. 274.

²⁰ On retrouve certains auteurs périphériques, tels que Charles E. Clark, qui se sont distancés de ceux affiliés à la *gastronomical jurisprudence*, V. C. E. CLARKS, « Review of "Law and the social order" de Morris R. Cohen », *The Yale Rev.*, vol. 23, 1934, p. 426.

« ne considère ni [le petit-déjeuner, ni le mal de tête des juges] comme des orientations d'études particulièrement fructueuses »²¹. Ils ne sont toutefois pas emplis d'absurdité, notamment pour les avocats qui doivent plaider un cas. Ces derniers s'intéressent à la décision en tant qu'entité individuelle rendue à un moment, dans un lieu et par un juge donnés. Comme le comprend Karl Llewellyn, pour ces acteurs, les règles n'ont qu'un attrait fonctionnel en tant qu'outil utilisé²² par le magistrat dont ils attendent de connaître au mieux sa volonté. Ainsi s'il rejette la théorie du petit-déjeuner, c'est alors seulement parce qu'il considère comme négligeable – mais non absurde – la part de la subjectivité psychologique dans le droit dans son ensemble. Le professeur de Columbia opère par là un arrêt quasi dogmatique de la réduction juridique. Il stoppe les facteurs probables influençant le juge au contexte socio-politique, dans lequel pourrait être trouvé le juste social, qui entoure toute décision et qui construit les tendances idéologiques²³.

Cette posture est maintenue dans un aspect largement plus critique par Felix COHEN qui rejette purement et simplement la pensée du petit-déjeuner. Il assène à ce titre que « le droit n'est pas un amas de décisions disparates ni le produit des maux de ventre (*bellyache*) des juges »²⁴. Le réalisme juridique qu'il défend doit ainsi s'écarter de la psychoanalyse que promeut notamment Jerome Frank et qui n'a apporté, à son époque, aucune technique ni aucun résultat valable permettant de répondre au programme prédictif qu'avancent les réalistes pour la discipline juridique²⁵. Au travers du petit-déjeuner, c'est toutes les démarches introspectives que rejette Felix Cohen pour leur préférer une version sociologique appréhendant le juge non comme un individu lambda, mais comme un individu au sein d'une fonction institutionnalisée en corps professionnel. Tout magistrat compte au sein d'un champ social déterminé qui modèle une idéologie particulière relativement stable et agissant en tant que force sociale sur la décision rendue. En affirmant que la « décision judiciaire est un événement social »²⁶, il entend affirmer que l'individu n'est pas totalement maître de sa décision et s'inscrit dans un réseau de contraintes qui cloisonne sa pratique.

²¹ K. N. LLEWELLYN, « On reading and using the newer jurisprudence », *in* le même, *Jurisprudence – realism in theory and practice*, Transaction publishers, 2008, p. 141.

²² S'il nuancera en partie son scepticisme à l'égard des règles, elles restent des « *pretty playthings* » (K. N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, Quid Pro Books, 2012 [1930], p. 14), c'est-à-dire des outils qui servent une fonction pour le juge. Sur ce point, V. W. TWINING, *Karl Llewellyn and the realist movement*, 2^e éd., Cambridge University Press, 2012, p. 148-152.

²³ Tendances qui se traduira en science politique par l'élaboration d'« *attitudinal models* » codés à partir des affiliations politiques, V. J. A. SEGAL & H. J. SPAETH, *The supreme court and the attitudinal model revisited*, Cambridge University Press, 2002.

²⁴ F. S. COHEN, « Transcendental nonsense and the functional approach », *Colum. L. Rev.*, Vol. 35, 1935, n° 6, p. 843.

²⁵ F. S. COHEN, « Field theory and judicial logic », *Yale L. J.*, vol. 59, 1950, n° 2, p. 261.

²⁶ F. S. COHEN, « Transcendental nonsense... », art. cité, p. 843.

Cette posture d'une partie des réalistes face à la théorie du petit-déjeuner est un bon révélateur d'une des scissions internes au mouvement qui oppose un bloc partisan d'une forme de *conventionnalisme* social de la décision ne pouvant être comprise et expliquée qu'à partir d'un contexte politico-social dans lequel elle s'intègre²⁷ et un bloc davantage *subjectiviste* arguant d'un psychologisme où la décision ne s'extrait pas des variations individuelles du décideur. Jerome Frank est iconique de cette seconde voie que les premiers rejettent, non parce qu'elle est absurde, mais parce qu'elle dissimule les tendances macro-systémiques.

2. *Le rapport ambivalent de Jerome Frank*

Si l'avocat de Chicago se voit constamment affilié à la théorie du petit-déjeuner c'est en partie parce qu'elle fut mentionnée à plusieurs reprises tout au long de ses travaux sans qu'un positionnement parfaitement clair puisse être identifié. Ainsi dans son ouvrage *Law and the Modern Mind*, il n'y est fait allusion qu'à travers la citation d'une décision qualifiée « d'amusante » de la Cour suprême d'Alabama rendue par le juge Peters, évoquant succinctement les interférences que peuvent avoir l'indigestion ou le mal de dents sur son évaluation de l'affaire. Ce n'est réellement que dans *Courts on Trial* et certains de ses articles que Jerome Frank consacra certains de ses développements à la « *gastronomical jurisprudence* » en tant que théorie préexistante et relativement bien installée dans l'imaginaire juridique américain²⁸.

Son positionnement est alors double. D'un côté est opérée au même titre que les autres réalistes une distanciation sceptique envers une compréhension globalisante de cette théorie. Il reconnaît ainsi que « sous la rubrique des troubles gastronomiques, on ne peut subsumer toutes les irrationalités des juges »²⁹. Là encore, il n'y a pas de franche dénégation de l'influence digestive, mais seulement un refus de la comprendre comme l'explication exclusive du raisonnement judiciaire. La décision n'est pas *que* le fait du petit-déjeuner. Il s'écarte ainsi de ce qui représente à son sens une psychologie behaviouriste « tout autant naïve et dogmatiquement déterministe »³⁰. Pourtant, d'un autre côté, il ne peut s'en détacher en l'appréciant pour ce qu'elle révèle, c'est-à-dire que « parfois, l'état physique ou émotionnel d'un juge a un effet marqué »³¹. Son adhésion n'est de ce fait pas totale et lui sert davantage d'argument opportun pour venir appuyer ses propres thèses. Elle contribue à démontrer la non-spécificité du juge en tant

²⁷ V. entre autres, A. KRONMAN, « Jurisprudential Responses to legal realism », *Cornell L. Rev.*, vol. 73, 1987-1988, p. 338-339.

²⁸ J. FRANK, « Disturbing look at the law Schools », *J. Legal Educ.*, vol. 2, 1949, p. 189. Il la discute comme étant la théorie de George Hornstein.

²⁹ J. FRANK, *Courts on trial - Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, 1950, p. 161.

³⁰ J. FRANK, « Short of sickness and death: a study of moral responsibility in legal criticism », *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 26, 1951, p. 612.

³¹ J. FRANK, *Courts on...*, *op. cit.*, p. 162.

qu'acteur duquel le droit dépend et qui est soumis comme tout autre individu à des facteurs « non-intellectuels » – dans le sens non-rationnels ou rationalisables – emmurant le juridique dans l'idiosyncrasie de son auteur.

Que Jerome Frank ne puisse se défaire totalement de la théorie du petit-déjeuner, venant confirmer la subjectivité des choix juridiques, ne doit pas égarer en laissant croire qu'il entrevoit l'interprétation des règles par le prisme des émotions. L'erreur, notamment de la critique de Felix Cohen, provient de ce que les deux auteurs ne discutent pas du même niveau de scepticisme décisionnel. Ainsi, ce dernier – auquel s'ajoute Karl Llewellyn et un certain nombre de réalistes américains dans son sillage – est un « sceptique des règles ». Il conteste par là que pour des faits donnés, il est possible de déterminer l'application normative par simple syllogisme et établit par la suite que la solution dépend en partie du contexte³². Cela s'explique par un point de vue largement capté par les juridictions supérieures ou la Cour suprême des États-Unis. Sur ce point-là, Jerome Frank ne les conteste pas et est en accord sur le fait que la psychologie individuelle n'intervienne qu'anecdotiquement. Néanmoins, l'auteur situe sa pensée dans un « scepticisme des faits » tiré de son attrait pour les *trial courts*³³. Dans ce sens, la décision de justice est imprévisible parce qu'il est difficile d'estimer comment un juge comprendra les faits qui vont lui être rapportés durant le procès par les divers témoins et experts. C'est principalement à ce titre qu'intervient le subjectivisme radical et que l'on peut comprendre qu'il exprime qu'une « mauvaise nuit de sommeil, causé par une “douleur intestinale”, peut diminuer l'attention [du juge], déformer ses observations, ou affaiblir sa mémoire »³⁴. Les émotions et la physiologie agissent en conséquence spécifiquement lors de l'établissement des faits d'un cas et non au moment de leur appliquer une règle.

B. Un usage par la critique : une digestion à double visage

Entre les mains de commentateurs critiques du réalisme américain, la théorie du petit-déjeuner est une réduction par l'absurde distillant facilement tout ce qui est contestable dans leurs écrits³⁵. Sans revenir sur l'exagération qu'elle constitue, il peut être noté qu'elle assure une critique d'apparence contradictoire puisqu'elle tourne au ridicule l'idée d'un juge *juridiquement* libre (1) et également celui d'un juge *factuellement* contraint (2).

³² B. LEITER, « Legal realism and legal positivism reconsidered », *Ethics*, vol. 111, 2011, n° 2, not. p. 289 et s ; Il ne s'agit d'ailleurs pas de rejeter la règle en tant que facteur d'influence, mais simplement d'en nuancer son exclusivité dans le conditionnement de la décision.

³³ V. not. W. E. RUMBLE Jr., « Rule-skepticism and the role of the judge: A study of american legal realism », *J. Pub. L.*, vol. 15, 1966, p. 252-253.

³⁴ J. FRANK, « Short of sickness... », art. cité, p. 612.

³⁵ D. PRIEL, art. cité, p. 904.

1. *La loi des hommes: critiquer la liberté décisionnelle*

La théorie du petit-déjeuner sera mobilisée par des auteurs, tels que Ronald Dworkin, afin de simplifier le scepticisme des réalistes américains à l'égard des règles juridiques pour le transformer en nihilisme normatif. Se rassurant ainsi dans *Law's Empire* que les réalistes soient tombés dans l'oubli, il déclarait que

« certains d'entre eux ont tiré une grande satisfaction dans des déclarations provocatrices de leur position: le droit n'existe pas, disaient-ils, ou le droit n'est que la prédiction de ce que les tribunaux feront ou seulement question de ce que le juge a mangé au petit-déjeuner »³⁶.

Les réalistes auraient ainsi tout bonnement cherché à dissoudre la raison normative qui s'impose aux acteurs pour le remplacer par des choix intuitifs fondés sur le désir d'un résultat. La certitude juridique ne serait qu'une illusion formaliste occultant les forces discrétionnaires imprévisibles et incertaines. Or, la position originelle des réalistes américains est largement plus nuancée. Elle ne vise qu'à amoindrir la relation de causalité entre la règle générale et la décision individuelle pointant l'existence de facteurs circonstanciels qui rendent caduc le pouvoir explicatif d'une logique syllogistique sur la décision de justice. Ainsi, s'il n'est pas possible que les règles « lient comme lient des chaînes »³⁷ dans le paradis formaliste, il n'empêche pas qu'elles demeurent un élément principal de la motivation judiciaire. Le petit-déjeuner sert dès lors au contradicteur de marqueur ludique, bien que trompeur, d'un dualisme théorique opposant le formaliste objectiviste – exagération théorique que l'on doit cette fois-ci aux réalistes – et le réaliste subjectiviste condamnant la règle à un rôle justificatoire *a posteriori*.

En soit, les auteurs les plus critiques envers le petit-déjeuner, tels que le juge Alex Kozinski, s'en servent au final pour s'approprier discrètement l'acquis du réalisme qu'existe une large portion discrétionnaire dans toute décision³⁸. Ce qui est ici en jeu relève alors sans doute plus de la généralisation de cette part discrétionnaire amenant une contestation de la neutralité judiciaire. Alex Kozinski ajoute ainsi que les juges « ne peuvent simplement pas faire ce qu'ils veulent »³⁹. On touche ici à une forme de crainte que, pour s'approprier l'expression de Pierre Brunet, le droit ne compte plus comme texte⁴⁰. C'est finalement une probléma-

³⁶ R. DWORKIN, *Law's empire*, Chap. V « pragmatism and personification », The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 153.

³⁷ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, Facultés Universitaires Saint-Louis, p. 172; Si Herbert HART ne mentionne jamais la théorie du petit-déjeuner il critique néanmoins le réalisme américain pour le nihilisme conduisant à la théorie holmésienne de la prédiction.

³⁸ A. KOZINSKI, « What I ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making », *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 26, 1993, n° 4, p. 994.

³⁹ A. KOZINSKI, art. cité, p. 994.

⁴⁰ V. P. BRUNET, « Quand le droit compte comme texte », *RIEJ*, vol. 70, 2013/1, p. 54 et s.

tique idéologique du droit touchant à l'arbitraire du juge. La digestion en serait le miroir en ce qu'elle refléterait le personnel, l'intime qui n'est pas lié aux normes sociales et impliquerait un raisonnement aléatoire, voir largement injuste⁴¹. C'est ce qui est rejeté là encore par Ronald Dworkin remplaçant le pouvoir discrétionnaire des cas, même complexes, par une recherche de la « bonne réponse » gouvernée par la règle⁴². Elle fournit donc une absurdité utile permettant d'assimiler le réalisme juridique américain à une théorie nihiliste voyant dans la décision un pur arbitraire et soutenant idéologiquement un décisionnisme radical qui fut à d'autres endroits vivement attaqué par les tenants du droit naturel américain⁴³.

2. *La loi des faits : critiquer le déterminisme*

Paradoxalement, le second élément forme le revers de la médaille. Si le droit n'est pas juridiquement conditionné, la discrétion judiciaire repose sur des déterminismes strictement factuels. C'est toute la logique de la prédiction qui entrevoit le comportement des juges à travers la reconnaissance d'un ensemble de régularités comportementales dû à des facteurs exogènes à la norme. La théorie du petit-déjeuner illustre ainsi pour Alexander Peczenik la forme extrême et absurde d'un élargissement sans limites des « facteurs sources », c'est-à-dire de l'ensemble des facteurs causaux pouvant influencer la décision, mais ne fournissant pas de raison d'autorité leur permettant d'être mobilisés en tant que source du droit⁴⁴. La critique extrapolera là encore pour remettre en cause, non l'existence d'un contexte, mais l'appréhension exclusivement déterministe et causale du juge. La règle juridique serait alors déclassée pour n'exister que comme un facteur trivial sans autre valeur spécifique au sein de la balance des causes. La théorie du petit-déjeuner devient une caricature utile garantissant la force de l'absurde pour des auteurs revendiquant la spécificité normative face aux facteurs exogènes⁴⁵. Sous cette revendication, le droit n'est pas un facteur comme les autres et le raisonnement juridique se distingue du processus psychologique de décision. Ino Ausberg

⁴¹ C. M. YABLON, « Justifying the judge's hunch : an essay on discretion », *Hastings Law Journal*, vol. 41, 1990, n° 1, p. 236.

⁴² V. F. SCHAUER, « Legal Realism Untamed », *Tex. L. Rev.*, vol. 91, 2013, p. 760-764.

⁴³ Allant jusqu'à qualifier de fascistes les pensées réalistes F. E. LUCEY, « Natural law and american legal realism: their respective contribution to a theory of law in a democratic society », *Geo. L. J.*, vol. 30, 1942, p. 533; Ces accusations amèneront Jerome Frank à devoir expliquer son positionnement face à Hilter, V. N. DUXBURY, « Jerome Frank and the Legacy of legal realism », *J. L. & Soc'y*, vol. 18, 1991, p. 193.

⁴⁴ A. PECZENIK, « Scientia Juris », in E. PATTARO (dir.), *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*, vol. 4, Springer, 2005 p. 15; Il distingue ainsi entre les sources du droit donnant des raisons autoritaires aux décisions et les simples facteurs qui sont en dehors de la validité, mais influencent effectivement la décision. La théorie de la digestion ferait partie des théories des sources en l'élargissant aux facteurs causaux et naturalistes, V. S. JORGENSEN, « Idealism and realism in jurisprudence », in le même, *Values in law: ideas, principles and rules*, Juristforbundets forlag, 1978, p. 45.

⁴⁵ C'est ce que l'on retrouve notamment chez W. L. KING, « The breakfast Theory of jurisprudence », *Dicta*, vol. 14, 1937, n° 6, p. 143.

voit ainsi dans l'argument juridique un phénomène particulier d'argumentation valide, de « *wish-for form* »⁴⁶ qui est manqué par toute tentative purement déterministe ou externe de science juridique. L'approche déterministe externe, rejetée vers les sciences auxiliaires telles que la sociologie, ne suffirait pas à expliquer la décision qui répond à une logique interne à l'argumentation juridique.

Le petit-déjeuner ouvre ainsi à une critique épistémologique soulevant, entre autres, le problème indéterminable de la fixation des frontières du « contexte ». Le réalisme juridique américain, en mettant l'emphase sur ces éléments extranormatifs, amène les chercheurs à devoir fixer la borne terminale à ne pas dépasser sous peine d'inclure la composition du petit-déjeuner ou l'état des relations conjugales des juges⁴⁷. Ce besoin de limitation fait écho aux jugements de l'absurdité de telles recherches qui fut largement relayée aux États-Unis, notamment par Walter Kennedy, qui critique les réalistes voulant résoudre les problèmes juridiques par des « spécialistes de l'estomac »⁴⁸. L'auteur conservateur n'est pas hostile par principe, mais prend la défense d'une version de la discipline du droit constructrice de règles et de principes qui se sent menacée par un domaine d'étude encore nouveau dans les années 30 et auquel ces admirateurs lui attachent des ambitions impérialistes sur la future science du droit. Si le conflit disciplinaire tend à s'atténuer aux États-Unis, la théorie du petit-déjeuner est néanmoins souvent réaffirmée en argument péremptoire pour attaquer l'inutilité de prendre au sérieux ces déterminismes, notamment pour les futurs praticiens. Anthony D'Amato formule avec constance cette critique tournant à l'absurde un juriste présentant au juge l'argument de son repas pour faire pencher la décision en sa faveur⁴⁹.

II. La variable du petit-déjeuner : hypothèse utile aux continuateurs du réalisme juridique américain

Même si « nous sommes tous réalistes maintenant »⁵⁰, le mouvement s'est depuis longtemps éteint pour laisser place aux *socio-legal studies* concrétisant ce qui fut laissé à l'état d'appel scientifique dans les années 30. L'institutionnalisation croissante de ces champs de recherche entraîne un changement de ton radical vis-à-vis du petit-déjeuner qui perd sa formulation caricaturale dans les mains des statisticiens. La digestion devient affaire sérieuse constituant dès lors une variable testable pour le chercheur (A) et un biais discutabile pour ses contradicteur (B).

⁴⁶ I. AUSBERG, « Some realism about new legal realism: What's new, What's legal, What's real? », *Leiden journal of international law*, vol. 28, 2015, n° 3, p. 462.

⁴⁷ P. BRUNET, art. cité, p. 57.

⁴⁸ B. KENNEDY, « Another job for jurisprudence », *Mod. L. Rev.*, vol. 8, 1945, p. 21.

⁴⁹ A. D'AMATO, « Legal realism explains nothing », *Washington university jurisprudence review*, vol. 1, 2009, p. 19.

⁵⁰ Discutant ce poncif, J. W. SINGER, « Legal Realism Now », *Calif. L. Rev.*, Vol. 76, 1988, n° 2, p. 467 et s.

A. La crédibilité du petit-déjeuner comme variable décisionnelle

L'article de 2011 des trois chercheurs israéliens, en voulant « tester la caricature »⁵¹, ne représente pas le commencement, mais bien le marqueur de la réussite d'un champ d'études des facteurs externes à la décision juridique. Celle-ci a rendu crédible l'analyse du petit-déjeuner (1) dont la formule se révèle utile en tant que série de variables codables (2).

1. L'ouverture des socio-legal studies aux biais cognitifs

L'hypothèse de la digestion s'appuie sur le développement depuis les années 70 de la psychologie cognitive et de l'économie comportementale⁵². En effet, les réalistes n'avaient dans leurs travaux que proposé une vision relativement schématique, doutant de l'exclusivité de la rationalité juridique – compris comme la logique juridique, pour y intégrer des éléments considérés comme sociaux, politiques ou personnels. Les mouvements suivants, dont les *Critical Legal Studies* forment le versant le plus radical, s'appuieront sur ces considérations pour distinguer des variations *inter-juges*⁵³, reposant notamment sur des critères raciaux, de genres, etc., afin d'attaquer plus avant l'objectivité judiciaire en dénonçant l'utilisation politique du droit par ses acteurs afin de se rapprocher de leurs affections idéologiques⁵⁴. Cependant, ce n'est réellement qu'à partir du développement de l'idée de variation *intra-juges*, corrélativement avec la mise en lumière des heuristiques et des biais cognitifs, que le petit-déjeuner sera remis sur le devant de la scène en tant qu'hypothèse de recherche opportune.

L'ouverture se fonde sur les travaux des sociologues et économistes Daniel Kahneman et Amos Tversky qui proposeront des « modèles de la rationalité limitée de la pensée humaine »⁵⁵. Selon ces derniers, la plupart des décisions reposent sur des croyances dans la probabilité d'événements complexes, qui ne peuvent être traités par l'individu qu'au travers d'une série de principes ou de règles automatiques – bien que limitées quant à leur validité : des heuristiques⁵⁶. Déchargeant les opérations mentales afin d'éviter l'immobilisme, leur usage

⁵¹ S. DANZIGER, J. LEVAV *et al.*, art. cité, p. 6889.

⁵² Pérennisant une orientation vers le juge en tant qu'individu faillible, A. PHILIPPE, « Vous jurez de n'écouter ni la haine ou la méchanceté... Les biais affectant les décisions de justice », *Les Cahiers de la Justice*, 2015/4, p. 564.

⁵³ C'est-à-dire du fait d'un élément d'une affaire sur la prise de décision d'un ensemble de juges d'une spécialité, V. J. B. FISCHMAN, « Reuniting “is” and “ought” in empirical legal scholarship », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 162, 2013, p. 117 et s.

⁵⁴ D. LIVINGSTON (Note), « 'round and 'round the Bramble bush: from legal realism to Critical legal scholarship », *Harr. L. Rev.*, vol. 95, 1982, p. 1977.

⁵⁵ M. ADJAOUT-PONSARD, « Biais cognitifs et comportement judiciaire », *Les Cahiers de la Justice*, 2021/3, n° 3, p. 488.

⁵⁶ A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, « Judgment under uncertainty: Heuristics and biases », *Science*, vol. 185, 1974, p. 1124.

conduit à des erreurs systématiques qu'ils conçoivent comme des biais cognitifs⁵⁷. L'inconstance de ces derniers a amorcé un champ d'interrogations des variations dites « intra-juges » qui portent sur les divergences temporelles existant dans la jurisprudence d'un juge spécifique. À l'inverse de « l'inter-juges », il est postulé une uniformité spatiale dans la réponse aux stimuli entre les individus sur le territoire en intégrant ainsi une rationalité de l'irrationnel. Les juges réagiraient donc à l'identique comme tout être humain à des processus tels que la fatigue, la météo ou la déception sportive⁵⁸ favorisant des biais cognitifs.

À ce stade, la théorie du petit-déjeuner n'est donc qu'une étape dans le développement à la décision juridique des problématiques d'économie comportementale. D'un côté, sa transmutation en variable testable donne au scientifique une hypothèse crédible profitant de la légitimité d'un champ de recherche s'institutionnalisant et d'un attrait des *socio-legal studies* vers l'intimité des juges, tel que le développe les *Law&Emotions*⁵⁹. D'un autre côté, la digestion fournit une publicité médiatique, pour des chercheurs qui profitent de l'enracinement de la caricature du petit-déjeuner dans l'imaginaire collectif, pour assurer à leurs travaux une visibilité sans précédent⁶⁰.

2. Une digestion aux multiples variables

En tant qu'hypothèse, le petit-déjeuner permet d'exprimer une variable agissant notamment sur la probabilité d'un résultat positif ou négatif lors d'un procès. Giovanni Tuzet constate que l'élément cache en réalité différentes variables quantitatives, telles que la durée du petit-déjeuner, le poids des aliments consommés ou l'heure à laquelle il est ingéré, et qualitatives, la finesse et la fraîcheur des ingrédients ou encore le type de produits qui le compose⁶¹. L'hypothèse serait ainsi plurielle, mais surtout quantifiable et codable pour des recherches statistiques. Face aux données judiciaires de l'*open data*, le petit-déjeuner est une donnée identifiable révélant indirectement certains biais décisionnels. À ce titre, il est indiqué qu'il n'est pas directement la cause d'une décision, mais l'influence

⁵⁷ Ces derniers interviennent d'abord durant le processus de décision rapide et non-questionné appelé par les auteurs « Système 1 » et non dans celui ultérieur plus lent d'une réflexion approfondie mettant en doute les différentes alternatives du choix, qualifié de « Système 2 », D. KAHNEMAN, *Thinking fast and slow*, Farrar, Straus and Giroux, 2012.

⁵⁸ V. entre autres, D. L. CHEN, H. SPAMANN, « This Morning's Breakfast, Last Night Game: Detecting extraneous influences on judging », *Working paper*, 2014, p. 5 ; également, K. CHO, C. M. BARNES & C. L. GUARANA, « Sleepy punishers are harsh punishers : daylight saving time and legal sentences », *Psychological Science*, vol. 28, 2017. Ou en France, M. DESCHAMPS, J. MANSUY & B. JEANDIDIER, « Les décisions des juges sont-elles influencées par la météo ? Application aux décisions en matière de divorce en France », *Working Paper*, 2022.

⁵⁹ R. GROSSI, « Understanding Law and Emotion », *Emotion Review*, vol. 7, 2015, p. 55.

⁶⁰ Il est d'ailleurs notable que la doctrine en psychologie, économie ou médecine reprendront les travaux de l'article de 2011 par le prisme de la théorie de l'épuisement alors que les médias ainsi que la doctrine juridique ne l'évoqueront qu'exclusivement au travers de la théorie du petit-déjeuner.

⁶¹ G. TUZET, art. cité, p. 12.

au travers des conséquences qu'il crée dans la psyché judiciaire. Il ne serait en soi qu'un « excitateur de biais » (*bias-arousers*)⁶² en développant chez le juge des réactions, telles que la fatigue, l'inattention ou toute autre émotion. C'est en ce sens que l'étude menée par les chercheurs israéliens est reconnue comme insistant implicitement sur des biais bien connus, au premier titre desquels se trouve le « biais d'ancrage » ou le « biais de statu-quo »⁶³.

Ce rapport causal indirect révèle d'ailleurs que les études n'utilisent pas la thèse du petit-déjeuner pour elle-même, mais en tant que variable pratique permettant de révéler des tendances inobservables directement chez le juge. C'est ainsi que Matthew Liebman s'intéresse à la composition du petit-déjeuner en tant que point d'entrée pour afficher certaines préférences idéologiques du juge. Dans le cadre du contentieux animalier, l'auteur se demande ainsi « qui le juge a mangé au petit-déjeuner » insistant alors sur le fait que l'intérêt est moins ce que cause la nourriture sur la physiologie humaine que « le lieu où cette consommation situe [le juge] dans le champ idéologiquement contesté des relations homme-animal »⁶⁴. Il serait un indicateur clair d'un certain positionnement politique influant, dans la lignée des *Critical Legal Studies*, sur des décisions éthiques⁶⁵.

C'est une mécanique similaire qui se retrouve chez l'article israélien de 2011 où les trois chercheurs rappellent qu'ils n'ont pas démontré l'influence du petit-déjeuner en lui-même sur la probabilité de décision positive. Le petit-déjeuner est utile pour une de ses unités, ici l'heure à laquelle sont prises les pauses repas, donnant accès à la vérification d'une théorie économique et psychologique déjà connue, celle du rôle de l'épuisement (*depletion*)⁶⁶ dans la continuation du *statu-quo* lors de choix séquentiels. Leur étude met en avant une corrélation négative lors d'un contentieux abondant et répétitif, tel que celui de la libération conditionnelle, entre l'éloignement de l'heure de la pause prise par les juges et des décisions de moins en moins favorables au demandeur⁶⁷. Le petit-déjeuner n'est plus absurde, mais au contraire gagne en utilité en tant que variable mesurable – ici l'heure – pour atteindre certains phénomènes cognitifs autrement inaccessibles. Il peut être ajouté qu'elle offre une nouvelle fois une publicité en s'appuyant

⁶² *Ibid.*

⁶³ Respectivement, M. ADJAOUT-PONSARD, art. cité, p. 499 et J. GOLDSZLAGIER, « l'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire », *Les Cahiers de la justice*, 2015/4, p. 516.

⁶⁴ M. LIEBMAN, « Who the judge ate for breakfast: On the limits of creativity in animal law and the redeeming power of powerlessness », *Animal L.*, vol. 18, 2011, p. 135.

⁶⁵ L'idée est très similaire aux études sur les juges ayant une fille indiquant une sympathie pour le féminisme, V. A. N. GLYNN & M. SEN, « Identifying judicial empathy: Does having daughters cause judges to rule for women's issues? », *Am. J. Pol. Sci.*, vol. 59, 2015, p. 37.

⁶⁶ V. sur ce point M. MURAVEN & R. F. BAUMEISTER, « Self-regulation and depletion of limited resources: Does self-control resemble a muscle? », *Psychological bulletin*, vol. 126, 2000, p. 247 et s.

⁶⁷ S. DANZIGER, J. LEVAV *et al.*, art. cité, p. 6892.

sur un imaginaire collectif qui n'aurait sans doute pas été aussi fort si les trois chercheurs n'avaient mentionné que l'heure d'une quelconque pause.

B. Le questionnement du petit-déjeuner comme variable décisionnelle

L'emploi d'une telle variable au sein de travaux de recherches impose en réponse un changement de réception de ses résultats par une contestation méthodologique inhérente à la controverse scientifique (1) et auquel l'atour de la science donne un nouveau poids politique (2).

1. La contestation scientifique : l'autorité de la méthode

L'usage caricatural des premières heures, qui appelle à l'absurdité des discussions sur le petit-déjeuner, a laissé place à une controverse foisonnante quant à la trivialité du facteur, c'est-à-dire le degré de magnitude avec lequel il influence la prise de décision⁶⁸. Les résultats sont dès lors pris au sérieux et c'est leur justesse, pour expliquer les mécaniques cognitives du juge, qui est maintenant évaluée. Ainsi, les retours seront méthodologiques, relevant par exemple que l'étude israélienne manque certaines modalités d'organisation du procès qui viennent remettre en cause leurs résultats. En effet, les horaires de passage des dossiers devant le juge ne sont en réalité pas aléatoires, mais organisés en fonction de la prison d'origine, de la présence ou non d'un avocat et de la stratégie de certains avocats traitants plusieurs affaires⁶⁹. Il y aurait donc des hypothèses alternatives se révélant plus prometteuses afin d'expliquer la corrélation. C'est la même intuition qui est poursuivie par Andreas Glöckner opérant une reproduction statistique à partir d'un « juge rationnel » pour affirmer la surestimation de leur effet d'épuisement⁷⁰. Il démontre qu'une modélisation statistique d'un juge fictif ne se fondant que sur la durée de traitement des affaires en fonction du temps disponible offre des résultats similaires concluant alors que les résultats d'origine étaient non significatifs et possiblement caractéristiques d'un artefact statistique.

La viabilité de ces deux réponses ne nous intéresse que peu, mais indique plutôt l'évolution du regard porté à cette hypothèse quand il s'agit de la contester. Sa prise en considération semble intrinsèquement liée à l'autorité scientifique⁷¹ des résultats qu'elle produit. S'il était possible de critiquer comme frivole chez les réalistes américains la théorie au stade de la spéculation intellectuelle, la force

⁶⁸ D. L. CHEN, H. SPAMANN, art. cité, p. 5.

⁶⁹ K. WEINSHALL-MARGEL, J. SHAPARD, « Overlooked factors in the analysis of parole decisions », *PNAS*, vol. 108, 2011, n° 42, p. E883.

⁷⁰ A. GLÖCKNER, « The irrational hungry judge effect revisited : Simulations reveal that the magnitude of effect is overestimated », *Judgment and Decision Making*, vol. 11, 2016, n° 6, p. 607 et s.

⁷¹ C'est-à-dire à la légitimité de l'énoncé reconnu comme répondant aux paradigmes scientifiques disposant déjà d'une autorité institutionnelle, V. G. LECLERC, « La crédibilité de l'énoncé scientifique contemporain : dernière figure de l'autorité? », *Esprit*, vol. 313, 2005, p. 160 et s.

péremptoire de l'argument ne tient plus face à des résultats empiriques méthodiquement conçus selon les standards donnés dans la recherche quantitative. Le regard sur cette hypothèse renvoie ainsi à un parallélisme des formes où l'autorité méthodologique ne supporte que la force d'une autre autorité méthodologique. En conséquence, l'évolution de la critique porte moins sur le contenu de la théorie du petit-déjeuner que sur le changement de statut face aux standards scientifiques qui lui confèrent son autorité.

2. *La réutilisation politique : l'autorité des résultats*

Dans le même sens, l'autorité scientifique des résultats produits par l'hypothèse du petit-déjeuner redonne un souffle particulier aux craintes et aux espoirs qu'avait suscités la théorie originelle. Dans le premier sens, elle matérialise les craintes dans la faillibilité du juge qui ne peuvent plus être ignorées⁷². La puissance des recherches cognitives en droit réside dans cette révélation de biais cognitifs imperceptibles mais communément intégrés créant une partialité ressentie jusqu'alors absente chez les destinataires de la justice. Néanmoins, Jan Bublitz soulève plusieurs précautions en différenciant biais et erreur judiciaire qui ne sont pas obligatoirement dans une relation causale. Tout juge est inévitablement biaisé ce qui n'implique pas nécessairement de partialité, par la mobilisation de raisons « extra-légales » au raisonnement. S'il n'est pas possible pour ce dernier d'échapper aux biais – il est dans l'obligation physiologique de manger – il peut se prémunir de toute prédétermination lors de l'étude d'une affaire, condition minimale à l'impartialité⁷³. Du reste, cette mise à mal de l'impartialité semble provenir plus directement d'un souci des conséquences politiques qu'accompagnent l'autorité scientifique des résultats notamment lorsqu'ils confirment des narrations populaires. Ainsi Jean-Paul Jean appelle à la prudence face à une « vérité séduisante »⁷⁴, où les études qui pour Konstantin chatziathanasiou offrent des « résultats sensationnels »⁷⁵ venant au soutien d'un pressentiment commun. L'hypothèse du petit-déjeuner, se parant du manteau de l'exactitude, inquiète dès lors sur les réutilisations possibles chez un auditoire, en particulier de juristes, manipulant des résultats individuels entretenus par un biais de confirmation et pour lesquelles ils ne sont pas outillés pour en questionner les failles méthodologiques et la portée des conclusions.

⁷² J. C. BUBLITZ, art. cité, p. 14

⁷³ J. C. BUBLITZ, art. cité, p. 14; V. sur l'idée de prédétermination et son lien à l'impartialité, W. LUCY, « The possibility of impartiality », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, 2005, p. 15.

⁷⁴ J.-P. JEAN, « Les juges sont-ils plus sévères quand ils ont faim ? », *Dalloz actualité*, 26 janvier 2021, [en ligne].

⁷⁵ K. CHATZIATHANASIOU, « Beware the lure of narratives: “Hungry judges” should not motivate the use of “artificial intelligence” in law », *German Law Journal*, vol. 23, p. 461.

Ainsi dans le second sens, l'inquiétude dans l'autorité des résultats du petit-déjeuner est d'autant plus grande qu'elle est au cœur des espoirs politiques d'une frange en faveur du développement de mécanismes algorithmiques. Il était ainsi noté que « les références sont si présentes [dans les travaux sur l'IA] que l'on peut décrire sans risque les “juges affamés” comme faisant partie du “folklore de l'IA” »⁷⁶. L'hypothèse digestive est donc prise d'autant plus au sérieux que de tels résultats viennent au crédit de l'argumentaire des partisans de mécanismes d'aide automatisée à la décision judiciaire reposant en partie sur l'exergue des biais du juge pouvant être évités par une justice automatisée ou prédictive⁷⁷. De telles espérances s'accrochent au mythe du juge machine, dissimulant pourtant que l'algorithme ne supprime pas les biais, mais les substitue aux biais numériques. Il est ainsi paradoxal de constater que l'hypothèse du petit-déjeuner sert à des fins antagoniques à celles incarnées par les thèses antérieurement caricaturées sous la théorie du petit-déjeuner. La dénonciation du juge machine dans les années 30 pour décrire le processus décisionnel est utilisée pour appeler à sa résurrection dans les années 2000. La transformation de l'appréhension du petit-déjeuner par la doctrine poursuit parallèlement une transformation des craintes face aux conséquences de cette théorie. Si la crédibilité des affirmations que le juge est déterminé en partie par des éléments contextuels n'est plus remise en cause – bien que cela n'empêche pas de toujours rejeter la digestion comme déterminisme exclusif – les questionnements se sont déplacés sur une éthique scientifique alertant des dangers d'une réutilisation politique et médiatique des travaux sur la digestion.

⁷⁶ K. CHATZIATHANASIOU, *op. cit.*, p. 455.

⁷⁷ S'ils appellent à un soutien de l'humain par l'IA, l'option d'un IA juge autonome n'est jamais exclue et utilise l'argument d'une décision non-biaisée, V. entre autres T. SOURDIN, « Judge v. Robot? Artificial intelligence and judicial decision-making », *UNSW Law Journal*, vol. 41, 2018, p. 1128.