

Les libertés et les déterminations du juge dans un contexte d'utilisation d'outils d'aide à la décision

Par

Luka Théo Sanchez

Sous la direction de :

Pr. Nicolas Vermeys

30 avril 2023

Résumé

Le juge est une figure primordiale dans un État de droit chargé d'individualiser la règle de droit lors de différends. C'est aussi un contre-pouvoir chargé de surveiller le législatif et l'exécutif. Pourtant, c'est le pouvoir le plus fragile qui ne bénéficie pas de la légitimité de l'élection. Pour juger, il doit être libre. La liberté est un concept fondateur de nos sociétés de droit et pourtant, c'est un concept bien compliqué à comprendre et analyser. L'histoire de ce mot nous apprend que c'est un concept juridique et jamais absolu, il ne se traduit qu'aux pluriels, assurés toujours par une autorité supérieure. Individuellement, c'est la capacité d'être la cause de ses propres actes, pourtant, la liberté n'est jamais absolue. Nous sommes aussi déterminés, c'est-à-dire qu'il existe des externalités qui viennent être la cause de nos actes. Mais, alors, qu'en est-il pour le juge, est-il libre ? Est-il déterminé ? Dans sa pratique, la liberté du juge se traduit par l'indépendance judiciaire, assurée tout autant que contrainte par les institutions. Dans sa pratique le juge est relativement libre de qualifier et d'apprécier les faits sous réserve du contrôle des tribunaux. En outre, le juge est aussi une personne et, à ce titre, il est déterminé tout autant que n'importe quelle personne, il possède donc des biais et des émotions qui vont interagir avec sa pratique de juge et, potentiellement, venir le déterminer dans les réponses qu'il offre. Alors que les services de cyberjustice, particulièrement les outils d'aides à la décision, entrent dans l'office du juge, comment ces technologies s'appêtent à bousculer son indépendance judiciaire et sa liberté ? Tantôt ces outils sont contraignant pour lui, tantôt ils le libèrent et lui permettent de se concentrer sur ses motifs.

Mot clefs : Juge, magistrat, Liberté, déterminisme, indépendance judiciaire, cyberjustice, Intelligence artificielle, justice prédictive

Abstract

The judge is an essential figure in a state governed by the rule of law, responsible for individualizing the law in the event of disputes. They are also a counter-power responsible for monitoring the legislative and executive branches. However, judicial authority is the most fragile power since it does not benefit from the legitimacy of the election. To judge, they must be free. Freedom is a founding concept of our societies and yet it is a very complicated concept to understand and analyse. The history of this word teaches us that it is a legal concept and never absolute, it can only be translated in the plural, always assured by a higher authority. Individually, it is the ability to be the cause of one's own actions, yet freedom is never absolute. We are also determined, i.e. there are externalities that cause our actions. But, then, what about the judges, are they free ? Are they determined? In practice, the judges' freedom is reflected in judicial independence, which is both guaranteed and constrained by the institutions. In practice, the judges are relatively free to qualify and assess the facts subject to the control of the courts. Moreover, the judges are also human beings and as such are determined as much as any other person, and therefore has biases and emotions that will interact with his practice as judges and potentially determine them in the answers he/she offers. As cyberjustice services, particularly decision support tools, enter the judge's office, how are these technologies about to disrupt his judicial independence and freedom ? Sometimes these tools are restrictive for them, sometimes they free them and allow them to concentrate on reasons.

Keywords : Judge, magistrate, freedom, determinism, judicial-independence cyberjustice, artificial intelligence, predictive justice

Remerciement

J'aimerais remercier tout particulièrement le Professeur Nicolas Vermeys pour ses conseils, sa sympathie, sa culture ainsi que pour son aide à chaque fois que je l'eus demandé. Je ne peux oublier Didier Lluelles avec qui je travaille depuis maintenant deux ans et qui a toujours été de bons conseils, d'une précieuse aide aussi bien juridique que morale, c'est un plaisir de travailler avec ce grand professeur. La faculté de Droit de L'UdeM est pour moi une maison dans laquelle il me plait de vivre et travailler. Je me dois alors de remercier chaque personne avec laquelle j'ai travaillé et qui m'a chacune apporté un petit quelque chose, je remercie alors Pierre Lesage, Aminata Bal, Pierre Larouche, Martine Valois, Patrick Maheux, Pierre Noreau, Alain Roy, Patrice Deslauriers et Matthew Harrington.

Enfin je remercie tout particulièrement Nicolas Leistenschneider pour son aide précieuse aussi bien académique que morale. Je finirais par remercier Lukas Gagnon-Dragon pour tout.

Table des matières

Résumé	1
Abstract	2
Remerciement	3
Table des matières	4
Abréviations	8
Introduction	1
Partie I. Le juge : une liberté encadrée et des déterminations	11
Titre I. La liberté : un concept juridique	11
Chapitre 1. La liberté : un concept institutionnel et individuel	11
Section I. L'étymologie et la sémantique complexe d'un mot polysémique	12
Paragraphe A. Les prémisses mésopotamiennes	13
Paragraphe B. Du grec au latin, d'euleutheros à libertas.	13
Section II. Une lente affirmation du concept dans le temps	16
Paragraphe A. La consécration politique de libertés catégorielles dans la Grèce Antique	17
Paragraphe B. La timide consécration juridique de la liberté dans le droit romain	20
Paragraphe C. Du Moyen-Âge à l'époque moderne, du silence sur la liberté à sa consécration	24
Section III. Conclusion partielle.	27
Chapitre 2. La compatibilité entre la liberté, le déterminisme et la contrainte	28
Section I. Quelques définitions préliminaires	29
Paragraphe A. Le Fatum	29
Paragraphe B. La contrainte consubstantielle à la liberté	31
Paragraphe C. Le déterminisme ou l'impossibilité du libre	32
Paragraphe D. La Liberté et le libre arbitre	35
Section II. Le droit et la compatibilité du libre et du déterminisme	36
Paragraphe A. Les différentes théories	37
Paragraphe B. La compatibilité entre libertés, déterminisme dans le Droit	39
Chapitre 3. Conclusion partielle	41
Titre II. La figure du Juge dans le droit entre contrainte, détermination et liberté	42
Chapitre 1. L'institution judiciaire garante et contraignante de la liberté du juge	42
Section I. L'indépendance judiciaire	43
Paragraphe A. Définition de l'indépendance judiciaire et de l'impartialité par la jurisprudence	44
Paragraphe B. Les garanties de l'indépendance judiciaire	50

Section II.	Les Conseils de la magistrature garants de l'indépendance judiciaire _____	60
Paragraphe A.	Les missions et habilitations des conseils de la magistrature _____	60
Paragraphe B.	Le principe de déontologie _____	60
Paragraphe C.	L'exceptionnel cas de destitution d'un juge _____	62
Chapitre 2.	La liberté du juge entre affect et créativité _____	65
Section I.	Le juge une personne déterminée comme une autre _____	65
Paragraphe A.	L'émotion du juge _____	66
Paragraphe B.	Les biais du juge _____	69
Section II.	Le syllogisme juridique carcan libérateur du raisonnement du juge _____	73
Paragraphe A.	Le syllogisme juridique : _____	74
Paragraphe B.	L'interprétation des normes _____	78
Chapitre 3.	Conclusion partielle _____	83
Partie II.	Les services d'aide à la décision et la liberté du juge _____	85
Titre I.	Les différents services d'aide à la décision _____	85
Chapitre 1.	Typologie et fonctionnement des outils de justice digitale _____	86
Section I.	Du papier aux numériques _____	87
Paragraphe A.	Un champ législatif propice aux numériques _____	87
Paragraphe B.	Le programme Lexius au Québec pour moderniser la justice québécoise _____	89
Section II.	L'open data et les données de justices ouvertes _____	90
Paragraphe A.	Les données de justice disponible _____	91
Paragraphe B.	Une justice trop ouverte ? _____	92
Section III.	Les services d'aide à la décision _____	93
Paragraphe A.	Fonctionnement des algorithmes d'Intelligence artificielle _____	93
Paragraphe B.	Un foisonnement d'outils _____	98
Chapitre 2.	La justice prédictive : révélateur des déterminations et des libertés du juge _____	107
Section I.	La justice digitale : une mise en valeur du juge et de ses activités _____	107
Paragraphe A.	La toute-puissance de la jurisprudence _____	107
Paragraphe B.	La mise en valeur des activités des Cours par la cyberjustice _____	109
Section II.	La justice prédictive ou la mise en valeur de la liberté du juge et de ses déterminations. _____	110
Paragraphe A.	Les déterminations du Juge démontrées par l'écrasante réussite des prédictions algorithmiques. _____	111
Paragraphe B.	Les cas où le juge fait mentir l'algorithme : l'arbitraire ? _____	113
Paragraphe C.	L'exactitude des théories du réalisme scandinave quant au juge _____	115
Chapitre 3.	Conclusion partielle _____	117
Titre II.	Les services d'aide à la décision entre libération et contrainte pour le juge _____	119

Chapitre 1.	L’Estonie et la Chine : les exemples technophiles en matière de cyberjustice.	119
Section I.	L’exemple estonien d’une cyberjustice au service du juriste	120
Section II.	La Chine : une cyberjustice en réponse à l’arbitraire du juge	121
Chapitre 2.	La diminution de la liberté de juger par ces outils	123
Section I.	La cristallisation des décisions de justice par le supposé comportement moutonnier des juges.	123
Paragraphe A.	Le numérique emporte la vérité.	124
Paragraphe B.	L’effet supposément performatif de l’algorithme effaçant le juge	124
Paragraphe C.	Quelques limites à ce discours	128
Section II.	Les supposés changements institutionnels liés à l’usage des services d’aide à la décision	129
Paragraphe A.	La volonté de mettre fin à l’aléa judiciaire	130
Paragraphe B.	La mise en concurrence du juge et de l’institution	132
Paragraphe C.	L’impartialité judiciaire entachée potentiellement par ces outils	135
Section III.	Les services de rédaction à l’usage du juge ou la perte de la créativité judiciaire	138
Paragraphe A.	Les guides de rédaction des jugements	139
Paragraphe B.	La volonté d’automatiser les processus de résumé et de rédaction	140
Paragraphe C.	Les logiciels de rédactions juridiques une entrave à la créativité du Juge	141
Chapitre 3.	Le potentiel libérateur des outils d’aide à la décision pour le juge	143
Section I.	La libération du juge grâce aux algorithmes d’aide à la décision	143
Paragraphe A.	Les qualités d’aide-mémoire de la cyberjustice	143
Paragraphe B.	La difficulté d’entraîner pleinement un algorithme de justice	144
Paragraphe C.	La consolidation des décisions de justice.	146
Section II.	L’amélioration de l’argumentation du juge grâce aux outils de cyberjustice	146
Paragraphe A.	L’IA au service de l’argumentation	146
Paragraphe B.	Une libération au service de l’argumentation	148
Conclusion		150
Législation et Réglementation		156
Source canadienne		156
Source étrangère		157
Jurisprudences		158
Source canadienne		158
Source étrangère		160
Bibliographie		161

Monographies et ouvrages collectifs	161
Articles de revues	164
Travaux académiques	169
Documents gouvernementaux	169
Articles de journaux	170
Dictionnaires et ouvrages généraux	171
Billet de blogue	171
Contribution à un symposium	172
Discours	172
Œuvres artistiques	172
Rapport de recherche	172
Sites Internet Institutionnel	173
Sites Internet	174

Abréviations

Apr. J.-C. :	Après Jésus-Christ
Av. J.-C.	Avant Jésus-Christ
B.C.J.	British Columbia Judgement
BCCA	British Columbia Court of Appeal
BCSC	British Columbia Supreme Court
<i>Buf. L. Rev.</i>	<i>Buffalo Law Review</i>
C.c.Q	<i>Code civil Québécois</i>
C.p.c.	Code de procédure civile
C.R.R.	<i>Canadian Rights Reporter</i>
<i>Cal. L. Rev.</i>	<i>California Law Review</i>
<i>Can B. rev.</i>	<i>Canadian Bar Review</i>
CanLI	<i>Canadian Legal Information Institute</i>
CCM	Conseil Canadien de la magistrature
CCR	Comité Canadien de la Référence
CCTV	<i>Closed-circuit Television</i>
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CF	Cour fédérale
CFPI	Cour fédérale de première instance
CMQC	Conseil de la magistrature du Québec
COMPAS	<i>Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions</i>
CQM	Conseil Québécois de la Magistrature
CSC	Cour suprême du Canada
E.-U.	États-Unis d'Amérique
E-U	Etats-Unis d'Amérique
GAFAM	Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft
I.A.	Intelligence Artificielle
L.R.C.	Lois révisées du Canada
LCCJTI	<i>Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information</i>
<i>LSI-R</i>	<i>Level of Service- Revised</i>
LTJ	<i>Loi sur les tribunaux judiciaires</i>
Man. L.J	<i>Manitoba Law Journal</i>
MIT	<i>Massachusetts Institute of Technology</i>
NLP	<i>Natural langage processing</i>
ODR	<i>Online Dispute Resolution</i>
OPC	Office de protection du consommateur
PUL	Presses Universitaires de Laval
PUM	Presses Universitaires de Montréal
Q.B	Queen's Bench (Angleterre)
QCCA	Cour d'appel du Québec
QCCJA	Conseil de la Justice administrative du Québec
R. du B	Revue du Barreau

R.C.S.	Recueil de la Cour suprême du Canada
R.R.Q.	Règlements refondus du Québec
RLL	Règlement en Ligne des litiges
RLRQ	Recueil des lois et règlements du Québec
RTD civ	Revue trimestrielle de Droit
R-U	Royaume-Uni
Soquij	Société québécoise d'information juridique
TCDP	Tribunal Canadien du droit des personnes
UdeM	Université de Montréal
YKTC	<i>Yukon Territorial Court</i>

Introduction

*L'avenir commence demain*¹, recueil de nouvelles de science-fiction du populaire Isaac Asimov, porte l'idée dans plusieurs des nouvelles du livre, d'un superordinateur disposant d'une Intelligence artificielle (IA) forte, capable de résoudre et gérer la plupart des maux et affaires humaines grâce à l'impressionnante collection de données qui l'a nourri. Le *Multivac* est cette entité informatique au centre des nouvelles « Tous les ennuis du monde » et « L'ultime question »². L'ordinateur intelligent joue un rôle politique et juridique important puisqu'il infère directement dans la gestion de la planète de multiples façons : il règle, gère les affaires mondiales et il prédit et prévient des crimes à venir. Il remplace même le juge. L'univers d'Asimov questionne et interroge notre rapport aux technologies, au solutionnisme technologique, qui, paradoxalement, participerait à diminuer les libertés individuelles au profit d'une société plus ordonnée³. Dans une moindre mesure, l'univers fictif et fictionnel de l'auteur n'est pas sans faire échos au développement récent en matière de cyberjustice. En effet, les algorithmes de prédictions de crime, ceux d'aide à la décision pour les juges, de notation et autres posent tous la question de leurs interactions avec le juge dans ce nouvel espace. Quelle liberté lui reste-t-il ? Comment son indépendance judiciaire s'en trouve-t-elle affecté ? Le *Multivac* est, certes, encore loin et peut être inatteignable, mais les mêmes interrogations se posent déjà.

Des interrogations actuelles, d'autant plus importantes qu'elles considèrent un personnage important du système étatique : le juge. Il est une figure primordiale dans un État de droit. Il est le garant de l'État de droit, un contre-pouvoir face aux pouvoirs législatifs et exécutifs, une figure moins médiatique, mais au combien importante. Il semble pourtant plus passif devant ces changements numériques qui tourmentent la société aujourd'hui. Il semble en être une victime plutôt qu'un acteur. C'est tout l'intérêt de notre mémoire qui consiste en une observation de l'influence potentiellement sournoise des outils de cyberjustice sur la figure traditionnelle, millénaire, du juge.

¹ Isaac ASIMOV, *L'avenir commence demain*, Paris, Pocket, 2008.

² Isaac ASIMOV, « Tous les ennuis du monde », dans I. ASIMOV, *id.* ; et du même auteur, « L'ultime question », dans I. ASIMOV, *id.*

³ *Id.*, « La vie et les œuvres du Multivac », dans Isaac ASIMOV, *l'Homme bicentenaire*, Paris, Pocket, 2000.

Le juge est l'artisan de la justice dont la mission est de juger, rendre la justice en appliquant et individualisant la règle de droit⁴. Il est investi par l'État en tant que magistrat pour faire appliquer la règle de droit⁵ au sein d'un tribunal. Il doit dès lors résoudre les conflits et stabiliser l'interprétation des lois. De même, il est chargé du contrôle de constitutionnalité des lois et des règlements issus de l'exécutif⁶. En outre, il assure un contrôle de légalité en contrôlant le respect de la loi habilitante par les règlements issus de l'exécutif et en s'assurant que les tribunaux inférieurs n'excèdent pas leur juridiction⁷. Le juge opère dans différentes juridictions partagées entre des cours supérieures et inférieures issues du partage fédéral du pouvoir.

En effet, le Canada est un État fédéral qui décompose la fonction de justice entre le provincial et le fédéral. Ainsi, il existe des cours provinciales – Cour du Québec, Cour supérieure du Québec, Cour d'appel du Québec, quelques tribunaux administratifs ou bien des tribunaux spécialisés comme les cours municipales, le Tribunal des droits de la personne, etc. Ces tribunaux ont compétence pour tout ce qui relève du droit commun⁸. Cependant, les juges de tribunaux supérieurs provinciaux (au Québec : la Cour d'appel et la Cour supérieure⁹) sont nommés et leur salaire est fixé par le Parlement canadien¹⁰, à l'inverse ceux des tribunaux inférieurs sont nommés et payés par la province.

De façon parallèle, il existe des tribunaux fédéraux¹¹ comme la Cour fédérale, la Cour d'appel fédérale, la Cour canadienne de l'impôt ou encore les tribunaux militaires. Ces tribunaux sont

⁴ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd. mise à jour, coll. « Quadrige », Paris, Presses universitaires de France, 2020, « juridiction » p. 588.

⁵ *Id.*, « Magistrat » p. 630.

⁶ Eu égard à : *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, art. 52(1) « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ».

⁷ *Zwarich c. Canada (Procureur Général)*, [1987] 3 C.F. 254.

⁸ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, c 3, (ci-après « *Loi constitutionnelle de 1867* ») art. 92(14) les provinces ont compétence exclusive sur « l'administration de la justice dans la province, y compris la constitution, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux, de juridiction tant civile que criminelle. »

⁹ Confirmé dans : *Renvoi sur l'article 98 de la Loi constitutionnelle de 1867 (Dans l'affaire du)*, 2014 QCCA 2365 (pourvoi rejeté : 2015 CSC 22).

¹⁰ Art. 100 *Loi constitutionnelle de 1867* « Les salaires, allocations et pensions des juges des cours supérieures, de district et de comté (sauf les cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick) et des cours de l'Amirauté, lorsque les juges de ces dernières sont alors salariés, seront fixés et payés par le parlement du Canada ».

¹¹ *Loi sur les cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7.

chargés de faire respecter uniquement des lois fédérales spécifiques¹². Tous ces tribunaux sont assez classiquement hiérarchisés avec des tribunaux de première instance, des tribunaux d'appel et enfin, la Cour suprême du Canada qui trône au-dessus de la pyramide juridique depuis 1875¹³. Ce dernier édifice se voit être le tribunal d'appel de dernier recours aussi bien pour les cours provinciales que fédérales ou administratives¹⁴. Les cours dites inférieures voient simplement exercer des pouvoirs qui leur sont expressément attribués là où les Cours supérieures ont des pouvoirs plus étendus. Les Cours supérieures sont des juridictions de droit commun, elles ont aussi un pouvoir des contrôle et de surveillance sur les cours inférieures, administratives et sur l'administration publique. C'est un gage de bonne gouvernance dans le cadre d'une séparation des pouvoirs avec des contre-pouvoirs. Il existe aussi des Cours municipales, créées par des règlements municipaux¹⁵ dont l'objectif est de faire appliquer les règlements de la municipalité.

Enfin, sans être à proprement parler des tribunaux, il existe un ensemble d'organismes créés par le pouvoir exécutif possédant un pouvoir d'adjudication dans des domaines spécifiques (par exemple le Tribunal administratif du logement ou la Commission de l'immigration et du statut des réfugiés). Ils sont tout de même contrôlés par les Cours supérieures, les officiers y travaillant sont évidemment des juges. Certains d'entre eux sont à temps partiels ou issue de formations professionnelles autres que le droit.

Mais, la plupart du temps, ce magistrat au Canada est un membre du barreau choisi par le pouvoir exécutif pour exécuter l'honorable mission de justice, dans le cas des tribunaux judiciaires¹⁶. Dépendamment de son tribunal d'attachement, le juge est protégé par un ensemble de lois qui règlementent et assurent la profession. Le juge provincial se voit assujetti à la *Loi sur les tribunaux judiciaires*¹⁷ ainsi que par la courte *Loi sur les privilèges des magistrats*¹⁸. Son homologue fédéral se voit protéger par la *Loi sur les juges*¹⁹. Les juges se regroupent au sein des Conseils de la magistrature canadien et québécois, qui, à l'instar du barreau pour les

¹² Art. 101 *Loi constitutionnelle de 1867*.

¹³ *Id.*

¹⁴ *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 35-36.

¹⁵ *Loi sur les cours municipales*, RLRQ, c. C-72.01, art. 3.

¹⁶ Art. 98 *Loi constitutionnelle de 1867*.

¹⁷ RLRQ, c. T-16. (Ci-après « LTJ »).

¹⁸ RLRQ, c. P-24.

¹⁹ L.R.C. 1985, c. J-1. (Ci-après « LJ »).

avocats, sont chargés de leur surveillance, de leur formation continue ou de leur avancement²⁰. En outre, les magistrats sont, en principe, inamovibles²¹.

Nous entendrons dans ce présent travail le mot « juge » en son acception la plus large. Qu'il soit juge de Cours inférieures ou de Cours supérieures et d'appels. Qu'il officie dans les instances fédérales comme provinciales. Même s'il travaille au sein de juridictions administratives ou municipales. En somme, le juge est ici entendu comme toute personne issue d'une juridiction qui est capable de rendre justice au sein d'un tribunal. Cependant, nous n'entendons pas ici comme juge ou magistrat les arbitres, médiateurs et autres acteurs du monde de la résolution des conflits capable, à leurs façons, de participer à la justice.

Dans le cadre de notre argumentation, nous nous intéresserons au juge canadien et plus particulièrement québécois dans ce travail dont l'office se voit transformer par l'introduction des technologies du numérique dans le processus judiciaire, c'est-à-dire la cyberjustice.

La cyberjustice se décrit comme « l'étude de l'usage et de l'intégration des technologies de l'information et de la communication dans les processus de résolution des conflits – judiciaire ou extrajudiciaire. Cela comprend la mise en réseau de tous les acteurs de la chaîne informationnelle et décisionnelle dans les affaires judiciaires. On parle alors plus précisément de système intégré d'information de justice. »²² C'est la rencontre des technologies du numérique et du droit, renforcé par l'instantanéité des communications modernes et Internet. Plus précisément, elle se traduit par des outils et services produits afin d'œuvrer dans le monde juridique. Il existe une multitude d'outils dotée de technologies différentes.

Nous nous concentrerons plus particulièrement sur les outils d'aide à la décision que le juge utilise en amont de la décision qu'il s'apprête à rendre. Certains de ces services font parfois appel à l'Intelligence artificielle pour performer dans leurs missions d'assistance du juge comme les services de justice prédictive, d'autres proposent simplement au juge une aide quant à la rédaction de sa décision. Une multitude d'outils semblables et différents existent sur le

²⁰ Conseil canadien de la magistrature (ci-après « CCM ») et Conseil québécois de la magistrature (ci-après « CQM »).

²¹ Art. 99 *Loi constitutionnelle de 1867*.

²² LABORATOIRE DE CYBERJUSTICE, « Présentation », *Laboratoire de cyberjustice*, en ligne : <<https://www.cyberjustice.ca/laboratoire/presentation/>> (consulté le 28 novembre 2022).

marché. La mise en place des algorithmes prédictifs est facilitée par les données ouvertes et publiques²³ de justice et leurs traitements qui permettent à l'algorithme d'être nourri plus pleinement tout en mettant en lumière l'activité judiciaire et des informations qui seraient invisibles pour l'observateur humain. En somme, nous nous concentrerons sur ces outils d'aide à la décision.

Cependant, nous n'évoquerons pas quelques technologies comme la chaîne de bloc (ou *blockchain* en anglais), en plein essor, qui laisse entendre un grand nombre de possibilités dans le droit avec notamment les services de contrat intelligent (*smart contracts*)²⁴ ou exécution automatisée du contrat²⁵. Nous n'évoquerons pas, non plus, le cas du maintien de l'ordre prédictif avec le cas, controversé, de *Clearview*²⁶. Par ailleurs, nous ferons l'impasse, par souci de concision, sur toute la dématérialisation des procédures judiciaires avec les services de visioconférence ou les greffes électroniques qui facilitent le travail de l'administration.

Ces outils de cyberjustice se forment grâce aux nouveaux moyens de communication et aux technologies modernes (données ouvertes, intelligence artificielle²⁷, etc.) poussées par la créativité de certaines entreprises proposant des services technologiques à l'usage du droit²⁸ ou de centres de recherche privés comme publics. Ces entreprises, de jeunes pousses²⁹, sont motivées par la recherche du profit et la création de services dans le monde judiciaire³⁰. Les technologies dans le monde juridique sont aussi favorisées par l'effervescence du domaine public et académique qui, eux, aussi, en favorise la création. L'exemple du laboratoire de cyberjustice³¹ de l'Université de Montréal est à ce titre évocateur.

²³ *Open data* et *Big data* en anglais.

²⁴ Voir : Erwan JONCHERE et Soleica MONNIER, « La blockchain comme outil probatoire : une analyse au regard de la LCCJTI », (2020) 25-3 *Lex Electronica* 139 ; voir aussi : Anna KELLER, *Blockchain, Cryptocurrencies and Smart Contracts Emerging Trends and Practice Issues*, 24th East Region Solicitors Conference, 2018, p. 20.

²⁵ Terme que l'on retrouve notamment sous la plume de Boris BARRAUD, « Les blockchains et le droit. », (2018) 147 *Revue Lamy Droit de l'immatériel* 48, 59.

²⁶ Sur le sujet, voir MARK PACKALUK, « Who Watches the Watchers: Oversight and State Surveillance », (2022) 45-6 *Man. L. J.* 101.

²⁷ Ci-après « IA ».

²⁸ En anglais : *legaltechs*.

²⁹ En anglais : *start-up*

³⁰ Philippe GILLIERION, *La transformation numérique du monde du droit*, coll. *quid iuris ?*, Genève, Zurich, Bâles, Schulthess Editions romandes, 2019.

³¹ LABORATOIRE DE CYBERJUSTICE, préc., note 22.

Évidemment, le juge est amené à utiliser un certain nombre de ces technologies dans le cadre de son travail juridictionnel, d'autant qu'elles sont amenées à de plus en plus se développer.

Ce phénomène s'inscrit dans le grand ensemble de la justice digitale, un terme-valise, utilisé notamment par les auteurs Antoine Garapon et Jean Lassègue dans leur ouvrage éponyme³². Elle opère avant tout par un changement d'écriture pour une écriture mathématique³³. Elle symboliserait le passage vers *une gouvernance par les nombres*³⁴ pour reprendre les mots de l'auteur Alain Supiot.

La liberté, sur laquelle nous reviendrons par la suite, s'entend de multiples façons. Avant tout, historiquement, c'est un acte juridique du souverain libérateur pour les personnes esclaves, leur donnant la possibilité de retourner chez eux. C'est une définition juridique et politique. Par la suite, la liberté s'étend à une capacité humaine. Au sens le plus commun, celle de faire ses propres choix sans être contraint. Pour autant, la contrainte est consubstantielle à la liberté au sens où elle lui permet de s'établir pleinement. En d'autres termes, celle-ci n'est jamais absolue sinon, elle s'annulerait par elle-même. Dans le même sens, la liberté est catégorisée en plusieurs sous-catégories de liberté – d'expression, de mouvement, économique, etc. – parfois complémentaire, parfois contradictoires entre elles.

Le paradigme de l'individu libre est contrarié par le concept de déterminisme. Le déterminisme est une théorie qui suppose que l'individu n'est pas la cause de ses propres actes. C'est-à-dire que des phénomènes extérieurs à lui ou intérieurs expliquent ses décisions et comportements. Les causes qui le déterminent sont elles aussi multiples et contradictoires, elles peuvent être chimiques, familiales, sociales, environnementales. Elles définissent le comportement d'un individu mieux que la simple liberté. Suivant cette théorie la personne n'est alors pas libre. Évidemment, entre ces deux extrêmes, il existe, bien entendu, des nuances.

La liberté pour le ou la juge se traduit par la notion d'indépendance judiciaire et d'impartialité. Ces concepts ont été travaillés par la jurisprudence, notamment dans les arrêts *Valente*³⁵ et *Beauregard*³⁶. Ces arrêts établissent que la liberté du juge, son indépendance et son impartialité,

³² Antoine GARAPON et Jean LASSEGUE, *Justice digitale*, Paris, PUF, 2018.

³³ *Id.*, p. 18.

³⁴ Alain SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Paris, Pluriel, 2020.

³⁵ *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673.

³⁶ *Beauregard c. La Reine*, [1986] 2 R.C.S. 56.

se construit institutionnellement et individuellement grâce notamment à des moyens comme l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative³⁷. La liberté pour le ou la juge est la liberté de rendre un jugement sans pression quelconque.

Nombreuses sont les théories qui tentent de comprendre comment le ou la juge rend réellement son jugement et comment il devrait le rendre. Parmi les extrêmes, les théories réalistes supposent que le droit n'est rien de plus que l'expression de ce que le juge rend comme jugement à un litige donné. Ces théories supposent alors un juge libre et puissant dans l'ordonnement du droit puisque c'est celui-ci qui en est l'ordonnateur final, loin de la contrainte légale³⁸. De même, ces théories posent que le magistrat ou la magistrate juge grâce à des considérations essentiellement extérieures au droit comme la morale, l'éthique, la religion ou des idées politiques. C'est une théorie très en vogue dans le système de common law, grâce à la plume du juge Benjamin Cardozo³⁹, mais transposable dans le système civiliste comme on peut le voir avec Olivier Cayla⁴⁰. Il existe pour autant des nuances à ce paradigme comme chez les pragmatiques dont la théorie suppose que le droit est un vecteur de changement social dont le juge est alors le pilote ou les empiristes qui supposent que l'on peut prédire le résultat d'un jugement grâce au comportement du juge⁴¹. D'innombrables variantes s'ajoutent à cette théorie maîtresse.

À l'opposé du spectre nous pouvons trouver le positivisme juridique, issu notamment de la pensée de Hans Kelsen⁴². Le principe, opposé au *iusnaturalisme*, prétend que le seul droit est celui posé dans la loi, le droit n'est alors plus révélé. De ce fait, le droit se doit d'être ordonné selon l'agencement de la pyramide des normes en fonction de l'autorité souveraine qui pose la norme. Dans cette pyramide, la voix du juge, la jurisprudence, fait office de base qui se doit de respecter les normes supérieures. Le juge est alors reclus dans un simple rôle de « bouche de la loi » selon Charles-Louis de Secondat Montesquieu⁴³ qui individualise le droit aux faits. Il ne

³⁷ Valente c. La Reine, préc., note 35.

³⁸ Olivier CAYLA, « Ouverture : La qualification, ou la vérité du droit », (1993) 0-18 *Droits* 3.

³⁹ Benjamin N. CARDOZO et Andrew L. KAUFMAN (dir.), *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1921.

⁴⁰ O. CAYLA, préc., note 38.

⁴¹ « Réalisme juridique | The Believers », en ligne : <<https://thebelieversorganization.org/fr/r/%c3%a9alisme-juridique/>> (consulté le 22 décembre 2022).

⁴² Hans KELSEN, *Théorie Pure du Droit Introduction À la Science du Droit*, Paris, Éditions de la Baconnière, 1953.

⁴³ Charles-Louis DE SECONDAT MONTESQUIEU, *L'esprit des lois par Montesquieu*, Paris, Didot, 1844.

serait pas créateur de droit, ou seulement à la marge. En sus, dans cette théorie, le droit se distingue d'autres sources normatives que peuvent être la morale, l'éthique ou la science. La plupart des systèmes civilistes sont construits selon cet agencement positif et le Québec n'y échappe pas. Si le positiviste le plus chevronné voudrait voir le juge en simple bouche de la loi, il n'en demeure pas moins que le juge garde une fonction de créateur de norme dans les systèmes juridiques.

Ces deux extrêmes théoriques témoignent d'une mésentente et mécompréhension quant au rôle du juge.

Des mouvements contradictoires semblent œuvrer sur la figure du juge, tiraillé, lui-même entre de multiples visages chacun avec leurs libertés et leurs déterminations qui dansent chacun une valse à sens différent. Le juge en tant que juge est tantôt libre d'après les figures réalistes, tantôt la bouche de la loi d'après les plus positivistes. Mais le juge est aussi un représentant symbolique du pouvoir juridique et en ce sens le symbole autant que l'institution ne peuvent que le contraindre afin de se préserver. Pour autant, nous ne saurons oublier que le juge reste un humain avec ses propres contraintes, déterminations et affects. C'est entre toutes ses figures que le juge oscille et dans lesquels il nous faudra naviguer afin d'en démêler les espaces de liberté. D'autant que celle-ci peuvent se trouver modifiée par l'émergence et l'implémentation des outils d'aide à la décision.

Alors que nous entrons à l'ère numérique et que l'activité judiciaire est en pleine mutation liée à l'introduction des outils de cyberjustice dans l'activité du juge, nous allons nous demander comment la liberté du juge s'organise et comment ces services numériques d'aide à la décision vont modifier les libertés du juge ? Comment vont-elles les limiter et parfois, au contraire, participer à leur développement ?

Nous allons donc étudier la liberté du juge et la cyberjustice et nous chercherons à démontrer que l'interaction entre les deux n'est pas neutre et n'aboutit pas sur un statu quo. Nous formulons l'hypothèse que la cyberjustice par ses différents outils et émanations tend à réduire la liberté du juge ou, *a minima*, la contraindre. Un juge que nous croyons, pour le moment, relativement libre dans sa pratique du jugement. Sans être un fervent réaliste, nous pensons que

le juge est libre. Notre intuition qu'il faut vérifier est que la justice digitale va tendre vers un affaiblissement de la liberté du juge et de son indépendance judiciaire. Cette hypothèse est très sûrement influencée par les nombreux écrits et films de Science-Fiction qui irriguent notre imaginaire collectif où la technologie est vue comme un facteur de contrainte politique et juridique, où le juge se voit remplacer par l'algorithme afin de fournir une justice plus rapide, moins coûteuse et plus efficace. C'est l'hypothèse de la justice prédictive. Nous sommes aussi influencés et tout autant par une vision politique du monde qui nous incite à penser que les différents impératifs judiciaires – prévisibilité juridique, justice, équité, efficacité – se voient mis aujourd'hui en balance au profit d'une vision qui fait prévaloir la rapidité et l'efficacité sur la dimension plus humaine.

Il n'en demeure pas moins que peser et essayer son jugement est une activité des plus intéressantes et dont nous allons nous délecter, quelle que soit la concordance entre la réponse qui apparaîtra et notre hypothèse.

Ce présent travail se construit en prenant appui sur la philosophie et les sciences humaines pour essayer de comprendre les interactions complexes entre le droit et le juge. Décrypter la liberté et les déterminations du juge demande un passage vers les philosophes qui eux-mêmes ont tendance à s'attacher à ce que disent les autres sciences humaines – sociologie, psychologie ou histoire – nous tenterons modestement d'en faire la synthèse afin d'avoir un portrait des plus précis du juge et d'appréhender au mieux les changements qui s'opèrent sur lui et le droit.

Évidemment, nous ne ferons pas l'impasse d'une recherche juridique et notamment jurisprudentielle. Il nous faudra savoir quels sont les garants juridiques et institutionnels du juge et comment toutes ces facettes s'amuse entre elles. La jurisprudence nous sera précieuse dans le sens où elle est la représentation de la parole du juge sur des questions juridiques. Elle pourra nous aiguiller sur le juge lui-même. Le droit notamment l'activité des tribunaux participera à nous aider quant à notre compréhension du juge.

Ainsi, pour nous répéter quelque peu, nous resterons pour ce présent mémoire canadien et plus particulièrement québécois puisque nous puiserons principalement nos réflexions de juridictions et législation de ce pays, bien qu'il nous faille par moment analyser le voisin américain et le cousin français, puisque ces pays connaissent une expérience similaire avec quelques différences qui pourront être intéressantes à décrypter. Quant à la doctrine, nous

resterons principalement dans le monde francophone quoique nous userons parfois de doctrine anglophone.

Nous tenterons de répondre à cette vaste question de recherche en encadrant d'abord la question des libertés et des déterminations avant de l'appliquer aux juges. Définir complètement la liberté autant que ses concepts opposés est un préalable avant de chercher à les appliquer à notre personnage juridique. Nous cherchons à dégager justement à quel point l'œuvre du juge est déterminée et libre dans sa pratique (**Partie I**).

Dans la seconde partie, après avoir fait un état des lieux des solutions de services d'aide à la décision qui s'offrent au monde judiciaire, nous essayerons d'analyser comment la liberté et les déterminations du juge préétablies sont en interaction avec ces technologies d'aide à la décision (**Partie II**).

Partie I. Le juge : une liberté encadrée et des déterminations

Le juge est-il libre ? Est-il déterminé ? La réponse n'est pas l'un ou l'autre exclusivement, elle est évidemment nuancée. La question se doit alors d'être précisée pour être : en quelle mesure est-il déterminé et libre et quelles en sont les garants comme les carcans ? Cette question suppose une autre interrogation, doit-il être libre ? Évidemment, sa mission requiert d'être relativement libre afin de pleinement s'agencer avec l'ordre juridique et politique⁴⁴. Afin de tenter de réponse à ses questions, il nous faudra définir et comprendre le concept de liberté (**Titre I.**) avant d'appliquer cet apprentissage à la figure du juge (**Titre II.**).

Titre I. La liberté : un concept juridique

Présenter un concept fondateur comme la liberté n'est pas chose aisée. Mais afin de voir les multiples acceptions qui l'entourent, il nous faut d'abord en voir son origine historique et sa sémantique afin de montrer que la liberté est un concept juridique avant même d'être philosophique. Son origine démontre qu'avant d'être le terme que nous connaissons à la teinte individuelle, c'est un concept institutionnel (**Chap. 1**). Puis, après avoir été archéologue, il nous faut devenir philosophe, afin de comprendre comment la liberté, en tant que volonté⁴⁵, s'agence avec ses antagonistes controversées que sont la contrainte et le déterminisme, avant de montrer comment le droit, lui, s'est positionné en réponse à ces controverses (**Chap. 2.**).

Chapitre 1. La liberté : un concept institutionnel et individuel

Pour comprendre le sens du mot liberté, nous devons lire son histoire. Son histoire d'abord en tant que mot, soit son étymologie et sa sémantique (**Section 1**) qui en font un terme polysémique et complexe, notamment en français. Puis, son histoire en tant que concept opératoire dans le champ politique et juridique (**Section 2**) qui explique comment nous sommes passés d'un mot évoquant l'écorce végétale au concept idéalisé et paroxystique que nous connaissons

⁴⁴ Valente c. La Reine, préc., note 35 ; Beaugard c. La Reine, préc., note 36.

⁴⁵ Jacques Bénigne BOSSUET, *Traitez du libre-arbitre, et de la concupiscence*, Paris, Librairie de Louis Vivès Éditeur 13, rue Delambre 13, 1742.

maintenant. À ce titre, nous remarquerons que la liberté se construit de façon pratique au gré d'événement et, en outre, elle se construit en relation avec quelque chose⁴⁶. En d'autres termes, ce n'est jamais dans l'Histoire, « la liberté », mais « la liberté de »⁴⁷. Il s'agit, ici, moins de retracer toute l'histoire que de choisir plutôt des périodes historiques qui nous semblent signifiantes quant au sujet. Nous tenterons d'affirmer ou confirmer notre préjugé qui consiste à voir la recherche de la liberté, et donc la liberté elle-même, comme le fondement de nos sociétés (**section 3**).

Section I. L'étymologie et la sémantique complexe d'un mot polysémique

L'étymologie se définit comme la « science qui recherche l'origine d'un mot »⁴⁸. Cette discipline navigue dans le temps des écrits et des prononciations pour dessiner l'arbre généalogique d'un mot et, parfois, nous donner des indices quant à son sens et son utilisation. La sémantique, elle, se définit comme « l'étude des mots et leurs combinaisons »⁴⁹. Précisément, la matière observe l'utilisation d'un mot et son utilisation à une époque donnée, pour tenter d'en donner une définition pratique. À la lueur de ces deux phares, nous chercherons à l'aube de la civilisation indo-européenne pour découvrir la première occurrence du mot liberté (**par. A**) avant de naviguer dans le temps et l'espace chez les civilisations grecques et romaines antiques qui ont forgé le mot comme on l'entend aujourd'hui en Français (**Par B.**). Nous resterons dans l'étude du mot en français et non chez le cousin britannique, par soucis malheureux d'espace et de temps. Découvrir l'histoire du mot permet de comprendre comment les controverses philosophiques sur ce mot se sont installées.

⁴⁶ C'est l'exemple de l'amargi sur lequel nous reviendrons David GRAEBER, « « Amargi », ou l'ardoise effacée », *le Monde Diplomatique*, sect. Vol.173 (2020), p. 100 ; ou grecs : Olivier CLAIN, « La liberté chez Hayek ou l'abandon d'un certain héritage grec », Josianne BOULAD-AYOUB et Jean-Marc NARBONNE (dir.), *Reflets modernes de la démocratie athénienne*, coll. « zêtêsis », Laval, P.U.L., 2017, p. 242.

⁴⁷ C'est la dimension platonicienne de la liberté qui devient un être O. CLAIN, *Id.*, ou l'exemple Romain où la liberté seule devient un fer de lance de mobilisation et synonyme d'émancipation ; Dylan POTAGE, « De Liber à libertas : naissance d'un concept politique à Rome », (2015) *Bulletin de l'Association Guillaume Budé*.128.

⁴⁸ Marie-Éva DE VILLERS, *Multi dictionnaire de la langue française*, 7^e éd., Canada, Québec Amérique, 2021, « étymologie », p. 726

⁴⁹ *Id.*, « sémantique », p. 1598.

Paragraphe A. Les prémisses mésopotamiennes

À l’instar des codes juridiques⁵⁰, la première occurrence connue du mot « liberté » se trouve en Mésopotamie avec le terme « *Amargi* »⁵¹.

À cette époque déjà les obligations commerciales existaient et tous les moyens étaient bons pour rembourser sa créance. Ainsi, il était alors monnaie courante qu’un débiteur paie son dû en donnant son enfant ou lui-même en esclavage au créancier. Bien entendu, la personne pouvait racheter sa liberté ou celle d’un autre s’il payait sa dette. Conséquemment, nombre de personnes se retrouvaient sans-terre, sans bien ou esclave du fait de relations contractuelles peut-être abusive. Alors, lorsque les dettes commerciales n’étaient plus tenables et que leur ensemble menaçait la vie de la cité ou entravaient les cruciaux échanges commerciaux avec d’autres, le roi Sumer par l’« *amargi* » pouvait annuler d’un revers de la main toutes les dettes par sa simple autorité⁵². Dès lors, par l’« *amargi* », les terres étaient rendues à leurs propriétaires initiaux et les enfants retournaient à leurs parents⁵³. À ce titre, le terme en lui-même signifie « retour chez sa mère »⁵⁴.

Ces « décrets de liberté »⁵⁵ pris par le Roi sont des actes juridiques dont la fonction est de recréer un ordre social par la libération de la dette individuelle, soit de leurs contraintes pécuniaires. On remarque alors qu’ici déjà on retrouve la liberté en tant qu’absence de contrainte (dette ou maître) comme en tant que fonction politique de paix sociale. Mais, plus étonnant, le terme renvoie surtout à un retour à ses racines.

Paragraphe B. Du grec au latin, d’euleutheros à libertas.

Cette idée de retour à ces racines, à sa terre, est surprenamment aussi présente dans la racine originelle grecque et latine du mot qui va évoluer pour s’approcher vers un sens proche du nôtre. Pour les Grecs, la liberté s’entend d’abord dans le sens de liberté publique⁵⁶, soit la liberté de

⁵⁰ Le Code d’Hammurabi, plus ancien code juridique connue à ce jour.

⁵¹ Louis-Philippe CARON LANTEIGNE, *Vertus et limites de la critique communautarienne du libéralisme*, Thèse de maîtrise, Montréal, Université de Montréal, 2013, p. 1.

⁵² D. GRAEBER, préc., note 46.

⁵³ L.-P. CARON LANTEIGNE, préc., note 51.

⁵⁴ D. GRAEBER, préc., note 46.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ G. CORNU, préc. note 4, p. 946-949.

participer à la chose publique (république). Pour les Romains, le terme emprunte une dimension plus subjective et relative.

I. Euleutheros en Grèce antique où la liberté dans son sens publique

En grec, « ἐλεύθερος, *eleútheros* »⁵⁷ la racine « *euleuth* » peut soit signifier « croître » au sens végétal, soit signifier « allez où l'on veut ». Dans le premier cas, le mot *euleuth* prend une dimension métaphorique, la croissance au sens moral et spirituel que nous retrouvons dans certaines acceptions philosophiques de notre compréhension de la liberté. Dans le second cas, elle renvoie au citoyen qui contrairement à l'esclave n'est pas contraint dans ses mouvements.

Bien qu'il puisse aller où il veut, le citoyen est libre du fait de son appartenance à la cité. Donc ici aussi il y a une dimension profondément territoriale à ce mot⁵⁸. C'est le statut de la cité qui tant qu'elle est libre assure au citoyen, homme majeur et non esclave, la liberté. L'*euletheria* est donc un concept avant tout politique qui s'articule avec l'égalité et la démocratie, Il se comprend comme un garant de la démocratie, une clef pour l'ascension démocratique des plus pauvres au pouvoir⁵⁹. Il tombe d'ailleurs en désuétude en même temps que celle-ci laisse place à la tyrannie.⁶⁰ De même, le mot *euleuth* s'entend dans sa dimension politique comme synonyme du mot souveraineté ou indépendance étatique⁶¹. On le retrouve dans un discours de Néron écrit en Grec dans lequel il annonce rendre l'« *euleuth* » au territoire Grec⁶².

Le sens qu'emprunte l'ancêtre du mot liberté s'apparente aux notions de liberté publique, liberté garantie par un État dans le but de participer à la vie publique, que nous allons chérir ensuite. Le retour aux racines peut nous rappeler la notion d'hétéronomie⁶³ des libertés, c'est-à-dire que les libertés ou le statut libre sont garantis par un tiers – l'état, le souverain ou n'importe quelle figure conceptuelle – dont l'autorité prime les autres sur un territoire précis.

⁵⁷ D. POTAGE, préc., note 47.

⁵⁸ O. CLAIN, préc., note 46.

⁵⁹ Hanna Fenichel PITKIN, « Are freedom and liberty twins? », (1988) 16-4 *Political Theory* 523.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ Les mots représentent ici des anachronismes

⁶² Maurice HOLLEAUX, « Discours de Néron prononcé à Corinthe pour rendre aux Grecs la liberté », (1888) *Bulletin de Correspondance Hellénique* 510.

⁶³ A. SUPIOT, préc., note 34, p. 242.

Dans les deux cas, le sens préfigure ce qui adviendra notamment dans son rapport avec le juge⁶⁴.

L'expression voyage par des mouvements d'hommes et de marchandises pour se retrouver à Rome. Il va garder son sens grec, mais va aussi se complexifier.

II. De Liber à libertas chez les Romains ou un voyage vers un sens subjectif

En Latin, le terme grec a voyagé, s'est modifié par la pratique pour devenir « *Liber* » qui signifie avant tout « *croître* » ou « *écorce* ». Bien qu'à la lecture des termes cela semble erroné, la racine est la même que le Grec⁶⁵. À noter que des auteurs ont rapproché le mot *libertas* des libations romaines ou de *libido* (plaisir), mais ce semble être une erreur lorsqu'on s'attache à l'étymologie⁶⁶. *Liber Pater* (père Liber) est le dieu Romain de la fécondité et de la croissance végétale. Il va au cours de la Rome antique prendre une place importante pour devenir le dieu des hommes libres et, naturellement, les Romains vont se tourner vers lui dans leurs luttes pour des droits⁶⁷. C'est à travers ce culte et sa figure que va se construire le souffle de « *libertas* » au cours du 3^e siècle avant notre ère. Ce dernier terme, personnifié aussi par une déesse⁶⁸, prend une tournure plus subjective. Il est alors utilisé pour désigner des réalités interpersonnelles subjectives. En d'autres termes, il emprunte un sens privé, sans pour autant renier l'héritage grec du mot. La grande différence se trouve aussi dans la relation au pouvoir du terme. Si pour les Grecs le mot sert la démocratie, pour les Romains c'est un moyen de se défendre contre le pouvoir parfois abusif⁶⁹.

En revanche, dans les deux réalités grecques et latines, le mot va être utilisé pour désigner l'action de faire ce qu'il nous plaît, comme on peut le lire chez Platon⁷⁰. Par conséquent, le mot liberté en français porte les stigmates de toute cette construction étymologique et sémantique qui l'ont rendu polysémique. Déjà par ce détour étymologique nous pouvons y

⁶⁴ *Infra*, p. 44-77

⁶⁵ D. POTAGE, préc., note 47.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ Représenté dans la peinture Eugène DELACROIX, *La liberté guidant le peuple*, huile sur toile, 1830.

⁶⁹ H. F. PITKIN, préc., note 59.

⁷⁰ O. CLAIN, préc., note 46, à la page 162.

voir certaines constantes quant à l'utilisation du mot et ces traductions juridiques, à savoir la liberté au sens publique, garantie par un territoire. La liberté au sens subjectif constitué comme une capacité de faire acte de volonté. Cette sémantique s'est traduite juridiquement et politiquement dans l'histoire.

Grâce aux conquêtes romaines, le latin s'exporte et devient une langue commune dans toute l'Europe géographique. Les conquêtes normandes en Angleterre transportent le « *liber* » sur l'île britannique et celui-ci doit dialoguer avec le mot d'origine indo-européenne et germanique « *freo* » qui désigne une réalité semblable.

Nous pourrions continuer de voyager au gré des civilisations pour analyser les occurrences du mot *liberté*⁷¹ ne serait-ce qu'en anglais. Mais nous allons rester, malheureusement, culturellement centrés sur le monde francophone, par manque d'espace, afin de comprendre les incidences dans notre Droit. Maintenant que l'origine du mot est sue, nous devons encore voir comment il s'est infiltré dans l'Histoire, dans la vie politique et juridique pour devenir hégémonique.

Section II. Une lente affirmation du concept dans le temps

La liberté en tant que concept juridique opératoire prend du temps dans l'histoire à s'imposer de la façon dont nous la connaissons. Les Grecs la considèrent dans sa dimension politique en tant qu'elle sert la chose publique de la cité, mais celle-ci ne se conjugue pas encore au singulier, elle est plurielle⁷² (**par. A**). Plus tard, les Romains lui laissent une place mitigée en tant qu'il existe une marge de manœuvre des individus, mais l'autonomie et l'individualité n'est pas encore pleinement reconnu, c'est avec la naissance de procédures judiciaires qu'on observe un mouvement de libération⁷³ (**par. B**). Dans le Haut-Moyen-Age, la même timidité se fait

⁷¹ Notamment en voyageant du côté de l'empire confucéen où la liberté se « traduit en chinois de deux façons : d'une part, *duli* qui signifie littéralement « tenir debout seul », c'est-à-dire être indépendant, être autonome, et, d'autre part, *ziyou* qui se rapporte davantage au sentiment d'être libre, dégagé de toute contrainte extérieure et qui désigne la liberté d'agir comme on l'entend. » Dans la conception historique chinoise, le *duli*. L'individu est une conception qui n'existe pas pour le peuple chinois d'alors. Ainsi, *duli* est plutôt rattaché à une notion d'ordre et d'honneur que l'on retrouve encore aujourd'hui. Même le *ziyou* plus récent s'attache aux traditions. Thi Minh-Hoang NGO, « De la liberté en Chine », (2013) 173-1 *Le Débat* 78.

⁷² *Infra*, p. 16 et suiv.; voir : David SCHMIDTZ et Jason BRENNAN, « A Prehistory of Liberty: Forty Thousand Years Ago », dans *A Brief History of Liberty*, Wiley Online Library, 2010, p. 30-59.

⁷³ *Infra*, p. 19-22

observer, du moins jusqu'à l'apparition de la Magna carta qui va libérer un champ de la pensée pour penser la liberté de façon autonome⁷⁴ (**par. C**). Dans ces trois cas, la liberté est d'abord un statut, une distinction avec celui qui ne l'est pas : l'esclave.

Paragraphe A. La consécration politique de libertés catégorielles dans la Grèce Antique

La Grèce antique est réputée être le berceau de notre civilisation, tout du moins de notre conception politique de la république et de la démocratie. Son influence est toujours grande dans nos cultures gréco-romaines⁷⁵. La liberté y est définie négativement comme le fait de ne pas être esclave avant tout⁷⁶. Mais, nous pouvons analyser au gré de trois périodes ponctuelles une naissance des libertés et le glissement vers la liberté, au sens de valeur hégémonique. D'abord grâce à l'intervention de Solon dans l'interdiction de vendre sa liberté (au sens de se rendre esclave), puis par l'invention du concept d'*isonomia* grecque dans l'accompagnement de la démocratie⁷⁷, enfin par la consécration politique par Périclès de la Liberté⁷⁸.

I. Le droit inaliénable à la liberté par Solon

Solon est un polymathe⁷⁹ athénien qui instaure la démocratie en Grèce au Septième siècle avant Jésus-Christ (av. J.-C). L'époque du politicien grec est le temps de la création de la monnaie. Ce progrès pousse le monde méditerranéen à commercer et, à l'instar de l'exemple mésopotamien, la mise en servitude de son propre corps va rendre nécessaire l'imposition de règle sur le commerce⁸⁰.

⁷⁴ *Infra*, p. 23

⁷⁵ Voir : Yves MENY, *Démocratie : l'héritage politique grec : mythes, pouvoir, institutions*, coll. « Ouverture philosophique », Paris, L'Harmattan, 2021.

⁷⁶ *Infra*, p. 16 et suiv. ; D. SCHMIDTZ et J. BRENNAN, préc., note 72.

⁷⁷ Drieu GODEFRIDI, *L'isonomie*, Thèse de doctorat, Paris, Paris IV, 2009.

⁷⁸ D. SCHMIDTZ et J. BRENNAN, préc., note 72.

⁷⁹ Solon, né à Athènes vers 640 av. J.-C. et mort sur l'île de Chypre vers 558 av. J.-C., est un homme d'État, législateur et poète athénien. Mirko CANEVARO et Johannes C. BERNHARDT, *From Homer to Solon: Continuity and Change in Archaic Greece*, Leiden, BRILL, 2022, p. 363.

⁸⁰ D. SCHMIDTZ et J. BRENNAN, préc., note 72.

En effet, la création de la monnaie fluidifie et développe le commerce, mais en contrepartie, elle accroît les inégalités entre les citoyens athéniens et plus largement, entre les habitants du monde grecs⁸¹. Ainsi, exactement comme pour l'exemple mésopotamien⁸², il est coutume de donner sa liberté afin de rembourser une créance qu'on ne peut rembourser en monnaie. En réponse à ce périple pour l'ordre public athénien et, finalement, pour la prospérité, Solon efface alors toutes les dettes et prescrit la règle qui interdit de garantir un prêt avec sa liberté⁸³. En d'autres termes, l'archonte Solon (magistrat en chef) offre le premier droit inaliénable à la liberté⁸⁴.

Dans le même temps, dans la Perse, Cyrus le grand accueille les juifs et les autorise à rester à Jérusalem⁸⁵. Il fonde un empire marqué par une tolérance généralisée et notamment sur le plan des libertés religieuses dans le simple but d'assurer la paix interne⁸⁶.

C'est lorsque leur liberté est atteinte que les Grecs vont comprendre l'importance de la sanctifier. Le retour à la république emporte alors nombre d'avancées sur le plan des libertés.

II. L'isonomia grecque

Après la parenthèse tyrannique, Clisthène, au 6^e siècle av. J.-C., réorganise la cité autour du *dème*⁸⁷ et de l'*isonomia*. Des familles tirées au sort vont être des représentantes au sein du *dème*, peu importe leurs richesses ou leur importance, le tirage au sort a comme vertu la stricte égalité puisqu'il évite les malversations de la richesse. Évidemment, les conditions d'accès au *dème* restent les mêmes que pour la citoyenneté.

Cette instance politique se construit avec le concept d'*isonomia*. Strictement parlant, l'*isonomia* désigne l'égalité devant la loi⁸⁸. Déjà l'idée d'égalité de tous devant la loi est

⁸¹ *Id.*

⁸² *Id.*

⁸³ D. SCHMIDTZ et J. BRENNAN, préc., note 72.

⁸⁴ Louise-Marie L'HOMME-WERY, « Perdre sa liberté et la retrouver dans l'Athènes de Solon - Persée », (2008) 3-2 *Actes du Groupe de Recherches sur l'Esclavage depuis l'Antiquité* 395, 407.

⁸⁵ D. SCHMIDTZ et J. BRENNAN, préc., note 72.

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ Une sorte d'arrondissement au sein de la cité. Une organisation territoriale plus petite.

⁸⁸ Isonomie est formé d'*isos* (même) et *nomia* (la règle, la coutume)

précurseur puisqu'elle implique et l'égalité et la légalité⁸⁹. Pour se construire pleinement, l'*isonomia* suppose trois règles : 1. Le tirage au sort de représentant sans considération de leurs familles ou richesses. 2. La responsabilité des tirés au sort de leurs actes. Ils doivent se justifier à la fin de leurs mandats et peuvent être punis. 3. Les délibérations du conseil sont publiques et les citoyens non élus peuvent y participer, la parole est libre⁹⁰.

Nous noterons l'actualité de ces règles qui ont irrigué nos démocraties occidentales et qui peuvent être précurseurs de bon nombre de piliers de l'État de droit⁹¹. La règle numéro 3 est d'abord à entendre non pas comme une liberté d'expression absolue, d'une part puisque seuls les citoyens y ont droit, d'autre part, puisqu'elle s'entend comme une égalité stricte de toutes les opinions, soit l'*isegoria*. C'est au 5^e siècle avant notre ère que l'*isegoria* va laisser place à une conception plus poussée, à savoir la *parrèsia*, le droit de tout dire sans représailles⁹².

À la lueur de ces exemples, nous pouvons observer que la liberté se construit lentement de façon pragmatique pour assurer une fonction politique sur des sujets précis et catégoriels. C'est encore une fois, dans l'histoire, de tristes événements qui renforcent le concept.

III. La consécration de la liberté dans le monde grec par la victoire sur la Perse.

Entre 499 et 449 av. J.-C, le monde grec se rassemble pour combattre l'Empire perse de Darius puis Xerxès. De cette unité va découler une idéalisation de la liberté.

L'Empire perse tente d'asseoir son autorité à l'ouest, après avoir conquis une grande partie de l'Asie Mineure. Les Cités grecques sont constituées encore en entités politiquement autonomes, mais commerçant entre elles, et, à l'occasion, se faisant la guerre. Les Athéniens sont une république là où les spartiates sont un système mélangé entre une aristocratie, une dyarchie, une tyrannie et une assemblée⁹³. Les Grecs voient alors que les Perses ne sont pas aussi libres qu'eux et que contrairement à leurs ennemis, leurs cités protègent leurs libertés. Ils vont ainsi considérer que leur victoire est en partie due à cette liberté, puisque chaque citoyen grec a trop

⁸⁹ D. GODEFRIDI, préc., note 77.

⁹⁰ Voir : *Id.*

⁹¹ L'*isonomie* supposerait la séparation des pouvoirs, voir : *Id.*

⁹² D. SCHMIDTZ et J. BRENNAN, préc., note 72.

⁹³ Edmond LEVY, *Sparte : histoire politique et sociale jusqu'à la conquête romaine*, coll. « Points. Histoire », Paris, Seuil, 2003.

à perdre en cas de défaite. Dès lors, celle-ci va être élevée au rang de valeur cardinale de leur société⁹⁴, une prémisse à notre compréhension du concept.

Périclès accède au pouvoir en 460 av. J.-C, il est le premier à définir Athènes comme libre. Il définit la liberté en la décomposant en 3 points : les libertés civiles : l'*isonomia*, les libertés personnelles : soient l'auctoritas dans les affaires personnelles, être maître en son foyer. Enfin, la liberté souveraine : un précurseur à la souveraineté de l'État dans les relations internationales⁹⁵. L'illustre Chef est le premier dans l'histoire occidentale à supposer l'individualisme propre à l'individu⁹⁶, bien avant Aristote⁹⁷. Observons ici qu'évidemment il ne crée surement pas l'idée de l'individu un dans son corps différent d'autrui, mais il le pose et l'exprime politiquement.

Avec Périclès, on observe la mue du concept, qui devient hégémonique dans la conception de l'humain. Il résonne à notre oreille comme nous pouvons l'entendre aujourd'hui. En d'autres termes, la liberté passe d'un champ restreint et catégoriel (la liberté d'expression, la liberté de se déplacer, la liberté de religion, etc.) à une capacité propre de l'Homme à savoir la liberté dans l'individualité. Nous passons de « j'ai la liberté de » à « je suis libre »⁹⁸, soit dans le premier cas, un avoir, une capacité politique à, dans le second cas, une capacité essentialisante de l'Homme. Dans cette conception, un individu serait par essence libre. Pour autant, ce concept ne rend pas encore la liberté opératoire sur un plan juridique, c'est une pétition de valeur qui va d'ailleurs se perdre au moyen-âge. Ce sont les Romains qui vont donner les instruments juridiques d'où la liberté tient son essence et effectivité pratique.

Paragraphe B. La timide consécration juridique de la liberté dans le droit romain

La civilisation romaine, dans son exceptionnelle longévité, a forgé nombre de concepts de Droit que nous connaissons aujourd'hui et qui servent encore nos systèmes juridiques. La liberté dans le droit romain n'est toujours pas une nécessité à la construction d'un système et l'individualité

⁹⁴ D. SCHMIDTZ et J. BRENNAN, préc., note 72.

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ *Id.*, à la p. 49 « Nevertheless, Danford says, for at least the generation of Pericles, there was such a thing as Athenian individualism – where 'individualism' presupposes that people should be understood first as individual organisms, and only secondarily as organisms who need to cooperate if they are to flourish. ».

⁹⁷ 1 siècle d'écart environ.

⁹⁸ *Id.* à la p. 49.

n'est pas encore pleinement reconnue. En outre, le système romain se heurte juridiquement à la notion de *fatum*, soit de destin. Jean Paul Sartre définit le destin comme une détermination inconditionnelle et nécessaire⁹⁹ du devenir ou une action se produit sans considération de son antécédent¹⁰⁰. La fatalité va être rapidement dépassée et le droit romain dans son optique de *Pax Romana*¹⁰¹ va construire un univers processuel juridique dont l'externalité positive est la création d'un régime de liberté et une libération par la procédure.

I. Le statut de l'Homme libre n'a pas de prix

À Rome, le statut d'Homme libre (*liber*) se distingue essentiellement de l'esclave. Parmi les Hommes libres, nous pouvons trouver les citoyens romains (eux-mêmes divisés en catégories) soumis au *ius civilis*, les citoyens latins dont le statut est un peu inférieur aux Romains, les Pérégrins ou les citoyens d'une communauté extérieure à l'empire, les affranchis, des esclaves libérés, les barbares, des étrangers et enfin les *déditices*, soit des étrangers appartenant à une tribu vaincue. Chacun jouit de droit et est soumis au *ius gentium*¹⁰². À Rome comme en Grèce, et avant en Mésopotamie, la chanson est la même, puisque des inégalités de richesses et des créances impayées poussent les personnes libres pauvres à se vendre eux-mêmes pour quelques deniers¹⁰³. Cette possibilité est très vite écartée par les juristes romains.

Dans un premier temps, pour contrer cet état de fait, la personne libre va être considérée comme ne pouvant faire l'objet de promesse. Elle est assimilée à une prestation impossible qui n'existe pas¹⁰⁴. Dans un second temps, une proposition plus efficiente est faite en quoi l'Humain libre serait chose sacrée. En effet, le statut libre n'est pas un statut inné à Rome comme il pouvait l'être en Grèce ou plus tard dans l'Histoire. La servilité est une contingence dans l'histoire romaine, liée à une victoire ou défaite. Conséquemment, c'est à la société en

⁹⁹ Nécessaire se définit en philosophie comme : ce qui est et qui ne peut être autrement, son contraire est la contingence : ce qui est, mais qui pourrait être autrement.

¹⁰⁰ Voir : Jean-Paul SARTRE et Arlette ELKAÏM-SARTRE, *L'être et le néant: essai d'ontologie phénoménologique*, Paris, Gallimard, 2004.

¹⁰¹ Période de paix romaine du 1^{er} au 2^e siècle ap. J.-C

¹⁰² Voir : Hervé INGLEBERT, *Les participations à la romanité*, Paris, PUF, 2005.

¹⁰³ Voir : Yan THOMAS, « L'indisponibilité de la liberté en droit romain », (2007) 10-1 *Hypothèses* 379.

¹⁰⁴ *Id.*, 382.

place de maintenir en ordre cette réalité sociale¹⁰⁵. C'est sur le plan de la sacralité et l'interdiction de l'aliénation que les juristes romains vont parvenir à sanctifier le statut de la personne libre, par analogie avec les lieux sacrés ou les choses sacrées¹⁰⁶ avec l'adage « *de homine libero exhibendo* »¹⁰⁷.

Ainsi les Romains consacrent le caractère sacré de la personne libre. Dès lors, comme pour toute chose sacrée, elle est revêtue d'indisponibilité, soit « interdiction de disposer, frappant une personne dans l'ensemble de son patrimoine [...] »¹⁰⁸. Naturellement, la question de l'analogie avec la sacralité fait surgir la question de la possession, puisque la chose sacrée est inappropriable. La chose publique, elle – après controverse¹⁰⁹ – a connu un régime similaire sans toutefois être aussi précis, les citoyens en avaient l'usage sans toutefois la posséder. La personne libre se voit donc frapper de *res nullius* et personne sous peine de décapitation ne peut la rendre esclave. Aucune procédure romaine ne peut mettre « ce statut en réserve »¹¹⁰ et même l'affranchi ne pouvait se voir déchoir de son affranchissement¹¹¹. Selon Yan thomas, juriste et historien français, il semble que :

Aujourd'hui encore, nous ne sommes pas très éloignés de la pensée d'un tel fondement, lorsqu'il nous arrive de dire que la liberté de l'homme est sacrée. Nous pensons par là qu'elle est d'une valeur trop éminente pour n'être qu'institutionnellement garantie. Nous la plaçons au-delà de toute institution possible, nous tentons de l'inscrire dans une sphère supraconstitutionnelle et permanente, celle qu'impose sans conteste et universellement l'assurance ou la vue d'un droit transcendant, d'un droit qui s'impose au droit lui-même.¹¹²

Les Romains donnent les instruments juridiques pour assurer l'indisponibilité de la personne libre et donc, perdurer sa liberté. Mais sur d'autres points, ils se heurtent à une conception de la religion et du destin, c'est ce que nous allons voir désormais¹¹³.

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Id.*, p. 401.

¹⁰⁸ G. CORNU, préc., note 4, p. 541.

¹⁰⁹ Y. THOMAS, préc., note 103, La chose sacrée appartenait-elle à la cité ? ou aux citoyens en indivision ?

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ Jacques RAMIN et Paul VEYNE, « Droit romain et société : les hommes libres qui passent pour esclaves et l'esclavage volontaire », (1981) 30-4 *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte* 472.

¹¹² Y. THOMAS, préc., note 103, 400.

¹¹³ J. RAMIN et P. VEYNE, préc., note 111.

II. La difficile rencontre du destin et de la liberté dans la pratique juridique

La définition stricte du destin ne laisse aucune place à la liberté ou à la responsabilité (concept que nous explorerons plus loin). Dans sa conception religieuse, toute action serait l'œuvre des Dieux ou de Dieu. Comment marier cela avec le droit dans un but d'assurer l'ordre public ?

En effet, naturellement, le principe de destinée ne laisse que peu de place aux contingences humaines¹¹⁴. Le problème se pose chez les Romains comme il se posera pour les chrétiens plus tard. Ainsi, pour y répondre, les Romains assouplissent la conception stricte grecque pour laisser une place à l'homme. Le destin n'est plus nécessairement tracé, l'homme doit le préparer¹¹⁵. Le *fatum* se transforme en balise des choix que l'humain peut faire. Il faut aussi noter que le Droit à Rome est l'œuvre des Pontifes, à la fois Prêtre et Jurisconsultes¹¹⁶. La confusion des genres aurait pu être pleine et entière, mais les Romains ont très vite réussi à séculariser le Droit. Ainsi, les cercles d'Augures romains sont les lecteurs du destin. Ils doivent anticiper le futur pour connaître *fas* et *nefas*, soit ce qui est prohibé ou non par les dieux¹¹⁷. Par le rite des auspices, les augures peuvent « vérifier si l'harmonie règne entre les dieux et les hommes »¹¹⁸ afin de légitimer ou non une décision libre. C'est un espace de liberté qui est instauré.

Avec cette espace désormais instauré, les Romains peuvent y faire découler toute une conception juridique nouvelle comme la prévision et l'imprévision, qui suppose la liberté et non le destin. Par conséquent un acte, dans le domaine de la responsabilité contractuelle romaine, est attaquant si cet acte est imprévisible pour autrui, si ce même acte est anormal et s'il existait une autre possibilité d'action (*culpa*)¹¹⁹. Dans le domaine de la responsabilité civile, idem, *la culpa* est une condition nécessaire pour rendre l'acte fautif¹²⁰.

¹¹⁴ Y. THOMAS, préc., note 103.

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ J. RAMIN et P. VEYNE, préc., note 111.

¹¹⁸ *Id.*, 491

¹¹⁹ *Id.*, 480-495.

¹²⁰ *Id.*

Pour autant, ces quelques espaces de liberté ne font pas du droit romain un droit attaché à la notion d'autonomie ou de liberté de l'individu. Le droit pénal, par exemple, ne se fonde aucunement sur la subjectivité de l'auteur de l'acte¹²¹, ce qui est jugé est l'acte en lui-même. La question posée est celle alors de la justification de l'acte vis-à-vis de la loi (*de iure*). Aucune circonstance atténuante ou aggravante liée à l'auteur n'existe¹²². Dans l'exercice judiciaire romain :

C'est l'acte qui est pesé, jugé, comparé à d'autres actes et non la personne, qui n'est pas une unité psychologique s'impliquant dans le monde, mais un agent posant des actes qui sont ou non iure, conformes au droit. Le système juridique est conçu comme un ensemble de modèles sociaux impératifs et non comme le fil conducteur d'une volonté qui serait libre et autonome.¹²³

Par conséquent, le droit romain, quoique laissant un interstice d'où se dégage un début de liberté, ne la considère pas. La conception première de son droit fait primer les impératifs sociaux et la paix sociale. Cependant, nous remarquerons que les Romains font les premiers une place au choix dans l'action en tant que constituant du libre. C'est surtout l'essor d'une procédure lors des procès qui est à l'origine d'une mise en forme de liberté. Après les Romains, l'Histoire connaît un long silence quant à la liberté.

Paragraphe C. Du Moyen-Âge à l'époque moderne, du silence sur la liberté à sa consécration

Le Moyen Âge en Europe est une période où l'Empire romain laisse place à la féodalité. Un nouveau système. Ce système que de récentes littératures estiment être une panacée du contractualisme¹²⁴ et, donc, de la liberté, se révéla au contraire avare quant à la notion¹²⁵. C'est encore une fois, à la suite d'un conflit politique entre seigneurs et suzerain anglais que les libertés vont être proclamées avec la proclamation de la Magna carta.

¹²¹ *Id.*

¹²² *Id.*

¹²³ René ROBAYE, « Destin, liberté et culpabilité en droit romain classique », *Variations sur l'éthique : Hommage à Jacques Dabin*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1994, n° 30.

¹²⁴ Cédric DURAND, *Technoféodalisme : Critique de l'économie numérique*, coll. « zones », Paris, la Découverte, 2020, p. 180.

¹²⁵ D. SCHMIDTZ et Jason BRENNAN, « The Rule of Law: AD 1075 », dans *A Brief History of Liberty*, Wiley Online Library, 2010, p. 60-92.

I. L'absence de notion de liberté dans le Moyen Âge féodal

Le féodalisme est un système économique et politique qui soutient le Moyen Âge entre le IX^e et le XII^e siècle en Europe. Le système est composé de seigneurs qui exercent sur la terre qu'il possède (*dominium*) un pouvoir. Sur cette terre, des producteurs travaillent et y sont rattachés, ils sont sous la protection du seigneur et lui doivent l'impôt. Le Serf n'est pas propriété du seigneur comme peut l'être un esclave, mais il reste attaché à la Terre et est soumis à la puissance du roi. Le seigneur peut confier un fief, une partie de son territoire à un vassal, issue, souvent de l'aristocratie. Le Vassal bénéficie de la protection du seigneur, mais en contrepartie lui doit l'impôt et l'aider dans ses entreprises militaires¹²⁶.

Le système s'est vu définir comme un système contractuel où la liberté prédominait les modes de relations que ce soient entre vassal et suzerain ou entre seigneur et serf¹²⁷. Dans l'ouvrage « *a brief history of liberty* » les auteurs annoncent que :

[A] philosophical ideal, freedom of contract presupposes that bargainers have a right to walk away, to decline to trade. Feudal serfs, though, had no such right; moreover, had any such right been granted to them, they were in no position to exercise it.¹²⁸

Effectivement, la liberté ne semble pas guider les relations en ce temps. C'est plutôt la prédation¹²⁹ ou bien les contraintes de l'époque¹³⁰. Contraintes liées à la violence de l'époque, aux épidémies ou aussi aux coûts économiques et personnels que devrait la personne qui voudrait quitter son territoire de rattachement¹³¹.

¹²⁶ C. DURAND, préc., note 124, p. 179.

¹²⁷ *Id.*, p. 180.

¹²⁸ D. SCHMIDTZ et J. BRENNAN, préc., note 124.

¹²⁹ C. DURAND, préc., note 124.

¹³⁰ Marc BLOCH, *La société féodale*, coll. « Classiques des sciences sociales. Les auteurs classiques », Chicoutimi, J.-M. Tremblay, 2005.

¹³¹ C. DURAND, préc., note 124.

II. La Magna carta où la naissance du champ des libertés par la lutte

En 1215, la Grande Charte des droits¹³² est adoptée en Angleterre sous le nom de *Magna carta Libertatum*¹³³, elle est le fruit d'une nécessité politique de la part de la couronne pour offrir au puissant seigneur des gages¹³⁴. Des gages qui vont prendre le nom de liberté et « offrir un point de ralliement idéologique aux défenseurs de libertés » selon le dictionnaire de la culture juridique¹³⁵.

D'une part, la *Magna carta* n'est pas le fruit du hasard, « elle ne se crée pas *ex nihilo* »¹³⁶. Elle a des ancêtres dont elles s'inspirent¹³⁷. D'autre part, surtout, elle s'explique par les événements politiques précédents son adoption. Richard cœur de lion laisse le trône à son neveu à sa mort. Mais Jean sans Terre s'en empare et le fait exécuter. S'en suit un règne qualifié de sombre dont découle la perte de la Normandie par les Anglais, une révolte des barons anglais contre la naissance d'un absolutisme en Angleterre, une taxation trop importante, des pertes militaires contre les Français et l'excommunication de l'église du roi¹³⁸. L'instabilité est maîtresse du changement et les barons grâce à l'Église parviennent à faire adopter ladite Charte. Elle est rapidement annulée par le roi et le pape Innocent III qui y voit lui aussi une menace. Cependant, la mort du roi permet la réadoption de la Charte en 1216¹³⁹.

Que contient-elle ? Dans le cadre de l'impôt, elle contient un droit d'être convoqué au Grand conseil pour justifier de la taxe. Ce conseil peut en outre y poser un veto, notamment concernant l'écuage relatif au domaine de la vassalité. Le consentement est considéré comme une action de la volonté et en ce sens de la liberté¹⁴⁰. Il constitue aussi une obligation. Donc,

¹³² Magna Carta, 1215.

¹³³ *Id.* Voir aussi : Muriel FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, Paris, Presses Universitaires de France, 2018, p. 22.

¹³⁴ *Id.*, p. 22-23.

¹³⁵ Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{ère} éd., coll. « Quadrige, Dicos poche », Paris, Lamy, 2019, p. 981.

¹³⁶ Ramu DE BELLESCIZE, « Le mythe de la Magna Carta comme point de départ du consentement à l'impôt », (2021) 1-1 *Gestion & Finances Publiques* 14.

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ D. ALLAND et S. RIALS, préc., note 135.

¹⁴⁰ M. FABRE-MAGNAN, préc., note 133.

il vient lier la partie consentante pour renier une partie de son libre-choix¹⁴¹. En outre, la légalité des délits et peines constitue l'autre fondement important de la Charte¹⁴². Elle est intéressante sur le plan des libertés puisqu'elle prévoit que les hommes libres ne puissent faire l'objet d'une condamnation sans loi¹⁴³. Le principe de légalité en somme. La référence à l'homme libre s'entend ici comme une personne non condamnée. D'autres articles épars irriguent le texte. La *Magna carta* est belle dans le sens où elle est la première pierre à la création de nos États fondés sur le culte des droits, libertés et État de droit.

Ce dernier point évoqué est en 1679 approfondi avec *l'habeas corpus*¹⁴⁴ avec un régime de procédure à suivre pour protéger de l'arbitraire tant du juge que du pouvoir, mais, tout en assurant un contrôle du juge sur l'exécutif. *L'habeas corpus* est aussi établi dans une période d'instabilité et en réaction au pouvoir¹⁴⁵. Mais ce texte est déjà écrit sous l'influence de philosophes libéraux ayant pensé la liberté.

Section III. Conclusion partielle.

Nous avons ici tenté d'écrire une courte et fragmentaire histoire de la Liberté attachée à des événements et des périodes distinctes. L'étude de la langue nous permet d'énoncer que la liberté se construit d'abord en tant que statut de celui qui n'est pas esclave. La liberté est donc 1. Une négative d'un statut et 2. Rattaché à un territoire. Ces deux caractéristiques sont des prédicats que l'on retrouve dans le cadre de l'indépendance judiciaire puisque celle-ci se comprend comme attaché à des institutions (un for) et la négative de la partialité¹⁴⁶.

Nous pouvons observer qu'elle s'anime et se crée soit en tant que moyen, qu'il soit politique ou juridique pour assurer la paix sociale. Soit, elle s'anime à l'issue de lutte portant non pas sur « la liberté », mais sur des considérations pratiques ou guerrières. Le fruit en résultant n'est pas, dans l'histoire, la liberté – sauf ponctuellement érigé en valeur avec Périclès – mais est multiple : les libertés. Les libertés se trouvent alors être des avoirs, comme des objets

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² D. ALLAND et S. RIALS, préc., note 135.

¹⁴³ *Id.*

¹⁴⁴ *Habeas corpus Act, 1679.*

¹⁴⁵ D. ALLAND et S. RIALS, préc., note 135, p. 977.

¹⁴⁶ *Infra*, p. 39-50

immatériels plutôt que comme une capacité, telle que nous l'entendrions dans notre conception moderne. En tant qu'actifs, fruit de l'histoire, elles sont assurées proscrites et limitées par une autorité souveraine (la cité, l'empire ou la couronne), elles sont donc hétéronomes. Caractéristique que l'on retrouve pour la liberté du juge. Par-là, les libertés accompagnent le pouvoir autant qu'elles le limitent, ils sont interdépendants. Dans tous ces cas, les libertés sont des constructions récentes.

Dès lors, notre préjugé de départ était faux. La recherche de la liberté n'est pas un fondement de la vie en société. Elle semble plus être un moyen d'organiser la vie politique. Par conséquent, nous pouvons en conclure qu'elle est une création juridique et institutionnelle, protégée par les institutions et intériorisée par les justiciables.

Les philosophes ont tenté de systématiser le concept avec l'intuition qu'elle ferait partie de l'essence humaine. Pour autant, ils se heurtent à des paradoxes inhérents à la réflexion comme l'existence de détermination, que la science révèle toujours plus, ou de contraintes qui explique mieux que la liberté les actes humains.

Chapitre 2. La compatibilité entre la liberté, le déterminisme et la contrainte

Si l'Histoire a fait émerger lentement et timidement de ses entrailles les notions de libertés, elles sont ensuite au cours des trois derniers siècles devenues la pierre angulaire du droit et de la vie en société dans nos régions. Notamment grâce à la révolution cartésienne de Descartes¹⁴⁷ qui instaure l'individualité de l'être humain¹⁴⁸ par le *cogito*. C'est sous influence que le sujet est pensé au centre des interactions et que la liberté est faite essence de l'homme au-delà de la vie publique¹⁴⁹ puisque le sujet, *moi*, est la seule chose dont nous pouvons être sûr¹⁵⁰. Le sujet

¹⁴⁷ René DESCARTES, *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences*, Paris, Hachette et cie, 1878.

¹⁴⁸ Josiane BOULAD AYOUB et Paule Monique VERNES, *La révolution cartésienne*, coll. « Mercure du Nord », Québec, P.U.L., 2006.

¹⁴⁹ Thierry MENISSIER, *Descartes, Machiavel et la politique dans les Lettres à Elisabeth*, Rouen, formation permanente des professeurs de philosophie de l'académie de Rouen, Journées d'étude sur « La correspondance de Descartes », formation permanente des professeurs de philosophie de l'académie de Rouen, 2001.

¹⁵⁰ R. DESCARTES, préc., note 147.

intéresse principalement la métaphysique et l'ontologie¹⁵¹ et il pose énormément de problèmes auxquels nous ne pouvons répondre. Le juge est un sujet, un *moi*, conséquemment, s'intéresser à ces définitions permettra de les appliquer aux juges en tant que personnes. Nous ne répondrons pas à la question si le sujet est libre et nous ne pouvons prétendre à l'exhaustivité, bien que nous soulèverons des pistes portées par les définitions de philosophies (**section 1**). Les définitions de philosophie établissent un paradoxe, insurmontable en l'état de sciences, qui est celui de la compatibilité ou l'incompatibilité du libre arbitre, liberté (indistinctement) avec le déterminisme. Nous verrons que nos droits modernes présupposent la compatibilité entre les deux (**section 2**)

Section I. Quelques définitions préliminaires

Il nous faut définir les concepts de philosophies avec lesquels nous allons jouer ensuite pour les comprendre. Ainsi, nous analyserons rapidement le fatum (**Par. A**) qui depuis bien longtemps a été abandonné au profit de la contrainte (**Par. B**) et du déterminisme (**Par. C**). Évidemment, il nous faudra définir simplement la liberté et le libre arbitre (**Par. D**). Les comprendre est primordial pour la suite.

Paragraphe A. Le Fatum

La fatalité est la force d'ordre cosmique ou divine qui est exercée sur les individus et contraignent leurs actes¹⁵². Le destin ainsi entendu provoque une irrémédiable envie d'inaction chez l'individu puisque chacune de ses actions ou des actions qu'il va subir ne sont pas de son œuvre ni volonté¹⁵³. C'est ainsi que se résume l'argument du paresseux décrié par Cicéron¹⁵⁴ ou ce que décrit Leibniz avec le *fatum mahummetum*¹⁵⁵. Pourtant, entendu ainsi, il ne laisse aucune place à des notions de moralité, responsabilité ou libre arbitre. De facto, le *fatum* n'est

¹⁵¹ Ontologie : l'étude de l'être

¹⁵² Marcus Tullius CICERO, *De Divination*, 1971, p. LV.

¹⁵³ *Id.*

¹⁵⁴ Robert MULLER, « Signification historique et philosophique de l'argument souverain de Diodore », (1984) 2-1 *Revue de philosophie ancienne* 3.

¹⁵⁵ Gottfried Wilhelm LEIBNIZ et Jacques BRUNSCHWIG, *Essais de théodicée sur la bonté de Dieu, la liberté de l'homme et l'origine du mal*, Paris, Flammarion, 1969.

pas très efficient pour expliquer l'homme ou la société¹⁵⁶. De lui naissent bon nombre de paradoxes dont les philosophes sont conscients comme Saint Thomas d'Aquin qui remarque l'impossibilité de l'existence du péché ou du droit avec le destin¹⁵⁷. Les philosophes ont donc œuvré à ébrécher le principe.

Les philosophes chrétiens, Augustin le premier, vont s'atteler à libérer la pensée de ce carcan en incorporant l'idée du libre arbitre donné par Dieu aux hommes¹⁵⁸. Ainsi, le destin devient une force divine ou cosmique avec laquelle l'Homme doit composer. Pour Augustin, l'Homme est libre si son action est spontanée et exercée dans le cadre de la raison¹⁵⁹. Avec une telle argumentation, la punition peut être justifiée par la présence dans l'Homme d'une marge de manœuvre. Dans cette conception, le libre est aussi assuré par la présence d'une force hétéronome : Dieu. Il n'est pas encore le fruit de l'individu lui-même. Leibniz pousse le raisonnement plus loin. Il émet l'idée du *fatum stoicum*¹⁶⁰, issue de ces ancêtres antiques que l'on pourrait résumer ainsi : il y a des choses qui dépendent de nous et d'autres non¹⁶¹. Les choses qui ne dépendent pas de nous sont des contraintes naturelles, qu'elles soient externes ou internes. En revanche ce qui dépend de nous appelle à la liberté.

Le destin n'est pas une conception suffisante. Il ouvre sur beaucoup trop de problèmes. Nous pouvons cependant le retrouver dans sa conception moderne, à savoir la nécessité ou la contrainte qui se marient beaucoup mieux avec le libre. Pour autant on retrouve une conception divinatoire avec l'essor des algorithmes¹⁶².

¹⁵⁶ Saint AUGUSTIN, *Traité du libre arbitre*, FB Edition, 2015.

¹⁵⁷ *Id.*, p. 135.

¹⁵⁸ *Id.*

¹⁵⁹ *Id.*

¹⁶⁰ G. W. LEIBNIZ et J. BRUNSCHWIG, préc., note 154, p. 6.

¹⁶¹ *Id.*, p. 6-9

¹⁶² Christophe LAZARO, « Le pouvoir "divinatoire" des algorithmes : de la prédiction à la préemption du futur », (2018) 42-2 *Anthropologie et Société* 127.

Paragraphe B. La contrainte consubstantielle à la liberté

La contrainte s'entend comme la force qui oblige l'individu¹⁶³ ou plus largement, au sens physique, la force attractive qui dépasse la force de résistance d'un objet¹⁶⁴. En ce sens la contrainte est le frein qui empêche la liberté de se développer lorsque sa force est supérieure à celle du vouloir de l'individu.

Cette force peut être naturelle. Dans ce sens c'est la nécessité des forces de la nature qui la fonde. Elle rappelle alors le *fatum stoicum* dans les choses qui ne dépendent pas de nous. Dans cet espace de contrainte liée aux forces des lois de la nature, la liberté s'entend par la négative de ces forces. Le libre est ce qui est permis dans l'espace de contrainte. Je ne peux pas naturellement voler, je suis contraint par la gravité, mais je peux marcher. Il n'y aurait pas de sens de proclamer que je ne suis pas libre de voler. Ce serait un non-sens. Mais, la force peut être l'œuvre du Droit ou d'une structure souveraine. À ce titre Maurice Allais note qu' « un droit sans une force pour le soutenir n'est plus un droit. La force est la seule base du droit »¹⁶⁵. Dans cette suite d'aphorisme, il entend démontrer que la contrainte et la force sont le fondement de la société et de la souveraineté. La liberté ne fait pas partie de ses fondements selon lui¹⁶⁶ et en ce sens l'histoire semble lui donner raison. Il se place en contradiction avec nombre de penseurs de son temps lorsqu'il évoque qu'« [i]l ne saurait y avoir de liberté véritable dans un système qui ignore ou ne connaît que la contrainte »¹⁶⁷, notamment avec F. Hayek pour qui la contrainte est le meurtrier des libertés¹⁶⁸. Par conséquent, dans la pensée du Viennois, il devrait y avoir moins de structures souveraines et leurs buts ne devraient être que d'assurer les libertés¹⁶⁹. Pour autant, un espace de pure contrainte serait

¹⁶³ Jean-Marc GOGLIN, « Déterminisme, contrainte et liberté. Contribution à une théorie thomiste de la liberté de choix », 2013, p. 26, en ligne : < extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fshs.hal.science%2Fhalshs-00841531%2Fdocument&clen=405439&pdfilename=JMG_Contribution_A_une_thA_orie_thomiste_d_e_lalibertA_de_choix.pdf >.

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ Maurice ALLAIS, « Quelques réflexions sur la Contrainte et la Liberté », (1952) *Revue française de science politique* 356.

¹⁶⁶ *Id.*, 359.

¹⁶⁷ *Id.*, 361.

¹⁶⁸ Friedrich A. HAYEK et Philippe NEMO, *Droit, législation et liberté*, Paris, Presses Universitaires France, 2008.

¹⁶⁹ Raymond ARON, « La définition libérale de la liberté. I: A propos du livre de F. A. Hayek "The Constitution of Liberty" », (1961) 2-2 *European Journal of Sociology* 199.

évidemment totalitaire ou autoritaire¹⁷⁰, mais un espace sans contrainte (si tant est qu'il puisse exister) serait un retour au chaos de l'État de nature. D'autant plus que la recherche d'un espace sans force résulte sur un espace encore plus contraint¹⁷¹ comme peut le montrer l'ouvrage, certes fictionnel, de Krakauer¹⁷².

Effectivement, à la lueur de l'histoire nous pouvons être d'accord avec Maurice Allais et Raymond Aron pour qui la contrainte est le fondement de l'exercice des libertés et qu'elles ne sauraient exister sans cette circonscription par la force. En ce sens, la contrainte n'est pas le contraire de la liberté, mais sa condition consubstantielle. Le véritable antagoniste à la liberté est le déterminisme.

Paragraphe C. Le déterminisme ou l'impossibilité du libre

La pensée déterministe découle de la pensée du *fatum*¹⁷³ et le meilleur moyen de définir la détermination est de lire comment les stoïciens avec Cicéron définissaient le *fatum* :

J'appelle destin (*fatum*) ce que les Grecs appellent heimarménè, c'est-à-dire l'ordre et la série des causes, quand une cause liée à une autre produit d'elle-même un effet. (...) On comprend dès lors que le destin n'est pas ce qu'entend la superstition, mais ce que dit la science, à savoir la cause éternelle des choses, en vertu de laquelle les faits passés sont arrivés, les présents arrivent et les futurs doivent arriver.¹⁷⁴

C'est une vision causale et scientifique du monde qui a remplacé une vision théiste des chaînes causales. Chaque cause a un effet déterminé par des lois établies de la matière, c'est un concept de logique. L'idée provient de Laplace¹⁷⁵ à l'origine. Si l'on considère l'humain comme étant de la matière, soit que nous réfutions le dualisme cartésien¹⁷⁶, il semble séduisant de considérer que nous aussi serions déterminés et que nos actes seraient conséquences de déterminations

¹⁷⁰ M. ALLAIS, préc., note 162.

¹⁷¹ *Id.*

¹⁷² Jon KRAKAUER, *Voyage au bout de la solitude: récit*, trad. par Christian MOLINIER, Paris, Presses de la Cité, 2008.

¹⁷³ Voir : SPINOZA, Pierre François MOREAU, Fokke AKKERMAN et Jacqueline LAGREE, *Traité théologico-politique*, 1^{ère} éd, coll. Œuvres / Spinoza, n°3, Paris, Presses universitaires de France, 1999. Ce qui s'explique « les décrets de Dieu ne sont rien d'autre que les lois de la Nature ».

¹⁷⁴ M. T. CICERO, préc., note 152.

¹⁷⁵ René DE QUENAUDON, « Droit et déterminisme », dans Philippe SIMLER, Nicolas RONTCHEVSKY, Jérôme Lasserre CAPDEVILLE et Thibault de Ravel D'ESCLAPON (dir.), *Liber Amicorum : Mélanges en l'honneur de Patrice et Michel Storck*, Paris, Dalloz-Joly, 2020, p. 889.

¹⁷⁶ Qui consiste à penser que l'Humain est un corps et un esprit différent, mais qui interagissent

autres que nous-mêmes. Pour autant, le déterminisme ne veut pas dire prédictible. Selon cette théorie quelles sont nos déterminations ?

I. Les affects spinoziens

Sans rentrer dans le détail d'une explication précise, l'une des caractéristiques essentielles du déterminisme spinozien est la présence d'affect¹⁷⁷. Ces affects (*affectus*) peuvent être définis comme des passions ou des émotions¹⁷⁸ qui meuvent le comportement comme la joie, la tristesse ou les appétits (désirs) de l'humain. Ils peuvent être contradictoires entre eux et le plus dominant déterminera les actions de la personne¹⁷⁹. Dans cette optique, Spinoza explique que ces affects insidieusement briment notre liberté alors même que les personnes se pensent libres, à ce titre il écrit que « Ce que j'appelle esclavage, c'est l'impuissance de l'homme à gouverner et à contenir ses affects. L'homme en effet, quand il est soumis à ses affects, ne se possède plus »¹⁸⁰. Des mouvements intérieurs quelque'en soit l'origine qui nous mettent en mouvement et nous poussent à l'action¹⁸¹. Par analogie, les biais systématiques de l'esprit, qui faussent notre raison¹⁸², raisonnent comme des affects qui animent nos réflexions¹⁸³.

La pensée de Spinoza prend le contre-pied des philosophies antérieures puisque là où beaucoup voyaient dans la seule volonté de l'homme la liberté, le philosophe montre qu'en quelque sorte la personne peut être esclave d'elle-même. Pour autant ces déterminations ne sont pas inéluctables et la raison est son remède¹⁸⁴. Cette explication raisonne chez nombre de penseurs encore aujourd'hui notamment dans les sciences humaines.

¹⁷⁷ Baruch SPINOZA, « Quatrième partie - De l'esclavage de l'homme ou de la force des passions », dans Fokke AKKERMAN et Piet STEENBAKKERS (dir.), *Ethique*, trad. par Pierre-François MOREAU, coll. « Œuvres, 4 Épiméthée », Paris, PUF, 2020.

¹⁷⁸ Émotion vient de *movere* mettre en mouvement en latin

¹⁷⁹ B. SPINOZA et al., préc., note 173.

¹⁸⁰ *Id.*, préface.

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² B. SPINOZA et al., préc., note 173, p. 111.

¹⁸³ S. AUGUSTIN, préc., note 156.

¹⁸⁴ B. SPINOZA et al., préc., note 173, p. 111.

II. Le déterminisme social et la structure sociale

La sociologie holistique créée par Emile Durkheim impose l'idée que la société détermine un comportement à l'individu¹⁸⁵. En d'autres termes le fait social détermine les comportements individuels. Nous retrouvons aussi cette idée chez Pierre Bourdieu par la voie de l'habitus et des déterminismes sociaux. Pour ce dernier l'habitus, « *système de disposition réglé* »¹⁸⁶ est la matrice du comportement et influence la vie même dans les cadres les plus intimes. On retrouve une dimension similaire dans la pensée de Karl Marx avec les structure et superstructure qui déterminent les consciences de soi – des illusions – selon Marx¹⁸⁷. Les penseurs du déterminisme sociaux sont nombreux et leurs pensées peuvent se résumer en ce que la société dans ce qu'elle a de plus global détermine l'homme, le libre arbitre n'est alors qu'une illusion sociale.

III. Les déterminations biologiques

Le déterminisme laplacien coïncide avec l'essor des sciences. Aujourd'hui encore l'essor des sciences du cerveau pousse à croire encore plus à un déterminisme biologique¹⁸⁸. Pourtant son fondement est éculé et ancien. Il peut remonter à l'essor de la neuroanatomie au 19^e siècle qui étudie les victimes de lésions cérébrales et les comportements s'en suivant¹⁸⁹. Cette matière a montré le lien qu'il pouvait exister entre moral en action et cerveaux. La neurochimie, dans le même temps, a montré comment la chimie pouvait influencer les comportements, notamment avec l'exemple de la psychopathie¹⁹⁰. En outre, après le cerveau, c'est l'étude du gène qui prend place dans un déterminisme génétique¹⁹¹, qui ouvre la voie à

¹⁸⁵ Voir : Émile DURKHEIM, *Le suicide (1887)*, Paris, Edition Payot, 2009.

¹⁸⁶ Voir : Pierre BOURDIEU, *La distinction*, Paris, Edition de minuit, 1979

¹⁸⁷ Voir : Karl MARX, *le Capital. Critique de l'économie politique (1867)*, Paris, Gallimard, 2008.

¹⁸⁸ Voir : Peggy LARRIEU, « Neurosciences et évaluation de la dangerosité. Entre néo-déterminisme et libre-arbitre », (2014) 72-1 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1.

¹⁸⁹ *Id.*

¹⁹⁰ *Id.*

¹⁹¹ Voir : Jean GAYON, « Chapitre 4. Déterminisme génétique, déterminisme bernardien, déterminisme laplacien », dans *Le hasard au cœur de la cellule*, coll. « Sciences & philosophie », Paris, Éditions Matériologiques, 2011, p. 112-129.

la découverte fort déprimante du gène du criminel¹⁹². Le risque du réductionnisme biologique et génétique fait pondre les horreurs d'un eugénisme comme nous l'avons déjà connu par l'essentialisation de microcaractéristiques à l'ensemble de l'homme.

D'autant plus que ces considérations ne peuvent à elles seules expliquer les comportements puisqu'elles ne sont pas des causes nécessaires et suffisantes d'un comportement donné, mais seulement une cause probable. En d'autres termes, la présence d'un gène ou d'une atrophie cérébrale n'offre que statistiquement plus de chance qu'un comportement se déroule ou non. D'autant plus qu'il faille lire cette présence avec l'environnement qui va influencer ce gène ou le cerveau (épigénétique ou plasticité cérébrale.)¹⁹³.

Le sujet est passionnant, mais nous ne pouvons aller plus loin. Il faut retenir que nos actions peuvent être déterminées par notre nature mariée avec l'environnement. Ces théories ont été à l'origine de création d'outils marketing ou de gouvernance comme le *nudge*¹⁹⁴, dont les exemples nous montrent que la réalité déterministe existe¹⁹⁵.

Paragraphe D. La Liberté et le libre arbitre

Montesquieu écrit « qu'il n'y a point de mot qui ait reçu plus de différentes significations, et qui ait frappé les esprits de tant de manière que celui des libertés »¹⁹⁶, le concept est en effet difficile à expliquer et les nombreux problèmes qu'ils posent ne peuvent être résolus¹⁹⁷.

Au sens strict, le libre renvoie à celui qui n'est soumis à aucune contrainte. Mais cette définition ne peut suffire à comprendre et circonscrire la liberté comme nous l'avons vu plus haut. Relatif

¹⁹² FRANCE TELEVISION, « Existe-t-il un gène du criminel ? Des chercheurs relancent le débat », *Franceinfo* (2014), en ligne : <https://www.francetvinfo.fr/existe-t-il-un-gene-du-criminel-une-etude-relance-le-debat_730485.html> (consulté le 6 décembre 2022).

¹⁹³ Peggy LARRIEU, Bernard ROULLET et Colin GAVAGHAN, « Neuro-lex sed... dura-lex, L'impact des neurosciences sur les disciplines juridiques », (2013) 16 *Journal de Droit Comparé du Pacifique* 251.

¹⁹⁴ Richard H. THALER et Cass R. SUNSTEIN, « Nudge : improving decisions about health », (2008) 6 *Wealth, and Happiness* 14.

¹⁹⁵ Sur ce sujet, voir aussi : Ugo GILBERT TREMBLAY, *La responsabilité criminelle a-t-elle un avenir? : enquête sur les fondements philosophiques, juridiques et psychologiques de l'imputabilité pénale à l'ère des neurosciences*, Montréal, les éditions Thémis, 2023.

¹⁹⁶ C.-L. DE SECONDAT MONTESQUIEU, préc., note 43.

¹⁹⁷ M. FABRE-MAGNAN, préc., note 133.

à la définition de déterminisme, le libre exprime l'idée d'être la cause première de ses actes¹⁹⁸ et l'auteur de l'acte. En ce sens, elle est œuvre d'une volonté spontanée¹⁹⁹. Selon la plupart des penseurs, elle ne peut s'effectuer sans l'usage de la raison²⁰⁰. La liberté renvoie aussi à l'autonomie, c'est-à-dire d'être l'auteur de ses propres lois et d'être conforme à soi-même. Celui qui est libre est celui qui exprime sa volonté donc celui qui s'autodétermine. Pour beaucoup de philosophes, la liberté se caractérise aussi ou essentiellement par le choix, c'est la possibilité de Descartes²⁰¹ ou Locke²⁰². L'autre terme connexe qui renvoie à la liberté est le libre arbitre. Bossuet écrit que le mot libre arbitre désigne « le pouvoir de se déterminer soi-même sans être déterminé par rien »²⁰³. L'arbitre sous-tend la capacité de raison puisqu'il faut que celui-ci choisisse en connaissance de cause, en connaissance de ce qui est abandonné par le choix.

Sans pouvoir aller malheureusement plus loin, nous voyons bien que le déterminisme est l'ennemi héréditaire de la liberté tant les conceptions paraissent éloignées. Il nous faut voir les différentes théories qui ont tenté de rapprocher ou non les deux notions.

Section II. Le droit et la compatibilité du libre et du déterminisme

Si des indices scientifiques nous poussent à croire au tout-déterminisme, il reste que l'impression personnelle et la volonté nous font croire libre. Ainsi, certaines théories ont tenté tantôt d'annihiler l'un ou l'autre des concepts par des systèmes de pensées, tantôt de créer des systèmes où les deux peuvent coexister, on parle alors de théorie compatibiliste ou incompatibilistes (**Par. A**). Bien loin, de ces problèmes ontologiques et métaphysiques, notre Droit dispose d'un ensemble de norme qui font coexister les deux notions. Au sens philosophique, le droit est compatibiliste (**Par B**).

¹⁹⁸ Mehdi KEBIR, *Le libre arbitre du juge*, Thèse de doctorat, Tours, université François-Rabelais de Tours, 2017, p. 20.

¹⁹⁹ *Id.*

²⁰⁰ Baruch SPINOZA, *Ethique*, trad. par Pierre-François MOREAU, coll. « Oeuvres, 4 Épiméthée », Paris, PUF, 2020.

²⁰¹ R. DESCARTES, préc., note 147, « Nous pouvons faire une chose ou ne pas la faire ».

²⁰² John LOCKE, *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, trad. par Pierre COSTE, coll. « Classiques de la philosophie », Paris, Librairie générale française, 2009.

²⁰³ J. B. BOSSUET, préc., note 45.

Paragraphe A. Les différentes théories

Il faut imaginer que le conflit entre liberté et déterminisme suppose 4 possibilités qui se recoupent en deux familles de deux positions antagonistes : les incompatibilistes, dont les noms évoquent leurs postures. Parmi eux on peut trouver les libertariens et les déterministes durs. Les compatibilistes recoupent les semi-compatibilistes et les compatibilistes purs qui se mélangent approximativement dans les mêmes théories et que nous traiterons ensemble.

I. Les incompatibilistes :

Libertarisme : le libertarisme soutient l'incompatibilité entre libre arbitre et déterminisme en soutenant que puisque les agents sont libres alors cette dernière est fausse. C'est une théorie qui prône un retour au dualisme cartésien en tant que l'esprit n'est pas lié au fonctionnement du corps ou bien prône une forme d'indétermination²⁰⁴. C'est-à-dire que l'action est indéterminée par rapport au facteurs causaux. C'est une théorie assez compliquée à tenir sans tenir pour vrai un certain nombre de croyances *ex nihilo*²⁰⁵.

Déterministe dur. C'est la position qui rejette le libre arbitre. L'ensemble des réalités serait relation de fait causal. C'est une position qui explique chaque choix par la résultante d'un ensemble de causes internes (fonctionnement biologique, affect) ou externes. Le déterministe dur tient pour vraie la théorie du chaos qui décrit qu'un système déterminé complexe est difficile à prévoir.

II. Les compatibilistes :

L'argument est simple, le déterminisme causal et le libre arbitre sont compatibles sans être logiquement incohérent²⁰⁶. Ces thèses prônent alors une compatibilité entre la responsabilité malgré les déterminations.

²⁰⁴ Voir : Robert NOZICK, *Anarchie, État et utopie*, coll. « Libre échange », Paris, PUF, 1988.

²⁰⁵ Daniel C. DENNETT, *Freedom evolves*, New York, Viking Books, 2004.

²⁰⁶ *Id.*

La plupart des philosophes classiques sont compatibilistes. Ainsi, Spinoza, quoiqu'à l'origine du déterminisme, pense que la raison et la compréhension de nos appétits et affects ne peut que nous pousser vers la liberté²⁰⁷. Spinoza écrit ainsi « la liberté n'est qu'à celui qui de son entier consentement vit sous la seule conduite de la Raison »²⁰⁸, ajoutant avec la même idée que « que l'individu privé de Raison vit dans l'État de nature suivant les lois de l'appétit en vertu du droit souverain de la Nature »²⁰⁹. Similairement, les marxistes comme Engels propose l'idée que la liberté se pose dans la connaissance des déterminations. Par conséquent, le libre arbitre se voit naître dans la faculté de décider par la connaissance²¹⁰. Pour Benjamin Libet, auteur d'expérience comportementale, le libre arbitre est minimalement présent dans le droit de veto qu'un individu exerce sur des actions déterminées²¹¹. C'est un champ minimal, résiduel, mais élégant. Cependant ces expériences sont controversées²¹². En somme, pour tous ces auteurs la Raison, la réflexion ou la prise de conscience de ses propres actions, est la condition *sine qua non* à la liberté d'une personne.

Si le conflit est sans fin et que nous n'aurons certainement jamais la réponse à cette épineuse question, la logique nous oblige plutôt vers des conceptions compatibilistes. Le Droit lui-même dans son histoire et aujourd'hui semble tendre vers cette conception et même si le mot liberté est un fétiche²¹³, il laisse la part belle aux explications déterministes des comportements.

²⁰⁷ B. SPINOZA, P. F. MOREAU, F. AKKERMAN et J. LAGREE, préc., note 199.

²⁰⁸ *Id.*, p. 111, par. 10 « Peut-être pensera-t-on que, par ce principe, nous faisons des sujets des esclaves ; on pense en effet que l'esclave est celui qui agit par commandement et l'homme libre celui qui agit selon son bon plaisir. Cela cependant n'est pas absolument vrai, car en réalité être captif de son plaisir et incapable de rien voir ni faire qui nous soit vraiment utile, c'est le pire esclavage, et la liberté n'est qu'à celui qui de son entier consentement vit sous la seule conduite de la Raison ».

²⁰⁹ *Id.*, p. 119, par. 19.

²¹⁰ Friedrich ENGELS, *Anti-Dühring (M. E. Dühring bouleverse la science)*, coll. « Classiques des sciences sociales. Les auteurs classiques », Chicoutimi, J.-M. Tremblay, 2002.

²¹¹ P. LARRIEU, préc., note 188.

²¹² Voir les explications de Krystèle APPOURCHAUX, « Chapitre 3. Les expériences de Benjamin Libet et leurs critiques », dans Krystèle APPOURCHAUX, *Un nouveau libre arbitre*, Paris, CNRS édition, 2014, n° 16 « Nous avons vu néanmoins que cette interprétation est sujette à controverse, étant donné que Libet semble réintroduire ainsi une forme de dualisme. Si donc nous évacuons cette position dualiste, il n'en reste pas moins que les résultats de Libet ne remettent pas en question le rôle causal de la volonté consciente »

²¹³ M. FABRE-MAGNAN, préc., note 133.

Paragraphe B. La compatibilité entre libertés, déterminisme dans le Droit

Le droit proclame la liberté et la défend dans les relations individuelles comme sociales. Mais il comprend le déterminisme comme un facteur important de l'action humaine. Il fait donc la synthèse.

I. La place faite aux libertés dans le droit

Le dictionnaire juridique de Gérard Cornu entend la liberté et le libre-arbitre comme la possibilité d'être maître de soi-même et de pouvoir exercer ses droits sans entraves²¹⁴.

Ces droits nous sont offerts par la *Charte canadienne des droit et Liberté*²¹⁵. Ainsi, elle dispose à son article 1 que la Charte « garantie les droit et libertés qui y sont énoncées »²¹⁶. Dans son article 2, elle énonce un certain nombre de ces libertés²¹⁷ et d'autres articles y font référence. Idem, dans la *Charte des droits et libertés de la personne*²¹⁸ qui proclament aussi des libertés²¹⁹. Nous pourrions faire le tour du monde des Chartes et des conventions, mais nous allons réfléchir aux conséquences des libertés proclamées. Nous noterons que le droit ne fait que peu état de la liberté et lui préfère les libertés, plus opérant sur le plan pratique.

En outre, de la liberté naît le concept de responsabilité, notamment dans le champ pénal, comme l'explique Hughes Parent :

[L]e libre arbitre est un phénomène complexe qui relève autant d'une intuition profonde que d'une nécessité pratique tout en constituant le terreau dans lequel vient germer la notion de responsabilité pénale²²⁰

²¹⁴ M. E. DE VILLERS, préc., note 48, « Libre » p. 614.

²¹⁵ *Charte canadienne, des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R-U)], 1982, c. 11, article 1. (Ci-après « la Charte »)

²¹⁶ *Id.* art. 1.

²¹⁷ *Id.* art. 2 « Chacun a les libertés fondamentales suivantes : a) liberté de conscience et de religion; b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication; c) liberté de réunion pacifique; d) liberté d'association. ».

²¹⁸ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12. (Ci-après « la Charte québécoise »)

²¹⁹ *Id.*, art. 3.

²²⁰ Hugues PARENT et Julie DESROSIERS, *Traité de droit criminel*, vol. 1 « L'imputabilité », 5^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2019, p. 11.

En effet, on ne peut considérer la responsabilité des actes sans l'existence d'un libre arbitre, un acte criminel suppose une action volontaire qui vient troubler l'ordre. C'est pourquoi le droit pénal présume l'autonomie et le libre arbitre²²¹.

De la liberté naît aussi le contrat avec la maxime *pacta sunt servanda* que le *Code civil du Québec* rend opératoire à son article 1434²²², puisqu'il prétend la liberté des justiciables de créer un acte juridique librement moyennant un consentement libre et éclairé²²³. La démocratie est tout autant un système fondé sur le prédicat de la liberté de l'humain quant à se déterminer soi-même en choisissant ses représentants ou en pouvant s'impliquer politiquement pour les autres.

Le droit est un ensemble pratique de règles qui doivent pouvoir avoir des incidences concrètes et pour ce faire, le droit a compris les leçons de l'histoire : parler de la liberté n'a que peu d'impact, il vaut mieux parler des libertés.

II. Les libertés plutôt que la liberté

Le droit de la plupart des pays occidentaux fonde la protection de la liberté en la décomposant en sous-ensemble de « libertés de » ou de « droits à » parfois contradictoires, parfois complémentaires. Liberté d'expression, liberté d'association, liberté religieuse, liberté d'opinion, liberté économique, liberté de la presse, droit à l'avortement, droit aux soins et bien d'autres encore²²⁴.

Protéger la liberté ne peut se faire sans une protection effective des libertés, mais cela nécessite une mise en balance de certaines avec d'autres et cela demande parfois aux politiques comme aux juges de faire des choix, des rapports de proportionnalité entres-elles.

Nous pourrions continuer le tour des codes et des lois dont le fondement premier est la liberté. Mais il suffit de voir que dans sa conception le droit prône la liberté individuelle comme

²²¹ *R. v. Bouchard-Lebrun*, [2011] 3 R.C.S. 575.

²²² *Code civil du Québec*, RLRQ, c. CCQ-1991 (ci-après « C.c.Q. »), art. 1434 : « Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi. ».

²²³ Art. 1399 al. 1 C.c.Q : « Le consentement doit être libre et éclairé. » ; art. 10 al. 2 « Sauf dans les cas prévus par la loi, nul ne peut lui porter atteinte sans son consentement libre et éclairé. » etc.

²²⁴ Art.1 à 16 Charte canadienne ; art. 1 à 9(1) Charte québécoise.

fondement aux relations et la garantie par l'institution judiciaire. Pour autant, le droit n'est pas libertaire.

III. La compréhension des déterminismes individuels dans le droit

Le droit n'est pas dans une optique libertaire où le libre arbitre serait cause de tout. Il comprend le déterminisme et lui donne force dans le champ juridique. Nous allons le voir au travers d'exemples.

L'exemple de non-responsabilité pour les personnes souffrantes de troubles mentaux en est un. En effet, une personne malade qui se rend coupable d'un crime peut se voir défendre sur le fondement de la non-responsabilité. Comme nous l'avons dit, le droit notamment pénal présume l'autonomie, pour autant c'est une présomption simple²²⁵ qui peut être renversée dans ce cadre. Dès lors, la présence d'une maladie mentale qui déterminerait un individu est considérée par le droit comme la preuve de sa non-rationalité et autonomie, il n'est donc pas libre, déterminé et les concepts traditionnels ne peuvent s'appliquer.

Chapitre 3. Conclusion partielle

Bien loin du consensus d'aujourd'hui qui fait de la liberté une figure importante si ce n'est la plus importante dans une société, l'histoire nous rappelle que la place de la liberté est à relativiser au profit d'autres concepts fondateurs de sociétés comme l'ordre public. La liberté naît en tant qu'objet juridique, en tant qu'actes du souverain, à des fins d'ordre public. Elle ne naît pas par elle-même. Elle est d'ailleurs plutôt restreinte à une conception négative et pratique. En outre, elle se rattache pour être performative à un for qui en assure l'existence autant qu'il la restreint pour qu'elle ne s'annule pas. Passé sous le giron philosophique et métaphysique, elle ne peut être absolue, d'autant qu'il existe des déterminations. Ces déterminations sont de plusieurs ordres et limitent la perception totalisante de la liberté. Nous allons désormais analyser ses différentes acceptations sur le juge en commençant par la traduction juridique de la liberté pour le juge qu'est l'indépendance judiciaire.

²²⁵ R. v. *Bouchard-Lebrun*, préc., note 221.

Titre II. La figure du Juge dans le droit entre contrainte, détermination et liberté

Après avoir défini la liberté, il convient désormais d'écumer le sujet du juge. Le juge est un protagoniste complexe aux multiples visages. L'une de ses faces, avec les autres magistrats, est l'emblème d'une institution judiciaire. Le pouvoir judiciaire est à la fois symbolique tout autant que politique au sein d'un État de droit qui interagit avec les pièces de la souveraineté (**chap. 1**). L'autre face du magistrat est celle, justement, de juge dont le rôle, de façon le plus simple possible, est de « rendre justice dans le cadre du droit »²²⁶. En d'autres termes, il individualise la règle de droit aux faits de l'espèce et de façon « objective et impartiale »²²⁷. Pour autant, nous ne saurions oublier que derrière ses visages réside l'humain. Lui-même soumis, tiraillé, assiégé de multiples affects qui vont déterminer – le moins possible, certes, on peut l'espérer – ses actions dans sa mission (**chap. 2**). Toutes les personnalités du juge ont leurs propres contraintes et déterminations qui, peut-être, peuvent interférer les unes avec les autres. Il s'agira ici de délimiter là où elles commencent et là où elles finissent. Nous ne pourrions, nous le craignons, être exhaustifs.

Chapitre 1. L'institution judiciaire garante et contraignante de la liberté du juge

Le Juge est la composante individuelle de l'institution judiciaire, l'une des décompositions de l'État en pouvoirs. C'est à Montesquieu que nous devons l'idée moderne de séparation des pouvoirs²²⁸. Les trois pouvoirs – législatif, exécutif et judiciaire – doivent être séparés pour éviter l'arbitraire du pouvoir en ce que le « pouvoir arrête le pouvoir »²²⁹. Paradoxalement, c'est

²²⁶ *Code de déontologie de la magistrature*, RLRQ, c. T-16, r. 1, art. 1. « Le rôle du juge est de rendre justice dans le cadre du droit »

²²⁷ *Id.*, art. 5. « Le juge doit de façon manifeste être impartial et objectif ».

²²⁸ C.-L. DE SECONDAT MONTESQUIEU, préc., note 43.

²²⁹ *Id.*, p. 112.

contre eux que Montesquieu fonde sa théorie maîtresse²³⁰. Dans le monde civiliste, loin du juge-parlementaire décrié par Montesquieu, son office ne va cesser de grandir²³¹, pour autant, il demeure le moins armé au point qu'en France, on ne parle dans la Constitution que d'une « autorité » judiciaire, bien loin d'un véritable pouvoir²³². Simplement, le juge ne bénéficie pas de la légitimité démocratique le rendant, *de facto*, plus fragile que les deux autres pouvoirs souverains²³³. Il est donc membre d'un pouvoir libre des autres, mais qui pour le rester doit contraindre le juge (**section I**). Corollairement, il est le symbole d'une institution pleine de symboles et de rituels (**section II**) qui participe à la force du pouvoir judiciaire et donc, de l'autorité du Juge. Néanmoins, elle influe sur celui-ci.

Section I. L'indépendance judiciaire

L'indépendance judiciaire est la garantie d'une justice libre et impartiale pour le justiciable. Libre dans le sens d'insoumis aux autres pouvoirs, c'est la traduction de la liberté pour le juge. C'est la constitution de 1867 qui dispose dans un premier temps l'existence d'un pouvoir judiciaire, dans une partie sobrement intitulée « la judicature »²³⁴ et détermine la constitution des tribunaux supérieurs et d'appel. La Constitution de 1982²³⁵ et la Charte canadienne²³⁶ quant à elles disposent d'un certain nombre de garanties juridiques pour le justiciable, notamment, dans l'article 11(d) de ladite Charte²³⁷. Cet article édicte que : « Tout inculpé a le droit : d] d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un

²³⁰ Pâquerette GIRARD, « L'évolution du rôle des juges », (2001) 42-3 *Les Cahiers de droit* 361, 362 « Notons que ce sont ces parlementaires, souhaitant voir installer en France une démocratie parlementaire à l'anglaise, qui ont été à l'origine de la Révolution, bien qu'ils aient été incapables de prévoir et de maîtriser les excès de ladite révolution et, de ce fait, en ont été les premières victimes. Ils ont été non seulement parmi les premières victimes physiques sur l'échafaud, mais surtout ils sont à l'origine de l'attitude de l'ensemble des constituants du XIX^e siècle, s'efforçant de réduire le pouvoir judiciaire à la seule application de la loi. De cette situation historique découle aussi la place des juges dans l'organisation sociale, à l'opposé de celle des juges anglais, qui sont restés pour partie des juges-parlementaires. »

²³¹ *Id.*, p. 363

²³² *Constitution Française*, 4 octobre 1958, art. 64.

²³³ Michel TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », (1981) 16 *Pouvoirs - Revue française d'études constitutionnelles et politiques* 3.

²³⁴ Art. 96 à 101 *Loi constitutionnelle de 1867*.

²³⁵ *Loi constitutionnelle de 1982*.

²³⁶ Art. 7 à 14 *Charte canadienne*.

²³⁷ *Id.*, art. 11(d).

tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable »²³⁸ (nos soulignements). En sus, le fédéralisme canadien donne, dans le partage de compétence, le pouvoir aux provinces de créer leurs propres tribunaux²³⁹. Évidemment, c'est ce que va faire le Québec²⁴⁰. Mais, il n'y a pas, à proprement parler, de texte portant précisément sur l'indépendance judiciaire²⁴¹.

Pour autant, on la retrouve implicitement dans la Charte canadienne et dans les principes fondamentaux de la justice que vont découvrir les juges²⁴² particulièrement dans l'arrêt *Valente* de la Cour suprême, les juges vont s'adonner à définir l'indépendance de la justice²⁴³ (**Par. A**). Cet ensemble de norme forme des garanties d'indépendance pour l'institution judiciaire (**par. B**). Notamment, par la création d'organes chargés de veiller sur la profession, à l'instar des différentes corporations, les conseils de la magistrature (**par. C**).

Paragraphe A. Définition de l'indépendance judiciaire et de l'impartialité par la jurisprudence

L'indépendance judiciaire est un principe sous-entendu de la *Charte* au point que certains auteurs ont eu pu dire que la Constitution n'offrirait pas assez d'assises à ce principe fondateur²⁴⁴. Pour autant, la jurisprudence à travers les années a su la reconnaître comme un « principe fondamental »²⁴⁵, selon les mots du juge Major dans l'affaire *Tobacco*²⁴⁶, dont les principes se trouvent dans la Constitution, dans son préambule et dans la *Charte*²⁴⁷ et qui serait primordial

²³⁸ *Id.*

²³⁹ Art.90-92 *Loi constitutionnelle de 1867*.

²⁴⁰ Art. 1 et suiv. LTJ

²⁴¹ François CHEVRETTE, Herbert MARX, Han-Ru ZHOU, Mary BAKER et Maya GRABIANOWSKA, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux notes : notes et jurisprudences*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2020, p. 471.

²⁴² *Id.*

²⁴³ Arrêt *Valente*, par. 27, 40 et 47.

²⁴⁴ Karim BENYEKHLEF, *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, coll. « Minerve », Cowansville, Yvon Blais, 1988, p. 1 « [la Constitution] n'apporte qu'une protection parcellaire au principe ». Ceci l'amène à « avancer que le principe manque d'assises constitutionnelles propres à assurer son application effective et non plus simplement théorique ».

²⁴⁵ *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, par. 44 (j. Major).

²⁴⁶ *Id.*

²⁴⁷ *Id.*

dans une société libre et démocratique²⁴⁸. Ce sont donc surtout les juges, à travers le temps, qui ont su baliser et définir le concept principalement dans les arrêts *Valente* et *Beauregard*.

I. L'arrêt *Valente* : les piliers de l'indépendance judiciaire

Les fondements de l'indépendance judiciaire sont synthétisés par la Cour suprême dans l'arrêt *Valente*²⁴⁹. À la suite d'un accident de la route en Ontario où 5 personnes à vélo ont été touchées par un véhicule à moteur, 3 d'entre elles décèdent. Le conducteur du véhicule plaide alors que la Cour provinciale de l'Ontario n'a pas juridiction pour cette affaire puisqu'elle ne serait pas un tribunal indépendant²⁵⁰ au sens de l'article 11d)²⁵¹. S'estimant alors concerné par l'affaire, l'honorable Sharpe de la Cour provinciale invite la Cour supérieure à trancher l'affaire. La Cour d'appel ontarienne intervient et unanimement annonce qu'il n'y a pas d'atteinte à la Charte²⁵².

Le cas est finalement porté devant la Cour suprême²⁵³. Elle juge que les conditions sont remplies afin de considérer le juge de première instance – et plus encore tous les juges des tribunaux de premières instances – comme indépendant et impartial²⁵⁴. Le Tribunal suprême pose alors les questions de l'impartialité et de l'indépendance du tribunal de première instance²⁵⁵. S'appuyant sur la doctrine, les juges opèrent une distinction entre ces deux termes :

Même s'il existe de toute évidence un rapport étroit entre l'indépendance et l'impartialité, ce sont néanmoins des valeurs ou exigences séparées et distinctes. L'impartialité désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties

²⁴⁸ *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)* ; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, par. 34.

²⁴⁹ Arrêt *Valente*.

²⁵⁰ (1982) 39 O.R. (2d) 413 (ONSC)

²⁵¹ Art. 11d) Charte Canadienne.

²⁵² *Regina v. Valente* (No. 2), [1983] 14 C.R.R. 137 (A.C.O) « Judge Sharpe sitting as a member of the court was independent, and as has been noted earlier, he was impartial. Therefore, the respondent appeared before an independent and impartial tribunal within the Charter. »

²⁵³ *Valente c. La Reine*, préc., note 34.

²⁵⁴ *Id.*, par. 55 « Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis qu'à l'époque où il a décliné compétence, soit le 16 décembre 1982, le juge Sharpe siégeant en Cour provinciale (Division criminelle) constituait un tribunal indépendant au sens de l'al. 11d] de la Charte. On peut dire la même chose, selon moi, de tous les juges de la cour puisque la modification apportée en 1983 au par. 5(4) de la Loi sur les cours provinciales a fait disparaître l'objection à la nature de la charge par suite d'une nomination après l'âge de la retraite ou du maintien en poste. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre ainsi à la question constitutionnelle : Un juge de la Cour provinciale (Division criminelle] de l'Ontario constitue un tribunal indépendant au sens de l'al. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés. »

²⁵⁵ « Notes of Cases », (1986) 64-3 *Can. B. Rev.* 550, 551.

dans une instance donnée. Le terme "impartial", comme l'a souligné le juge en chef Howland, connote une absence de préjugé, réel ou apparent. Le terme "indépendant", à l'al. 11*d*), reflète ou renferme la valeur constitutionnelle traditionnelle qu'est l'indépendance judiciaire. Comme tel, il connote non seulement un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, mais aussi un statut, une relation avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives.²⁵⁶

L'impartialité est donc la capacité pour le tribunal et le juge à juger librement et sans préjugé, du moins apparent. L'indépendance, elle, s'entend plutôt comme les relations institutionnelles avec les autres pouvoirs et les garanties objectives pour l'assurer²⁵⁷. L'affaire *R. c. Lippé*²⁵⁸, un arrêt, portant sur l'indépendance des juges municipaux, précise que l'indépendance n'est qu'un moyen pour atteindre la plus parfaite des impartialités, le juge Lamer évoque alors que :

Si les juges pouvaient être perçus comme « impartiaux » sans l'« indépendance » judiciaire, l'exigence d'« indépendance » serait inutile. Cependant, l'indépendance judiciaire est essentielle à la perception d'impartialité qu'a le public. L'indépendance est la pierre angulaire, une condition préalable nécessaire, de l'impartialité judiciaire.²⁵⁹

Les deux concepts proches et parfois synonymes révèlent ici que la Cour, dans ces arrêts de principes, porte une définition de l'indépendance et de l'impartialité commune avec la nôtre, c'est-à-dire avec un côté individuel ou comportemental et un autre côté institutionnel et encadrée.

C'est alors que la Cour définit les différentes facettes de l'indépendance judiciaire à savoir l'inamovibilité des juges²⁶⁰, l'indépendance financière²⁶¹ et l'indépendance institutionnelle²⁶², sur lesquels nous reviendrons dans les parties qui suivent. Nombre d'arrêts vont venir préciser cette définition, notamment l'arrêt *Beauregard*.

²⁵⁶ *Valente c. La Reine*, préc., note 34, par. 15.

²⁵⁷ K. BENYEKHLEF, préc., note 24.

²⁵⁸ [1991] 2 R.C.S. 114.

²⁵⁹ *Id.*, 139-140 (j. Lamer).

²⁶⁰ *Valente*, par. 27.

²⁶¹ *Id.*, par. 40.

²⁶² *Id.*, par. 47.

II. L'arrêt *Beauregard*

Peu après *Valente*, l'arrêt *Beauregard*²⁶³ étoffe un peu plus le concept d'indépendance judiciaire. L'honorable juge *Beauregard* conteste une loi dont l'effet est de diminuer le salaire effectif des juges en retenant une partie de leurs salaires afin de participer d'abord au régime de pension sur la veuve et l'orphelin puis à contribuer à leurs régimes de pension de retraite et de prestation complémentaire, la loi ayant pour effet de diminuer de 7% le salaire des juges nouvellement nommés et de plus d'1% celle des juges déjà en activité²⁶⁴. La question dès lors qui se pose devant les tribunaux porte sur la possibilité pour le Parlement de diminuer, d'une façon ou d'une autre, le traitement des juges²⁶⁵ alors même que le salaire concurrentiel des juges fait partie intégrante de leur indépendance judiciaires²⁶⁶.

En première instance, les tribunaux vont confirmer la position de l'honorable juge *Beauregard* selon laquelle la Loi problématique serait *ultra vires*²⁶⁷. Mais, ils vont infirmer sa position selon laquelle elle serait discriminatoire²⁶⁸. En appel²⁶⁹, la décision est identique pour des motifs cependant différents²⁷⁰, le Parlement peut modifier le traitement des juges, mais il ne peut pas modifier le traitement des juges en fonction ni les obliger à contribuer à un régime de retraite. L'affaire est alors portée devant la Cour suprême²⁷¹. Cette dernière considère alors que la Loi en litige n'est pas *ultra vires*.

Cette question amène le tribunal suprême à se poser la question de l'indépendance judiciaire. Le principe déjà énoncé dans *Valente* est plus précisément défini en ce que, dans son versant institutionnel :

[I]l faut déclarer que l'indépendance des juges des cours supérieures réside essentiellement dans le fait qu'ils doivent être complètement libres de toute ingérence

²⁶³ *Beauregard c. La Reine*, préc., note 36.

²⁶⁴ *Beauregard c. R.*, [1981] 2 C.F. 543.

²⁶⁵ *Id.*

²⁶⁶ *Affaire Valente*.

²⁶⁷ *Beauregard c. R.*, préc., note 264, 590 « Pour les motifs énoncés ci-dessus, je conclus que le Parlement, sans au moins le consentement du juge intéressé, ne peut constitutionnellement, en droit, réduire, par toute loi portant directement sur des réductions ou des déductions de traitements des juges, la rémunération à laquelle ce juge avait droit au moment de sa nomination. »

²⁶⁸ *Id.*, 591.

²⁶⁹ *Beauregard c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 1010 (CAF).

²⁷⁰ *Id.*

²⁷¹ *Beauregard c. La Reine*, préc., note 36.

arbitraire tant de la part du pouvoir exécutif que de la législature. Ni le pouvoir exécutif ni la législature ne peuvent toucher à la sécurité financière des juges des cours supérieures. Cette sécurité est d'une importance cruciale pour ce qui est de l'existence même et de la préservation de l'indépendance judiciaire telle que nous la connaissons.²⁷²

Auquel il est ajouté, plus loin que, pour son versant plus individuel quant au juge :

Comme je l'ai indiqué précédemment, la condition essentielle de l'indépendance judiciaire au niveau individuel est la nécessité que les juges se sentent tout à fait libres de rendre des décisions dans les affaires dont ils sont saisis.²⁷³

Dès lors, l'indépendance est d'une part, le principe selon lequel l'institution doit être à l'abri des autres pouvoirs, « pour demeurer autant que possible à l'abri des pressions et ingérences de toute origine »²⁷⁴ selon les précisions de l'arrêt *Mackin*²⁷⁵, en 2002. D'autre part, le principe selon lequel le juge doit se sentir libre de rendre une décision, pourrions-nous ajouter, « impartiale »²⁷⁶. Il doit y avoir une forme « de séparation intellectuelle »²⁷⁷ pour le juge qui ne doit juger qu'en droit sans considération autres.

Les arrêts subséquents vont tenter de mieux définir cette notion individuelle et institutionnelle de l'impartialité.

III. Impartialité institutionnelle et décisionnelle

L'impartialité se décomposerait en deux aspects. L'un institutionnelle, l'autre, plus personnelle au juge, décisionnelle.

L'impartialité institutionnelle est définie par l'arrêt *Lippé*²⁷⁸. La décision porte sur un ensemble d'infraction au *Code de la sécurité routière*²⁷⁹ fait par les accusés. Ces derniers mis en cause devant la Cour municipale vont se défendre en évoquant le manque d'impartialité de ce tribunal

²⁷² *Id.*, par. 34.

²⁷³ *Id.*, par. 38.

²⁷⁴ *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances) ; Rice c. Nouveau-Brunswick*, préc., note 247, par. 36.

²⁷⁵ *Id.*

²⁷⁶ Arrêt *Valente*.

²⁷⁷ *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances) ; Rice c. Nouveau-Brunswick*, préc., note 247, par. 37.

²⁷⁸ [1991] 2 R.C.S. 114

²⁷⁹ RLRQ, c. C-24.2.

des villes. Si en première instance la Cour supérieure a entendu les arguments des accusés²⁸⁰, la Cour suprême ne leur donne pas raison et démontre que les Cours municipales respectent les conditions d'impartialité²⁸¹.

Plus intéressant, cet arrêt définit l'impartialité institutionnelle²⁸². Elle se définit comme « le statut objectif du tribunal » soit, comme la structure du tribunal qui doit être conçu de façon à ne pas susciter une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel et administratif²⁸³.

L'impartialité décisionnelle est définie dans l'arrêt *R. c. S (R.D.)*²⁸⁴. L'affaire porte sur les paroles d'un juge à la suite d'une altercation entre un policier et un homme de couleur²⁸⁵. Le juge aurait alors dit : [traduction] « Je ne dis pas que le policier a réagi de façon excessive, même s'il arrive effectivement que des policiers réagissent avec excès, particulièrement lorsqu'ils ont affaire à des groupes non blancs. » La Cour suprême réfère alors à l'arrêt *Valente* pour définir cette impartialité décisionnelle sur l'absence de préjugé que le juge doit avoir²⁸⁶, tout en ajoutant que celui doit avoir « état d'esprit de l'arbitre désintéressé eu égard au résultat et susceptible d'être persuadé par la preuve et les arguments soumis »²⁸⁷, en outre, il doit faire preuve d'un « processus d'ouverture »²⁸⁸ comme « une condition préalable à l'impartialité »²⁸⁹. En sus, les juges ou le tribunal bénéficient d'une « présomption d'impartialité » et il faut donc prouver des faits ou des circonstances donnant lieu à une réelle crainte raisonnable de partialité pour la réfuter²⁹⁰.

²⁸⁰ *Québec (Procureur général) c. Lippé*, 1990 CanLII 3203 (QC C.A.).

²⁸¹ [1991] 2 R.C.S. 114, p. 140.

²⁸² *Id.*

²⁸³ *Id.*

²⁸⁴ [1997] 3 R.C.S. 484.

²⁸⁵ *R. v. R.D.S.*, 1995 NSCA 201.

²⁸⁶ *Infra*, p. 58 et suiv.

²⁸⁷ *R. c. S (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 104.

²⁸⁸ *Id.*, par. 40 et 44.

²⁸⁹ *Id.*, par. 44

²⁹⁰ *Id.*, par. 49.

Corollairement à la liberté, l'indépendance judiciaire s'entend institutionnellement et individuellement, comprise ici comme une liberté cognitive de la part du juge²⁹¹. Nous allons désormais rentrer dans les détails des garanties de l'indépendance judiciaire.

Paragraphe B. Les garanties de l'indépendance judiciaire

Un État démocratique se doit d'assurer l'indépendance judiciaire. Les modalités de cette indépendance sont décrites par l'arrêt *Valente* susmentionné comme : l'inamovibilité du juge, sa sécurité financière et l'indépendance administrative de la justice²⁹². Autant de facteurs qui libèrent le juge autant que l'institution.

I. L'inamovibilité du juge

Le juge est inamovible jusqu'à l'âge de la retraite. Soit, il ne peut être « révoqué, suspendu, déplacé ou mis à la retraite prématurément (sauf pour faute disciplinaire ou raison de santé [...]) »²⁹³. Les juges qu'ils soient des cours inférieures – nommé par le provincial – ou de cours supérieures – nommé par le fédéral – et d'une moindre mesure issue des tribunaux administratifs ne peuvent être révoqué arbitrairement par le gouvernement ou le parlement²⁹⁴. Il faut une faute grave, pour mener à la destitution d'un juge.

Dans la même veine, le magistrat ne peut être poursuivi pour une décision prise dans le cadre de ses fonctions. Ils ont donc une immunité judiciaire pour les actes pris en tant que juges²⁹⁵.

²⁹¹ Richard DUBE et Margarida GARCIA, « L'évolution récente du concept d'indépendance judiciaire et les menaces internes à la détermination de la peine juste », (2019) 64-3 *McGill Law Journal* 535, n°38.

²⁹² *Valente*, par. 27-48.

²⁹³ G. CORNU, préc., note 4, « inamovibilité », p. 529.

²⁹⁴ Pour les tribunaux provinciaux : art. 95 LTJ : « 95. Le gouvernement ne peut démettre un juge que sur un rapport de la Cour d'appel fait après enquête, sur requête du ministre de la Justice. ». Pour les juges de nomination fédérale : art. 99 *Loi constitutionnelle de 1867* : « 99 (1) Sous réserve du paragraphe (2) du présent article, les juges des cours supérieures resteront en fonction durant bonne conduite, mais ils pourront être révoqués par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des Communes. ». Enfin, pour les juges administratifs : *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., c. J-3, art. 74 al. 1 « 74. Le Tribunal et ses membres sont investis des pouvoirs et de l'immunité des commissaires nommés en vertu de la Loi sur les commissions d'enquête (chapitre C-37), sauf du pouvoir d'ordonner l'emprisonnement ».

²⁹⁵ Maxime ST HILAIRE, « Du non-droit de l'application de la charte canadienne des droits et libertés », (2015) 45-1-2 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 157.

Pour le juge québécois, cette immunité est déclamée dans le *Code de procédure civile*²⁹⁶ dans son neuvième article où il est écrit que : « Les tribunaux et les juges bénéficient de l'immunité judiciaire »²⁹⁷. De même, on peut l'observer dans la *Loi sur les privilèges des magistrats*²⁹⁸ qui dispose dans son article premier que :

Nulle action ne peut être intentée contre un juge de la Cour du Québec, juge de paix ou officier remplissant des devoirs publics en raison d'un acte fait en vertu d'une disposition statutaire du Canada ou du Québec, pour le motif que cette disposition est inconstitutionnelle.²⁹⁹

Au fédéral, ce principe d'indépendance est issu de la *Common law* et du droit³⁰⁰. Grâce au préambule de 1867, ces textes se retrouvent enchâssés dans le droit canadien, par exemple grâce à l'*Act of Settlement*³⁰¹ qui établit la façon de destituer un juge anglais et vient poser les fondations de l'immunité du juge³⁰². On peut lire dans l'arrêt *Morier et Boily c. Rivard*³⁰³ l'ensemble des sources de common law de ce principe.

Le juge ne peut pas renoncer à son immunité judiciaire puisque celle-ci lui bénéficie autant qu'elle bénéficie à toute l'institution judiciaire³⁰⁴, c'est ce qu'énonce le juge dans l'affaire *Kosko*³⁰⁵. Ce principe s'explique par la volonté d'assurer au juge une « sérénité » et un « libre esprit et [une] indépendance de pensée »³⁰⁶ dans la résolution des litiges. Dans cet esprit, le juge n'a pas à craindre qu'un jugement déplaise³⁰⁷. *De facto*, il peut juger les membres et les actes provenant du législatif comme de l'exécutif. Tout autant qu'il n'a pas à craindre que ses décisions sur un citoyen en application de la norme le rendent responsable devant la justice.

²⁹⁶ *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01 (ci-après « C.p.c. »).

²⁹⁷ Art. 9 C.c.Q.

²⁹⁸ *Loi sur les Privilèges des magistrats*, préc., note 18.

²⁹⁹ *Id.*, art. 1.

³⁰⁰ Mariève LACROIX, « L'immunité judiciaire au Québec : son fondement et sa mise à l'épreuve », (2017) 47-2 *Revue générale de droit* 309, 315.

³⁰¹ *Act of Settlement*, 1701.

³⁰² M. LACROIX, préc., note 300, 315.

³⁰³ *Morier et Boily c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716, par. 90-92.

³⁰⁴ *Kosko c. Bijimine*, [2006] R.J.Q. 1539, par. 43 (C.A.).

³⁰⁵ *Id.*

³⁰⁶ *Gouin c. Québec (Procureur général)*, 2014 QCCS 582, par. 28 ; M. LACROIX, préc., note 300, 327.

³⁰⁷ *Royer c. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670, par. 43 (C.A.) ; M. LACROIX, *id.*, 328.

La portée de ce droit est importante, le juge est protégé contre les poursuites pour des actes préjudiciables pris dans le cadre de ces fonctions³⁰⁸. *A contrario*, les actes qui ne seraient faits dans le cadre de leurs fonctions de juge sont évidemment sous le cadre de la loi et la responsabilité du juge – citoyen comme un autre – est alors engagée.

Au fédéral, l'immunité est absolue, même lorsqu'il y a mauvaise foi du juge, qu'il excède sa compétence ou qu'il y aurait des allégations de fraude³⁰⁹, dès lors que celui-ci agit dans le cadre de ces fonctions³¹⁰. Cependant, au Québec, celle-ci est « quasi-absolue », en ce qu'un acte dont le juge sait être en dehors de ces compétences pourrait se voir sanctionner³¹¹. En outre, le juge ne peut être forcé par les autres pouvoirs à témoigner concernant une décision qu'il a pu rendre ou une affaire qu'il est en train de mener³¹².

Conséquemment, par principe, le juge est inamovible afin de ne pas être sous le joug des autres pouvoirs ni du citoyen mécontent, et, ainsi, pouvoir rendre une justice véritablement impartiale et libre. Elle est donc un véritable gage de l'indépendance judiciaire autant qu'elle est un gage de liberté pour le juge. Il n'est pas contraint³¹³. Pour autant, il reste des cas où le juge peut voir son immunité disparaître³¹⁴ avec la destitution. C'est pourquoi les Conseils de la magistrature sont là pour assurer la probité et la déontologie de ses membres³¹⁵. L'inamovibilité se conjugue aussi avec une rémunération élevée³¹⁶.

³⁰⁸ M. LACROIX, *id.*, 329.

³⁰⁹ Luc HUPPE, « Les fondements de la déontologie judiciaire », (2004) 45-1 *Les Cahiers de droit* 93, 366.

³¹⁰ *Morier et Boily c. Rivard*, préc., note 303, 170-183 ; M. LACROIX, préc., note 300, 331 ; Luc HUPPE, « Une immunité judiciaire sans limite ? », (2010) 69 *R. du B.* 363, 366.

³¹¹ *Morier et Boily c. Rivard*, *id.*, par. 108 « Aucun article équivalant à l'art. 15 n'est applicable aux juges des cours supérieures et ceux-ci ne sauraient être poursuivis en dommages que dans le cas où s'appliquerait la réserve faite par lord Bridge of Harwich ou avant lui par lord Denning, c'est-à-dire selon l'expression du premier, un juge qui de mauvaise foi ferait quelque chose qu'il sait ne pas avoir la compétence de faire, ou selon l'expression du second, un juge qui n'agissait pas dans l'exécution de ses fonctions judiciaires sachant qu'il n'avait aucune compétence pour agir. »

³¹² *Mackeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, 830.

³¹³ *Supra*, p. 28 et suiv.

³¹⁴ *Sirros v. Moore*, [1975] Q.B. 118.

³¹⁵ *Infra*, p. 55 et suiv.

³¹⁶ La sécurité financière est la deuxième condition décrite par l'arrêt *Valente c. La Reine*.

II. La sécurité financière contre l'intégrité personnelle

L'indépendance de la magistrature et du juge est aussi assurée par la sécurité financière³¹⁷. En des termes plus grossiers, le juge gagne très bien sa vie.

En effet, il est aisé de comprendre qu'il est de sécurité juridique et publique que le juge doit être éloigné des potentielles corruptions qui pourraient s'ouvrir à lui. Ainsi, une rémunération confortable permet d'y pallier. La rémunération des juges est assurée par la loi, de manière à ne pas être soumise au « bon vouloir ou [aux] bonnes grâces de l'exécutif »³¹⁸. Nous observons alors deux versants à la sécurité financière. D'abord, celle de libérer l'institution de potentielles pressions qui pourraient émaner des autres pouvoirs – exécutifs et législatifs – qui, le cas échéant, useraient de leurs pouvoirs pour contraindre le juge sous menace d'une baisse de rémunération. Puis, de libérer le Juge, en tant qu'individu, des contraintes de la pauvreté dont la nécessité le rendrait apte à être corrompu.

Pour les cours dont la compétence relève du fédéral, c'est la *Loi sur les juges* qui gère cette question comme précisée dans l'article 100 de la *Constitution de 1867*³¹⁹. Ainsi, la rémunération des différents magistrats se situe aux articles 9 LJ pour la Cour suprême³²⁰, 10 à 11.2 LJ pour les Cours fédérales³²¹ et 12 à 22 LJ pour les cours d'appel des différentes provinces³²². Pour les juges relevant des compétences provinciales, au Québec, c'est la *Loi sur les tribunaux judiciaires* qui règlemente le traitement à son article 115³²³.

Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*³²⁴, la Cour a été amenée à statuer sur quatre pourvois semblables portant sur une question similaire à l'affaire *Beauregard*³²⁵, à savoir la question de la sécurité financière et des ingérences des deux autres pouvoirs. Plus précisément, le problème était de savoir si les

³¹⁷ F. CHEVRETTE, H. MARX, H.-R. ZHOU, M. BAKER et M. GRABIANOWSKA, préc., note 241, p. 483.

³¹⁸ *Id.* p. 483.

³¹⁹ Art. 100 *Loi constitutionnelle de 1867*.

³²⁰ Art. 9-23 LJ.

³²¹ Art. 9 LJ.

³²² Art. 12-22 LJ.

³²³ Art. 115 LTJ.

³²⁴ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard ; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3.

³²⁵ *Beauregard c. La Reine*, préc., note 36.

parlements des Provinces pouvaient diminuer le traitement des magistrats de cours provinciales eu égard aux règles de sécurité financière qui préside l'indépendance de la justice. Il est à noter que la Cour suprême canadienne a autorisé le Parlement à régir le traitement de juge, y compris à la baisse³²⁶. Mais, la Cour a aussi précisé qu'une Commission indépendante, efficace et objective devrait être interposée entre la judicature et le législatif puisque :

[L]'obligation de protéger les tribunaux contre l'ingérence politique exercée par le biais de la manipulation financière requiert l'interposition d'un organisme indépendant -- une commission de la rémunération -- entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs de l'État. Cet organisme aurait pour rôle de dépolitiser le processus de détermination des mesures visant à modifier ou à bloquer la rémunération des juges.³²⁷

Son but est donc d'assister et contrôler toute volonté de changement concernant les rémunérations et pensions des juges provinciaux par le législateur. C'est un organe indépendant des trois pouvoirs, « mandaté par la constitution »³²⁸, qui devrait se réunir relativement souvent afin de vérifier que le salaire des juges demeure adéquat eu égard au coût de la vie notamment dans les cas où l'inaction d'un gouvernement causerait préjudice à ce principe³²⁹. De même que la commission devrait se réunir lorsque le gouvernement entreprend une action risquant d'affecter la sécurité financière des juges. L'imposition d'une telle commission n'est pas sans poser des questions politiques et démocratiques, créée de toute pièce par le tribunal suprême³³⁰, mais, effectivement, il limite les atteintes des pouvoirs contre la justice sur le plan de la rémunération.

³²⁶ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard ; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, préc., note 324 « En règle générale, l'al. 11d) permet que les traitements des juges soient réduits, haussés ou bloqués, soit dans le cadre d'une mesure économique générale touchant les salaires de toutes les personnes rémunérées sur les fonds publics, soit dans le cadre d'une mesure visant les juges des cours provinciales en tant que catégorie ».

³²⁷ *Id.*, par. 147 et suiv.

³²⁸ *Id.*, par. 180.

³²⁹ *Id.*, par. 147 « De même, afin de parer à la possibilité que l'inaction du gouvernement puisse servir de moyen de manipulation financière du fait qu'on laisserait les traitements réels des juges reculer à cause de l'inflation, et aussi pour parer à la possibilité que ces traitements tombent sous le minimum requis pour assurer l'indépendance de la magistrature, la commission doit se réunir si une période déterminée (par exemple de trois à cinq années) s'est écoulée depuis la présentation de son dernier rapport, afin d'étudier le caractère adéquat des traitements des juges à la lumière du coût de la vie et d'autres facteurs pertinents. ».

³³⁰ Voir : Martine VALOIS, *L'indépendance judiciaire. La justice entre droit et gouvernement*, Montréal, Éditions Thémis, 2011, p. 374.

Par conséquent, la Commission d'examen de la rémunération des juges³³¹ a été mise sur pied en 1999, par le biais de l'article 26 de la *Loi sur les juges*³³². Cette Commission est chargée de se réunir tous les 4 ans pour servir ses fins, le dernier rapport date de 2021³³³ et le ministre de la Justice a accepté toutes les modifications³³⁴. Le Québec a mis au point un système sensiblement égal avec un Comité dont les missions sont étroitement les mêmes que son homologue fédéral selon les dispositions de la LTJ aux articles 246 et suivant³³⁵. Le dernier rapport du Comité³³⁶ a donné lieu à une réponse du Gouvernement du Québec motivé sur les points que le Gouvernement voulait refuser³³⁷.

Il protège, *de facto*, le juge et sa liberté par le versant de la rémunération notamment dans sa teinte individuelle.

III. L'indépendance administrative ou institutionnelle des tribunaux

Les tribunaux au Canada jouissent d'une indépendance institutionnelle vis-à-vis des autres institutions. C'est la troisième condition exposée dans l'arrêt *Valente* relatif à l'indépendance judiciaire³³⁸. Ils gèrent, en concordance avec la loi, les questions relatives à son budget, la répartition du budget, aux avancements de carrières, recrutement administratif³³⁹, etc.

³³¹ Dont voici le site : COMMISSION D'EXAMEN DE LA REMUNERATION DES JUGES, en ligne : <https://www.quadcom.gc.ca/pg_JcJc_QC_01-fra.php> (consulté le 6 avril 2023).

³³² Art. 26 et suiv. LJ.

³³³ COMMISSION D'EXAMEN DE LA REMUNERATION DES JUGES, *Rapport et recommandations*, Ontario, ministère de la Justice du Canada, 2021.

³³⁴ MINISTERE DE LA JUSTICE GOUVERNEMENT DU CANADA, « Réponse du gouvernement du Canada au rapport de la Commission d'examen de la rémunération des juges de 2021 » (13 décembre 2021).

³³⁵ Art. 246.29 et suiv. LTJ.

³³⁶ COMITE DE LA REMUNERATION DES JUGES, *Rapport du Comité de la rémunération des juges. 2019-2023*, Québec, 2021.

³³⁷ GOUVERNEMENT DU QUEBEC, *Réponse du gouvernement au rapport du Comité de la rémunération des juges pour la période 2019-2023*, Québec, 2022 ; voir aussi : *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49

³³⁸ Voir : arrêt *Valente*.

³³⁹ F. CHEVRETTE, H. MARX, H.-R. ZHOU, M. BAKER et M. GRABIANOWSKA, préc., note 241, p. 487. En citant : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard ; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, préc., note 324.

En outre, les tribunaux ont le total contrôle de leur procédure et peuvent ainsi la contrôler par ordonnances, c'est l'exemple de l'outrage au tribunal dont la punition ne peut être transférée à un tribunal statutaire³⁴⁰.

Bien que l'arrêt *Valente* évoque ce principe comme découlant nécessairement de l'indépendance judiciaire, il n'en demeure pas moins le plus fragile. Le même arrêt édicte que « Si la plus grande autonomie ou indépendance administrative qu'il est recommandé d'accorder aux tribunaux, ou une partie de celle-ci, peut se révéler hautement souhaitable, elle ne saurait, à mon avis, être considérée comme essentielle pour les fins de l'al. 11d) de la Charte »³⁴¹. Dès lors, ils n'ont pas une autonomie administrative complète, ce n'est qu'un objectif³⁴². À ce titre, dépendamment de la Cour en question, l'administration est plus ou moins libre des deux autres pouvoirs³⁴³. Le modèle prédominant désormais est un modèle d'autonomie limitée³⁴⁴ où le pouvoir administratif « passe, par la voie législative de l'exécutif à l'appareil judiciaire lequel délègue généralement à son tour la gestion courante des tribunaux à un greffier en chef ou à un chef de la direction des tribunaux ou de la cour »³⁴⁵, certains aspects comme l'immobilier et le budget demeurent néanmoins aux mains de l'exécutif³⁴⁶. C'est le modèle qui prédomine pour la Cour suprême³⁴⁷, la Cour du Québec³⁴⁸ ou la Cour d'appel³⁴⁹. Néanmoins, d'autres cours sont plus sous le contrôle de l'exécutif qui laisse à la cour le soin d'intervenir et de planifier son administration afin de garder une bonne efficacité judiciaire dans un modèle tutélaire³⁵⁰.

³⁴⁰ *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 38.

³⁴¹ *Valente c. La Reine*, 711-712.

³⁴² Voir : Karim BENYEKHLEF, « L'indépendance institutionnelle du pouvoir judiciaire : légitimité et participation au débat public », (1996) 45 *R. du B.* 37, 41.

³⁴³ Voir sur la question de l'administration des tribunaux au Canada, comme dans l'ensemble des pays de common law l'étude de Karim BENYEKHLEF, Cléa IAVARONE-TURCOTTE et Nicolas VERMEYS, *analyse comparative des principales caractéristiques des systèmes d'administration des tribunaux judiciaires*, présenté au Conseil Canadien de la magistrature, Ottawa, 2011.

³⁴⁴ *Id.*, p. 11.

³⁴⁵ *Id.*

³⁴⁶ *Id.*

³⁴⁷ *Id.*, p. 41.

³⁴⁸ *Id.*, p. 91.

³⁴⁹ *Id.*, p. 94.

³⁵⁰ *Id.*, p. 9.

C'est le cas des cours fédérales³⁵¹. La Cour supérieure³⁵², elle, répond à un modèle plus classique dit exécutif où « l'administration des tribunaux judiciaires relève du pouvoir exécutif, lequel à son tour rend compte au pouvoir législatif. »³⁵³. Il semble que l'indépendance des tribunaux s'améliore depuis plusieurs années³⁵⁴, ça n'en demeure pas moins le pilier de l'indépendance le plus fragile.

On peut observer cette fragilité avec la question des nominations. Les juges sont, nommés par le pouvoir en place, s'ils en ont la compétence et les diplômes. Dès lors, le système demeure soumis à la volonté politique, ce qui est regrettable. Même si l'idée fondatrice étant de donner par association une certaine légitimité démocratique aux juges. C'est ainsi que la question de la nomination partisane et politique des juges au Québec s'est posée à la suite des allégations de l'ex-ministre de la Justice Marc Bellemare³⁵⁵.

En effet, jusqu'à la Commission Bastarache, la nomination des juges au Québec était régie par le *Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges*³⁵⁶, ainsi que par le *Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges municipaux*³⁵⁷ et le *Règlement sur la sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées membres du TAQ et sur celle de renouvellement du mandat de ces membres*³⁵⁸ et, ce, en vertu des lois qui régissent les juges au Québec³⁵⁹ grâce à la *Loi constitution de 1867*³⁶⁰. Ces courts règlements laissaient une importante marge de manœuvre à l'exécutif

³⁵¹ *Id.*, p. 43.

³⁵² *Id.*, p. 93.

³⁵³ *Id.*, p. 8.

³⁵⁴ *Id.*, p.1.

³⁵⁵ 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*, Québec, Les publications du Québec, 2011, p. 1. (Ci-après « Commission Bastarache »).

³⁵⁶ *Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges*, R.R.Q. c T-16, r 5. (abrogé).

³⁵⁷ *Règlement sur la sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges municipaux*, R.R.Q., c. C-19, r. 1.2.

³⁵⁸ *Règlement sur la procédure de recrutement et de sélection des personnes aptes à être nommées membres au Tribunal administratif du logement et sur celle de renouvellement du mandat de ces membres*, RLRQ, c. T-15.01, r.4.

³⁵⁹ Voir : LTJ ; *Loi sur la justice administrative*, préc., note 294 ; *Loi sur les cours municipales*, préc., note 15.

³⁶⁰ Art. 92(4), 92(8) et 92(14) *Loi constitutionnelle de 1867*.

doublé d'un certain manque de transparence³⁶¹, faisant craindre les nominations partisans. Le rapport de la Commission Bastarache évoque cependant certains effets bénéfiques d'une nomination politique des juges³⁶². Ce même document édicte aussi que les facteurs de l'indépendance judiciaire ne sont pas atteints par de telles nominations notamment en raison de leur caractère opaque³⁶³.

Faisant état de cette déficience législative, la Commission Bastarache s'est attelée à recommander des améliorations³⁶⁴. Le mot d'ordre de ces améliorations repose sur une plus grande transparence dans le processus de nomination et une magistrature plus hétérogène dans le but d'améliorer la perception de la justice chez les citoyens³⁶⁵. Les travaux de la Commission ont donc abouti à la modification des trois lois susmentionnées, *Le Règlement sur la procédure de sélection des candidats à la fonction de juge de la Cour du Québec, de juge d'une cour municipale et de juge de paix magistrat*³⁶⁶ est donc venu remplacer le Règlement portant sur les juges et celui sur les juges municipaux³⁶⁷, alors que le Règlement portant sur les juges du TAQ, lui, c'est vu modifié par un Règlement³⁶⁸. C'est deux Règlements prennent appui sur certaines recommandations du juge Bastarache, notamment celles sur le Comité de sélection.

En amont, un secrétariat de sélection des candidats est chargé de mettre en place le processus des candidatures³⁶⁹. Le comité devient épais, plus de personnes y siègent et notamment des personnes extérieures au monde du droit³⁷⁰. Les critères de récusations sont plus nombreux, ne se limitant plus seulement aux membres de la famille, afin de préserver l'indépendance des

³⁶¹ Michel BASTARACHE, *Synthèse. 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*, Québec, Les publications du Québec, 2011, p. 20.

³⁶² M. BASTARACHE, préc., note 355, p. 275.

³⁶³ *Id.*, p. 276.

³⁶⁴ *Id.*, p. 281-290.

³⁶⁵ *Id.*, p. 279.

³⁶⁶ RLRQ, c. T-16, r. 4.1.

³⁶⁷ *Id.*, art. 35.

³⁶⁸ *Règlement sur la procédure de recrutement et de sélection des personnes aptes à être nommés membres au Tribunal administratif du logement et sur celle de renouvellement du mandat de ces membres*, préc., note 358.

³⁶⁹ *Règlement sur la procédure de sélection des candidats à la fonction de juge de la Cour du Québec, de juge d'une cour municipale et de juge de paix magistrat*, préc., note 366, art. 4.

³⁷⁰ *Id.*, art. 14 et suiv. ; *Règlement sur la procédure de recrutement et de sélection des personnes aptes à être nommés membres au Tribunal administratif du logement et sur celle de renouvellement du mandat de ces membres*, préc., note 358, art. 4 et suiv.

membres du Comité³⁷¹. Dans la même veine, les critères de sélection sont aussi précisés afin de limiter l'arbitraire du Comité³⁷².

La procédure se muscle afin d'encadrer législativement le processus de sélection par le gouvernement afin que celui-ci reste politique, même discrétionnaire, grâce à l'élection et la légitimité en découlant³⁷³. Cependant, l'objectif s'attache à ce que les candidats ne deviennent pas des partisans soumis à des volontés autres que celle de l'État³⁷⁴.

Nonobstant la sélection politique du juge, il reste heureusement impartial, grâce aux principes d'inamovibilité qui découle de la séparation des pouvoirs³⁷⁵.

La séparation des pouvoirs exige de protéger les juges contre les envies d'atteintes que le législatif ou l'exécutif pourrait porter sur la magistrature en sous-pesant par exemple l'avancement des juges à des décisions bénéfiques pour eux, ou en orientant les budgets des cours de façon à créer des pressions. Ici, tel n'est pas le cas grâce à ce principe qui est corollaire aux deux précédents.

Nous pouvons exprimer que l'indépendance judiciaire est garantie et, que l'institution est libre. Évidemment, elle demeure soumise à la constitution et aux lois, il va sans dire. Cette indépendance de l'institution garantit alors au juge une certaine liberté dans son travail dans le sens où il ne saurait être contraint lorsqu'il rend une décision. Néanmoins, le magistrat est tout de même soumis à un certain nombre de normes que le conseil de la magistrature doit faire appliquer

³⁷¹ *Règlement sur la procédure de sélection des candidats à la fonction de juge de la Cour du Québec, de juge d'une cour municipale et de juge de paix magistrat*, préc., note 366, art. 21 ; *Règlement sur la procédure de recrutement et de sélection des personnes aptes à être nommées membres au Tribunal administratif du logement et sur celle de renouvellement du mandat de ces membres*, *id.*, art. 6.

³⁷² *Règlement sur la procédure de sélection des candidats à la fonction de juge de la Cour du Québec, de juge d'une cour municipale et de juge de paix magistrat*, *id.*, art. 25 ; *Règlement sur la procédure de recrutement et de sélection des personnes aptes à être nommées membres au Tribunal administratif du logement et sur celle de renouvellement du mandat de ces membres*, *id.*, art.15-16.

³⁷³ M. BASTARACHE, préc., note 355, p. 159.

³⁷⁴ *Id.*

³⁷⁵ *Id.*

Section II. Les Conseils de la magistrature garants de l'indépendance judiciaire

Les Conseils de la magistrature sont des entités législatives chargées de prérogatives concernant le juge (**Par. A**). Les conseils, qu'ils soient fédéraux ou provinciaux, se sont attelés à la création d'une déontologie du juge (**Par. B**) dont le non-respect pourrait aboutir à la destitution hypothétique du juge (**Par. C**).

Paragraphe A. Les missions et habilitations des conseils de la magistrature

Le fédéral³⁷⁶, comme le provincial, le Québec³⁷⁷, par la Loi, a créé des organes chargés d'encadrer la profession de magistrat : les Conseils de la magistrature. Ces organes sont composés de juges³⁷⁸, avocats et dans le cas québécois de personnes ni juges ni avocats. Les deux organes ont des missions similaires, d'ailleurs très bien résumées sur leurs pages Internet³⁷⁹, qui consistent en : la formation continue des juges, améliorer et suggérer des améliorations quant à la justice et surtout enquêter quant à l'incapacité ou aux manquements d'un juge afin, si c'est avéré, d'en prévenir le ministre.

Les deux conseils ont ainsi pris en charge la création de code et principe portant sur la déontologie que le juge devrait respecter.

Paragraphe B. Le principe de déontologie

La loi québécoise habilite dans la LTJ³⁸⁰ le Conseil à prendre en main la création d'un code de déontologie du juge³⁸¹. Elle habilite aussi à la création d'un code spécifique pour les juges municipaux³⁸². Que dire de ces deux textes sinon qu'ils sont très courts – 10 et 9 articles – et

³⁷⁶ Art. 58 et suiv. LJ

³⁷⁷ Art. 247 et suiv. LTJ

³⁷⁸ Art. 59 LJ ; art. 268 LTJ

³⁷⁹ « Accueil », *Conseil de la magistrature du Québec*, en ligne : <<https://conseildelamagistrature.qc.ca/>> (consulté le 23 octobre 2022). Et « Nouvelle page d'accueil », *Conseil canadien de la magistrature*, en ligne : <<https://cjc-ccm.ca/fr/nouvelle-page-daccueil-0>> (consulté le 23 octobre 2022).

³⁸⁰ Art. 261 LTJ.

³⁸¹ *Code de déontologie de la magistrature*, préc., note 226.

³⁸² *Code de déontologie des juges municipaux du Québec*, RLRQ, c. T-16, r. 2.

vastes dans leurs formulations. Le Conseil canadien s'est permis, de son propre chef, d'en créer un³⁸³, bien plus bavard quant aux règles à suivre. Mais ce dernier n'a pas l'autorité d'une loi³⁸⁴. Ces codes répondent à une « demande d'éthique » de la part des justiciables³⁸⁵.

Pour autant, ces codes rentrent en confrontation avec certains impératifs d'indépendance du juge³⁸⁶, puisqu'en étant une « invitation vers la perfection³⁸⁷», ils exhortent et règlementent les comportements que le juge doit suivre³⁸⁸. La conduite judiciaire exigerait une « conduite quasi-irréprochable »³⁸⁹, du moins, et nous devons le noter, seulement en apparence³⁹⁰. Formulation que l'on retrouve d'ailleurs assez souvent dans ces principes déontologiques où la justice doit « paraître » impartiale³⁹¹. Déjà les auteurs de ces textes sont conscients de l'impossibilité métaphysique de cette impartialité parfaite.

En sus, ces principes de déontologie chargés de régir le comportement des magistrats sont créés, justement, par des magistrats. Il peut sembler étonnant de donner au pouvoir le pouvoir de se juger lui-même. Cependant, on observe surtout que la structure – magistrature – règlemente l'individu – le magistrat. Conséquemment, le conflit d'intérêts, certes, existe, mais n'est qu'apparent.

Il apparaît plutôt que la fonction de juger est contrainte et déterminée par le garant de l'indépendance judiciaire, et ce, afin de limiter l'arbitraire de l'individu-juge par l'encadrement d'une structure. Yves-Marie Morissette pose que :

L'indépendance judiciaire ne se conçoit plus de nos jours sans une obligation pour les juges de rendre compte de leur conduite judiciaire et extrajudiciaire. En contrepartie de cette obligation, cependant, les plaintes à leur endroit doivent être traitées objectivement et tranchées équitablement.³⁹²

³⁸³ CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Principes de déontologie judiciaire*, 2021.

³⁸⁴ L. HUPPE, préc., note 309.

³⁸⁵ Yves-Marie MORISSETTE, « Figure actuelle du juge dans la cité », (1999) 30 *R.D.U.S.* 4.

³⁸⁶ Yves-Marie MORISSETTE, « Comment concilier déontologie et indépendance judiciaires ? », (2003) 48 *Revue de droit de McGill* 297.

³⁸⁷ *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267, par. 110.

³⁸⁸ Y.-M. MORISSETTE, préc., note 386.

³⁸⁹ *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, par. 59.

³⁹⁰ *Id.*

³⁹¹ Voir l'affaire : *Valente ; Beauguard c. La Reine*, préc., note 36.

³⁹² Y.-M. MORISSETTE, préc., note 386, 302.

Dès lors, la déontologie répond à cette obligation de rendre le juge responsable de sa conduite en tant que juge, donc d'être puni pour un manquement à la probité. C'est ce que nous allons aborder maintenant.

Paragraphe C. L'exceptionnel cas de destitution d'un juge

Le juge peut être destitué de sa position avant la fin normale de son office. Le justiciable peut aussi porter plainte contre un juge dont il jugerait que celui-ci manque à son devoir. La plainte suivra tout un processus qui peut mener jusqu'à la destitution, du moins en théorie.

I. La marche à suivre afin de déposer une plainte contre un juge

La *LTJ*³⁹³ et la *Loi sur les juges*³⁹⁴ donnent chacun la marche à suivre en cas de plainte. Cette démarche peut se retrouver sur les sites des deux Conseils³⁹⁵. Elle suit un long processus.

Au Québec, le justiciable doit d'abord déposer sa plainte en remplissant un formulaire en ligne. Puis, il doit envoyer ce formulaire par courriel ou courrier au Conseil de la magistrature du Québec³⁹⁶. Au Fédéral, le justiciable peut, directement sur le site du conseil, remplir sa plainte et l'envoyer. Il peut aussi l'envoyer par courrier papier³⁹⁷. Dans ces deux cas, les Conseils vont effectuer un tri entre les demandes recevable et non recevable, enquêter, si les faits le justifient, former un comité d'enquête qui aboutit sur un rapport contenant les recommandations du comité. Le juge accusé peut être, soit innocenté, soit réprimandé, soit il peut être « recommandé aux ministres de la Justice et procureur général de présenter une demande à la Cour d'appel »³⁹⁸

³⁹³ Art. 263 LTJ.

³⁹⁴ Art. 63. LJ.

³⁹⁵ CONSEIL DE LA MAGISTRATURE DU QUEBEC, *Processus de traitement d'une plainte*, Schéma PDF, Québec, 2023, en ligne : <extension://elhekieabhbkmcefcobjddigicaadp/https://conseildelamagistrature.qc.ca/fileadmin/user_upload/2023-02-16_ProcessusTraitementPlaintes.pdf>; CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, « Soumettre une plainte », en ligne : <https://cjc-ccm.ca/fr/centre-de-ressources/soumettre-une-plainte> (consulté le 10 avril 2023).

³⁹⁶ CONSEIL DE LA MAGISTRATURE DU QUEBEC, *Id.*

³⁹⁷ CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *préc.*, note 383.

³⁹⁸ Art. 279 LTJ.

et, dans le cas fédéral « présenter au ministre un rapport »³⁹⁹. Rappelons que dans ce dernier cas, c'est le Parlement qui doit ensuite destituer le juge.

Voyons désormais quelques cas qui auraient pu aboutir à une destitution.

II. Quelques exemples de juge mis en accusation

Quels cas ont donné lieu à une enquête ? Premièrement, les prises de paroles médiatiques de la juge Ruffo ont été vues comme contraires à la réserve que doit avoir le juge en public⁴⁰⁰. C'est alors posé la question devant la Cour suprême de la liberté d'expression du juge et donc de la constitutionnalité du *Code de déontologie*⁴⁰¹. La réponse des juges est négative, sans qu'ils s'appesantissent sur le sujet⁴⁰². Dans le cadre de leur fonction, les juges doivent préserver la dignité de l'institution afin de ne pas faire poindre le risque de l'apparence de partialité⁴⁰³ quitte à devoir sacrifier leur liberté d'expression, normalement inhérente au citoyen.

Dans une autre perspective, une plainte contre le juge Camp a été émise⁴⁰⁴. Un juge ayant porté des propos présumément, selon la Cour, hors du commun et de l'acceptable s'est vu attaqué afin d'être destitué. Chose qu'il aurait pu connaître s'il n'avait démissionné avant. Dans cette affaire, ce qui est le plus parlant, est qu'il est mis en cause d'avoir sapé la confiance en la justice⁴⁰⁵. Le CCM explique que la dureté des paroles n'est pas le facteur déterminant de la faute, mais leur absence d'utilité dans le raisonnement juridique⁴⁰⁶. Pour continuer sur les propos sexistes, l'affaire du juge Bienvenue offre un développement similaire donc une

³⁹⁹ Art. 65. LJ.

⁴⁰⁰ *Principes de déontologie judiciaire*, préc., note 383, art. 8.

⁴⁰¹ *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, préc., note 387.

⁴⁰² *Id.*, par. 113 « Il est prématuré pour la Cour de se prononcer à ce stade sur la question telle que formulée. Cependant, le devoir de réserve n'est pas jugé inconstitutionnel pour cause d'imprécision. »

⁴⁰³ *Id.*, par. 108.

⁴⁰⁴ CANADIAN JUDICIAL COUNCIL, In the matter of an inquiry pursuant to s. 63(1) of the Judges Act regarding the Honourable Justice Robin Camp : report and recommendation of the Inquiry Committee to the Canadian Judicial Council, Ottawa, 2016.

⁴⁰⁵ Michaël LESSARD, « Why Couldn't You Just Keep Your Knees Together? » L'obligation déontologique des juges face aux victimes de violences sexuelles », (2018) 63-1 *Revue de droit de McGill* 155, 178.

⁴⁰⁶ *Id.*

conséquence similaire⁴⁰⁷. Il a pris sa retraite avant que sa destitution puisse être discutée au parlement.

Dans une perspective moins accablante, Le juge Bradley s'est vu mis en cause puisqu'il aurait tenu des propos blessants à l'encontre de Marcel Drolet, un plaignant,⁴⁰⁸ en refusant d'entendre la cause tout en utilisant un ton « cassant, voire hostile »⁴⁰⁹. Ces paroles ont laissé croire à une justice partielle, mais n'ont donné lieu, cette fois, qu'à une simple réprimande⁴¹⁰.

Plus récemment, une recommandation de destitution a été portée par le CCM à l'encontre de Gérard Dugré à la suite de deux plaintes à son encontre⁴¹¹. Le Comité d'enquête a reconnu que Gérard Dugré faisait preuve d'une « incapacité chronique à rendre jugement dans un délai raisonnable »⁴¹², d'autant que son comportement constituait un « manquement sérieux à l'honneur et à la dignité de la magistrature »⁴¹³. Le CCM recommande alors la destitution pour avoir sapé la confiance en la justice.

Dans toutes ces affaires, le point saillant qui en ressort est que la demande de destitution est prononcée lorsque le juge par son comportement individuel porte atteinte à toute la magistrature⁴¹⁴. En d'autres termes quand l'usage excessif de la liberté de l'individu entache celle de la magistrature. Il convient donc ici de penser que la garantie d'indépendance judiciaire,

⁴⁰⁷ CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Rapport au Conseil canadien de la magistrature du comité d'enquête nommé conformément aux dispositions du paragraphe 63 (1) de la Loi sur les juges pour mener une enquête publique relativement à la conduite de M. le juge Jean Bienvenue de la Cour supérieure du Québec dans la cause La Reine c. T. Thérberge*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1996.

⁴⁰⁸ *Drolet et M. le juge Bradley*, 2015 CMQC 105 (rapport d'enquête).

⁴⁰⁹ *Id.*, par. 19.

⁴¹⁰ *Bradley (Re)*, 2018 QCCA 1145, par. 8-10 le juge Dickson est dissident et aurait recommandé la destitution.

⁴¹¹ CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Rapport du Conseil canadien de la magistrature présenté au ministre de la Justice en vertu de l'article 65 de la Loi sur les juges relativement à l'enquête sur la conduite du juge Gérard Dugré*, Ottawa, 2022, p. 8.

⁴¹² COMITE D'ENQUETE DU CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Rapport au Conseil canadien de la magistrature du Comité constitué en vertu de l'article 63 de la Loi sur les juges pour mener une enquête sur la conduite du juge Gérard Dugré de la Cour supérieure du Québec*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 2022.

⁴¹³ *Id.*

⁴¹⁴ *Therrien (Re)*, préc., note 400, par. 147 « La précieuse confiance que porte le public envers son système de justice et que chaque juge doit s'efforcer de préserver est au cœur du présent litige. Elle en délimite les moindres contours et en dicte l'ultime conclusion. Aussi, avant de formuler une recommandation de destitution à l'endroit d'un juge, doit-on se demander si la conduite qui lui est reprochée porte si manifestement et si totalement atteinte à l'impartialité, à l'intégrité et à l'indépendance de la magistrature qu'elle ébranle la confiance du justiciable ou du public en son système de justice et rend le juge incapable de s'acquitter des fonctions de sa charge ».

en soi, contraint le juge dans ses actions, et ce dans un but supérieur de qualité de la justice rendue – ou apparence de qualité. Mais cette contrainte aspire aussi à donner un cadre protecteur aux juges dans lequel leurs libertés peuvent se déployer dès lors qu’il n’en dépasse pas les bornes.

Si l’indépendance judiciaire assure au juge un ensemble de contraintes nécessaire à la liberté de juger, il reste à analyser le juge en tant qu’individu. Son impartialité s’aperçoit aussi dans la dimension individuelle de l’indépendance judiciaire.

Chapitre 2. La liberté du juge entre affect et créativité

L’*ouliipo* est un mouvement littéraire et artistique prônant la libération de la créativité par un exercice de contrainte stylistique⁴¹⁵. Son plus éminent représentant, Georges Perec, écrit *la disparition*⁴¹⁶ où il fait disparaître le « e » de l’ouvrage. Bien qu’il ne soit pas dans la liste des « oulipiens »⁴¹⁷, le juge, à ses dépens, serait-il membre de ce mouvement artistique ? En effet, alors que nous avons cherché la liberté du juge, ou son absence, dans l’institution judiciaire et sociale, il nous faut aussi la chercher chez l’individu qui occupe la fonction de juge. Comme nous le savons déjà⁴¹⁸, il n’est pas certain que la liberté existe, cependant, l’existence de déterminations ou d’affects chez l’individu n’est plus à prouver. Nous chercherons à trouver ces affects et observer comment ils se déploient dans le cadre du métier du juge (**section I**). De même, le juge civiliste doit obéir aux règles de raisonnement juridique syllogistique qui opère comme une véritable contrainte de style à la manière oulipienne (**Section II**). C’est peut-être dans ce cadre-là que se développe la créativité de l’interprétation (**Section III**).

Section I. Le juge une personne déterminée comme une autre

Le juge est avant tout une personne avec ses propres expériences vécues et émotions. Dès lors, il est traversé, lui-même, par un certain nombre de déterminations et d’affects qui influencent sur son métier alors même qu’il doit demeurer impassible, neutre, lorsqu’il enfile le costume

⁴¹⁵ OULIPO, *Atlas de littérature potentielle*, coll. Folio. Essais, Paris, Gallimard, 1988, p. 8.

⁴¹⁶ Georges PEREC, *La disparition*, coll. L’Imaginaire, n°215, Paris, Gallimard, 2008.

⁴¹⁷ « Oulipiens », *Oulipo*, en ligne : <<https://www.ouliipo.net/fr/oulipiens>> (consulté le 26 octobre 2022).

⁴¹⁸ *Supra* p. 30 et suiv.

sacré. La première est les émotions dont le juge doit se détacher sans pour autant les renier (**Par. A**). La seconde forme de détermination est les biais que connaît chacun d'entre nous et qui inondent nos décisions en noyant notre logique (**Par. B**)

Paragraphe A. L'émotion du juge

L'émotion est définie comme « réaction affective intense causée par la surprise, la joie, la peur, etc. »⁴¹⁹. L'émotion est un phénomène biologique normal des perceptions qui s'impose aux cerveaux⁴²⁰. C'est aussi un vecteur de lien social et de compréhension entre les individus grâce aux fameux neurones-miroirs⁴²¹. Ces derniers permettent de comprendre les émotions des individus en les intégrant à nous. Conséquemment, ça permet de communiquer et de se comprendre. Pour autant, c'est une détermination⁴²², une passion spinozienne, un facteur incontrôlé qui, pourtant, influence comment nous pensons et ce que nous pensons⁴²³.

Le procès, en règle générale, est le lieu de déchainement des émotions les plus brutes, *a fortiori*, dans le cadre de procès pénal ou familial. Les parties sont là pour rechercher la justice à un problème et l'émotion suscitée par ce problème peut irradier. Pour autant, le juge doit rester impassible et neutre⁴²⁴, il doit se mettre à distance des émotions et « juger à froid ». C'est ce qu'on retrouve en filigrane des règles de déontologies québécoises pour les tribunaux judiciaires comme municipaux, aux articles 5 et 8 des deux textes, avec des mots quasiment identiques⁴²⁵. L'émotion visible serait synonyme de trop grande partialité et par conséquent, ses sanctions perdraient leur légitimité. C'est la loi qui donne la légitimité de la sanction et non l'individu émotionnel⁴²⁶. L'émotion est chassée du palais notamment par le biais de la symbolique de lieux et par la procédure. Ainsi, écrit Odile Barral : « [L]audience est le lieu de confrontation

⁴¹⁹ M.-É. DE VILLERS, préc., note 48, « émotion » p. 652.

⁴²⁰ Emmanuel JEULAND, « Le juge et l'émotion », dans *liber amicorum en hommage à Pierre Rodière*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2019, p. 7 ; voir aussi : Pierre-Claude LAFOND, « La prise en considération des émotions en médiation: une intervention essentielle et délicate », (2020) 61-4 *Cahier de droit* 937.

⁴²¹ *Id.*

⁴²² *Supra*, p. 30 et suiv.

⁴²³ Susan A. BANDES et Jeremy A. BLUMENTHAL, « Emotion and the Law », (2012) 8-1 *Annual Review of Law and Social Science* 161, 166.

⁴²⁴ Odile BARRAL, « L'émotion du juge », (2014) 1-1 *Les Cahiers de la Justice* 73.

⁴²⁵ *Code de déontologie de la magistrature*, préc., note 226, art. 5 et 8 ; *Code de déontologie des juges municipaux du Québec*, préc., note 380, art. 5 et 8.

⁴²⁶ E. JEULAND, préc., note 420.

de récits contradictoires qui permettent parfois aux intéressés de se dégager de la confusion émotionnelle qui leur fait tant de mal »⁴²⁷. Emmanuel Jeuland ajoute que « L'audience est le lieu de confrontation de récits contradictoires qui permettent parfois aux intéressés de se dégager de la confusion émotionnelle qui leur fait tant de mal. »⁴²⁸ Le juge utilise alors des stratégies de gestion de ces émotions pour les camoufler⁴²⁹ à savoir la suppression de ces émotions⁴³⁰ ou la divulgation de ces émotions de manière transparente aux parties⁴³¹.

C'est pourquoi il existe de règle de récusation du juge⁴³². Elle s'applique en cas de conflit d'intérêts certains ou si son émotion pourrait prendre le pas sur le jugement. Elle serait de nature à laisser douter de l'impartialité du juge. À ce titre, certains traits inhérents à la sensibilité du juge qui laisseraient entr'apercevoir ses émotions, comme l'ennui, l'acariâtreté, ne justifient pas la récusation⁴³³. La présomption est assez logiquement à l'impartialité du juge⁴³⁴, c'est donc à la partie qui la dénonce qui a le fardeau de la preuve⁴³⁵.

Pour autant, l'émotion peut être nécessaire, voire bénéfique au magistrat, dans une moindre mesure lorsqu'elle reste dans le cadre et du symbole et de la loi⁴³⁶. C'est pourquoi, les auteurs ne veulent pas tomber dans un dogmatisme du droit et de la loi sans apport émotionnelle⁴³⁷. En tout état de cause, puisque l'émotion est, elle ne peut être ignorée. C'est toute l'idée autour du courant *Law and the Emotions* qui cherche à comprendre les émotions dans le droit. Eric Posner écrit que :

The point I want to make is that both emotion-state preferences and calm-state preferences that reflect emotional disposition cannot automatically be either ignored as defective because "emotional," or counted as "just preferences." Both kinds of preferences must be evaluated, and included in or excluded from the social welfare

⁴²⁷ O. BARRAL, préc., note 424.

⁴²⁸ E. JEULAND, préc., note 420.

⁴²⁹ Terry A. MARONEY, « Emotional Regulation and Judicial Behavior », (2011) 99 *Cal. L. Rev.* 1485, 1505.

⁴³⁰ *Id.* p. 1507

⁴³¹ *Id.*, 1509.

⁴³² Art. 202 à 205 C.p.c.

⁴³³ *Quebecor Inc. c. Société Radio-Canada*, 2011 QCCA 387, par. 7.

⁴³⁴ *Droit de la famille — 17396*, 2017 QCCA 353, par. 23-24.

⁴³⁵ *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259.

⁴³⁶ E. JEULAND, préc., note 420.

⁴³⁷ *Id.*

*function, in accordance with the degree to which satisfaction of them contributes to the individual's well-being.*⁴³⁸

L'auteur « rameute » les émotions dans le droit afin de mieux les encadrer. Elles pourraient même être une nouvelle approche dans la résolution de problème juridique⁴³⁹. En effet, l'émotion ou la sensibilité permet de mieux comprendre les parties, conséquemment d'être plus fin dans son appréciation des faits, et ce, dans une optique de recherche de justice et vérité juridique. L'émotion n'est pas qu'une détermination interne qui entrave la logique, ce peut être aussi, de façon équilibrée, un préalable à cette dernière. On trouve d'ailleurs dans la jurisprudence québécoise en matière de récusation, une certaine ouverture à l'émotion et la sensibilité du juge dans le but du bien-juger.

[87] Dans ce contexte, le juge a pris différentes décisions propres à assurer le déroulement optimal du procès, tout en respectant les droits des parties. Il a privilégié une approche participative. Il est intervenu pour comprendre les témoignages et guider les parties. Il a géré le temps d'audience d'une façon efficace, comme tous les juges devraient le faire dans un monde moderne où les ressources judiciaires sont limitées. Rappelons que, de nos jours, les juges doivent non seulement être sensibles aux réalités sociales, être des juristes de haut niveau, mais, en plus, posséder d'excellentes aptitudes pour la gestion des instances.⁴⁴⁰

Nous pouvons lire ce paragraphe comme une façon – certes relative et timide – d'accorder aux juges une place plus humaine, moins froide, qui utilise son intelligence émotionnelle et dans la gestion de l'instance, et dans la décision. Sans pour autant, bien entendu, se laisser complètement déterminer par l'émotion ou sa sensibilité et dans le strict respect des lois et derrière la motivation.

L'arrêt *R. c. C.*⁴⁴¹ pose au même titre que « Rester neutre pour le juge ce n'est pas faire abstraction de toute l'expérience de la vie à laquelle il doit peut-être son aptitude à arbitrer les litiges »⁴⁴². En d'autres termes, il doit faire preuve d'empathie. Plusieurs autres arrêts, comme *Ipeelee*⁴⁴³ ou *Gladue*⁴⁴⁴, deux décisions s'intéressant à la détermination de la peine pour des

⁴³⁸ Eric A. POSNER, « Law and the Emotions », (2000) 89-6 *Geo. L.J.* 1977.

⁴³⁹ Kathryn ABRAMS et Hila KEREN, « Who's Afraid of Law and the Emotions? », (2009) 94-6 *Minn. L. Rev.* 1997.

⁴⁴⁰ 9108-5621 *Québec Inc. c. Construction Duréco Inc.*, 2016 QCCS 5786, par. 87.

⁴⁴¹ *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 119.

⁴⁴² *Id.*

⁴⁴³ *R. c. Ipeelee*, [2012] 1 R.C.S. 433.

⁴⁴⁴ *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688.

crimes présumément commis par des personnes issues d'une communauté autochtone, insiste sur l'importance de l'impartialité et de la neutralité, néanmoins, la Cour a également souligné la nécessité de faire preuve d'empathie et de compréhension envers les délinquants autochtones et leur contexte émotionnel⁴⁴⁵.

L'auteur Terry Maroney évoque dans *Emotional Regulation and judicial behavior*⁴⁴⁶ que : « *Finally, just as suppression indirectly can harm judging by harming judges, engagement indirectly can benefit judging by benefiting judges.* »⁴⁴⁷ L'auteur évoque alors la stratégie d'engagement et d'acceptation des émotions comme des moyens de tendre vers plus d'impartialité⁴⁴⁸.

À l'inverse, la négation de l'émotion peut conduire vers des biais et préjugés⁴⁴⁹. Les biais de l'individu sont une autre forme de détermination, bien plus vicieuse que les émotions, car bien mieux cachée, même et surtout, pour celui qui en est le coupable.

Paragraphe B. Les biais du juge

Même si le juge doit juger sans préjugés apparents⁴⁵⁰, il n'en demeure pas moins que comme humain, il en possède. Les biais peuvent être définis comme des « raccourcis mentaux » qui, selon la Professeure Catherine Régis :

Produisent parfois des illusions cognitives susceptibles de résulter en des erreurs ou biais de jugement et de raisonnement. À titre d'illustration, elles peuvent mener les gens à ignorer des informations importantes et à faire des prédictions ou des évaluations de risque inexactes. Une des découvertes de la recherche sur le processus de la pensée humaine est que certaines de ces erreurs de jugement se produisent de manière systématique.⁴⁵¹

⁴⁴⁵ R. c. *Lpeelee*, préc., note 443, par. 87 et 126 ; R. c. *Gladue*, *Id.*, par. 69 et 92.

⁴⁴⁶ T. A. MARONEY, préc., note 429.

⁴⁴⁷ *Id.*, 1552-1557.

⁴⁴⁸ *Id.*

⁴⁴⁹ S. A. BANDES et J. A. BLUMENTHAL, préc., note 423, 166.

⁴⁵⁰ Voir : *Valente c. La Reine*, par. 15 ; *supra*, p. 41.

⁴⁵¹ Catherine REGIS, « L'approche psychologique du droit : pour mieux comprendre les étincelles de folie et de sagesse », (2019) 24 *Lex Electronica* 203 (nos soulignements).

Personne n'en est exempt, même pas le juge⁴⁵². Les biais sont en dehors du champ du nôtre libertés puisqu'ils entachent notre raisonnement et, *in fine*, nos décisions⁴⁵³. Ils nous déterminent en ce qu'ils sont la cause de certaines de nos réflexions et actions⁴⁵⁴. Ces biais peuvent constituer une limite à la liberté des juges, car ils peuvent influencer inconsciemment leurs décisions, même lorsqu'ils s'efforcent d'être impartiaux et neutres.

Des expériences ont montré que des considérations stéréotypées des individus et des relations sociales entraînent une conséquence importante quant aux jugements. Des considérations, qui, prises individuellement, n'ont aucun fondement ou ne devraient ne pas être prises en cause par le juge. Notons bien ici qu'il s'agit de biais inconscient, s'ils étaient conscients, ils constitueraient une partialité importante et rendraient responsable le juge contre sa déontologie⁴⁵⁵. Des considérations externes, impertinentes aux droits, inondent les jugements comme la météo, le moment de la journée, les compétitions sportives,⁴⁵⁶ etc., donnant alors du grain à moudre au courant réaliste pour qui les arrêts seraient fonction de ce que « les juges ont mangé pour le petit-déjeuner »⁴⁵⁷.

Ainsi, de façon tout à fait malheureuse, les femmes divorcées sont perçues par les juges comme moins crédibles qu'une femme mariée ou vierge⁴⁵⁸. Par corollaire, les coupables de crimes envers une femme mariée ou vierge sont plus sévèrement réprimandés. Dans la même veine, les individus jugés « beau » gagnent plus de dommages et intérêt⁴⁵⁹ et se voient moins

⁴⁵² B. N. CARDOZO et A. L. KAUFMAN (dir.), préc., note 39, p. 10.

⁴⁵³ *Id.*

⁴⁵⁴ *Supra*, p. 30 et suiv.

⁴⁵⁵ *Supra*, p. 55 et suiv.

⁴⁵⁶ À ce sujet voir: Karim BENYEKHLEF et Simon DU PERRON, *Les algorithmes et l'État de droit*, Document de travail n°27, Laboratoire de Cyberjustice juin 2021 ; qui cite : Shawn D. BUSHWAY et Ann Morrison PIEHL, « Judging Judicial Discretion : Legal Factors and Racial Discrimination in Sentencing », (2001) 35-4 *Law & Society Review* 733; Darrell STEFFENSMEIER et Chester L. BRITT, « Judges' Race and Judicial Decision Making : Do Black Judges Sentence Differently ? », (2001) 82-4 *Social Science Quarterly* 74; Max SCHANZENBACH, « Racial and Sex Disparities in Prison Sentences : The Effect of District-Level Judicial Demographics », (2005) 34-1 *The Journal of Legal Studies* 57; David S. ABRAMS, Marianne BERTRAND et Sendhil MULLAINATHAN, « Do Judges Vary in Their Treatment of Race? », (2012) 41-2 *The Journal of Legal Studies* 347.

⁴⁵⁷ Expression attribuée à l'auteur réaliste Jérôme FRANK, *Law and the Modern Mind*, [1930], Washington, Transaction Publishers, 1963.

⁴⁵⁸ Cathaleene JONES et Elliot ARONSON, « Attribution of fault to a rape victim as a function of respectability of the victim », (1973) 26 *Journal of Personality and Social Psychology* 415, 3.

⁴⁵⁹ Gloria LEVENTHAL et Ronald KRATE, « Physical Attractiveness and Severity of Sentencing », (1977) 40-1 *Psychological Reports* 315.

sévèrement jugés⁴⁶⁰. Le stéréotype qui voudrait que ce qui est beau est bon⁴⁶¹ perdure malheureusement et le juge n'y est pas insensible⁴⁶².

Cependant, le cliché ne fonctionne que lorsque les informations sont lacunaires sur une personne ou un sujet donné⁴⁶³. Ainsi, plus le juge connaît les personnes qu'il a en face des yeux, plus le biais s'efface et moins le magistrat sera déterminé par celui-ci. Dès lors, la détermination par le biais n'est pas chose inéluctable pour le juge et le temps pris à l'étude du dossier peut l'en protéger⁴⁶⁴, à l'instar des affects spinoziens dont la compréhension mène à la libération⁴⁶⁵.

De manière tout à fait similaire, le biais rétrospectif peut avoir des implications douloureuses sur le processus judiciaire⁴⁶⁶. Ce biais implique que la personne surestime la prévisibilité de survenance des actes passés *a posteriori* lorsqu'il en connaît déjà les causes. Ainsi, il est étonnant de voir que le juge américain a tenu responsable un fonds d'investissement de ne pas avoir vendu ses actions avant la grande crise de 1929, soit de ne pas avoir prévu la crise avant la crise⁴⁶⁷. Encore une fois le biais détermine la réponse du juge, il n'agit pas librement *stricto sensu*, mais sous l'emprise d'un biais de logique dont il n'a pas conscience. Malheureusement, dans ce cas-ci, la connaissance de biais n'emporte pas la réduction de son influence, le juge ne peut se fier à sa logique⁴⁶⁸.

Le biais pro-endogroupe est un autre exemple qui nous semble pertinent. Le biais vise inconsciemment à avantager le groupe dont on se sent appartenir – race, groupe social, genre,

⁴⁶⁰ Royce SINGLETON et Susan HOFACRE, « Effects of Victim's Physical Attractiveness on Juridic Judgments », (1976) 39 *Journal of Social Behavior and Personality* 1 73.

⁴⁶¹ Dirk KRANZ, Lena NADAREVIC et Edgar ERDFELDER, « Bald and Bad ? », (2019) 66-5 *Exp Psychol* 331.

⁴⁶² En tout cas, le juge américain. À notre connaissance, il n'existe pas d'études québécoises sur le même sujet. Sur les questions de beauté nous pouvons penser que c'est la même chose, sur d'autres, comme les biais raciaux il serait intéressant de comparer.

⁴⁶³ Marilou BRUCHON-SCHWEITZER, « Chapitre II. Apparence corporelle et personnalité : un renforcement social différentiel ? », dans *Une psychologie du corps*, coll. Psychologie d'aujourd'hui, Paris, Presses Universitaires de France, 1990, p. 67-171.

⁴⁶⁴ Chris GUTHRIE, Jeffrey J. RACHLINSKI et Andrew J. WISTRICH, « Inside the Judicial Mind », (2001) 86-4 *Cornell Law Review* 778 ; Jeffrey J. RACHLINSKI et Andrew J. WISTRICH, « Judging the Judiciary by the Numbers : Empirical Research on Judges », (2017) 13 *Annu. Rev. Law Soc. Sci.* 209.

⁴⁶⁵ *Supra*, p. 33.

⁴⁶⁶ C. RÉGIS, préc., note 451, 214.

⁴⁶⁷ Jeffrey J. RACHLINSKI, « Heuristics and Biases in the Courts : Ignorance or Adaptation », (2000) 79-1 *Or. L. Rev.* 61. Qui cite : *Estate of Chamberlain*, 156 A. 42, 43 (N.J. Prerog. Ct. 1931).

⁴⁶⁸ C. GUTHRIE, J. J. RACHLINSKI et A. J. WISTRICH, préc., note 464, 84.

groupe politique, etc.⁴⁶⁹ Les études portant sur les juges américains de la Cour suprême ont pu démontrer de son existence⁴⁷⁰. Il nous semble ici que le déterminisme social est en partie à l'œuvre sur le juge, ce dernier pourrait avantager des personnes dont il se sent appartenir à la même catégorie, entachant alors l'impartialité du tribunal⁴⁷¹. De même, issues de mêmes facultés de droit, souvent des mêmes universités, ayant étudié avec les mêmes professeurs ou avec les ouvrages de ces professeurs, les juges sont déterminés inévitablement par cette identique formation⁴⁷².

Ces biais s'agrègent avec d'autres comme le biais de confirmation qui donne plus d'importance aux avis qui renforcent nos croyances. Comment lutter contre ces inconscients problèmes ? Encore une fois, Spinoza fournit la solution. Sensibiliser les juges d'abord à ces questions psychologiques constitue une première étape⁴⁷³. Ainsi, les auteurs américains proposent de collecter plus de données de justice grâce à l'IA afin d'avoir une vue prééminente du problème et pouvoir prévenir de ce biais⁴⁷⁴. En outre, motiver plus particulièrement leurs décisions ou les inciter à penser la solution inverse serait aussi une façon de lutter contre⁴⁷⁵. Sur cette dernière solution, la collégialité des décisions et les jugements dissidents ou concurrents vont dans ce sens et désagrègent dans la masse des individus les déterminations de chacun. Si tant est que les juges ne soient pas trop homogènes dans leurs représentativités du corps social⁴⁷⁶. Néanmoins, ces biais ne sont pas toujours issus de préjugés négatifs, ils révèlent aussi des mécanismes intuitifs de compréhension d'autrui et donc de faire appel aux sciences sociales pour en expliquer l'origine. La Commission européenne pour l'efficacité de la justice⁴⁷⁷, explique ainsi que :

⁴⁶⁹ Mathias ADJAOUT-PONSARD, « Biais cognitifs et comportement judiciaire », (2021) 3-3 *Les Cahiers de la Justice* 485.

⁴⁷⁰ *Id.*

⁴⁷¹ *Supra*, p. 39.

⁴⁷² Participant aussi à la sécurité juridique.

⁴⁷³ C. GUTHRIE, J. J. RACHLINSKI et A. J. WISTRICH, préc., note 464, 89.

⁴⁷⁴ Frank FAGAN et Saul LEVMORE, « The Impact of Artificial Intelligence on Rules, Standards, and Judicial Discretion », (2019) 93-1 *S. Cal. L. Rev.* 1-36, 29-30.

⁴⁷⁵ M. ADJAOUT-PONSARD, préc., note 469.

⁴⁷⁶ Sinon, l'effet inverse se produit par un renforcement des opinions, c'est un effet de bulle.

⁴⁷⁷ Ci-après « CEPEJ »

The fact that statistically, childcare is more often entrusted to mothers than fathers does not demonstrate a bias on the part of judges but reveals the need to mobilise different disciplines from the social sciences to shed light on the phenomenon.⁴⁷⁸

En somme, si la liberté du juge est « au niveau individuel la nécessité qu'ils se sentent tout à fait libre »⁴⁷⁹, alors ces biais sont similaires à des affects spinoziens, logiques, qui déterminent la réflexion judiciaire, sa volonté et sa logique, et, ce, toutes proportions gardées⁴⁸⁰. Ce sont des facteurs décisionnels inconscients, mais présents dans l'ouvrage du juge, un frein comportemental à sa liberté.

De manière institutionnelle, ils agissent comme un surligneur de la liberté et l'indépendance du juge dans sa décision. Puisqu'il découle de l'exigence d'indépendance judiciaire, il constitue une limite justement liée à cette indépendance judiciaire où le biais peut s'épanouir.

Les émotions comme les biais constituent une inévitable détermination pour le Juge dont il doit prendre conscience pour libérer sa décision, il en existe d'autres, moins évidentes, le langage par exemple dans lequel est rendu la décision, *a fortiori*, dans un univers bijuridique⁴⁸¹. L'une des façons que le droit à trouver pour *a minima* s'absoudre de considération émotionnelle et biaisée est le syllogisme. La décision que le juge écrit dans une forme plus ou moins syllogistique agit donc comme une contrainte formelle d'argumentation, du moins en apparence.

Section II. Le syllogisme juridique carcan libérateur du raisonnement du juge

Dans le monde positiviste, le juge « est la bouche de la loi »⁴⁸². Son rôle se limite à dire le droit et l'appliquer mécaniquement, robotiquement. Le syllogisme juridique est, donc, la méthode de

⁴⁷⁸ COMMISSION EUROPEENNE POUR L'EFFICACITE DE LA JUSTICE, *European ethical charter on the use of artificial intelligence in judicial systems and their environment*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2018. ; Nicolas VERMEYS « The Computer as a Court : How will Artificial Intelligence affect judicial Processes ? » dans Xandra KRAMER, Alexandre BIARD et al. (dir.), *New pathways to civil Justice in Europe. Challes of acces to justice*, Gewerbrasse, Springer, 2021, p. 61, à la p. 68.

⁴⁷⁹ Voir : *supra* p. 43, *Beauregard c. La Reine*, préc., note 36, par. 38.

⁴⁸⁰ *Supra*, p. 29.

⁴⁸¹ Voir sur ce sujet : Catherine PICHE, « Lost in Translation : la comparaison des droits en contexte de diversité linguistique », (2013) 43-1-2 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 479.

⁴⁸² C.-L. DE SECONDAT MONTESQUIEU, préc., note 42.

raisonnement déductif préférée du juriste en droit civil (**Par. A**). Une forme de lipogramme oulipien de contrainte argumentative formelle⁴⁸³ dont la question se pose de savoir s'il annihile la liberté du juge dans la décision judiciaire ou bien s'il laisse place à une certaine créativité, à l'instar du courant littéraire susmentionnée. En outre, le syllogisme présuppose un univers normatif plein et complet et, même si la fiction existe, le juge ne saurait se passer d'interprétation dans l'application du droit. L'interprétation peut être un vecteur d'émancipation du juge (**Par B**).

Paragraphe A. Le syllogisme juridique :

Le syllogisme juridique est le classique raisonnement déductif froid et mathématique qui veut que le juge applique à des faits le droit. C'est de cette manière standardisé qu'il rend justice. La loi oblige le juge à motiver sa décision⁴⁸⁴ et les cours hiérarchiquement supérieures peuvent infirmer un jugement qui ne serait pas suffisamment motivé⁴⁸⁵, de fait, pour éviter le semblant d'arbitraires. Il nous faut ici le définir, avant de voir le travail de qualification que le juge opère, puis de voir si cette logique juridique opère comme un carcan ou au contraire, une contrainte stylistique favorable à la créativité.

I. Éléments de définition : syllogisme, qualification des faits, catégories juridiques

Le syllogisme est une façon formelle de présenter et d'organiser un raisonnement – juridique ou non. En droit, il consiste en l'application d'une règle générale (proposition majeure) à des faits concrets (propositions mineures) pour lui appliquer les conséquences juridiques qui en découlent. L'assimilation des faits aux catégories juridiques se fait par le jeu subtil de qualification juridique des faits⁴⁸⁶.

⁴⁸³ Gisèle LAPRISE, *Les outils du raisonnement et de la rédaction juridiques*, Montréal, Editions Thémis, 2000, p. 104.

⁴⁸⁴ Art. 321 C.p.c. « Le jugement qui tranche le litige ou qui statue sur une affaire met fin à la demande ; il doit être écrit et motivé, qu'il soit rendu à l'audience ou après délibéré. »

⁴⁸⁵ Voir : *Duplessis c. Châteauneuf, ès qualités Juge Cour du Québec*, 1999 CanLII 11114 (QC C.S.) ; citant *Société des Services Ozanam inc. c. Commission municipale du Québec*, [1994] R.J.Q. 364 (QC C.S.) « Un jugement ne peut se réduire à une sèche démonstration abstraite qui ne mène à aucun raisonnement juridique. L'absence ou l'insuffisance de motivation engendrent l'arbitraire ».

⁴⁸⁶ G. LAPRISE, préc., note 483.

La qualification juridique consiste en la traduction de proposition factuelle, particulière, en proposition générale⁴⁸⁷ pour lui appliquer ensuite l'une des catégories juridiques qui s'y rattachent. La catégorie juridique étant alors entendue comme l'ensemble de faits auquel « la loi ou toute autre règle de droit attache des conséquences juridiques [...] pour que certaines solutions s'imposent au juge »⁴⁸⁸. Enfin, la règle de droit étant entendue comme « une présupposition qui envisage une situation juridique de façon hypothétique et abstraite ; un effet juridique qui est la conséquence attachée par la règle de droit à la réalisation dans les faits de l'hypothèse décrite dans la présupposition »⁴⁸⁹. Les parties à un procès vont évidemment chercher à qualifier de façon à ce que la catégorie choisie les avantage. Pour autant, le juge n'est pas contraint par la qualification des parties⁴⁹⁰. Il peut souverainement établir les faits eu égard aux preuves que les parties lui apportent⁴⁹¹.

Le syllogisme juridique répond à une volonté de sécurité juridique autant qu'à une exigence voulant rendre le droit lisible et pédagogique pour le justiciable.

II. L'absolue liberté du juge dans la qualification

Le juge est évidemment contraint par la norme dont il va devoir appliquer les conséquences juridiques. Néanmoins, qu'en est-il de la qualification dont va découler cette norme applicable ? le juge est-il l'artisan tout puissant qui jouit d'une liberté absolue dans cette qualification ?

Olivier Caylan, maître d'œuvre du *legal realism*, présuppose que oui, lorsqu'il explique que :

Bref, demandons-nous s'il ne serait pas encore plus « réaliste » de reconnaître que c'est la « description » des faits « subsumables » sous la règle qui détermine entièrement le choix de la règle applicable, et que dans l'exercice de cette activité « descriptive »,

⁴⁸⁷ G. CORNU, préc., note 4.

⁴⁸⁸ Marcel WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : Faut-il tuer les catégories juridiques ? », (1964) 16 *Revue internationale de droit comparé* 664. Voir aussi : *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, [2018] 3 R.C.S. 101, par. 168.

⁴⁸⁹ Christelle LANDHEER-CIESLAK et Cyndie SAUTEREAU, « La justice narrative : l'acte de juger comme expérience herméneutique et éthique. Autour des sentiments de compassion et de culpabilité de la juge Mafalda », (2020) 61-4 *les cahiers de droit* 959-1015, 971.

⁴⁹⁰ *Gillet c. Arthur*, [2004] R.J.Q. 42, par. 25 (C.A.). Voir aussi : *R. c. Québec (Société des Alcools)*, 1998 CanLII 13129 (QC C.A.).

⁴⁹¹ *Id.*

l'interprète jouit foncièrement d'une liberté absolue, entamée par aucune contrainte, pas même de rationalité.⁴⁹²

Chaim Perelman ne dit pas autre chose quand il explique que le juge, en qualifiant, peut travestir la réalité factuelle d'une situation pour la faire obéir aux conséquences juridiques qu'il souhaite et ce, que ce soit dans un but d'équité, de moral, afin de combler les vides de la norme ou pour d'autres considérations⁴⁹³. L'une des explications à ce fait est que :

qualifier n'est pas neutre. Nommer, c'est déjà évaluer, c'est porter un jugement. Amsterdam et Bruner, qui ont étudié le raisonnement juridique en adoptant une approche interdisciplinaire alliant le droit et la psychologie cognitive, soulignent l'influence possible des stéréotypes dans la qualification⁴⁹⁴.

Le juge « s'approprie » le récit, les faits en fonction de sa sensibilité et appuie dans sa propre qualification ce dont il juge le plus important, le plus nécessaire, le plus éthique afin de rendre sa décision. C'est ce que nous montre l'exemple de justice narrative⁴⁹⁵. Mais, il rend ensuite une décision neutre, froide et ensevelie sous le semblant de logique judiciaire⁴⁹⁶.

Pour autant, si c'était totalement vrai, comment expliquer l'agencement assez ordonné de la jurisprudence si les jugements ne sont que l'expression de l'imagination et de la subjectivité, de la volonté, de la liberté, de ceux qui la rendent⁴⁹⁷.

III. Des déterminations contraignantes pour cette liberté

Alors où est l'exigence quasi scientifique derrière le syllogisme ? O. Cayla exprime même que le syllogisme du juge est, ou *serait*, une « dissimulation »⁴⁹⁸ derrière laquelle se cache

⁴⁹² Olivier CAYLA, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK, « Y a-t-il une contrainte du (bon) sens dans la construction du cas ? », dans *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2005.

⁴⁹³ Trouvé dans : Anne FOUBERT, « Les contraintes pesant sur le juge. L'exemple du droit du don », (2011) 54-2 *Droits* 95.

⁴⁹⁴ Michelle CUMYN et Frédéric GOSSELIN, « Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive », (2017) 62-2 *Revue de droit de McGill* 329, 384.

⁴⁹⁵ C. LANDHEER-CIESLAK et C. SAUTEREAU, préc., note 490.

⁴⁹⁶ *Id.*

⁴⁹⁷ Voir : Olivier CAYLA, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant-LGDJ, 2005.

⁴⁹⁸ M. TROPER, préc., note 233, 16.

l'arbitraire de la qualification. C'est alors en accord avec les éléments déjà mentionnés où l'argumentation fait office de miroir sans tain des émotions et des biais du juge.

Cependant, nous ne saurons être aussi absolus que Cayla, si le juge a une certaine liberté dans la qualification, rappelons aussi qu'il est contraint par une institution. L'institution opère un lissage des décisions arbitraires avec le mécanisme d'appel. Ainsi, peut être qualifiée d'erreur de droit l'erreur de qualification en droit du juge⁴⁹⁹. Par conséquent, le mécanisme d'appel est un frein à la liberté du juge et peut jeter le glas sur son professionnalisme. D'autant que la déontologie du juge fait partie intégrante de sa condition et le contraint légalement. Dès lors, de façon plus subtile, le juge se contraint par lui-même afin de rendre « une décision acceptable »⁵⁰⁰. La motivation du jugement répond à un devoir de justification pour le rendre admissible eu égard au droit⁵⁰¹. C'est-à-dire qu'il est déterminé, voir contraint, par sa condition de juriste et de deux choses l'une : premièrement sa condition sociale de juriste le détermine à prendre des solutions acceptables eu égard aux standards de la société dans laquelle il vit – c'est une détermination, à laquelle lui et les autres juristes ne sont pas forcément conscient puisque justement le standard sociétal est déterminant pour tous. En second, il se sait et sent surveillé par la communauté, ce qui le détermine à limiter de lui-même son arbitraire⁵⁰². C'est d'autant plus vrai dans le cadre des jugements rendus en collégialité où l'individualité est noyée dans le banc des juges. Quoiqu'elle puisse s'exprimer par l'opinion dissidente, toujours dans un cadre syllogistique.

C'est peut-être ici que le juge est un oulipien puisque dans l'ensemble de ses contraintes formelles, institutionnelles, il peut dissimuler ses déterminations, ses affects et son arbitraire derrière le jeu du syllogisme afin de choisir les catégories juridiques qu'ils souhaitent. Il nous faut, cependant, voire comment le juge opère lorsque la qualification des faits ne révèle pas réellement un champ applicable. Comment il doit alors interpréter le droit.

⁴⁹⁹ *Lorrain c. 6989641 Canada Inc.*, 2016 QCCA 816.

⁵⁰⁰ A. FOUBERT, préc., note 484, 4 « L'étude du don montre en effet que le juge est tenu de rendre des décisions qui seront regardées comme acceptables par la communauté des juristes dont il fait partie. Elle révèle également que, lorsqu'il se prononce sur la qualification d'un acte en don, le juge est amené à mobiliser des représentations communes aux membres de la société à laquelle il appartient et que ses jugements traduisent les valeurs dominantes de cette société, les décisions prises manifestant ainsi l'esprit Ce mot renvoie ici à la notion d'esprit objectif utilisée... de la société. »

⁵⁰¹ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le droit à un tribunal impartial », dans Rémy CABRILLAC, *Libertés et droits fondamentaux*, 18^e éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 557-570.

⁵⁰² Olivier JOUANJAN, « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », (2011) 54-2 *Droits* 27, 37. « Les juges pratiqueraient une sorte de "danse dans les chaînes" ».

Paragraphe B. L'interprétation des normes

La fiction juridique force le droit à ne pas connaître de silence⁵⁰³, toutes les situations sont dans le droit. Dès lors, le juriste doit parfois user de gymnastique pour interpréter le droit lorsqu'une situation n'est pas expressément prévue⁵⁰⁴. L'interprétation est donc la « démarche intellectuelle qui consiste à mettre en relation trois éléments : le texte d'une loi ou d'un règlement, la signification linguistique de ce texte, celle que lui attribuerait, par exemple, une personne chargée de sa traduction, et la signification normative du texte, par exemple, celle que retiendrait un tribunal au terme d'un débat contradictoire »⁵⁰⁵. L'interprétation est un domaine encadré par la loi, la jurisprudence et la doctrine, mais elle fait partie du syllogisme et du travail d'argumentation, mais une part d'arbitraire peut s'y immiscer, notamment afin de ramener la règle dans un champ social.

I. L'encadrement de l'interprétation par les autorités

Les réalistes, comme Oliver Cayla, pensent que « c'est l'interprète, par son activité de lecture, qui constitue lui-même entièrement le texte de la Constitution »⁵⁰⁶ puisque c'est lui, le juge, qui donne force obligatoire à la loi en la déclamant, il peut l'interpréter à son aise. Le raisonnement est simple, il pourrait très bien omettre une loi et donc ne jamais lui donner valeur de norme.

Néanmoins, nous croyons que l'interprétation relève moins de la volonté pleine et entière du juge que d'un partenariat, une coopération⁵⁰⁷, « jeu, mouvement dans un cadre »⁵⁰⁸. En effet, le travail d'interprétation n'est pas complètement laissé à la merci du juge ou plus généralement du juriste. Le législateur a cru bon de ne pas laisser l'arbitraire du magistrat être le seul maître de l'interprétation. Ainsi, il a prémâché le travail avec une *Loi d'interprétation*⁵⁰⁹. Loi courte

⁵⁰³ *Loi d'interprétation*, RLRQ, c I-16, art. 49 et 41.2.

⁵⁰⁴ G. LAPRISE, préc., note 483, p. 111.

⁵⁰⁵ Pierre-André COTE et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 5^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2021, p. 1.

⁵⁰⁶ Olivier CAYLA, « La Chose Et Son Contraire », (1999) 3 *Les Études philosophiques* 291, 294 ; cité par : François OST, « Retour sur l'interprétation », dans *Aux confins du droit*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2001, p. 111-133.

⁵⁰⁷ F. OST, *Id.*

⁵⁰⁸ *Id.*

⁵⁰⁹ *Loi d'interprétation*, préc., note 503.

qui donne quelques clefs afin de décrypter la volonté du législateur au travers des quelque 64 articles. Pour autant, cette loi n'abolit pas complètement la liberté du juge en matière d'interprétation, au contraire, elle l'accompagne en lui rappelant quelques principes inhérents à la volonté du législateur⁵¹⁰. Une coopération, quoique la loi soit suffisamment courte pour laisser place à l'imagination du juge, la doctrine vient en aide pour offrir une méthode quant à l'interprétation⁵¹¹. Cela étant la panoplie d'outils offerte aux juges quant à l'interprétation – sens littéral, *a contrario*, *a pari*, téléologique, etc. – lui offre, par la même occasion la possibilité d'interprétation totalement contradictoire entre-elle puisque contingente à l'outil choisit⁵¹².

Pour autant, le juge n'est jamais un acteur isolé, il respecte en pratique les prédicats interprétatifs que les juges précédents ont déjà imposés alors même que rien, légalement, ne l'y oblige⁵¹³.

II. La force relative du précédent jurisprudentielle

Le précédent jurisprudentiel repose sur l'idée qu'un tribunal, dans une affaire antérieure similaire, crée une règle qui oblige les tribunaux et les juges à la suivre, *a fortiori*, lorsque le tribunal posant la règle est supérieur. Pour autant, dans les pays de droit civil, « le précédent est moins autoritaire »⁵¹⁴. Par conséquent, le Québec, tiraillé entre la common law et le droit civil, se voit alors tout autant tiraillé sur la force du précédent⁵¹⁵. À ce titre, aucune loi ne vient d'ailleurs poser l'obligation de suivre le précédent⁵¹⁶.

⁵¹⁰ Par exemple : *Id.*, art. 40 l'interprétation ne doit pas retreindre le français. Ou l'article 55, le masculin emporte le féminin, etc.

⁵¹¹ P.-A. COTE et M. DEVINAT, préc., note 505.

⁵¹² C'est l'exemple du guépard dans *Id.*, p. 422.

⁵¹³ Voir l'étude d'Albert MAYRAND, « l'autorité du précédent au Québec » dans Jean-Louis BEAUDOUIN, Nicholas Kasirer et al., *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, les éditions Thémis, 1995, p. 260.

⁵¹⁴ *Id.* à la p. 261.

⁵¹⁵ *Id.* à la p. 263.

⁵¹⁶ *Id.* à la p. 263 ; l'auteur évoque un projet de loi des années 40 abandonné qui aurait obligé les juridictions à suivre le précédent.

La Cour suprême du Canada ne se voit obligé que par ses propres précédents⁵¹⁷, qu'elle peut renverser pour différentes raisons⁵¹⁸. En raison de sa position suprême, elle oblige les juridictions inférieures d'appel, particulièrement celle de common law, alors que le Québec s'est pendant longtemps trouvé « moins docile » pour reprendre l'expression d'Albert Mayrand⁵¹⁹, particulièrement dans le domaine civil⁵²⁰. Il évoque alors les conflits d'interprétation qui ont opposé la Cour suprême à la Cour d'appel du Québec⁵²¹ dans les affaires *Taplin* ou *Salvas*⁵²². Ces querelles juridiques se sont apaisées lorsque la Cour suprême abandonna ses volontés d'unifications normatives⁵²³. Au point même que la Cour d'appel a annoncé, dans l'arrêt *Coté c. la Reine*⁵²⁴, en 1982, qu'un juge doit « suivre un précédent qu'il estime mal fondé »⁵²⁵.

En somme, la possibilité de voir ses arrêts cassés par la Cour suprême a contraint les juges d'appel à limiter leurs libertés dans l'acte de juger, c'est ce qu'énonce le juge Tremblay dans l'arrêt *Timlin*⁵²⁶ « tant que la Législature n'aura pas modifié l'art. 88 C.P. ou que la Cour suprême du Canada n'aura pas changé la jurisprudence, je me retrouverai lié et obligé de décider dans le même sens. »

Similairement, la juridiction d'appel québécoise s'est aussi souvent déclarée libre de suivre ou ne pas suivre ses propres arrêts⁵²⁷. Pour autant, afin d'éviter une trop grande instabilité juridique⁵²⁸, la Cour a aussi pris la peine de suivre ses propres arrêts, le juge Jean-Louis

⁵¹⁷ *Id.* à la p. 268.

⁵¹⁸ Ces raisons peuvent être des changements sociétaux ou légaux : *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654 ou des erreurs de droit et de notions complexe : *Vérovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811 ; A. MAYRAND, *id.* p. 278 et 284.

⁵¹⁹ *Id.* à la p. 270.

⁵²⁰ *Id.* à la p. 271, n° 34 « il faut toutefois observer que, en matière de « droit criminel », le *Stare decisis*, peut être considéré comme applicable au Québec comme dans les autres provinces.

⁵²¹ *Id.* à la p. 270.

⁵²² *Taplin c. Hunt*, [1893] 24 R.C.S. 36. ; *Salvas c. Vassal*, [1896] 27 R.C.S. 68.

⁵²³ A. Mayrand, préc. note 513, à la p. 271.

⁵²⁴ [1982] C.A. 419, 438 (QC C.A.) ; dans A. MAYRAND, *id.*, à la p. 271.

⁵²⁵ A. MAYRAND, *id.*, à la p. 271

⁵²⁶ *Timlin c. Emond*, [1961] B.R. 871, 880 (J. Tremblay) ; dans A. MAYRAND, *id.*, à la p. 273.

⁵²⁷ Par exemple : *Manning Marine Ltd. c. Château Motors Ltd.*, [1978] C.A. 290, 294 ; ou *Dion c. Orr*, [1961] B.R. 322 ; dans A. MAYRAND, *id.* à la p. 272

⁵²⁸ Nicole BERNIER, « L'autorité du précédent judiciaire de la Cour d'appel du Québec », (1971) 6 *R.J.T.* 535, 550 ; A. MAYRAND, *id.* à la p. 274.

Beaudouin explique dans l'arrêt *Lefebvre*⁵²⁹ « qu'il convient d'éviter les divergences d'arrêts au sein des cours d'appel. On ne saurait donc admettre que le résultat des arrêts d'appel soit la conséquence de chaise musicale ou de loterie judiciaire [...] »⁵³⁰. Néanmoins, le respect du précédent est tout de même heureusement soumis à la condition qu'il n'y ait pas eu d'erreur grossière de droit dans un jugement⁵³¹.

Plus déférente, les cours de première instance sont tenues de suivre les juridictions d'appels, bien que, rappelons-le, elles n'en ont pas l'obligation légale. C'est pourquoi il arrive, par moment, qu'un juge préfère suivre ce qu'il croit être la vérité plutôt que le précédent⁵³². Cependant, les cours québécoises ont tendance à suivre l'autorité du précédent⁵³³. D'ailleurs, les juges se sentent même inclinés à suivre les jugements de juges de la même juridiction par, peut-être, « courtoisie » ou « solidarité professionnelle »⁵³⁴, les arrêts de la même cour ayant une force de coutume⁵³⁵.

La volonté d'ordonnement juridique et de stabilité du droit a poussé les cours à s'obliger d'elle-même, à brimer leur indépendance judiciaire, leur liberté dans l'acte de juger. Néanmoins, les juges savent tout de même marquer leurs opinions discordantes lorsqu'ils le pensent nécessaire afin d'exercer une pression et changer la jurisprudence⁵³⁶.

C'est pourquoi Ronald Dworkin a évoqué un « jeu » qui consiste en la poursuite d'une interprétation existante tout en y laissant sa patte⁵³⁷ artistique oulipienne. Ce serait pour Oliver Jouanjan « une danse dans les chaînes »⁵³⁸. Il se soumet aux politiques interprétatives issus d'une part des arrêts précédant le sien, d'autre part, des arrêts d'une autorité supérieure au

⁵²⁹ *Lefebvre c. Commission des affaires sociales du Québec*, [1991] R.J.Q. 1864 (C.A.).

⁵³⁰ *Id.* 1877

⁵³¹ A. MAYRAND, préc., note 514, à la p. 275

⁵³² *Levasseur c. Pineau*, [1951] C.S. 448, 450 « vu la divergence d'opinion exprimée par les juges dans cette cause, cette décision ne peut pas être invoquée comme une autorité décisive »

⁵³³ A. MAYRAND, préc., note 514, à la p. 277

⁵³⁴ *Id.* à la p. 280.

⁵³⁵ *Id.* à la p. 281.

⁵³⁶ *Salvas c. Vassal*, (1896) B.R. 349, 356.

⁵³⁷ Ronald DWORKIN, « La Chaine du Droit dossier », (1985) 1 *Droit et Societe* 61.

⁵³⁸ Olivier JOUANJAN, préc., note 502, 17 « Les juges pratiqueraient une sorte de « danse dans les chaînes ».

sien⁵³⁹. Encore une fois, l'impératif institutionnel, les mécanismes d'appels contraignent le juge et déterminent donc en partie l'interprétation qu'il va offrir sous peine de voir son arrêt cassé⁵⁴⁰. Le juge par une interprétation large ou au contraire étroite ne peut pas créer ou supprimer des obligations et droits existants⁵⁴¹. La Cour suprême du Canada considère strictement le renversement jurisprudentiel, donc les interprétations contradictoires⁵⁴².

En bref, bien que l'interprétation aurait pu laisser entr'apercevoir une grande liberté du juge celle-ci se retrouve minimisée par, assez logiquement, la loi à interpréter, le processus judiciaire et par les interprétations préexistantes. Pour autant, l'interprétation n'est pas ancrée dans la roche après avoir été établie par un juge, elle se doit d'être dynamique.

III. La liberté dans l'acte d'interpréter : un marqueur culturel et social

Le droit est un fait social qui s'inscrit dans le cadre d'interactions sociales⁵⁴³. La norme n'est elle-même que l'expression des valeurs sociales et culturelles dont la société entend faire comme être des idéaux⁵⁴⁴. Le juge est lui aussi marqué socialement⁵⁴⁵, il est, en ce sens, déterminé socialement⁵⁴⁶ et finalement ses interprétations pourraient être teintées de ces marqueurs déterminants. En effet, le juge à un certain niveau de vie, un statut, une éducation qui peut paraître bien éloignée de celle du profane. C'est le spectre de la justice de classe⁵⁴⁷.

⁵³⁹ *Caron c. Alberta*, [2015] 3 R.C.S. 511, par. 37; voir aussi: *Carter c. Canada*, 2015 CSC 5; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15; *R. c. Sullivan*, 2022 CSC 19; *R. c. KirkPatrick*, 2022 CSC 33.

⁵⁴⁰ *Id.* « la Constitution ne saurait être considérée comme un simple contenant, à même de recevoir n'importe quelle interprétation qu'on pourrait vouloir lui donner ».

⁵⁴¹ *Caron c. Alberta*, préc., note 539 sur les droits linguistiques.

⁵⁴² *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 134 à 140.

⁵⁴³ Pierre NOREAU, « L'acte de juger et son contexte : éléments d'une sociologie politique du jugement », (2001) 3-2 *Éthique publique*. 17.

⁵⁴⁴ *Id.*

⁵⁴⁵ *Id.* « Mais si le juge sert ici de marqueur des valeurs sociales dominantes ».

⁵⁴⁶ *Infra*, p. 25.

⁵⁴⁷ *La Reine c. Chagnon (1975) Limitée*, [1981] R.L. 454, par. 8 (C.Q.) « Il m'est apparu utile et même nécessaire de faire ces remarques avant de répéter le Droit et résumer les faits, le tout afin de rappeler aux profanes, qui auraient tendance à ne garder en mémoire que les tristes décès pour exiger que soit quasi-automatiquement accablé leur employeur, au lieu de s'imprégner des principes émis par une jurisprudence abondante et en discuter l'à-propos, sans dénoncer à priori une "justice de classe" ».

Pour autant, le juge ne peut être libre de la « réception sociale »⁵⁴⁸ de ses actes. Il ne peut y être insensible⁵⁴⁹. Le juge peut – doit – alors user de son pouvoir pour ajuster le droit à la réalité sociale. L’acte de juger sert alors de métronome afin d’« ajuster le droit à la réalité sociale »⁵⁵⁰, l’interprétation est donc primordiale sur ce point. Ce pouvoir est encadré assez strictement par la Cour suprême pour les juridictions inférieures, plus proche du justiciable, comme expliqué dans l’arrêt *Bedford*⁵⁵¹, mais elles peuvent modifier une règle ou l’interprétation d’une règle, notamment quand les normes sociales ont changé⁵⁵². Le juge a un véritable pouvoir, ou même une responsabilité, certes encadré.

Chapitre 3. Conclusion partielle

Nous avons dans cette partie, après avoir défini la liberté, de circonscrire son champ d’application pour le juge. Nous avons donc constaté qu’il existait une multitude de contradictions dans cette réflexion et de paradoxes. La liberté, en tant que statut du juge de pouvoir juger librement et sans interférences, est garantie par l’institution judiciaire qui elle-même doit contraindre le juge pour ce faire. L’individu derrière le juge est lui aussi l’appareil d’une multitude de déterminations et de contraintes – biais, émotions et socialisation – qu’il camoufle derrière cet espace apparent de contrainte qu’est la motivation du syllogisme juridique. Pourtant, dans cet espace, il peut trouver une certaine marge de manœuvre afin de qualifier et catégoriser puis interpréter librement, ou presque.

⁵⁴⁸ *Id.*

⁵⁴⁹ Karine MCLAREN, « La place des autorités jurisprudentielles, de la doctrine et des faits d’intérêt public dans l’interprétation des lois au Canada : l’ascendance du contexte », (2021) 53-1 *Revue de droit d’Ottawa* 171.

⁵⁵⁰ P. NOREAU, préc., note 543.

⁵⁵¹ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 44. « la juridiction inférieure ne peut faire abstraction d’un précédent qui fait autorité, et la barre est haute lorsqu’il s’agit de justifier le réexamen d’un précédent. Rappelons que, selon moi, le réexamen est justifié lorsqu’une nouvelle question de droit se pose ou qu’il y a modification importante de la situation ou de la preuve. Cette approche met en balance les impératifs que sont le caractère définitif et la stabilité avec la reconnaissance du fait qu’une juridiction inférieure doit pouvoir exercer pleinement sa fonction lorsqu’elle est aux prises avec une situation où il convient de revoir un précédent. »

⁵⁵² *Id.*, par. 41-47.

L'étude préalable de la liberté nous avait permis de comprendre les mécanismes qui soutiennent la liberté à savoir un vecteur institutionnel, individuel (avec des déterminations). Nous pouvons observer que l'indépendance judiciaire du juge obéit similairement aux mêmes mécanismes. Ainsi, nous avons observé le caractère hétéronome de notre concept et effectivement, celle du juge n'y échappe pas, elle n'est pas *ex nihilo*, elle est assurée par un ensemble de règles et par un ensemble d'institutions que sont les différents Conseils de la magistrature. Rappelons que la liberté est d'abord un acte juridique, pour le juge, les actes juridiques qui déterminent sa liberté sont la Constitution et l'ensemble de normes que nous avons vues. Cet ensemble hétéronome préfigure l'autre caractéristique de la liberté : elle n'est jamais totale, sinon, paradoxalement, elle s'annulerait elle-même. Dès lors, fidèle à l'histoire, celle du juge ne l'est pas, son institution garante assure sa liberté autant qu'elle contraint le juge. Au point même où le juge est parfois moins libre que l'individu lambda. La deuxième teinte de la liberté qui était apparue est sa teinte métaphysique, la liberté est un être. Elle combat d'ailleurs un certain nombre d'affects et déterminisme. Le juge n'est pas un être insensible à ces combats, puisque lui aussi est déterminé, ses jugements le sont aussi. Il n'y a pas ici de fatalité puisque la connaissance des déterminations permet d'y remédier. La norme évidemment le détermine, les biais, les déterminismes sociaux, etc., le juge camoufle d'ailleurs ce fait dans cet espace étonnamment de liberté et de créativité que sont le syllogisme et l'argumentation juridique.

Il nous faut maintenant établir comment le numérique, au sens large, vient chambouler ou non cela.

Partie II. Les services d'aide à la décision et la liberté du juge

L'analyse du juge nous permet d'esquisser le cadre de sa liberté autant que ses contraintes. La question qui désormais irrigue cette deuxième partie est de savoir à quel point la cyberjustice vient faire chavirer le constat posé précédemment. Comme déjà indiqué⁵⁵³, la cyberjustice peut être définie comme « l'étude de l'usage et de l'intégration des technologies de l'information et de la communication dans les processus de résolution des conflits – judiciaire ou extrajudiciaire. Cela comprend la mise en réseau de tous les acteurs de la chaîne informationnelle et décisionnelle dans les affaires judiciaires. On parle alors plus précisément de système intégré d'information de justice »⁵⁵⁴. Elle se concrétise par un ensemble d'outils à destination des professionnels du droit – quels qu'ils soient – afin de numériser leurs œuvres et faciliter leurs offices. Comme déjà évoqué, nous nous concentrerons sur les outils de cyberjustice qui permettent une aide à la prise de décision juridictionnelle⁵⁵⁵ comme les algorithmes dit prédictifs ou d'aide à la rédaction (**Titre I**). À la suite de quoi, il nous incombera, avec les informations dont on a fait part, de véritablement présenter l'influence sur le juge de ces nouvelles technologies (**Titre II**).

Titre I. Les différents services d'aide à la décision

La cyberjustice ne constitue pas un ensemble de logiciels uniformes et identiques, loin de là, il existe une multitude de différents objets. Différents quant à leurs technologies autant que par leurs utilisations et leurs fins. La justice digitale est le grand ensemble mathématique de ce monde, alors il existe des sous-ensembles parmi lesquels la cyberjustice liée à la mise en

⁵⁵³ *Infra*, introduction, p. 7 et suiv.

⁵⁵⁴ LABORATOIRE DE CYBERJUSTICE, préc., note 22.

⁵⁵⁵ JEAN-MARC Sauvé (Vice-président du Conseil d'État), *Le juge administratif et l'intelligence artificielle, discours prononcé à la conférence des présidents de juridictions administratives*, Rennes, 20 avril 2018.

réseaux des acteurs et la dématérialisation des audiences⁵⁵⁶. Les entreprises proposant des services de technologie au service du droit⁵⁵⁷ (plus connue en anglais sous le sigle *Legaltechs*) font aussi partie de cet univers. Elles sont l'ensemble de l'industrie technologique innovante, de jeunes pousses (*Start-up*), qui crée des services matériels et logiciels de cyberjustice à destination du monde juridique, notamment avec des technologies d'IA⁵⁵⁸. Nous présenterons d'abord le cadre et le fonctionnement des outils d'aide à la décision pour le juge (**chap. 1**). L'esquisse faite, elle nous laisse observer, en prenant du recul, une fresque représentant le juge et son ordonnancement dans le champ de la justice. Elle révèle le rapport aux juges et à sa liberté (**chap. 2**).

Chapitre 1. Typologie et fonctionnement des outils de justice digitale

Différents éléments de justice numérique existent dont les technologies, les buts, les moyens, les utilisations et les utilisateurs sont différents. Il convient encore de préciser que nous n'évoquerons pas tous les services technologiques à l'usage et de cyberjustice qui peuvent exister. Par exemple, aurions-nous pu évoquer les *officetechs*, soit les technologies de bureau (traitement de texte, courriel, etc.) qui ont considérablement sauvé du temps à chacun d'entre nous sans pour autant, semble-t-il, avoir fondamentalement changé le travail du juriste⁵⁵⁹. Nous pouvons regrouper les technologies retenues en trois grands croquis. Bien entendu, il existe certainement plus d'une façon de le faire, bien plus précise et exhaustive. La première, le préalable, est l'œuvre politique et législative qui tend à dématérialiser l'office du juge (**Section I.**). Ensuite, nous devons observer ce phénomène d'ouverture de la justice grâce aux données ouvertes et publiques, la *big data* (**Section II.**). Enfin, il est important de saisir les

⁵⁵⁶ LABORATOIRE DE CYBERJUSTICE, préc., note 22 « La cyberjustice est l'étude de l'usage et de l'intégration des technologies de l'information et de la communication dans les processus de résolution des conflits – judiciaire ou extrajudiciaire. Cela comprend la mise en réseau de tous les acteurs de la chaîne informationnelle et décisionnelle dans les affaires judiciaires. On parle alors plus précisément de système intégré d'information de justice. »

⁵⁵⁷ Terme trouvé dans Bertrand CASSAR, *La transformation numérique du monde du droit*, Thèse de doctorat, Strasbourg, Faculté de droit, Université de Strasbourg, 2020, p. 146.

⁵⁵⁸ P. GILLIERION, préc., note 30, p. 99.

⁵⁵⁹ *Id.*, p. 62 et 63.

incontournables outils d'aide à la décision, notamment les algorithmes, objet de tous les fantasmes, qui opèrent sur la scène juridique de multiples façons (**Section III.**).

Section I. Du papier aux numériques

Tant le Québec que le Canada entendent favoriser l'usage de certaines technologies grâce à la permissivité de son corps normatif (**Par. A**) et le volontarisme politique qui finance la transition technologique (**Par. B**).

Paragraphe A. Un champ législatif propice aux numériques

Le *Code civil du Québec* vient s'ouvrir aux technologies avec notamment l'article 2837 qui énonce que « L'écrit est un moyen de preuve, quel que soit le support du document, à moins que la loi n'exige l'emploi d'un support ou d'une technologie spécifique. »⁵⁶⁰. Le même article fait ensuite référence à la LCCJTI⁵⁶¹ dans son second alinéa, afin de nous rappeler qu'un document transmis de façon électronique est un document électronique au sens de cette loi dès lors soumise à ses règles quant à l'intégrité⁵⁶². De plus, un tel document a alors une valeur juridique égale à celle de son vieux confrère en papier⁵⁶³. Néanmoins, « nul ne peut exiger de quelqu'un qu'il se procure un support ou une technologie spécifique pour transmettre ou recevoir un document, à moins que cela ne soit expressément prévu par la loi ou par une convention » d'après cette même loi⁵⁶⁴. C'est la neutralité technologique⁵⁶⁵ où la loi ne fait pas de différences quant aux types de support⁵⁶⁶. Ils sont, sauf énonciation contraire, interchangeables. C'est la neutralité technologique où la loi ne fait pas de différences quant aux

⁵⁶⁰ Art. 2837 C.c.Q.

⁵⁶¹ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ, c. C-1.1.

⁵⁶² Art. 2837 al. 2 C.c.Q.

⁵⁶³ Art. 5 à 8 LCCJTI. C'est aussi visible dans le *Règlement de la Cour du Québec*, RLRQ, c. C-25.01, r. 9, art. 4 qui énonce que « **Technologies de l'information**. Les termes actes de procédure, endos, pièces, expertises, transcription, registres, dossiers, documents, consultation, dépôt, production et notification comprennent également leur version et leur accès sur support technologique, le cas échéant. »

⁵⁶⁴ Art. 29 LCCJTI.

⁵⁶⁵ Sur cette question, voir : Vincent GAUTRAIS, *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2012.

⁵⁶⁶ Sur cette question, voir : *Id.*

types de document⁵⁶⁷. Pour autant, certains supports présentent des caractères propres qui peuvent entraîner des conséquences, c'est pourquoi le législateur a implémenté l'idée de l'équivalence fonctionnelle avec son article 1(3) LCCJTI qui présuppose qu'un document technologique doit pouvoir remplir les mêmes fonctions que le papier⁵⁶⁸.

Le *Code de procédure civile* vient compléter son homologue grâce à sa refonte de 2016 s'est ouvert aux technologies. Notamment dans son article 26, paragraphe premier, qui dispose que « [d]ans l'application du Code, il y a lieu de privilégier l'utilisation de tout moyen technologique approprié qui est disponible tant pour les parties que pour le tribunal en tenant compte, pour ce dernier, de l'environnement technologique qui soutient l'activité des tribunaux »⁵⁶⁹. Nous noterons l'utilisation du terme privilégié⁵⁷⁰. Dans la même optique, le greffe peut tenir par « support faisant appel aux technologies de l'information » les registres et index liés aux instances⁵⁷¹. Il n'y a pas lieu ici de recenser toutes les normes qui gèrent cette dématérialisation puisque le champ législatif apparaît très éclaté⁵⁷².

Les buts poursuivis par ce processus de numérisation⁵⁷³ sont simples et somme toute assez classiques. Ils sont d'ailleurs plutôt bien résumés par le ministre de la Justice dans son commentaire concernant l'article 26 C.p.c :

Cet article marque l'intégration des technologies de l'information à la procédure civile. L'utilisation de ces technologies peut permettre d'accroître l'accès des citoyens à la justice, d'augmenter la qualité des services offerts, de diminuer les délais ainsi que les coûts afférents. La responsabilité du juge dans la gestion de l'instance justifie le fait qu'il doit pouvoir ordonner l'utilisation de ces techniques malgré un refus de l'une ou des deux parties ou encore requérir la présence d'une personne malgré l'accord des parties de procéder par ces moyens s'il estime que cela est nécessaire et si cet ordre est en accord avec la règle de la proportionnalité. Cependant, le tribunal doit agir dans la

⁵⁶⁷ Voir : *Id.*

⁵⁶⁸ *Id.* ; Véronique ABAD et Ivan MOKANOV, *Gestion de la qualité dans la diffusion libre du droit : l'exemple canadien*, CanLII, LexUM, 2004, p. 14.

⁵⁶⁹ Art. 26 C.p.c.

⁵⁷⁰ Antoine GUILMAIN, « Un nouveau Code pour une procédure technologique : memento pour le pr@ticien », (2016) 14-1 *Canadian Journal of Law and Technology* 18, 21.

⁵⁷¹ *Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile*, RLRQ, c. C-25.01, r. 0.2.1, art. 7.

⁵⁷² Cléa IAVARONE-TURCOTTE, Fabien GELINAS et Nicolas VERMEYS, « Procédure et immatériel au Québec (The Intangible in Quebec's Civil Procedure) », dans *L'immatériel, journée espagnol*, coll. « travaux de l'association Henri Capitant », Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 839.

⁵⁷³ Nicolas VERMEYS, « Code source et sources codifiées : pour une cyberjustice québécoise ouverte et accessible », (2010) 14-3 *Lex Electronica*, 3.

limite des technologies qui lui sont disponibles compte tenu des contraintes d'utilisation, dont les coûts qui leur sont associés.⁵⁷⁴

Les maîtres mots sont explicites : ouverture à la justice pour le justiciable, diminution des délais et efficacité. Nous noterons la responsabilité du juge en la matière et sa soumission aux contraintes que les technologies pourraient faire apparaître.

Cette entreprise de dématérialisation est facilitée par un certain nombre de *legaltechs* qui entendent fournir une suite de service à destination des tribunaux dans cette veine-là. Le milieu universitaire se prête au jeu. C'est le cas par exemple du Laboratoire de cyberjustice de l'Université de Montréal qui propose un service de greffe électronique⁵⁷⁵ doté d'un ensemble de service de gestion de l'audience. Le volontarisme politique aide aussi cette fin.

Paragraphe B. Le programme Lexius au Québec pour moderniser la justice québécoise

En effet, en 2018, dans le plan pour moderniser le système de justice⁵⁷⁶, le gouvernement du Québec propose d'investir 675 millions de dollars pour moderniser la justice jusqu'à l'horizon 2022-2023⁵⁷⁷. L'objectif annoncé est de renforcer la confiance dans la justice, en améliorer l'accès, réduire les coûts et l'ouvrir aux technologies⁵⁷⁸. Plus de la moitié du budget de 2018 est consacré à satisfaire ce dernier objectif, soit 289 millions⁵⁷⁹. L'implantation de technologies doit permettre la numérisation du greffe, la numérisation des dossiers, la consultation numérique et la mise en relation de toutes les personnes à l'audience⁵⁸⁰. Ce chantier est censé améliorer certaines des facettes de l'indépendance judiciaire en améliorant l'image de la justice.

⁵⁷⁴ QUEBEC, MINISTRE DE LA JUSTICE, *Commentaires de la ministre de la Justice: le Code de procédure civile, chapitre C-25.01*, Montréal, SOQUIJ/Wilson & Lafleur, 2015, p. 41-42; cité par : *Leduc c. Gauthier*, 2017 QCCS 4845, par. 11. (nos soulignements)

⁵⁷⁵ LABORATOIRE DE CYBERJUSTICE, « Greffe électronique », en ligne : <<https://www.cyberjustice.ca/logiciels-cyberjustice/nos-solutions-logicielles/greffe/>> (consulté le 26 novembre 2022).

⁵⁷⁶ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Un plan pour moderniser le système du justice. budget 2018-2019*, Québec, 2018.

⁵⁷⁷ *Id.*, p. 1, 175 millions, déjà prévus en 2016 auxquels s'agrègent 500 millions grâce à ce budget.

⁵⁷⁸ *Id.*

⁵⁷⁹ *Id.*, p. 1, 2 et 23.

⁵⁸⁰ *Id.*, p. 23.

Ce budget s'est notamment matérialisé par le programme Lexius⁵⁸¹. Ce programme québécois part du constat de la désuétude des services de justice avec la prépondérance du papier et des façons de faire non harmonisées⁵⁸². Pour répondre à ce constat, le programme Lexius est chargé de numériser les instances et les dossiers pour la magistrature, le greffe, les citoyens et les partenaires⁵⁸³ à travers 8 projets connexes étalées entre 2021 et 2025⁵⁸⁴. Un portail d'entrée Lexius a déjà été livré en 2021 permettant le dépôt des documents numérique ou le paiement de frais judiciaire⁵⁸⁵. À terme, il permettra la gestion d'audience à distance et le partage d'informations entre les Cours.

À terme, le programme peut permettre de rationaliser les procédures et leurs cohérences et, par conséquent, accroître le sentiment de justice, participant, de fait, à l'indépendance judiciaire. Dans ce même objet de dématérialisation, il est difficile de faire l'impasse sur la dématérialisation des procédures et des audiences, la mise à distance des personnes, avec l'essor des procès à distance sur lequel nous devons malheureusement faire l'impasse. Tout cet espace dématérialisé est permis grâce à la gestion des données ouvertes et leurs traitements.

Section II. L'open data et les données de justices ouvertes

L'*open data* est une expression récente issue des perspectives communalistes américaines et de l'idéal d'un Internet ouvert et libre⁵⁸⁶. Elle se définit simplement par la mise à disposition de « donnée ouverte, publique, gratuite, accessible par tous et réutilisable »⁵⁸⁷ par les gouvernements. La mission prend place dans un mouvement plus large de transparence, d'*open*

⁵⁸¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Présentation du programme Lexius. Rendez-vous du Droit des technologies de l'information 2022*, Québec, 2022.

⁵⁸² *Id.*, p. 3.

⁵⁸³ *Id.*, p. 5.

⁵⁸⁴ « Transformation de la justice. Programme Lexius », *Espace A*, en ligne : <<https://espacea.ca/fr/transformation-justice-programme-lexius/>> (consulté le 9 avril 2023) ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE (QUÉBEC), *Présentation du programme Lexius. Barreau*, Québec, 2021. les 8 projets : le projet 1 consiste en le dépôt des procédures et demandes, le deuxième porte la gestion des dossiers et registres, puis troisièmement, la notification et la transmission, quatrièmement : le soutien et la gestion de l'instance, cinquièmement : la gestion de l'audience numérique, sixièmement : l'exécution du jugement, septièmement : la gestion des services transversaux et enfin : l'assises technologiques

⁵⁸⁵ MINISTÈRE DE LA JUSTICE GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, préc., note 581, p. 19.

⁵⁸⁶ Karim BENYEKHLEF et Jie ZHU, « Intelligence artificielle et justice : justice prédictive, conflits de basse intensité et données massives », (2018) 30-3 *C.P.I.* 790, 817.

⁵⁸⁷ Flora DORNEL, « Les données personnelles à l'épreuve de l'open data des décisions de justice : entre principe de transparence de la justice et droit à la vie privée », (2020) 25-2 *Lex Electronica* 60, 1.

gouvernement, dopée par les possibilités du numérique⁵⁸⁸, évidemment le Canada n’y est pas insensible⁵⁸⁹. Dans cette optique, les différents cours nous rappellent aussi que la justice est publique dans un État démocratique⁵⁹⁰. Les données de justice doivent être ouvertes et disponibles, puisqu’elles sont publiques (**Par. A**) posant alors la question des problématiques que peut poser telle ouverture (**Par. B**).

Paragraphe A. Les données de justice disponible

Au Québec et Canada les décisions de justice, publique rappelons le, sont à l’écrasante majorité disponible sur Internet grâce à des sites spécialisés dans la mise à disposition des décisions, lois et bien plus encore.

Ces sites Internet sont pour la plupart privés à but lucratif – *Lexisnexis*, *Westlaw* – parfois privé à but non lucratif comme *Canlii* ou enfin public issu de la Loi comme pour *Soquij*⁵⁹¹. À ce titre, cette dernière nous rappelle les missions d’une justice ouverte dans son article 19 qui dispose « La Société a pour fonctions de promouvoir la recherche, le traitement et le développement de l’information juridique en vue d’en améliorer la qualité et l’accessibilité au profit de la collectivité. »⁵⁹². L’enjeu n’est pas seulement de rendre compte de l’information juridique. Il y a aussi une volonté, entre autres, d’en faciliter le traitement⁵⁹³. En effet, au Canada, la publicité se couple avec la publication, par conséquent, le rôle des différents médias d’informations et de diffusions est éminemment important dans le but de cette transparence démocratique⁵⁹⁴. La France semble aller plus loin dans le processus puisqu’en plus de rendre

⁵⁸⁸ « Mission and Strategy », *Open Government Partnership*, en ligne : <<https://www.opengovpartnership.org/mission-and-strategy/>> (consulté le 27 novembre 2022).

⁵⁸⁹ « Gouvernement ouvert », *Gouvernement du Canada*, en ligne : <<http://ouvert.canada.ca/fr>> (consulté le 27 novembre 2022).

⁵⁹⁰ *A.G. (Nova Scotia) c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, par. 23 « Il est aujourd’hui bien établi cependant que le secret est l’exception et que la publicité est la règle. Cela encourage la confiance du public dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l’administration de la justice. En règle générale, la susceptibilité des personnes en cause ne justifie pas qu’on exclut le public des procédures judiciaires. »

⁵⁹¹ *Loi sur la société québécoise d’information juridique*, RLRQ, c. S-20.

⁵⁹² *Id.*, art. 19.

⁵⁹³ K. BENYKHFLEF et J. ZHU, préc., note 586, 818.

⁵⁹⁴ F. DORNEL, préc., note, 587, 66 ; citant: *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459.

disponibles les données, elle standardise leurs formats pour les rendre plus facilement utilisables par les *legaltechs*⁵⁹⁵.

Puisque cette information est aisément disponible, elle est aisément utilisable pour les firmes de *legaltechs* et leurs algorithmes⁵⁹⁶ sur lesquels nous reviendrons. En outre, une justice des plus ouvertes et accessible permet aux contribuables de pouvoir surveiller le travail de la magistrature⁵⁹⁷. Cependant, elle n'est pas sans poser un certain nombre de problématiques.

Paragraphe B. Une justice trop ouverte ?

L'*Open data* du droit fait craindre le risque de disparition de l'opacité dans les faits qui y régnait et, par conséquent, de mettre en lumière la vie privée de chacun⁵⁹⁸.

En France, le choix est à la pseudonymisation des personnes afin de protéger la vie privée du justiciable et d'éviter la réidentification à tout prix⁵⁹⁹, chose toutefois difficile en l'espèce. Le Canada fait le choix tout bonnement inverse puisqu'elle garde sa ligne directrice en matière de publicité et vie privée en soumettant l'un à l'autre⁶⁰⁰. Néanmoins, la jurisprudence n'exclut pas, non plus, la possibilité d'ordonnance protégeant la vie privée dans des cas restreints et sensibles⁶⁰¹. L'arrêt *Sherman*, pose les bases d'un rapport de proportionnalité entre la publicité des débats et la vie privée de l'individu en posant un certain nombre de critères afin de restreindre la publicité. Ces critères précisent les critères posés par l'arrêt *Sierra club*⁶⁰².

Il en va de même pour le juge explicitement nommé dans l'arrêt, à l'inverse de son homologue français, il peut se voir mis en lumière. Ainsi, la question de la vie privée du juge lui-même pourrait se poser tout autant, conséquemment, le risque de voir le juge réfréner ses ardeurs par peur de lynchage médiatique serait à envisager. La vie privée du juge est un élément protégé

⁵⁹⁵ Adrien VAN DEN BRANDEN, *Les robots à l'assaut de la justice*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 66.

⁵⁹⁶ *Id.*, p. 70.

⁵⁹⁷ *Id.*, p. 71.

⁵⁹⁸ F. DORNEL, préc., note 587.

⁵⁹⁹ *Id.*

⁶⁰⁰ *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 743, par. 42 « la partie qui engage un débat judiciaire renonce, à tout le moins en partie, à la protection de sa vie privée. Cela peut être vrai même relativement à des sujets aussi délicats que le contenu de ses dossiers médicaux et hospitaliers ».

⁶⁰¹ *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25.

⁶⁰² *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522.

par les cours elles-mêmes, puisqu'elle pourrait ternir sa liberté ou, au contraire, trop personnalisé, le jugement si des éléments de sa vie venaient à être présentés⁶⁰³. C'est pour l'instant une supposition hypothétique non étayée par les faits puisque les rares cas où la vie privée d'un juge est exposée dans les médias sont les cas où le juge a méconnu ses devoirs⁶⁰⁴. Le juge doit être libéré de cette contrainte, c'est une question d'indépendance judiciaire⁶⁰⁵.

La volonté d'ouvrir l'accessibilité de la justice aux plus grands nombres des citoyens par les possibilités du numérique et d'Internet a donné un terreau tout à fait fertile pour nourrir de données des algorithmes gourmands utilisés par le juge et plus largement la communauté des juristes. Nous reviendrons dans le titre prochain sur cette question.

Section III. Les services d'aide à la décision

Les services d'aide à la décision pullulent dans l'espace public juridique dû aux fondements fertilisants des bases de données ouvertes et facilement exploitables. Ils sont tout autant utilisés à des fins pratiques pour le juriste, à des fins de recherches et d'observations ou encore en tant qu'outils prédictifs. Il convient ici de s'attarder sur le fonctionnement des algorithmes qui sont le cœur de la plupart de ces outils et d'en vulgariser les rouages (**Par. A**) avant d'observer le foisonnement d'outils sur le terrain juridique pour le juge (**Par B**).

Paragraphe A. Fonctionnement des algorithmes d'Intelligence artificielle

Il convient ici de définir brièvement certains éléments techniques de l'objet qui va nous animer. L'algorithme et l'intelligence artificielle sont des concepts fondateurs en informatique qui vont aujourd'hui se développer rapidement. Entre le fantasme et la réalité, il faut défricher le terrain qui nous occupe.

⁶⁰³ *Simard et Duchesneau*, 2019 QCCJA 1101, par. 23 ; ou *R. c. Berger*, 2004 CanLII 8608 (C.Q.).

⁶⁰⁴ *Supra*, p. 55.

⁶⁰⁵ *Supra*, p. 41 et suiv.

I. Quelques éléments de définition

Un algorithme est une suite d'instructions (*input*) afin d'aboutir à un résultat (*output*). La plus classique des analogies pour comprendre ce que c'est est la recette de cuisine⁶⁰⁶. Soit, une suite logique d'instruction afin d'aboutir à un succulent plat⁶⁰⁷. C'est notamment à Alan Turing et Von Neuman que l'on doit la création de l'algorithme. Évidemment d'autres ont jalonné la marche avant les deux mathématiciens. Alan Turing imagine dès 1937 sur le papier une machine qui peut décomposer en opérations simples des problèmes mathématiques complexes afin de les résoudre⁶⁰⁸. Des problèmes qui ne seraient pourtant pas démontrables en l'état. Il perdure sur cette voie après la guerre avec le fameux test de Turing, ou jeu de l'imitation⁶⁰⁹. Un test dans lequel par une série de questions il faudrait trouver si l'on parle à une personne ou non. Si la réponse est positive, c'est que la machine est « intelligente »⁶¹⁰. Pour autant le terme d'IA apparaîtra bien plus tard, en 1956, dans les écrits de Minsky et McCarthy⁶¹¹. Néanmoins, Turing est limitée en son temps par la capacité de calcul des machines. Von Neuman va être à l'origine d'un grand bond matériel lorsqu'il eut l'idée de séparer le couple mémoire et calcul dans un schéma⁶¹². C'est à ces deux-là que l'on doit l'essor de l'informatique moderne.

Le terme Intelligence artificielle est devenue très populaire, galvaudé par la culture populaire de science-fiction, certains lui préfèrent le terme « Intelligence augmentée »⁶¹³. Les initiales sont les mêmes, mais les auteurs entendent mettre en exergue le rôle d'assistance de l'outil.

La théorie va pouvoir devenir pratique grâce aux capacités de calcul décuplé (Loi de Moore) pouvant traiter des données plus nombreuses, des algorithmes plus fins et surtout des

⁶⁰⁶ A. VAN DEN BRANDEN, préc., note 595, p. 6-7.

⁶⁰⁷ *Id.*

⁶⁰⁸ Alan TURING, « On Computable Numbers, With an Application to the Entscheidungsproblem », (1937) 2-42 *Proceedings of the London Mathematical Society* 230.

⁶⁰⁹ Alan TURING, « Computing machinery and intelligence », (2950) 59-236 *Mind* 433 ; dans : P. GILLIÉRIEN, préc., note 30, p. 118.

⁶¹⁰ A. TURING, *id.* ; dans : P. GILLIÉRIEN, préc., note 30, p. 118.

⁶¹¹ P. GILLIÉRIEN, *id.*, p. 118.

⁶¹² *Id.*

⁶¹³ Luc JULIA et Ondine KHAYAT, *L'intelligence artificielle n'existe pas*, Paris, éditions J'ai lu, 2019, p. 216 « l'intelligence artificielle n'existe pas, mais l'intelligence augmenté, elle, est en marche [...] ».

financements plus généreux⁶¹⁴. Il faut cependant voir de quels types d’algorithme nous parlons aujourd’hui.

II. Intelligence artificielle : étroite ou générale et apprentissage supervisé ou non supervisé

Les IA que nous connaissons aujourd’hui sont dites étroites, à l’inverse de généraux. C’est-à-dire qu’elles ne sont pour l’instant pas capable que de se concentrer sur une tâche prédéfinie et ne peuvent s’adapter à un autre environnement. Par exemple, le logiciel AlphaGo, vainqueur au jeu de Go, n’est, *a priori*, pas capable de conduire une voiture autonome, aussi bon soit-il au jeu de go, ChatGPT, nonobstant ses performances, n’est pas encore Skynet.

En outre, le propre de l’IA est d’être plus ou moins autonome. À ce titre, il lui faut « apprendre », c’est le *machine learning*. Nous parlons d’apprentissage supervisé lorsque l’algorithme est nourri par une personne par des données clairement identifiées comme A ou B afin que la machine après avoir été gavée puisse automatiser la reconnaissance de données similaires, mais non identifiées⁶¹⁵.

Nous parlons d’apprentissage non supervisé lorsque la machine va entreprendre elle-même de classer les données reçues en y cherchant des *modèles*. Le *machine learning* connaît une sœur plus marketing avec le *deep learning* qui entend pousser l’apprentissage au pixel prêt. Une dernière méthode est celle du NLP qui entend traiter le langage oral comme écrit⁶¹⁶, formule utilisée dans le cadre des algorithmes de *machine learning* qui entendent décrypter la jurisprudence en se fondant sur une analyse linguistique et sémantique⁶¹⁷.

III. Quelques limites aux IA

Les algorithmes et les IA sont pléthores dans la vie courante au point que la liste d’exemple ne s’arrêterait plus et ils alimentent les plus brillants et féconds fantasmes de science-fiction. Ces

⁶¹⁴ P. GILLIERION, préc., note 30, p. 119 ; D. BOULLIER, *Sociologie du numérique*, 2^e éd., Malakoff, Armand Colin, 2019, p. 40-45.

⁶¹⁵ Pour tout ce paragraphe voir : *id.*

⁶¹⁶ Évidemment, nous vulgarisons et ne poussons pas dans le détail. Pour tout ce paragraphe voir : P. GILLIERION, préc., note 30 ; D. BOULLIER, préc., note 614.

⁶¹⁷ Par exemple ceux de justice prédictive *infra*, p. 96.

projections dans le futur proche se fondent sur une IA qui serait *a minima* générale au point, parfois, d'être consciente. Elle supplanterait voire dominerait l'homme dans sa vie. Sans en être à ce paroxysme, quelques utilisations d'IA laissent entrevoir le potentiel de l'outil : dans le domaine artistique, *Dall-e* crée grâce à un traitement de phrase écrite par une utilisatrice de jolies œuvres visuelles⁶¹⁸. L'exemple de l'algorithme AlphaGo vainqueur des plus grands au jeu de Go est une autre illustration.

Cependant, bien loin du fantasme, il existe pour l'instant une multitude de freins quant à ce matériel. La prise en compte de décisions morales par les IA peut être porteuse de problèmes eu égard aux enjeux potentiellement sur l'humain. De plus, la gestion des données personnelles et leurs accumulations par les GAFAM⁶¹⁹ sont un trouble quant aux pouvoirs qu'elles en retirent⁶²⁰ et leurs atteintes à la vie privée. Enfin, la peur de l'utilisateur en découlant peut freiner l'adoption de l'IA.

L'autre problème qui intéresse particulièrement la justice est la différence entre la cause et la corrélation. La cause est l'agencement mathématique qui consiste en une cause qui emporte une conséquence nécessairement. La corrélation est un rapprochement statistique de deux faits sans donner la cause d'un tel rapprochement⁶²¹ – par exemple il existe une corrélation entre la natalité et les coupures de courant, sans que la coupure de courant soit la cause des natalités. Le risque existe en ce que les algorithmes d'IA fassent passer une corrélation statistique en causalité, faisant donc passer un événement contingent pour nécessaire, créent des effets de loupe ou bien annihilent les potentialités individuelles⁶²². Elles peuvent être source des biais de l'algorithme.

Les biais de l'algorithme sont une anomalie issue de l'interaction entre des données imparfaites et non exhaustives, le code et l'interaction⁶²³. Ainsi, nous avons pu observer des IA devenir

⁶¹⁸ DALL·E 2, en ligne : <<https://openai.com/dall-e-2/>> (consulté le 27 novembre 2022).

⁶¹⁹ Google, Amazon, Facebook (aujourd'hui Méta), Apple, Microsoft. Nous pourrions y ajouter Tesla ou bien les géant chinois Alibiba, etc.

⁶²⁰ C. DURAND, préc., note 124.

⁶²¹ A. GARAPON et J. LASSEGUE, préc., note 32, p. 231.

⁶²² Emmanuel POINAS, *Le tribunal des algorithmes. Juger à l'ère des nouvelles technologies*, coll. « Au fil du débat », Boulogne-Billancourt, Berger Levrault, 2019, p. 120-123.

⁶²³ Kenzo NERA, « Biais de raisonnement et dangers des algorithmes », *The Conversation*, en ligne : <<http://theconversation.com/biais-de-raisonnement-et-dangers-des-algorithmes-120543>> (consulté le 5 décembre 2022).

« racistes » après leurs utilisations⁶²⁴. Par exemple, Tay de Microsoft où l'apprentissage automatique de l'algorithme sur Twitter s'est fait piéger par les utilisateurs du réseau social qui lui a « appris » à devenir raciste⁶²⁵. En outre, ces biais peuvent être issus des biais des programmeurs eux-mêmes et de la façon dont ils perçoivent le monde ou des biais de la société elle-même⁶²⁶. Ce problème intéresse particulièrement les outils utilisés par la Justice évidemment. C'est pourquoi un projet de loi canadien entend lutter contre la potentialité de ces biais en obligeant à prévenir en amont le risque de biais⁶²⁷ pour les systèmes ayant une incidence élevée⁶²⁸.

Les différents biais de l'IA sont étroitement liés à la difficulté de comprendre le fonctionnement interne et les processus de prise de décision des systèmes informatiques qui reposent sur des algorithmes complexes, en d'autres termes l'IA peut apparaître opaque⁶²⁹. Par conséquent, il n'est pas possible simplement d'expliquer le processus qui a mené à tel ou telle ou décision du robot⁶³⁰, de la même façon qu'il peut être ardu d'en voir les biais⁶³¹. Ce processus décisionnel de l'algorithme en boîte noire est, d'une certaine façon, protégé par la propriété intellectuelle pour les entreprises privées afin de protéger leurs commerces⁶³², mais participe grandement à tromper sur le caractère divinatoire des algorithmes⁶³³.

⁶²⁴ Bastien L., « L'algorithme anti-haine de Google est raciste envers les noirs », *LeBigData.fr* (13 août 2019), en ligne : <<https://www.lebigdata.fr/algorithme-google-raciste>> (consulté le 5 décembre 2022).

⁶²⁵ James VINCENT, « Twitter taught Microsoft's AI chatbot to be a racist asshole in less than a day - The Verge », *The Verge* (2016), en ligne : <<https://www.theverge.com/2016/3/24/11297050/tay-microsoft-chatbot-racist>> (consulté le 11 avril 2023).

⁶²⁶ *Infra*, p. 64 et suiv.

⁶²⁷ *Loi édictant la Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs, la Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données et la Loi sur l'intelligence artificielle et les données et apportant des modifications corrélatives et connexes à d'autres lois*, projet de loi n°C-27 (2^e lecture 28 mars 2023), 1^{ère} sess., 44^e légis. (Can.), 1, art. 8.

⁶²⁸ *Id.* art. 5.

⁶²⁹ Sur le sujet de l'opacité, voir: Frank PASQUALE, *The Black Box Society*, Cambridge, Harvard University Press, 2016.

⁶³⁰ Sadie CREESE, « The threat from AI », dans Denis J. BAKER ET Paul H. ROBINSON (dir.), *Artificial Intelligence and the Law. Cybercrime and criminal liability*, New York, Routledge, 2021 à la page 208 ; Karim BENYEKHEF et Gabriel LEFEBVRE, *Rapport du Canada sur l'IA et l'administration de la justice.*, En vue du XXI^{ème} congrès de l'association Internationale de droit pénal, Montréal, 2023, p. 47.

⁶³¹ S. Creese, *id.*

⁶³² A. GARAPON et J. LASSEGUE, préc., note 32, p. 242.

⁶³³ *Id.* ; C. LAZARO, préc., note 162.

C'est pourquoi quelques initiatives tendent à proposer un nouveau contexte normatif dans lequel la transparence et l'explicabilité seraient la norme. La *Déclaration de Montréal en IA responsable*⁶³⁴ s'est ainsi donné comme mission d'établir un cadre propice à un développement éthique de l'IA⁶³⁵. Elle prône un développement démocratique, responsable et soutenable de l'IA dans un objectif de bien-être social. Dans cet objectif, elle voudrait que chaque système puisse faire l'objet d'audit⁶³⁶. Néanmoins, cette déclaration n'est malheureusement aucunement contraignante. D'autres initiatives pullulent avec les mêmes fins⁶³⁷.

Il existe bien évidemment de nombreux autres limites et problèmes, c'est pourquoi, d'ailleurs que certaines personnalités du monde de l'IA proposent une pause et un moratoire sur la technologie⁶³⁸. Le coût de ces projets, aussi, peut être un frein à leur utilisation⁶³⁹.

Dès lors, la technologie est donc loin d'être nouvelle et elle a très vite su intéresser les plus visionnaires des juristes dès les années 70⁶⁴⁰ pour se démocratiser de nos jours et porter par le dynamisme de certaines firmes proposant des services à l'usage du droit et l'essor des données de justice.

Paragraphe B. Un foisonnement d'outils

Un grand nombre d'entreprises ou de laboratoires fournissent un ensemble de service algorithmique aux juristes comme aux juges⁶⁴¹. Nous pouvons les classer des multiples façons, ainsi l'auteur suisse vaudois Philippe Gilliéron propose 10 catégories d'outils différents d'IA en fonction de leurs buts⁶⁴², beaucoup sont principalement à l'usage des avocats ou notaires.

⁶³⁴ *La Déclaration de Montréal en IA responsable*, en ligne : <<https://www.declarationmontreal-iaresponsable.com/la-declaration>> (consulté le 13 avril 2023).

⁶³⁵ *Id.*

⁶³⁶ *Id.*, art. 5(3)(4)(5).

⁶³⁷ K. BENYEKHLEF et G. LEFEBVRE, préc., note 630, p. 23.

⁶³⁸ Voir : Alexandre PIQUARD, « Elon Musk et des centaines d'experts réclament une « pause » dans le développement de l'intelligence artificielle », *Le Monde.fr*, 29 mars 2023.

⁶³⁹ C. IAVARONE-TURCOTTE, F. GELINAS et N. W. VERMEYS, préc., note 578, à la page 853.

⁶⁴⁰ Bruce G. BUCHANAN et Thomas E. HEADRICK, « Some Speculation about Artificial Intelligence and Legal Reasoning », (1970) 23-1 *Stan. L. Rev.* 40-62 ; cité par : P. GILLIÉRON, préc., note 30, p. 127.

⁶⁴¹ Pour une étude quant au marché voir : P. GILLIERION, *id.*

⁶⁴² *Id.* p. 106 : l'optimisation des processus de traitements, automatisation de document, Analyse de document, Analyse prédictive, gestion de connaissance, plateforme de mise en relation, ODR.

Nous resterons assez superficiel ici quant aux procédés et nous allons les classer de trois façons qui peuvent nous aider quant à la compréhension de notre sujet.

I. Services d'analyse jurisprudentiels

Beaucoup de ces logiciels analysent des milliers, millions de précédents dans le but de proposer une synthèse personnalisée en fonction de mot clef que l'utilisateur donne, à l'usage des juristes ou des juges⁶⁴³. Ces services d'analyses de la jurisprudence en raison de leurs existences tendent à décrire une perception quant aux juges⁶⁴⁴, c'est sur quoi nous reviendrons par la suite après avoir décrit quelques un de ces services.

D'autres proposent une solution innovante de recherche d'assistance juridique à l'oral ou l'écrit comme feu *Ross Intelligence* d'*IBM*⁶⁴⁵ qui avait la vertu de se renforcer lui-même comme les recherches personnalisées des pages *Google* ou *Netflix*⁶⁴⁶. On trouve aussi des services d'analyses de documents comme *Kira*⁶⁴⁷. *Lex Machina*⁶⁴⁸ ou encore *Predictice*, utilisé par les magistrats à Rennes, en France⁶⁴⁹, qui propose des analyses prédictives des tendances de tribunaux afin de prévoir ses chances de réussites ou bien d'établir une stratégie devant la cour. La liste est encore longue. Si le privé semble majoritairement présent sur le marché, certaines initiatives sont publiques, c'est l'exemple chinois avec *Little judge bao*⁶⁵⁰, aussi bien utilisé par le juge que par les avocats.

⁶⁴³ C'est l'exemple de : « Predictice pour les avocats individuels », *Predictice*, en ligne : <<https://blog.predictice.com/avocat-individuel>> (consulté le 28 novembre 2022).

⁶⁴⁴ *Infra*, p. 98.

⁶⁴⁵ À noter que ce logiciel n'existe désormais plus ; voir « ROSS Intelligence - Legal Tech Corner », en ligne : <<https://blog.rossintelligence.com>> (consulté le 28 novembre 2022).

⁶⁴⁶ Michael MILLS, « Artificial intelligence in law : The state of play », *Thomson Reuters Legal executive Institute* 2016.

⁶⁴⁷ « Kira for Law Firms » (28 août 2020), en ligne : <<https://kirasystems.com/solutions/law-firms/>> (consulté le 28 novembre 2022).

⁶⁴⁸ « Legal Analytics by Lex Machina », en ligne : <<https://lexmachina.com/>> (consulté le 28 novembre 2022).

⁶⁴⁹ Le logiciel a d'ailleurs déçu les juges, voir Thomas COUSTET, « L'utilisation de l'outil Predictice déçoit la cour d'appel de Rennes | Interview | », *Dalloz Actualité*, en ligne : <<https://www.dalloz-actualite.fr/interview/l-utilisation-de-l-outil-predictice-decoit-cour-d-appel-de-rennes>> (consulté le 16 avril 2023).

⁶⁵⁰ Voir : *infra*, p. 122 et suiv.

La particularité de tous ces services à l'usage du droit est minimalement d'offrir statistiquement autant de performance qu'un avocat senior et plus largement de le dépasser par la vitesse et la réussite dans la recherche. C'est l'expérience de la société *LawGeex*⁶⁵¹ quant aux recherches dans le contrat de questions juridiques, l'étude a démontré que la machine surpasse l'avocat en tout point *a fortiori* lorsqu'il est junior.

Tous ces logiciels montrent avec certitude que l'IA peut faire plus rapidement de la recherche et mieux que l'avocat le plus chevronné. Le juge bénéficie d'outil similaire pour l'aider à juger.

II. Services d'aide à la décision pour le juge

Certains logiciels sont utilisés par le juge comme une aide à la décision, ce sont des IA ante-décisionnelles qui sont censées aider et accompagner le juge dans sa décision.

Dans le domaine criminel, l'outil le plus utilisé concerne l'évaluation d'un certain nombre de risques, notamment dans les affaires criminelles quant à la récidive, ce sont des algorithmes actuariels de notation. C'est l'exemple de *Compas* de la société *Northpointe*, désormais nommé *equivant*⁶⁵². L'objectif est d'évaluer les risques de récidives des prévenus américains en leur posant une série de 137 questions portant sur diverses facettes de leur passé et de leur vie⁶⁵³. À l'issue, l'algorithme produit un score indiquant le potentiel de récidive et pouvant être utilisé par le juge. Dans la même veine avec un service grossièrement égal, *LSI-R* (désormais *LSI-OR*) produit un service d'indicateur de risque utilisé par certaines cours américaines et canadiennes dans l'évaluation des peines à donner ou du potentiel de récidives⁶⁵⁴. L'Ontario envisage d'ailleurs de recourir à terme à ce type d'outil de prédiction de risque⁶⁵⁵. Ces étonnants services sont décriés, à tort comme à raison.

⁶⁵¹ « Conquer Your Contracts », *Lawgeex*, en ligne : <<https://www.lawgeex.com/>> (consulté le 28 novembre 2022); trouvé grâce à : A. VAN DEN BRANDEN, préc., note 595, p. 85.

⁶⁵² « Northpointe Suite », en ligne : <<https://wisconsin.northpointesuite.com/Production/Login.aspx>> (consulté le 28 novembre 2022).

⁶⁵³ Hannes WESTERMANN, « Evidence-Based Sentencing: Risks and Opportunities », (2020) 25-3 *Lex Electronica* 71.

⁶⁵⁴ ROTH DAVIES LLC, « Johnson County Criminal Lawyer explains what an "LSIR" is and what is it for in a criminal case. », en ligne : <<https://www.rothdavies.com/criminal-defense/step-step-guide/step-15-the-lsi-r-level-of-service-inventory-revised/>> (consulté le 28 novembre 2022); H. WESTERMANN, préc., note 653.

⁶⁵⁵ K. BENYEKHEF et G. LEFEBVRE, préc., note 630, p. 47.

La question des biais de *Compas* a été posée en ce qu'il pénalisait plus lourdement les personnes de couleur⁶⁵⁶ en plus de se tromper et d'être de qualité douteuse⁶⁵⁷. L'outil a alors été estampillé de « raciste », mais la réalité laisse présumer des questions plus complexes. En effet, l'enquête de ProPublica à l'origine de la controverse, conspue le logiciel puisque celui-ci annoncerait que sur plus de 10 000 prévues en Floride, l'IA annoncerait que :

Black defendants were often predicted to be at a higher risk of recidivism than they actually were. Our analysis found that black defendants who did not recidivate over a two-year period were nearly twice as likely to be misclassified as higher risk compared to their white counterparts (45 percent vs. 23 percent).

*White defendants were often predicted to be less risky than they were. Our analysis found that white defendants who re-offended within the next two years were mistakenly labeled low risk almost twice as often as black re-offenders (48 percent vs. 28 percent).*⁶⁵⁸

Cependant, l'entreprise s'est défendue de tout biais puisque « pour un score de risque donné, la probabilité de récidive est la même »⁶⁵⁹. Peu importe la couleur de la personne. Il apparaît alors que le problème serait lié à une conception différente de la *fairness* (équité) entre les journalistes et les développeurs⁶⁶⁰. Pour ces derniers, le logiciel doit rendre une image de la réalité exacte, à savoir que les personnes noires aux É.-U. sont statistiquement plus aptes à la récidive. Mais, les journalistes « se réfèrent quant à eux à la notion d'égalité des chances, qui requièrent que pour un même profil de risque réel, l'algorithme fasse des prédictions similaires pour les deux groupes »⁶⁶¹. Dès lors, si la conception des journalistes l'emportait, l'IA serait susceptible d'être

⁶⁵⁶ A. VAN DEN BRANDEN, préc., note 595.

⁶⁵⁷ Félicité DE MAUPEOU, « États-Unis : Les algorithmes prédictifs, un danger pour la justice américaine ? - L'Abécédaire des Institutions » (2017), en ligne : <<https://www.labecedaire.fr/2017/10/09/etats-unis-algorithmes-predictifs-danger-justice-americaine%e2%80%89/>> (consulté le 28 novembre 2022).

⁶⁵⁸ Jeff Larson MATTU Julia ANGWIN, Lauren KIRCHNER SURYA, « How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm », *ProPublica* (2016), en ligne : <<https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>> (consulté le 29 novembre 2022).

⁶⁵⁹ Gaston BIDOU, Justine RAYSSAC et Zhanbo HU, *Compas, un outil impartial ou biaisé ?*, Paris, Ecoles des Mines, 2022, p. 5.

⁶⁶⁰ G. BIDOU, J. RAYSSAC et Z. HU, *id.* ; H. WESTERMANN, préc., note 653.

⁶⁶¹ H. WESTERMANN, *id.*, 81 « Most people agree that risk assessment algorithms should be fair, but few agree on what exactly fairness means in this context. One could argue that the more accurate an algorithm is, the fairer it is. However, this might imply that certain groups of people are treated differently than others. In order to remove this disparate treatment, the accuracy of the algorithm in predicting recidivism necessarily has to be decreased, which makes the algorithms more unfair from another » ; G. BIDOU, J. RAYSSAC et Z. HU, préc., note 660, p. 5.

moins précise⁶⁶². Ces deux conceptions d'équité algorithmique seraient irréconciliables en pratique⁶⁶³. En somme, l'IA n'est pas biaisée en elle-même.

Néanmoins, il est clair que celle-ci transpose avec précision les biais sociétaux, américain dans le cadre de *Compas*. En effet, en se focalisant sur les risques liés au groupe d'appartenance d'une personne (ethnie, niveau scolaire, etc.) l'algorithme produit un score démontrant, non pas le risque de récidive de l'individu, mais le risque de récidive moyen des personnes dans ce groupe de population donnée⁶⁶⁴. Le fait est que certaines populations se voient systématiquement discriminées au sein d'une population et ces biais sociétaux vont nourrir l'algorithme⁶⁶⁵. Par exemple, la plupart des outils offrant un score de récidive se fondent sur des données de réarrestation issue des services de police, mais les arrestations sont fortement liées à certains biais racistes ou classistes des policiers sur certaines populations⁶⁶⁶. Certains quartiers où sont concentrées des minorités ethniques se voient disproportionnellement passés sous le radar policier⁶⁶⁷, de fait, les arrestations et récidives y sont plus nombreuses, par conséquent le score de récidive sera plus élevé pour les personnes issues de ces quartiers-ci. Au Canada, l'utilisation du *LSI-OR* ne commettait pas, *a priori*, de biais en défaveur des autochtones⁶⁶⁸.

Par conséquent, les outils d'évaluations des risques peuvent concentrer des biais sociétaux. D'autant que le fonctionnement de l'algorithme est en boîte noire⁶⁶⁹, c'est-à-dire qu'il est impossible de connaître son code. En outre, l'approche déshumanisée⁶⁷⁰ et les potentielles erreurs ne plaident pas entièrement en faveur de l'outil.

⁶⁶² *Id.*

⁶⁶³ Richard BERK, Hoda HEIDARI, Shahin JABBARI, Michael KEARNS et Aaron ROTH, « Fairness in Criminal Justice Risk Assessments: The State of the Art », (2018) 50-1 *Sociological Methods & Research* 344.

⁶⁶⁴ H. WESTERMANN, préc., note 653.

⁶⁶⁵ Voir : Danielle Leah KEHL et Samuel Ari KESSLER, « Algorithms in the criminal justice system: Assessing the use of risk assessments in sentencing. », *Berkman Klein Center for Internet & Society* 2017, à la p. 28-30; H. WESTERMANN, *id.*

⁶⁶⁶ D. L. KEHL et S. A. KESSLER, *Id.*, à la p. 28-30.

⁶⁶⁷ *Id.*

⁶⁶⁸ K. BENYKHELF et G. LEFEBVRE, préc., note 630, p. 48.

⁶⁶⁹ *Supra*, p. 87.

⁶⁷⁰ A. SUPIOT, préc., note 34.

Parmi les salvatrices qualité, on peut reconnaître l'approche objective qui tend alors à uniformiser les décisions⁶⁷¹, d'autant que certains y voient une extension des barèmes déjà utilisée dans la justice par le juge⁶⁷². De même, la pratique aux E.-U laisse entendre qu'au-delà des problèmes de discriminations racistes, le système de prédiction actuariel fonctionne puisque le taux de récidive a baissé⁶⁷³. Néanmoins, si l'algorithme doit être utilisé, beaucoup préconisent qu'il doive obéir à des critères qualitatifs comme la transparence et la prévisibilité⁶⁷⁴.

Les systèmes de détermination de risque au Canada dans le domaine criminel sont soumis à la *Loi sur le système correctionnel et mise en liberté sous condition*⁶⁷⁵ qui dispose à son article 24(1) que les Services correctionnels Canadiens « est tenu de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu'il utilise concernant les délinquants soient à jour, exacts et complets⁶⁷⁶ ». Précisé par l'arrêt *Ewert*⁶⁷⁷ qui établit que cette obligation de vérification de l'exactitude des renseignements s'étend aussi aux outils de prédictions de risque et que ces derniers doivent avoir une « capacité forte »⁶⁷⁸ à le prédire⁶⁷⁹. La Cour conclut de même que le Service correctionnel du Canada n'a pas respecté le paragraphe 24(1) en ne vérifiant pas la validité des résultats donnés par l'outil eu égard aux autochtones. Aux U-E, l'arrêt *Loomis* dans le Wisconsin a établi des mesures afin d'encadrer l'utilisation de ces outils actuariels. Le juge énonce que l'outil ne devait pas déterminer la peine, ne pas être le seul facteur pris en compte et ne pas être le facteur le plus déterminant quant à la peine⁶⁸⁰.

⁶⁷¹ Voir : H. WESTERMANN, préc., note 653.

⁶⁷² Voir : Louis LARRET-CHAHINE, « Le droit isométrique : un nouveau paradigme juridique né de la justice prédictive », (2018) 60-1 *Archives de philosophie du droit* 287, par. 31 ; *Contra* : Cécile BOURREAU-DUBOIS, Bruno DEFFAINS, Claudine DESRIEUX, Myriam DORIAT-DUBAN, Romain ESPINOSA, Bruno JEANDIDIER, Julie MANSUY et Jean-Claude RAY, *La barémisation de la justice : une approche par l'analyse économique du droit*, rapport de recherche, Mission Droit et justice, 2019.

⁶⁷³ J. L. MATTU J. ANGWIN, L. KIRCHNER SURYA, préc., note 661.

⁶⁷⁴ Lemy D. GODEFROY, Frédéric LEBARON et Jacques LEVY-VEHEL, « Comment le numérique transforme le droit et la justice vers de nouveaux usages et un bouleversement de la prise de décision », (2019) 16-42 *Rapport final de recherche*.

⁶⁷⁵ L.C. 1992, c 20.

⁶⁷⁶ *Id.* art. 24(1).

⁶⁷⁷ *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30.

⁶⁷⁸ *Id.* par.66.

⁶⁷⁹ Pour plus d'informations voir K. BENYEKHEF et G. LEFEBVRE, préc., note 630, p. 50.

⁶⁸⁰ *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016) ; K. BENYEKHEF et G. LEFEBVRE, *id.*, p. 65.

Plus loin du monde criminel et par-delà l'atlantique, des *légaltechs* françaises, dans le domaine civil, veulent introduire des outils de calcul visant à faciliter le calcul de différents barèmes ou indemnité⁶⁸¹. La Loi Lemaire⁶⁸² permet et encourage le passage vers une « république numérique », une transition vers l'usage des nouvelles technologies dans le droit et l'administration⁶⁸³. Cette loi a permis l'expérimentation par les magistrats d'un certain nombre d'outils numériques. Parmi eux a été créé *Prévicompute*⁶⁸⁴. Cette application facilite le calcul d'indemnité et de préjudice déjà fondé sur un ensemble de grilles⁶⁸⁵ – par exemple la grille de Dinthilac en matière de préjudice corporel. Après les outils d'aide à la décision, nous devons évoquer les outils de rédaction.

III. Les outils d'aides à la rédaction

En outre, toujours dans un cadre prédécisionnel, le monde judiciaire français tend à adopter des systèmes d'aides à la rédaction judiciaire, pour l'ensemble des juridictions à partir de 2015⁶⁸⁶.

C'est l'exemple de l'application *Poste de rapporteur*⁶⁸⁷ en France. À notre connaissance, il n'existe pas de tel logiciel au Québec, même si les éditeurs juridiques y ont dans le passé déjà pensé. La perspective d'un logiciel facilitant la rédaction d'une décision en y insérant au préalable les éléments formels, dans un carcan prédéfini, était déjà évoquée dans *le Guide canadien pour la préparation uniforme des jugements*⁶⁸⁸. En effet, le paragraphe 9 imagine que :

⁶⁸¹ Christian LICOPPE et Laurence DUMOULIN, « Le travail des juges et les algorithmes de traitement de la jurisprudence. Premières analyses d'une expérimentation de "justice prédictive" en France », (2019) 103-3 *Droit et société* 535, 571.

⁶⁸² Voir : Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique [Loi Lemaire].

⁶⁸³ Voir : C. LICOPPE et L. DUMOULIN, préc., note 681 ; Bertrand DU MARAIS et Antonin GRAS, « La cyberjustice, enjeu majeur pour la qualité de la justice administrative », (2016) 159-3 *Revue française d'administration publique* 789; ANTONIN GRAS et BERTRAND DU MARAIS, *Vers un « Cyberjuge administratif » ? La numérisation de la justice administrative en France*, Document de travail du Laboratoire de Cyberjustice, Montréal, 2015.

⁶⁸⁴ C. LICOPPE et L. DUMOULIN, *id.*, 571.

⁶⁸⁵ *Id.*

⁶⁸⁶ B. DU MARAIS et A. GRAS, préc., note 684, 844 ; A. GRAS et B. DU MARAIS, préc., note 683, p. 18.

⁶⁸⁷ Pour voir une capture d'écran du logiciel : A. GRAS et B. DU MARAIS, *id.*, p. 61.

⁶⁸⁸ COMITE CANADIEN DE LA REFERENCE et LEXUM, *Guide canadien pour la préparation uniforme des jugements*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 2002.

À long terme, les documents judiciaires courants seront probablement tous préparés avec des logiciels qui insèrent directement les balises nécessaires à leur gestion par les logiciels des tribunaux. Certains tribunaux y songent déjà. Ce sera alors un pas de plus vers une utilisation optimale des technologies informatiques⁶⁸⁹.

Ce type de logiciel propose un ensemble de modèles de décisions types et des paragraphes préécrits⁶⁹⁰ pouvant être importés dans la décision⁶⁹¹ dans un carcan déjà fait. Le logiciel propose, en outre, un guide du rapporteur, simple version numérique de ce qui existait déjà sur papier⁶⁹². Le logiciel a sauvé de l'argent aux juridictions puisqu'elle a permis de se libérer du personnel chargé d'écrire et mettre en forme les décisions⁶⁹³. En sus, le logiciel à l'originalité de se coupler avec un autre *Skipper*⁶⁹⁴. Ce dernier est avant tout un logiciel de gestion des dossiers et des flux, qui contient un ensemble de données statistiques. Il va même jusqu'à regrouper des services d'aide à la décision avec jurisprudence et doctrine, à l'instar d'autres outils déjà mentionnés⁶⁹⁵.

Ce logiciel, comme nous le verrons, inquiète les magistrats français quant à leur liberté. Dans une perspective de compréhension du monde judiciaire, les chercheurs ont aussi créé des algorithmes prédictifs.

IV. Outils de prédiction utilisée à des fins de recherche

Pour perdurer sur les analyses prédictives, certains outils, sans être utilisée particulièrement à des fins pratiques par le juriste, tentent de prédire les résultats des cours, souvent, à des fins de recherche.

C'est ainsi que des chercheurs britanniques ont créé un algorithme capable de prédire des décisions de justice. Ils ont alors voulu savoir si le Juge-Robot⁶⁹⁶ pouvait être en adéquation

⁶⁸⁹ *Id.*, par. 9.

⁶⁹⁰ *Id.*, p. 18.

⁶⁹¹ B. DU MARAIS et A. GRAS, préc., note 683.

⁶⁹² *Id.*, 19 ; A. GRAS et B. DU MARAIS, préc., note 683.

⁶⁹³ B. DU MARAIS et A. GRAS, préc., note 683 ; A. GRAS et B. DU MARAIS, *id.*

⁶⁹⁴ Pour comprendre l'ensemble des possibilités du système Skipper, voir : B. DU MARAIS et A. GRAS, *id.*

⁶⁹⁵ A. GRAS et B. DU MARAIS, préc., note 683, p. 19.

⁶⁹⁶ Boris BARRAUD, « Un algorithme capable de prédire les décisions des juges : vers une robotisation de la justice ? », (2017) 1-1 *Les Cahiers de la Justice* 121-139.

avec le juge de la Convention Européenne des Droits de l'Homme⁶⁹⁷ sur les mêmes affaires⁶⁹⁸. À 79%, oui. L'IA avait été nourri par des décisions de la CEDH eu égard aux articles relatifs à la torture⁶⁹⁹, aux procès équitables⁷⁰⁰ et la vie privée⁷⁰¹, puisque ces articles sont de loin les plus représentés devant la Cour⁷⁰². La nourriture de l'algorithme dans ce cas-ci a été les arrêts de la Cour, portant précisément sur ces arrêts, avec les faits, les questions, les motifs et les dispositifs du juge, mais lavé des prétentions des parties et les sources utilisées par le juge⁷⁰³.

Identique histoire aux E.-U où les recherches ont réussi à prévoir les décisions de la Cour suprême avec un taux sensiblement égal de 75%⁷⁰⁴. Il est à noter que l'algorithme opère sur une base binaire de condamnation ou non et élude les questions de peines⁷⁰⁵. Toutefois, la performance de l'algorithme est à apprécier, nous y reviendrons dans la prochaine partie. Dans ce second cas, américain, plusieurs expériences ont été faites : certaines ont nourri l'algorithme avec des décisions antérieures, d'autres avec des informations quant aux juges (orientations politiques, âges, lieu de vie, etc.)⁷⁰⁶ et un dernier a voulu nourrir l'algorithme avec des considérations juridiques et avec des considérations parajuridiques⁷⁰⁷. C'est évidemment ce dernier qui a remporté la plus grande réussite statistique, son taux de réussite est d'ailleurs plus élevé que la plupart des experts témoins⁷⁰⁸.

⁶⁹⁷ Ci-après « CEDH ».

⁶⁹⁸ Nikolaos ALETRAS, Vasileios LAMPOS, D. TSARAPATSANIS et Daniel PREOTIUC-PIETRO, « Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights : a Natural Language Processing Perspective », (2016) *PeerJ Comput. Sc.* en ligne : <peerj.com/articles/cs-93/#aff-1>.

⁶⁹⁹ Art. 3 CEDH : Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

⁷⁰⁰ Art. 6 CEDH : Droit à un procès équitable

⁷⁰¹ Art. 9 CEDH : Liberté de pensée, de conscience et de religion

⁷⁰² N. ALETRAS, V. LAMPOS, D. TSARAPATSANIS et D. PREOTIUC-PIETRO, préc., note 698.

⁷⁰³ *Id.*

⁷⁰⁴ Josh BLACKMAN, Adam AFT et Corey CARPENTER, « FantasySCOTUS: Crowdsourcing a Prediction Market for the Supreme Court », (2011) 10-3 *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* 168.

⁷⁰⁵ B. BARRAUD, préc., note 696.

⁷⁰⁶ Pauline KIM et Kevin QUINN, « The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science - Approaches to Predicting Supreme Court Decisionmaking », (2004) *Columbia Law Review* 1151.

⁷⁰⁷ Daniel Martin KATZ, Michael J. BOMMARITO II, Josh BLACKMAN « A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States », (2017) 12-4 *Plosone* en ligne : < A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States | PLOS ONE >.

⁷⁰⁸ Aaron Russell KAUFMAN, Peter KRAFT et Maya SEN, *Machine Learning, Text Data, and Supreme Court Forecasting*, 2017.

Si l'algorithme offre un service sensiblement égal à celui du juge, plus rapide, plus efficace, il est à craindre que cette justice robotisée, prédictive puisse le remplacer. Tous ces outils innovateurs dont nous avons dressé la liste sont, avant d'être utilisés par le droit et le juge, autant de sérums de vérité qui mettent en exergue notre rapport au droit et plus spécifiquement dans notre sujet, le rapport du juge avec le droit.

Chapitre 2. La justice prédictive : révélateur des déterminations et des libertés du juge

Maintenant que nous avons dessiné tous ces différents outils, avant d'observer comment le juge les utilise, nous pouvons voir que leurs fonctionnements, leurs créations ou bien les données qu'ils créent démontrent *en soi* une certaine vision de la justice et du juge. C'est-à-dire que la création de ces outils n'est pas purement fortuite, elle met en valeur le rapport à la justice de ses membres. Avant de montrer comment le juge utilise ces produits et quelles en sont les conséquences sur son libre arbitre, nous pouvons d'abord nous intéresser à l'idée que véhicule la cyberjustice quant au rapport à la jurisprudence qu'elle démontre (**section I**). Puis, avant de crier au remplacement des juges par des robots, nous nous devons d'en apprécier les résultats impressionnants quant à leurs prédictions et en tirer des conclusions sur le caractère prévisible du juge, du moins à 75 %, en ce sens, ces résultats sont révélateurs des déterminations du juge et peut-être pour les 25% restants de son libre arbitre (**section II**.)

Section I. La justice digitale : une mise en valeur du juge et de ses activités

La justice digitale en soi démontre une certaine vision de la justice et de la jurisprudence, notamment en lui donnant une grande importance puisqu'elle est l'unique, dans la plupart des cas, nourriture de l'algorithme (**Par. A**). Dans une perspective similaire de révélation, l'analyse des informations des tribunaux peut mettre en évidence les activités du juge et des juridictions, des informations qui n'auraient jamais pu être perçues avant (**Par. B**).

Paragraphe A. La toute-puissance de la jurisprudence

L'ordonnancement juridique classique, issue de Kelsen, appuyé par Montesquieu avec sa maxime célèbre, met la jurisprudence en bas de la pyramide normative. Nonobstant, la règle

du précédent, elle est devancée par la loi, les traités et, assez logiquement, la constitution. Elle garde une valeur normative grâce au *stare decisis* et la règle du précédent, mais elle peut se faire renverser par une simple loi. De fait, le jugement n'est que l'application aux faits de ces normes.

Beaucoup d'algorithmes utilisés par les acteurs juridiques utilisent la jurisprudence pour s'entraîner, à l'instar de ce que proposait *Ross* et autres. Ils n'appliquent pas la loi, ils appliquent la jurisprudence. Ce sont leurs moteurs. En ce sens, il est intéressant de constater que « [l]a justice prédictive met la jurisprudence au cœur du droit ; la règle a moins de sens que son application par le juge. Le syllogisme juridique n'a plus pour majeure la loi, mais la jurisprudence. »⁷⁰⁹ comme l'explique Laura Viaut. Par-là, les outils ne s'intéressent qu'aux faits, par une appréciation du langage (NLP) et à ce que dit le juge. Ils ne s'intéressent aucunement à la norme légale et à ce qu'elle dit⁷¹⁰. Évidemment, nous sommes conscients que ce fait est dû à l'évasivité, par nature, de la norme que le juge applique et précise.

Mais, en ce sens, l'institution judiciaire prend alors une place démesurée dans l'ordre judiciaire puisque la norme, pour le robot, n'existe que si au préalable un juge lui a donné le pouvoir au sein d'un jugement. La justice prédictive rend alors hommage aux plus fervents des réalistes américains pour qui la norme n'existe que si le juge décide de lui donner force. Exagérément, elle renverse la pyramide des normes, du moins chez les civilistes.

Par conséquent et de ce strict point de vue, les IA utilisées par les juristes dans leurs recherches, en raison de leurs fonctionnements mêmes ont tendance à démontrer et favoriser une certaine conception doctrinale ou idéologique réaliste d'un juge maître du droit⁷¹¹ et par conséquent, en l'état des choses, donne une certaine forme de pouvoir au juge, libre d'ancrer dans le marbre algorithmique ses paroles, notamment pour les cours les plus hautes.

⁷⁰⁹ Laura VIAUT, « Jugement humain et jugement scientifique : le raisonnement juridique par algorithme va-t-il transformer la vérité judiciaire ? », *Actu-Juridique* (2020), en ligne : <<https://www.actu-juridique.fr/ntic-medias-presse/jugement-humain-et-jugement-scientifique-le-raisonnement-juridique-par-algorithme-va-t-il-transformer-la-verite-judiciaire/>> (consulté le 29 novembre 2022)" La justice prédictive met la jurisprudence au cœur du droit ; la règle a moins de sens que son application par le juge. Le syllogisme juridique n'a plus pour majeure la loi, mais la jurisprudence. ".

⁷¹⁰ *Id.* « La justice prédictive met la jurisprudence au cœur du droit ; la règle a moins de sens que son application par le juge. Le syllogisme juridique n'a plus pour majeure la loi, mais la jurisprudence ».

⁷¹¹ Eric MILLARD, « Réalisme scandinave, réalisme américain », (2014) 24 *Journal for Constitutional Theory and philosophy of Law* 81.

Paragraphe B. La mise en valeur des activités des Cours par la cyberjustice

L'open data n'est pas qu'un simple outil de mise à disposition des données aux publics. Ces données peuvent être utilisées et croisées pour montrer certaines lignes directrices incongrues prises par les juges et les tribunaux⁷¹², des *Hiddens patterns*⁷¹³. Il en est de même pour la justice prédictive.

Loïc Cadiet, en France, montre que l'open Data ouvre un potentiel de compréhension de l'activité des cours jusque-là établi⁷¹⁴. *De facto*, ces outils montrent des constantes dans le traitement par les juges des faits. Ainsi, dans le cas français, il est démontré grâce à l'étude d'outil de jurisprudences que les juges ont tendance à ne pas suivre la loi dans le cas des traitements des prestations compensatoires, contrairement aux indemnités de licenciement⁷¹⁵. Daniel Chen propose aussi de déceler, par les algorithmes et les données jurisprudentielles traitées, les cas où les activités judiciaires auraient laissé de la place au biais⁷¹⁶. De fait, l'outil pointe alors les situations où les juges se libèrent de la règle.

Dès lors, en plus d'informer le praticien des pratiques du juge, par ailleurs très utiles pour la stratégie à tenir, ces services informent le juge sur la pratique des autres magistrats⁷¹⁷. Les services d'aide à la décision exhibent le juge et offrent des possibilités de contrôle de l'activité des juridictions quant à leurs applications des lois⁷¹⁸. Dans ce cas, un juge évalué, contrôlé de toute part est un juge contraint par nature, puisque le juge doit pouvoir évoluer dans sa

⁷¹² K. BENYKHELF et G. LEFEBVRE, préc., note 630, p. 40.

⁷¹³ *Id.*

⁷¹⁴ Loïc CADIET, « Open et big data, procès virtuel, justice prédictive... : entre justesse et justice », dans Mustapha MEKKI et N. BLANC, *Le Juge et le Numérique - un défi pour la justice du XXIe siècle*, Paris, Dalloz, 2019.

⁷¹⁵ *Id.* Voir aussi : Laura VIAUT, « Les fonctions de l'intelligence artificielle dans les décisions de justice », *Actu-Juridique* (2020), en ligne : < <https://www.actu-juridique.fr/ntic-medias-presse/jugement-humain-et-jugement-scientifique-le-raisonnement-juridique-par-algorithme-va-t-il-transformer-la-verite-judiciaire/> > (consulté le 29 novembre 2022) ; A. VAN DEN BRANDEN, préc., note 595.

⁷¹⁵ *Id.* « Cette analyse des corrélations statistiques permettra au juge de mieux connaître les facteurs matériels qui guident ses décisions. Les analyses statistiques peuvent, dans certains cas, permettre de contrôler la bonne application des règles de droit. »

⁷¹⁶ Daniel L. CHEN, « Machine Learning and Rule of Law », (2019) 27-1 *Computational Analysis of Law* 15 ; K. BENYKHELF et S. DU PERRON, préc., note 456, p. 43.

⁷¹⁷ Laura VIAUT, préc., note 709.

⁷¹⁸ *Id.* ; L. CADIET, préc. note 714.

résolution des conflits sans se sentir surveillé et *de facto* influencé⁷¹⁹, du moins par un processus autre que celui d'appel.

Il en résulte que l'aléa judiciaire diminue, la prévisibilité juridique augmente. Dans la même veine, l'ensemble des décisions peut montrer au juge ses propres biais d'interprétation⁷²⁰ et *de facto* lui permettre de les anticiper. Par conséquent, il en serait libéré au sens métaphysique. La connaissance, la raison, est un facteur libérant des affects comme des déterminations, et ce, peu importe que la personne les suive ou non, par la suite⁷²¹. Paradoxalement, il pourrait aussi en sortir plus contraint que libre. En effet, la visibilité des tendances jurisprudentielles des autres cours pourrait inciter le juge à les suivre. C'est le risque de « moutonnisation » sur lequel nous reviendrons qui inévitablement serait défavorable quant à la liberté du juge⁷²². Il est néanmoins toujours difficile de se faire oracle.

Si nous persévérons sur cette voie, nous pouvons déduire des prédictions à des fins de recherche un certain nombre d'enseignements quant à la façon qu'a le juge de conduire son office.

Section II. La justice prédictive ou la mise en valeur de la liberté du juge et de ses déterminations.

Les expériences précitées de justice prédictive questionnent par leur réussite et laissent craindre un monde de juge-robot. Pour autant, avant de sombrer dans un pessimisme qui nourrira nos plus belles fictions, il nous faut analyser ce résultat eu égard à notre sujet. En d'autres termes, que disent ces résultats quant à la liberté du juge. Les chercheurs qui ont analysé l'activité de la CEDH entendaient décrypter les activités de la cour eu égard à deux théories : le *legal formalism* soit l'application du droit au fait (la vision positiviste) ou le *legal réalism*⁷²³. Même histoire aux E.-U où les chercheurs entendaient prouver la validité des modèles réalistes. La réussite de l'algorithme démontre les déterminations du juge et son attachement au précédent (**Par. A**). Mais, l'inverse, le taux de défaut de la machine laisse apercevoir la liberté du juge et

⁷¹⁹ A. VAN DEN BRANDEN, préc., note 595, p. 76 et suiv.

⁷²⁰ *Infra*, p. 49

⁷²¹ *Infra*, p. 27

⁷²² *Supra*, p. 88

⁷²³ E. POINAS, préc., note 622, p. 109.

donne du grain à moudre aux réalistes les plus férus (**Par B.**). Entre ces deux positions extrêmes, une plus douce en ressort et semble s'appliquer à la situation : le réalisme scandinave (**Par C.**).

Paragraphe A. Les déterminations du Juge démontrées par l'écrasante réussite des prédictions algorithmiques.

Eu égard au constat posé précédemment et contrairement au paradigme des plus fervents réalistes américain, les expériences de prédictions des réponses du juge sont concluantes aux trois quarts des tentatives. Elles viennent désapprouver les théories d'un juge entièrement poussé par son seul libre arbitre.

En effet, les algorithmes de prédictions répondent à une affirmation : le juge n'est pas entièrement libre, loin des espérances des plus réalistes. L'absolue liberté du juge ne semble pas être reflétée par ses résultats qui démontrent aux contraires sa relativité. Si les juges étaient des êtres totalement libérés de contraintes, il s'en suivrait nécessairement l'échec des outils de prédictions. Du moins, une réussite peut-être moins flagrante, puisque comme l'explique Barraud, être libre ne signifie pas juger *contra legem* constamment⁷²⁴. Par conséquent, le foisonnement d'outils de prédictions ne serait qu'éphémère dans le temps, le marché des entreprises proposant des technologies à l'usage du droit s'agencerait inévitablement en réponse à ce constat. Au contraire ici, le juge semble respecter les prédictions. Il est alors à réfléchir sur quelles déterminations et contraintes enserrent le plus le juge. Qu'est-ce qui détermine le juge ?

I. Les prédictions se fondant sur les jurisprudences antérieures

L'exemple de la CEDH, s'appuyant sur les jurisprudences antérieures, entend démontrer la constance du juge dans le jugement et donc ses déterminations. Non pas qu'il ne soit pas libre, mais qu'il n'est pas arbitraire comme ont pu le faire croire certains réalistes⁷²⁵.

Au contraire le haut de réussite de ces machines démontre d'une part que le juge obéit finalement peut-être un syllogisme juridique déductif classique en application de la règle de droit. Si dans certains cas, il peut s'avérer finalement que la loi est claire et qu'il n'y a rien à

⁷²⁴ B. BARRAUD, préc., note 696 « Dire qu'il existe une liberté du juge, ce n'est pas – et c'est heureux – dire qu'il existe une obligation pour le juge de statuer *contra legem* ou *para legem*. »

⁷²⁵ *Id.*

interpréter, les conflits passant devant la CEDH se révèlent par nature complexes. À l'inverse des réalistes qui semblaient soutenir que le syllogisme n'était qu'un prétexte. En outre, l'algorithme n'a pas été nourri par des lois ou règlements, ce sont les arrêts qui ont été sa nourriture première. Il semble alors se dégager un certain respect de la parole des précédents qui ont interprété la règle de droit qui prédispose le juge à être prévisible. C'est une mise en valeur du rôle des tribunaux, par conséquent du juge, dans l'agencement normatif, comme nous l'avons déjà dit⁷²⁶.

De fait, le fonctionnement de l'algorithme qui a été nourri par des décisions stylistiquement identiques tend à démontrer les contraintes que ce sont imposées les juges dans leurs approches formalistes du raisonnement⁷²⁷. Ce formalisme a facilité la tâche de l'algorithme dans son appréciation. Dans le cadre québécois, ce formalisme est issu en partie de la pression d'éditeurs juridiques⁷²⁸. Mais nous ne saurions oublier le simple fait que l'uniformité, la standardisation, est liée au simple fait que les juristes soient formés dans des universités similaires étudiant un contenu similaire, c'est la détermination sociale⁷²⁹. L'expérience tend aussi à démontrer que les juges, du moins européens, se sentent contraints par la règle de droit et le précédent.

II. Les prédictions se fondant sur des considérations extérieures aux droits

Les prédictions américaines qui se fondent sur des considérations extérieures aux droits et plus personnelles aux juges peuvent démontrer l'effectivité des théories réalistes en montrant que la règle est secondaire. Corollairement, le haut de réussite démontre par là même les déterminations du juge qui le rendent prévisible dans sa décision.

Certains réalistes américains soutiennent que le juge maquille de considérations juridiques des considérations d'autres matières : économiques, sociales, éthiques, etc. Il répondrait d'abord à la question pour ensuite en induire le raisonnement juridique qui viendrait assoir la réponse

⁷²⁶ L. VIAUT, préc., note 709 « La justice prédictive met la jurisprudence au cœur du droit ; la règle a moins de sens que son application par le juge. Le syllogisme juridique n'a plus pour majeure la loi, mais la jurisprudence ».

⁷²⁷ Yannick MENECEUR et Clementina BARBARO, « Intelligence artificielle et mémoire de la justice : le grand malentendu », (2019) 2-2 *Les Cahiers de la Justice* 277.

⁷²⁸ *Infra*, 139 et suiv.

⁷²⁹ *Infra*, p. 31 et suiv. sur les déterminations sociales

voulue⁷³⁰. L'exemple de la justice prédictive américaine confirme, en partie, ce postulat⁷³¹. En effet, l'algorithme a été nourri par des considérations politiques supposées quant aux juges, par les réponses données des juridictions et par des variables parajuridiques qui ont fait dresser une sorte de portrait psychologique des juges américains⁷³². De ce portrait finement dressé, la machine prédictive a réussi à prévoir les réponses qu'ils allaient donner.

Dès lors, ils démontrent bien, *a minima* pour les Américains, que le magistrat est un être déterminé par des considérations tout à fait secondaires aux droits et ses facteurs d'influences sont ceux qui ont été utilisés comme variable : elles sont d'ordres sociaux, générationnels, politiques, etc. Le juge est un être déterminé, comme tous les individus et ces déterminations se retrouvent enchâssés dans la réponse juridique qu'il donne. Ça le rend tout aussi prévisible et tend à confirmer les théories réalistes.

Cependant, l'expérience est rassurante afin de montrer le taux de prévisibilité juridique, gage dès lors de sécurité juridique et force est de constater que le juge se sent contraint par ses exigences, certes extérieures. Nous noterons cependant que les deux postulats antagonistes se voient confirmés par les mêmes outils. Il nous faut maintenant regarder l'inverse, lorsque la prédiction s'est révélée fautive : l'arbitraire ?

Paragraphe B. Les cas où le juge fait mentir l'algorithme : l'arbitraire ?

L'exemple de la prédiction des décisions de la CEDH, ou les exemples américains montrent certes un taux de réussite élevé, mais aussi un taux d'erreur non des moindres d'une vingtaine de pourcent. Il est peut-être intéressant de s'attarder là-dessus puisqu'ils peuvent démontrer les expériences arbitraires.

⁷³⁰ John DEWEY, « Logical Method and Law », *Philosophical Review* 1924.560.

⁷³¹ B. BARRAUD, préc., note 696.

⁷³² *Id.*

I. L'individualisation de la règle de droit.

Il faut aussi dire que lorsque l'algorithme donne une réponse différente de celle des juges, ce n'est pas forcément que le logiciel se trompe, mais plutôt « qu'il dit différemment le droit que le juge-humain »⁷³³. Alors quand est ce que les deux juges ont différé ?

En ce qui concerne la CEDH, la personne et la machine diffèrent dans les cas où à faits sensiblement égale, le juge, dans le passé a donné des réponses différentes et des condamnations différentes. Pour l'algorithme, il y a là un paradoxe qui le laisse pantois. Il n'est pas à exclure que cette divergence soit issue de l'arbitraire du juge⁷³⁴. Pour autant, avant de crier à l'arbitraire le plus complet, rappelons que des situations de fait ne sauraient être totalement identiques. Dans le cadre de la CEDH, les affaires mettaient inévitablement en cause des pays différents, des systèmes différents, des situations sociales en interne différentes, etc. La question juridique peut être identique, les règles à appliquer aussi, mais la réponse se devait d'être différente selon le juge. Parce qu'il ne faut pas oublier que la sécurité juridique est une teinte importante dans un système judiciaire, mais l'individualisation de la règle de droit en est une aussi et l'aléa juridique est moins le signe d'un arbitraire, au sens réaliste, que de cet effort d'individualiser la règle au particulier⁷³⁵.

Cet effort se traduit alors par une décision relativement différente dont les considérations du juge sont potentiellement intraduisibles en langage syllogistique et par conséquent illisible pour l'IA⁷³⁶.

II. La preuve d'un juge tenu par la loi et le précédent

Dans le cas des expériences américaines, où l'algorithme se fondait sur des éléments personnels des juges, celui-ci a été trompé pour un quart des cas.

Il est plus difficile de donner une réponse de pourquoi l'erreur est intervenue. L'erreur viendrait peut-être avant tout d'un manque de données, de variables dans la conception de l'algorithme.

⁷³³ B. BARRAUD, préc., note 696.

⁷³⁴ *Id.* « Les origines des divergences entre les décisions du juge-robot et celles du juge-humain, touchant donc deux cas sur dix, sont sans doute multiples ; et il est difficile de ne pas y inclure la subjectivité et la personnalité de chaque magistrat ».

⁷³⁵ Y. MENECEUR et C. BARBARO, préc., note 727.

⁷³⁶ *Id.*

De fait, l'absence de variable rendrait incertains voir imprévisibles l'opinion et l'idéologie des juges quant à leurs objets⁷³⁷.

Néanmoins, il prouve plus certainement l'attachement du magistrat aux précédents et à la loi des juges dans le cas des juges qui ont rendu une opinion contraire à leurs idéologies. Il en résulterait alors que parfois le juge face aux différentes données en jeu sait s'absoudre de ses déterminations pour juger plus « librement » en concordance avec le droit.

L'algorithme de Kaufman possède une bien plus grande réussite. Il appuyait ses résultats sur des considérations juridiques liées aux précédents ainsi que sur des considérations parajuridiques, liées à l'analyse des juges. Dès lors, il s'avère que loin du réalisme farouche, loin du positivisme le plus franc, ces expériences prédictives s'appréhendent très bien sous l'œil scandinave.

Paragraphe C. L'exactitude des théories du réalisme scandinave quant au juge

L'expérience prédictive des chercheurs quant à la CEDH ou la Cour suprême américaine donne peut-être raison au réalisme scandinave, plus doux que le réalisme américain quant aux lectures qui sont faites de l'office du juge. Il nous faut d'abord définir ce courant de pensée avant de montrer en quoi l'expérience lui donne au moins en partie raison.

I. Éléments de définition : réalisme scandinave

Le réalisme américain dont nous avons déjà parlé⁷³⁸ suppose la liberté totale du juge seulement contraint par ce qu'il aurait mangé et des éléments complètement indifférents aux droits. Le réalisme scandinave se veut plus nuancé quant à son approche.

En effet, tout comme le réalisme américain, son cousin nordique entend le juge comme libre au sens où il peut interpréter librement la norme. Le droit y est vu comme une idéologie. Il y a donc bien là un réductionnisme de la règle du système normatif⁷³⁹ et sa dépréciation. Cependant, la nuance se pose, en ce que le réalisme nordique entend que le juge n'est pas complètement indéterminé eu égard à la règle de droit. Ce dernier se sent lié par la règle de

⁷³⁷ P. KIM et K. QUINN, préc., note 706.

⁷³⁸ *Infra*, p. 52 – 58 et p. 76 – 82.

⁷³⁹ É. MILLARD, préc., note 712.

droit, il serait déterminé en son être, par un facteur idéologique, à appliquer en premier lieu la règle de droit⁷⁴⁰. À l'opposé donc du réalisme américain où la règle n'entraîne, pour eux, pas en ligne directrice ou minimalement, contrairement à des facteurs extra-légaux. Cette ligne de pensée du juge implique d'avoir un comportement des plus réguliers⁷⁴¹.

Les deux écoles ne réfutent aucunement que le juge est un acteur du droit qui peut orienter par sa liberté le comportement des cours et inciter à des tendances jurisprudentielles. Cependant, le courant américain réfute la possibilité que le juge soit un sujet de droit en tant que juge.

II. Le réalisme scandinave : une lecture eu égard à l'expérience prédictive

L'expérience prédictive a démontré que sur les questions les plus classiques le juge a été attaché à la notion de précédent et à la règle. Il a appliqué systématiquement la même approche avec le même résultat. Les cas nouveaux ou les faits plus complexes ont aux contraires souvent abouti à un échec.

Elle tend à donner raison aux théories nordistes⁷⁴². En effet, procédons par élimination, les 75% ou 70% de réussite des prédictions des chercheurs prouvent que le réalisme américain serait erroné. Les algorithmes par leurs fonctionnements (qui ne prennent en compte que les arrêts précédents) suggèrent que le futur juridique peut être prouvé par le passé juridique. Les précédents sont ainsi convenablement respectés par le juge et, par-là, la règle de droit⁷⁴³. Nous pourrions alors établir la véracité ou l'adoption des pensées les plus normativistes. Se profile une mise en valeur des principes par le juge de prévisibilité juridique et de sécurité juridique⁷⁴⁴.

Un juge seulement bouche de la loi. Cependant, nous pouvons aussi conclure que les positivistes les plus chevronnés se voient aussi déçues par ce résultat dans le sens où les 20 à 25% d'erreurs confirment parfois que le juge use d'une certaine marge de manœuvre ne serait-ce *a minima* dans l'individualisation des règles aux faits, voire parfois, use de son arbitraire pour fournir des

⁷⁴⁰ *Id.*

⁷⁴¹ *Id.*

⁷⁴² Nous précisons ici que les théories scandinaves ne sont pas l'apanage des scandinaves uniquement.

⁷⁴³ B. BARRAUD, préc., note 696.

⁷⁴⁴ Voir : Rosco POUND, « Mechanical jurisprudence », (1908) *Columbia Law Review*, 605 et suiv.

décisions opposées⁷⁴⁵. C'est cependant, aux vues des statistiques, une réalité, mais moindre par rapport aux fois où ils suivent le reste de la profession.

Alors, il nous reste cette position nuancée qu'est le réalisme scandinave et qui semble concorder avec ce que nous montrent les tentatives prédictives⁷⁴⁶. En somme, un juge qui se sent contraint par la règle et par le précédent, qui détermine sa réponse eu égard à celle des autres. En sus, juge qui se donne un carcan formel de décision. Mais un juge qui use de sa liberté aux fins du jugement quand lui vient des nouvelles situations, de nouveaux faits et qui sait individualiser en l'espèce la règle de droit pour mieux l'appliquer⁷⁴⁷.

Les juges nous rappellent que le droit n'est pas qu'une affaire de prévisibilité, mais aussi d'individualisation. C'est toute la dichotomie qui suit les algorithmes puisque ceux-ci sont d'excellents positivistes, si nous pouvons le dire, mais il pêche lorsqu'il faut être flexible pour mieux appliquer la règle.

Chapitre 3. Conclusion partielle

Alors que nous avons décrit la plupart des outils de justice digitale susceptible d'être utilisée ou d'atteindre le juge que ce soit dans la dématérialisation des procédures, de l'*open data* ou bien de ses multiples algorithmes qui tendent à apparaître sur le marché et qui sont autant performants que critiquables. Nous avons dû nous focaliser sur ce que ces outils *en soi* démontrent sur le juge et sa liberté. Il faut bien admettre que leur utilisation et leur fonctionnement même démontre que le juge et ses jugements fondent le droit. C'est lui la bouche de la loi qui la fait vivre bien plus qu'il en est le servant. La facilité par laquelle les algorithmes sont nourris de décisions et les décryptent démontre aussi le carcan formaliste que s'imposent les juges. Si on place la loupe sur la justice prédictive, la justesse des prédictions rassure quant à la sécurité juridique puisqu'elle tend à montrer que les juges se sentent contraints par la règle de droit ou le précédent tout de même. Et ça, c'est une détermination

⁷⁴⁵ *Id.*

⁷⁴⁶ N. ALETRAS, V. LAMPOS, D. Tsarapatsanis et D. PREOTIUC-PIETRO, préc., note 699, Où ils écrivent que « *if we accept that the 'Circumstances' subsection, with all the caveats we have already voiced, is a (crude) proxy for non-legal facts and the 'Law' subsection is a (crude) proxy for legal reasons and arguments, the predictive superiority of the 'Circumstances' subsection seems to cohere with extant legal realist treatments of judicial decision-making.* »

⁷⁴⁷ B. BARRAUD, préc., note 696.

professionnelle qui se traduit par un devoir éthique. Elle n'élude pas non plus la certaine marge de manœuvre du juge dans ces décisions et loin de montrer une forme d'arbitraire ou d'aléa juridique, elle suppose que certaines questions ne peuvent être résolues par les yeux du passé puisque les faits sont nouveaux. Ou, elle suppose l'effort d'individualisation de la règle de droit du juge. Les juges, dans leur ensemble, auraient à cœur l'équilibre juridique entre prévisibilité et individualisation. Dès lors ils oscillent entre déterminations et libertés.

Maintenant que nous avons vu ce que la justice digitale *dit du juge*, il nous faut voir ce que la cyberjustice *peut faire* au juge. En d'autres termes, est-elle un facteur déterminant supplémentaire, le libère-t-il ou bien l'outil est neutre quant à ses effets sur le juge ?

Titre II. Les services d'aide à la décision entre libération et contrainte pour le juge

La cyberjustice par son fonctionnement *en soi*, peut nous en apprendre quant à notre rapport au juge. Elle nous montre comment finalement la liberté du juge s'agence avec les autres impératifs de la justice, notamment l'exigence de sécurité juridique. Désormais, il nous faut observer comment l'utilisation de ces outils par le juge peut transformer son libre arbitre nécessaire à la décision qu'il rend, d'abord en analysant l'exemple de deux pays qui prennent une voie plus poussée en incorporant certains des outils dans leurs univers judiciaires (**Chap. 1**). Puis, la réponse à la question de la contrainte numérique se devra d'être en réalité nuancée. D'une part, il existe indéniablement une forme de contrainte créée par l'utilisation de l'outil sur le juge et ses libertés (**chap. 2**). D'autre part, il n'en demeure pas moins qu'il existe un potentiel libérateur non négligeable que l'on a pu observer par la pratique qu'on les juge des services technologiques à l'usage du droit (**chap. 3**).

Chapitre 1. L'Estonie et la Chine : les exemples technophiles en matière de cyberjustice.

Comme beaucoup d'autres pays, l'Estonie et la Chine semblent évoluer dans les eaux de la cyberjustice et, plus particulièrement de la justice prédictive. Les deux pays font un pas vers une justice automatisée grâce aux algorithmes, *a fortiori*, pour la Chine, ce qui les distingue d'autres pays plus timides sur ce sujet, leurs visions du travail du juge diffèrent sensiblement d'autres contrées. Ils démontrent, toutes proportions gardées, que l'automatisation de la justice est possible et que le juge peut être remplacé par un système algorithmique, du moins pour les conflits de premières instances. Il nous faut naviguer d'abord en Estonie (**Section I**) avant d'amarrer dans l'empire du Milieu (**Section II**).

Section I. L'exemple estonien d'une cyberjustice au service du juriste

L'Estonie est un véritable État technophile et précurseur quant aux technologies de l'information dans le droit. Après avoir procédé à la numérisation de l'ensemble de la vie politique et publique⁷⁴⁸.

Dans la même optique, ce même pays entend investir pour remplacer les greffes par un système de reconnaissance vocale qui aurait une précision de plus de 90 %⁷⁴⁹. La technophilie du pays détonne au point qu'ils s'apprêtent à traiter des litiges devant les tribunaux grâce à un algorithme⁷⁵⁰. Évidemment, il n'entend pas laisser aux robots l'ensemble de la justice. La décision est plus intéressante, puisqu'ils entendent, laisser aux robots les litiges civils et contractuels de moins de 7000 euros et les litiges concernant différents types d'indemnités (licenciements, chômage, excès de vitesse, etc.⁷⁵¹). L'exécution est, dans la mesure des possibles, tout aussi automatisée.

Le pays est à l'avant-centre des innovations, bien plus loin des autres États. La stratégie de l'État consiste à numériser sa vie juridique afin de libérer les tribunaux « des conflits de basses intensités qui ne soulèvent pas d'enjeu éthico-juridique »⁷⁵² et de limiter les coûts en matière de justice. Enfin, concernant le juge, l'État entend lui laisser les affaires plus complexes⁷⁵³.

Dans un contexte où la plupart des pays occidentaux voient l'accès à la justice diminuée par des tribunaux bouchés, cette solution de libération du juge des affaires techniques peut, d'une part, lui permettre de se concentrer plus particulièrement sur les affaires qu'il dirige et, d'autre

⁷⁴⁸ Serge ABITEBOUL et Florence G'SELL, « Les algorithmes pourraient-ils remplacer les juges ? », *INRIA*, 1, p. 1 « Les citoyens estoniens disposent déjà d'une carte d'identité numérique et de la possibilité de voter ou déclarer leurs impôts en ligne. Ils bénéficient de l'automatisation de nombreuses démarches administratives, telle l'inscription de leurs enfants à l'école, qui est effectuée automatiquement par une machine à partir du registre des naissances. Des outils intelligents ont été développés pour assister les chômeurs dans leur recherche d'emploi ou pour réaliser certains contrôles administratifs, comme l'inspection des champs de foin. Les bases de données gouvernementales sont interconnectées sans que les administrés, qui sont tenus informés des accès aux informations les concernant, s'en émeuvent particulièrement. »

⁷⁴⁹ Laura STAHN, « Estonia : a fully digital judicial system ? », *Blog Cyberjustice* (3 mai 2022), en ligne : <<https://cyberjustice.blog/2022/05/03/estonia-a-fully-digital-judicial-system/>> (consulté le 2 décembre 2022).

⁷⁵⁰ S. ABITEBOUL et F. G'SELL, préc., note 748, 1.

⁷⁵¹ Nicolas VERMEYS, préc., note 478, à la p. 63 ; RTBF PREMIERE, « [SERIE Intelligence artificielle, la révolution] Le juge est un algorithme », *RTBF*, en ligne : <<https://www.rtf.be/article/serie-intelligence-artificielle-la-revolution-le-juge-est-un-algorithme-10272343>> (consulté le 2 décembre 2022).

⁷⁵² K. BENYKHLEF et J. ZHU, préc., note 586, 825.

⁷⁵³ L. STAHN, préc., note 749.

part, de favoriser l'accès à la justice, gage d'une justice perçue comme impartiale. La Chine semble instaurer des outils de cyberjustice plutôt contre le juge.

Section II. La Chine : une cyberjustice en réponse à l'arbitraire du juge

C'est la voie de la justice prédictive que suit aussi la Chine. L'empire du Milieu s'adonne pleinement à la création de modèles innovants de cyberjustice dans les provinces⁷⁵⁴. La République populaire voudrait par la voix de la numérisation diminuer l'arbitraire du juge et les disparités dans l'application de sentences, notamment criminelle⁷⁵⁵. L'absence de motifs écrit par le juge, le manque d'encadrement des peines serait, selon les autorités, propice à la corruption⁷⁵⁶. Dès lors, les politiques publiques sont encourageantes quant à l'innovation dans cette matière et l'opinion publique serait, d'après les informations regroupées, favorable.

Les provinces sont libres de créer des modèles de cyberjustice. Pour illustrer, la Cour de Beijing a modélisé le « *Rui Judge* » ou « juge sage » et celle de Shanghai le « *system 206* »⁷⁵⁷. Dans le secteur privé, impliqué aussi dans l'innovation, le « *little judge Bao* » est une solution utilisée par les juges comme par les avocats. Ces solutions de cyberjustice prétendent créer des tables de prédictions de la sentence du juge⁷⁵⁸. Les IA utilisées par les cours proposent même des services d'évaluations de la preuve, l'évaluation de la dangerosité et l'assistance du juge dans la création de la peine, en indiquant à faits égaux les peines que les autres juges ont données⁷⁵⁹. Dans la perspective de diminution de l'arbitraire judiciaire, les outils comme celui proposé par la Cour suprême chinoise et « *little judge Bao* » préviennent lorsque la peine

⁷⁵⁴ XINHUANET, « La Chine explore activement de nouveaux modèles de cyberjustice (livre blanc) » (2023). Xinhua est l'agence nationale de presse chinoise.

⁷⁵⁵ Jiahui SHI, « Artificial Intelligence, Algorithms and Sentencing in Chinese Criminal Justice: Problems and Solutions », (2022) 33-2 *Crim Law Forum* 121-148.

⁷⁵⁶ *Id.* « First, sentences vary greatly among different judges; for example, female judges tend to show greater sympathy for defendants and impose more lenient sentences in rape cases than their male colleagues. Second, due to the lack of guidelines on sentencing, judges' decisions can be arbitrary, also inviting corruption. The absence of written reasons in judgments further aggravates these problems. » [note omise].

⁷⁵⁷ Rémi SLAMA, « La Chine annonce avoir développé une intelligence artificielle capable de remplacer les juges », *Laboratoire de cyberjustice* (1 février 2022), en ligne : <<https://www.cyberjustice.ca/2022/02/01/la-chine-annonce-avoir-developpe-une-intelligence-artificielle-capable-de-remplacer-les-juges/>> (consulté le 3 avril 2023).

⁷⁵⁸ Pour un exemple d'une des tables, voir : J. SHI, préc., note 755.

⁷⁵⁹ Jie-Jing YAO et Peng HUI, « Research on the Application of Artificial Intelligence in Judicial Trial: Experience from China », (2020) 1487 *J. Phys.: Conf. Ser.*

que le juge s'apprête à donner diffère sensiblement de celle de ses collègues sur une affaire sensiblement similaire⁷⁶⁰.

La Chine prétend même dans les prochains mois pouvoir utiliser une IA capable de rendre justice elle-même, y compris dans certains domaines criminels⁷⁶¹. C'est en tout cas, ce que propose le Conseil des affaires de l'État de la République de Chine, pour le district de Pudong⁷⁶². L'outil serait, *a priori*⁷⁶³, capable de rendre justice pour les huit cas où les données sont les plus nombreuses : parmi lesquels le vol, de la fraude, de la conduite dangereuse, de l'agression caractérisée, de la fraude à la carte bancaire, du fait d'avoir joué à des jeux d'argent ou encore de l'entrave à l'exercice de la justice et des troubles à l'ordre public⁷⁶⁴. L'outil serait *a priori* fiable⁷⁶⁵.

L'objectif clairement annoncé par les autorités chinoises est explicitement de diminuer l'arbitraire du juge au profit d'une prévisibilité juridique accrue⁷⁶⁶. La liberté que le juge peut avoir est perçue négativement. Dès lors, c'est l'indépendance judiciaire qui est dans le viseur de cette IA.

D'autres pays, dans une moindre mesure, assurent à l'IA ainsi qu'aux autres outils de cyberjustice de beaux jours et les développent petit à petit dépendamment de leurs visions de la justice. Par exemple, le Royaume-Uni a numérisé ses cours de petites créances et de divorces

⁷⁶⁰ *Id.* « If “penalty recommendation” is an intelligent aid to a judge’s pending case, “departure warning” is to a greater extent positioned on the quality control of the solved case. It compares sentencing margin presumed by artificial intelligence based on algorithm with magistrate’s sentence, calculates the degree of deviation between the two, and gives different levels of early warning according to the level of deviation. » ; J. SHI, préc., note 755 « AI systems like “Little Judge Bao” go further and suggest particular sentences based on factors the judge has chosen. The third type of systems warn judges of obvious disparities of their proposed sentence from other cases stored in the system’s database. »

⁷⁶¹ R. SLAMA, préc., note 757.

⁷⁶² J. SHI, préc., note 755.

⁷⁶³ Nous ne pouvons avec précision expliquer l'outil puisque le texte d'origine est en chinois et la traduction est assez compliquée et hasardeuse, d'autant que les informations trouvées sur des sites d'informations chinoises ne peuvent apparaître totalement fiables eu égard à la nature du régime.

⁷⁶⁴ 孙海波, « 反思智能化裁判的可能及限度 », (2020) 5 国家检察官学院学报 80 que l'on pourrait traduire par : « Haibo SUN, « Reflection on the Possibility and Limitation of Intelligent Judging », (2020) 5 *Review of the national college of prosecutors* 80 », 81; R. SLAMA, préc., note 758.

⁷⁶⁵ R. SLAMA, préc., note 757 « D'après les créateurs de ce programme, la fiabilité de l'IA est estimée à 97% après avoir été testée sur près de 17,000 dossiers entre 2015 et 2020 sur une base de plusieurs milliers de paramètres différents. »

⁷⁶⁶ J. SHI, préc., note 755.

en ligne⁷⁶⁷, les Etats-Unis semblent friand d'outils actuariels, etc. Mais les deux pays susmentionnés ont la justice la plus automatisée à ce jour.

Chapitre 2. La diminution de la liberté de juger par ces outils

Nous avons vu que les libertés ne sont jamais absolues, elles opèrent toujours dans un double mouvement contradictoire où des libertés se développent au détriment d'autres⁷⁶⁸. Le juge et la cyberjustice n'y échappent point. La question qui se pose désormais est : les outils d'aide à la décision sont-ils neutres ? Leurs utilisations impacteraient-elles la justice et son utilisateur ? Leurs fonctionnements impliquent potentiellement une mutation quant à la liberté du juge. La première chose qu'il convient de voir et que les auteurs sont nombreux à avoir mis en exergue est la potentialité de cristallisation des décisions de justice par contrainte du juge (**section I.**) Puis, dans un mouvement d'ouverture, nous pouvons voir les plus larges effets qui occurred sur la justice par le fait de la surveillance de l'activité juridictionnelle (**section II.**) Ces changements montrent un déséquilibre qui s'opère entre les exigences d'individualisations des peines et la prévisibilité juridique pour cause de retour à une idéologie mathématique de droit (**section III.**)

Section I. La cristallisation des décisions de justice par le supposé comportement moutonnier des juges.

À la lueur de ce que nous avons évoqué jusque-là peut-on soutenir que le juge devient « la bouche de l'algorithme », soit un agent juridictionnel simplement chargé de la conformité et de l'exequatur ? En effet, le numérique présente un vêtement aguichant en ce qu'il serait un vecteur de vérité (**Par. A**), ce vêtement lui donne un certain charisme rendant les gens qui l'écoutent attentifs à ses décisions, irradiant, il détermine le juge à suivre ses paroles (**Par. B**). Cependant, il nous faut aussi nuancer ces discours, souvent catastrophistes, quant aux juges (**Par. C**).

⁷⁶⁷ Neil ROSE, « Government rolls out online divorce after successful pilot. » (2008), en ligne : <<https://www.legalfutures.co.uk/latest-news/government-rolls-out-online-divorce-after-successful-pilot>>.

⁷⁶⁸ *Infra*, p. 31

Paragraphe A. Le numérique emporte la vérité.

Le numérique a comme réception particulière par les personnes de prononcer des réponses qui sont perçues comme des vérités objectives, véridiques et scientifiques.

Le Professeur Alain Supiot établit que le numérique, en tant que nouvelle forme d'écriture mathématique, acquiert par sa forme même une valeur de vérité. Il explique que l'écriture numérique qui lie les outils de cyberjustice :

[L'écriture numérique] élabore des énoncés qui échappent à la réflexivité du langage et acquiert par là même une puissance dogmatique particulière. Cette puissance symbolique des nombres a été renforcée par l'usage de ce qu'on appelle la numérotation arabe [...] à la différence des chiffres romains ou grecs qui véhiculaient les traces sémantiques d'un alphabet donné, les chiffres indo-arabes ont, entre autres vertus (notamment celle d'abolir la distance entre écritures et calcul), une universalité sans égale.⁷⁶⁹

C'est aussi ce que pense Antoine Garapon et Jean Lassègue lorsqu'ils évoquent similairement que l'idéologie numérique porte une croyance erronée en ce que le numérique serait tout autant objectif que la nature⁷⁷⁰.

Par conséquent, l'algorithme, numérique, emporte une pseudo-vérité objective, une vérité divinatoire⁷⁷¹, au-delà de la vérité juridique, qui évidemment tend à déterminer le juge dans son rapport avec les algorithmes d'aide à la décision ou la justice prédictive. Au point même que pour Alain Supiot, les services à destination du droit « témoignent déjà du rêve de substituer la machine à calculer au juge »⁷⁷².

Cette croyance en la vérité mathématique a des implications très fortes en justice puisqu'elles contraignent le juge à suivre l'algorithme.

Paragraphe B. L'effet supposément performatif de l'algorithme effaçant le juge

Si le juge numérique emporte en lui les stigmates de la vérité, il se pourrait alors que le juge se transforme en bouche de l'algorithme qui en répète les réponses. En effet, il existe un risque de

⁷⁶⁹ A. SUPIOT, préc., note 34, p. 199.

⁷⁷⁰ A. GARAPON et J. LASSEGUE, préc., note 32, p. 124.

⁷⁷¹ Voir : C. LAZARO, préc., note 162.

⁷⁷² A. SUPIOT, préc., note 34, p. 199.

performativité des outils d'aide à la décision qui peuvent contraindre le juge et déterminer sa réponse.

I. L'effet performatif de l'algorithme

Face au constat précédent, il se forme un effet « performatif » des décisions de l'algorithme en matière de justice. C'est-à-dire que l'énonciation de la réponse par l'algorithme produirait *de facto* une action juridique.

Comme le numérique emporte la croyance en sa véracité, ni le juge, ni les autres parties et observateurs n'y sont insensibles dans leurs grandes majorités, le Professeur Benyekhlef évoque alors une « éclipse du jugement »⁷⁷³. Il s'en suit un phénomène contraignant pour le juge puisque ce dernier va être contraint de suivre ce que propose la machine au-delà de ce qu'il déciderait par lui-même. L'algorithme fonctionne avec un nombre de précédents qu'il se doit de traiter⁷⁷⁴. À une question donnée, il va donner un barème ou bien une statistique de ce que les juges précédents ont fait sur une question similaire. Plus la statistique est haute, plus celle-ci va contraindre le juge et le déterminer à la suivre au-delà de ce que lui, potentiellement, voudrait comme individualisation de la règle⁷⁷⁵. Dès lors, elle « réduit la part d'arbitraire du juge »⁷⁷⁶. S'il s'en produit une consolidation du raisonnement du juge dans les cas où le juge serait d'accord avec la machine, elle devient, le cas échéant, contraignante. Dans cette même veine, ses services peuvent pousser le juge à ignorer les solutions originales dans la jurisprudence puisque la puissance statistique l'inciterait à devoir se justifier dans la décision dans les cas où il déciderait de ne pas suivre l'opinion majoritaire préconisée par les services d'aide à la décision⁷⁷⁷.

L'algorithme performe et cristallise les biais de la jurisprudence

⁷⁷³ K. BENYekhlef et J. ZHU, préc., note 586, 808-809.

⁷⁷⁴ *Id.*

⁷⁷⁵ A. VAN DEN BRANDEN, préc., note 595, p. 104-105.

⁷⁷⁶ A. GARAPON et J. LASSEGUE, préc., note 32, p. 220.

⁷⁷⁷ Valérie MALABAT, « Justice prédictive et droit pénal substantiel », dans *le juge et le numérique : un défi pour la justice du XXIe siècle*, Paris, Dalloz, 2019, à la page 110.

II. L'algorithme bouche des biais de la société et du juge

L'algorithme puise, dans la plupart des cas, dans des décisions humaines pour former un corpus de règle qu'il va utiliser pour apprécier un cas ou une question qui se présente à lui.

Mais les juges, comme nous l'avons vu, sont biaisés et les décisions qu'ils rendent aussi par conséquent⁷⁷⁸. Il va dès lors être la voix de tous les biais, les intérioriser en tant que règle avant de les proposer aux juges en les saupoudrant d'objectivité⁷⁷⁹. Il les amplifie puisqu'il les systématise⁷⁸⁰. C'est tout l'exemple de Compas que nous avons déjà évoqué⁷⁸¹ qui a systématisé des biais sociétaux et judiciaires les encrant dans le marbre avant d'être utilisés par les juges américains pour fonder leurs décisions. Dès lors, Cathy O'Neil explique que « *mathematical models, by their nature, are based on the past, and on the assumption that patterns will repeat* »⁷⁸², similairement, Karim Benyekhlef ajoute qu'« il est tout simplement impossible pour un algorithme d'arriver à des résultats "équitables" lorsqu'il doit trancher à partir de données qui reflètent un historique d'exclusion et de discrimination »⁷⁸³.

Ce risque est à lire avec le risque de l'algorithme *de facto* très conservateur qui va œuvrer à cristalliser la jurisprudence autour d'un point fixe⁷⁸⁴.

III. Un juge bouche de l'algorithme

Contraignant pour le juge, il se fait craindre alors que l'algorithme opère comme une « prophétie autoréalisatrice »⁷⁸⁵ cristallisant la jurisprudence et diminuant le rôle du juge.

Grâce à la machine intelligente, le juge, à la manière des utilisateurs des plateformes, s'autorégule du fait de son utilisation de ses aides⁷⁸⁶. L'outil et sa réponse opèrent comme un

⁷⁷⁸ Voir : *supra*, p. 64 et suiv., Voir : N. VERMEYS, préc., note 478, p. 61 à la p. 68.

⁷⁷⁹ Didier GUEVEL, « Intelligence artificielle et décisions juridictionnelles », (2019) 98 *Quaderni. Communication, technologies, pouvoir* 51.

⁷⁸⁰ K. BENYKHELF et S. DU PERRON, préc., note 456, p. 44.

⁷⁸¹ *Supra*, p. 91-92

⁷⁸² Cathy O'NEIL, *Weapons of Math Destruction : How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, 1^{ère} éd., New York, Crown, 2016, p. 273

⁷⁸³ K. BENYKHELF et S. DU PERRON, préc., note 456, p. 47.

⁷⁸⁴ *Id.*

⁷⁸⁵ N. VERMEYS, préc., note 478, p. 67.

⁷⁸⁶ A. SUPIOT, préc., note 34.

*nudge*⁷⁸⁷ sur le magistrat qui l'incite et, peut-être influence sa décision. C'est par exemple ce qu'espère la Chine lorsque l'instrument prédictif prévient le juge lorsqu'il s'écarterait de la jurisprudence majoritaire⁷⁸⁸, l'incitant de fait, à modifier son choix pour éviter, potentiellement que l'appel casse son jugement. Il en ressortirait alors que toutes les décisions des juges vont prescrire une solution unique : celle que l'algorithme pose pour eux. C'est la cristallisation de la jurisprudence⁷⁸⁹.

Conséquemment l'indépendance du magistrat s'annule derrière l'outil d'aide à la décision⁷⁹⁰. Corollairement, le juge se verrait mettre en porte à faux les fois où il ferait acte de liberté et les discussions se poseraient quant à son adéquation ou non avec le score de l'algorithme. C'est qu'on observe dans une moindre de mesure dans l'affaire *Loomis* dans le Wisconsin⁷⁹¹ où les discussions portent moins sur le droit que le score et l'utilisation de *Compas*⁷⁹².

En se laissant déterminer par l'algorithme, perdant de son arbitraire, il en perd des composantes humaines qui pourtant lui permettant de juger. Il perd alors son empathie qui est une faculté utile aux jugements. C'est un facteur déterminant qui en supprime un autre. Pourtant l'un était un facteur de compréhension du juge alors que l'autre est essentiellement un facteur décisionnel. Dans la même optique, il ne peut plus participer à sa mission d'adaptation de la norme aux changements sociétaux, à la société⁷⁹³. Antoine Garapon estime qu'il faudra une plus grande force d'esprit aux juges pour pouvoir se soulever contre ce « risque systémique »⁷⁹⁴. De fait, l'algorithme performant se substitue au juge qui, lui, se « déresponsabilise »⁷⁹⁵, Karim Benyekhlef évoque la substitution de l'état de droit par la normativité algorithmique⁷⁹⁶.

⁷⁸⁷ R. H. THALER et C. R. SUNSTEIN, préc., note 194.

⁷⁸⁸ *Supra*, p. 111, sur la Chine.

⁷⁸⁹ Nicolas VERMEYS, préc., note 478, p. 67

⁷⁹⁰ Ledy Rivas ZANNOU, « Le couple justice et technologies : lune de miel ou lune de fiel ? », (2019) 24 *Lex Electronica*.

⁷⁹¹ *State v. Loomis*, préc., note 681.

⁷⁹² A. VAN DEN BRANDEN, préc., note 595, p. 109.

⁷⁹³ *La Reine c. Chagnon (1975) Limitée*, préc., note 548.

⁷⁹⁴ A. GARAPON et J. LASSEGUE, préc., note 32, p. 239.

⁷⁹⁵ Karim BENYekhlef et Jie ZHU, « À l'intersection de l'ODR et de l'intelligence artificielle : la justice traditionnelle à la croisée des chemins », (2020) 25-3 *Lex Electronica* 34, 59.

⁷⁹⁶ K. BENYekhlef et G. LEFEBVRE, préc., note 630, p. 59; K. BENYekhlef et S. DU PERRON, préc., note 456.

Subséquentement, la cyberjustice notamment dans sa teinte algorithmique peut contraindre à la longue les juges en ce que le fonctionnement même de l'objet assoit et grave dans la pierre le droit qui cesserait d'évoluer⁷⁹⁷. Les possibilités d'*overruling* deviendraient alors plus hypothétiques⁷⁹⁸. L'algorithme automatise le statu quo⁷⁹⁹ sans possibilité de changement⁸⁰⁰.

Il en ressort dès lors que le juge n'est plus « bouche de la loi », mais, potentiellement, la « bouche de l'algorithme ». C'est la démonstration d'une stricte victoire de la prévisibilité juridique et de la force contraignante du service d'aide sur la liberté décisionnelle du juge. Pour autant il faut nuancer ce discours.

Paragraphe C. Quelques limites à ce discours

Sans renier tout ce qui a été dit plus haut, la prédiction catastrophiste de la cristallisation se doit d'être nuancée puisqu'elle serait non fondée, elle serait hypothétique et rien ne permet de les prouver. La cristallisation des jurisprudences du simple fait des algorithmes de cyberjustices serait une illusion catastrophiste.

Dans sa thèse de doctorat, Anaïs Colleta se propose de décimer cette idée par un ensemble d'arguments percutants⁸⁰¹.

Les détracteurs de la prédiction judiciaire passent sous silence que le choix d'opérer un revirement de jurisprudence prend d'ores et déjà en compte l'état de la jurisprudence passée. Cette connaissance de la jurisprudence à un instant *t* n'influence pas la mise en œuvre de revirement de jurisprudence. [...] L'utilisation des logiciels de prédiction judiciaire par les juges n'est donc pas incompatible avec la possibilité d'effectuer des revirements de jurisprudence. En réalité la question d'un éventuel gel de la jurisprudence se pose de la même manière que les juges aient le concours des algorithmes de prédiction judiciaire ou qu'ils ne l'aient pas. Les juges possèdent d'ores et déjà une connaissance empirique de l'état de la jurisprudence dans les contentieux qui leur sont présentés. Cette connaissance peut être personnelle ou le fruit de recherches dans des ouvrages, revues, bases de données juridiques, etc. La situation dans laquelle

⁷⁹⁷ N. VERMEYS, préc., note 478, p. 67 « it would create a static change of things where legal interpretation would cease to evolve. »

⁷⁹⁸ L. R. ZANNOU, préc., note 791.

⁷⁹⁹ A. VAN DEN BRANDEN, préc., note 595, p. 109.

⁸⁰⁰ K. BENYEKHLEF et G. LEFEBVRE, préc., note 630, p. 60.

⁸⁰¹ Anaïs COLETTA, *La prédiction judiciaire par les algorithmes*, Thèse de doctorat, Nîmes, Université de Nîmes, 2021, p. 340 -343

ils seront placés avec l'assistance d'un algorithme de prédiction judiciaire n'est donc pas nouvelle.⁸⁰²

L'auteur y évoque le principe selon lequel un revirement de jurisprudence n'est jamais arbitraire et soudain. Il est le fruit, visible, d'une restructuration d'une jurisprudence qui s'adapte et innove aux changements sociétaux pas à pas pour aboutir, à la fin, sur le censément spectaculaire *overruling*⁸⁰³. Par conséquent, les logiciels de prédictions comme d'aide à la décision, en réalité, peuvent rendre compte d'un changement qui s'opère dans la jurisprudence. D'autant que l'auteur porte l'attention sur l'idée simple et efficace qu'un revirement suppose déjà la connaissance de la jurisprudence passée et son détachement⁸⁰⁴. Les services d'aide à la décision n'y changent rien. Le revirement est déjà un acte de volonté des juges.

La cristallisation de la jurisprudence suppose aussi la force de la majorité sur l'individu-juge. Voilà une autre idée que la doctorante démonte patiemment puisqu'elle y évoque au contraire la puissance de la minorité quant aux décisions prises par le juge. Enfin, elle évoque aussi le garde-fou de la motivation des décisions de justice qui oblige le juge à expliquer juridiquement sa solution de droit, peu importe que celle-ci soit issue de la machine ou de lui⁸⁰⁵.

Si le risque existe il n'en demeure pas moins qu'il est hypothétique, l'existence des outils de cyberjustice en l'état, dès lors qu'ils sont utilisés par un juge, ne laisse pas supposer que le juge va en ressortir diminuer. Il n'en demeure pas moins que l'exigence de prévisibilité laisse présupposer une forme de mathématisation du droit.

Section II. Les supposés changements institutionnels liés à l'usage des services d'aide à la décision

L'usage de service d'aide à la décision par le juge et l'institution judiciaire modifie structurellement l'institution, d'une part, elle met en avant la sécurité juridique et transforme le droit en une fatalité (**Par. A.**). D'autre part, elle met le juge et l'institution en concurrence entre eux comme avec le privé (**Par. B.**). De ce fait, on peut légitimement tenter de vérifier si l'usage de ces services n'entache pas l'impartialité judiciaire (**Par. C.**).

⁸⁰² *Id.* p. 343

⁸⁰³ *Id.* p. 343

⁸⁰⁴ K. BENYEKHLEF et J. ZHU, préc., note 586, 825.

⁸⁰⁵ A. COLETTA, préc. note 801.

Paragraphe A. La volonté de mettre fin à l'aléa judiciaire

Les problématiques vues plus haut démontrent un sensible changement de paradigmes social et juridique puisque le droit se voit mathématiser pour atteindre en haut niveau de prévisibilité au détriment d'une certaine place et vision de la justice. La fin de l'aléa en est le premier élément, qui transforme le droit en une fatalité (**Par. A**) qui ne laisse alors plus de place à l'émotion (**Par. B**)

I. Le droit comme fatalité mathématique ?

Ce qui a été dit précédemment jusque-là fait ressortir un point saillant. Le numérique, notamment que le juge utilise, présuppose la fin de l'aléa juridique, mais surtout la consécration de la prévisibilité juridique à tout prix, à l'instar de la Chine⁸⁰⁶.

La cyberjustice grâce aux nombreuses données qu'elle entend traiter et l'IA rendrait « obsolète la notion d'insécurité juridique »⁸⁰⁷ en supprimant complètement les potentialités d'aléas juridiques. Le juge est vu comme un vecteur d'incertitude judiciaire en ce qu'il peut interpréter les textes et individualiser la règle de droit en l'espèce à une situation donnée. Il applique une norme qui est la même pour tous à une situation de fait qui connaît ses plus petites granularités justifiant alors la modulation de la règle. La cyberjustice dans sa dimension la plus absolue entend limiter aux maximums cette possibilité. Les justiciables peuvent et pourraient prédire les résultats du juge, et, de fait, supprimeraient la plupart des litiges avant même leurs naissances. Dans les cas où les tribunaux et le juge seraient saisis, les conséquences juridiques seraient « claires et implacables »⁸⁰⁸. Ce glissement mathématique entend évincer les autres considérations juridiques qui fondent la décision et qui ont, souvent, très peu à voir avec le droit comme l'appréciation de la preuve, les questions de fait, les questions de crédibilité, la recevabilité,⁸⁰⁹ etc., soit tout ce qui fonde l'individualisation de la décision. De façon

⁸⁰⁶ *Supra*, p. 111.

⁸⁰⁷ A. VAN DEN BRANDEN, préc. note 595, p. 218

⁸⁰⁸ *Id.*

⁸⁰⁹ K. BENYEKHLEF et J. ZHU, préc., note 586, 801.

subséquente, il y a une tentative d'encadrement de l'activité juridictionnelle par l'utilisation des barèmes, scores et autres, jugée comme nuisible⁸¹⁰.

C'est un fatalisme juridique qui s'augure si l'on avance vers cette voie. Le destin juridique serait tout tracé et l'augure de la cyberjustice pourrait nous prophétiser de ce résultat. L'incertitude juridique n'y a plus sa place et donc le juge voit sa liberté mutée vers un destin bien tracé par les services à l'usage du droit.

II. La mathématisation du droit

De fait, l'essor du numérique dans la justice entend marginaliser le rôle de l'émotion dans la prise de décision du juge. Rappelons que l'émotion est un affect humain déterminant, mais au combien utile dans la compréhension d'autrui et dans la prise de décision⁸¹¹. Les biais sont aussi un facteur déterminant humain.

La suppression de ces déterminations du juge dans l'audience au profit de facteurs plus objectifs, plus tangible, que sont les scores et les barèmes. La décision devient plus objective, plus véridique, mais elle se désymbolise et perd de son humanité. Le juge en sort alors diminué puisque :

Le savoir algorithmique fait ressortir la fragile humanité des juges, les limites de la justice des fictions pourtant nécessaires à la vie du droit ; et une resymbolisation, en tentant de substituer à la justice imparfaite des hommes une certitude scientifique absolue qui n'aura plus besoin des humains⁸¹².

C'est la crainte d'une justice barémisée⁸¹³ qui ne juge qu'*in abstracto*, mais jamais *in concreto*, simplement car elle ne le peut pas⁸¹⁴. Le juge, lui, peut et adapte la rationalité objective aux faits. Si le courant *Law and Emotions* postule l'utilité des émotions dans la compréhension juridique, la barémisation via le truchement des algorithmes entend la diminuer. Elle atteint dès lors l'impartialité judiciaire, expliquée dans l'arrêt *Valente*⁸¹⁵.

⁸¹⁰ E. POINAS, préc., note 622, p. 183.

⁸¹¹ *Supra*, p. 60 et suiv.

⁸¹² A. GARAPON et J. LASSEGUE, préc., note 32, p. 134.

⁸¹³ D. GUEVEL, préc., note 779.

⁸¹⁴ *Id.*

⁸¹⁵ *Infra*, p 46 et suiv.

Dès lors, le juge peut en devenir contraint par tous ces outils d'aide à la décision et doit, par conséquent, rhabiller ses déterminations, ses émotions, qui n'ont plus leurs places dans ce contexte nouveau. C'est un spectre de déshumanisation. Cette déshumanisation opère un effet pervers en ce qu'elle ne s'adresse plus aux personnes, elle ne cherche plus le sentiment de justice⁸¹⁶, nécessaire pourtant à l'indépendance judiciaire. En effet, elle ne cherche que la solution⁸¹⁷ froide et directe.

Aussi, beaucoup de ses logiciels d'aides à la décision sont le symptôme d'une privatisation de l'espace public.

Paragraphe B. La mise en concurrence du juge et de l'institution

Le risque de la cyberjustice est d'opérer une mise sous tutelle du juge aux intérêts du privé en opérant une privatisation (I.). Corollairement, le juge est mis en concurrence dans un *forum shopping* mondial (II.), néanmoins, ce mouvement s'opère alors que l'autorité des tribunaux et leurs hiérarchies sont aplanies (III.).

I. La privatisation

Le changement opéré par la cyberjustice atteint aussi sur l'institution judiciaire. Historiquement, elle prend part à la souveraineté de l'État en tant qu'une de ces décompositions en l'un des trois pouvoirs. Cependant, elle se voit gangréner par des acteurs privés.

La privatisation de l'environnement judiciaire que l'on peut entendre comme l'appel aux entreprises privées pour fournir des services dans le cadre d'un service public⁸¹⁸. Le droit est un marché très lucratif, aguichant pour les entreprises privées. Antoine Garapon et Jean Lassègue expliquent que

[L]e paradoxe de ces nouveaux biens publics informationnels et que, pour recevoir un sens commun, ils doivent nécessairement en passer par des acteurs privés (les start-ups ou les géants du net), par une nouvelle économie globale et par l'utilisation d'un savoir

⁸¹⁶ Ledy Rivas ZANNOU, « La justice numérique : réalité, crainte et projection », (2021) 26-2 *Lex Electronica* 173.

⁸¹⁷ A. VAN DEN BRANDEN, préc., note 595.

⁸¹⁸ N. VERMEYS, préc., note 478, 11.

abstrait soustrait à la vérification, publique, d'une nouvelle classe de *geek* qui déteste l'État.⁸¹⁹

Le domaine public se voit assiéger par les outils du privé et, par conséquent, les intérêts qui vont avec, des intérêts différents voir hostiles, différent potentiellement de ceux de l'État. Ce marché atteint de plein fouet l'institution judiciaire, mise sous tutelle, et le juge lui-même dont le rôle est garanti par cette institution. Ce n'est plus de la justice, mais du solutionnisme juridique⁸²⁰. Karim Benyekhlef évoque alors le risque d'un retour à justice de couloir à cause de ces outils. Il entend par cette expression « l'expérience de la justice ne se fait plus dans l'espace public du tribunal, mais dans les échanges privés entre avocat et procureur (*justice de couloir*) »⁸²¹ où le justiciable, la participation collective, est absent⁸²², il ajoute que les outils actuariels de prédiction de risques privatisent alors « l'étape de l'enquête »⁸²³. D'autant que les prestataires de services garderaient la propriété de l'ensemble de résultats fourni par l'algorithme, du moins aux E.-U.⁸²⁴, signifiant alors, pour Karim Benyekhlef, « que les pouvoirs publics perdent non seulement la maîtrise du processus décisionnel, mais également celle de son résultat »⁸²⁵.

Il n'y a pas lieu de juger bien ou mal tel changement, il s'agit seulement d'une observation d'une diminution de l'emprise du juge sur la justice.

Le juge est alors mis en concurrence avec un certain nombre d'outils et d'entreprises qui entendent aussi bien effectuer son travail. La mise en concurrence des juges entre eux est une autre facette à observer.

⁸¹⁹ Antoine GARAPON et Jean LASSEGUE, *Le numérique contre le politique*, Paris, PUF, 2021.

⁸²⁰ L. R. ZANNOU, préc., note 816.

⁸²¹ K. BENYekhLEF et G. LEFEBVRE, préc., note 630, p. 60.

⁸²² *Id.*

⁸²³ *Id.*

⁸²⁴ K. BENYekhLEF et S. DU PERRON, préc., note 456, p. 72.

⁸²⁵ *Id.*, p. 72.

II. Le « Judge shopping »

D'une certaine façon, les outils de prédictions accentuent un phénomène déjà existant, à savoir le choix des juges par les parties fondé sur des considérations personnelles⁸²⁶. Le phénomène n'est pas nouveau, Adrien Van Branden nous explique que l'avocat a toujours cherché à connaître son juge et les normes qu'ils privilégient⁸²⁷. Dès lors, les juges sont mis en concurrence par la grande visibilité offerte par l'open data agrégée aux capacités qu'ont les algorithmes à définir les tendances des cours.

En outre, la possibilité offerte par l'open data peut mener à un classement, un *benchmarking*, des juridictions et des juges comme l'expliquent Emmanuel Poinas⁸²⁸ en fonction de considérations gestionnaires et statistiques de l'activité des cours.

Ainsi a-t-on vu en France, un classement des juges et des juridictions entre elles en fonction du taux d'arrêt cassé devant les juridictions supérieures⁸²⁹. D'autant qu'en droit international le phénomène est déjà connu, mais qu'ici le contrôle de l'activité juridictionnel pourrait permettre à terme de choisir le juge et la juridiction devant laquelle aller – si la loi ne le précise pas – et d'orienter sa stratégie en fonction⁸³⁰. C'est une forme de mise en concurrence des juges qui peuvent orienter leurs comportements. C'est aussi ce qu'évoque le Vice-président du Conseil d'État français lorsqu'il annonce que :

En outre, le juge, sous l'effet de la surveillance résultant d'un traitement massif des décisions de justice, pourrait voir remises en cause sa liberté d'appréciation et son indépendance, préférant se ranger par « sécurité » à l'opinion dominante ou majoritaire de ses pairs.⁸³¹

Ce forum shopping ne peut qu'entraver le juge dans sa mission puisqu'elle le pousse à adopter, potentiellement, des comportements qui plaisent aux marchés, au détriment du droit.

⁸²⁶ Voir : Peter H. RUSSEL, *Canada's trial courts : two tiers or one ?*, Toronto, University of Toronto Press, 2007, qui en parle aux p. 62 et 78.

⁸²⁷ A. VAN DEN BRANDEN, préc., note 595, p. 102.

⁸²⁸ E. POINAS, préc., note 622, p. 193.

⁸²⁹ Paul GONZALES, « Les cours d'appel les plus efficaces de France », *Le Figaro*, en ligne : <<https://www.lefigaro.fr/actualite-france/2019/01/14/01016-20190114ARTFIG00313-les-cours-d-appel-les-plus-efficaces-de-france.php>> (consulté le 5 décembre 2022).

⁸³⁰ K. BENYKHLEF et G. LEFEBVRE, préc., note 630, p. 60.

⁸³¹ J.-M. SAUVE, préc., note 555, partie I.B, par. 1.

Paradoxalement, cette mise en concurrence des juges entre eux se fait en aplanissant leurs autorités.

III. L'horizontalisme prôné par l'algorithme

Le fonctionnement des algorithmes d'aide à la décision aplanit l'autorité des juridictions les plus hautes et par conséquent leurs autorités.

C'est ce qu'Antoine Garapon et Jean Lassègue expliquent lorsqu'ils évoquent que la justice prédictive fait passer l'ordre juridique territorialisé où prime la pyramide des normes, à un ordre juridique déterritorialisé où il y a « horizontalité due à la prise en considération de multiples sources non hiérarchisées ; comme celles que propose la justice prédictive »⁸³².

De fait, l'algorithme ne hiérarchise pas les sources du droit, que ce soit la loi (qui n'est que rarement prise en compte) ou la jurisprudence, les cours de première instance ont, pour le robot, la même valeur que la Cour suprême, du moins si celui-ci ne s'est pas vu offrir les services d'un juriste en amont pour contrôler et choisir les arrêts adéquats avec lesquels nourrir l'algorithme. Jean-Marc Sauvé, du Conseil d'État français explique que : « [c]e que le juge comprend de la hiérarchie des normes et des relations entre les ordres juridiques nationaux et européens, un algorithme ne peut, en l'état, le saisir. »⁸³³ L'image que l'algorithme donne du droit est distordue et à terme mêlée à la déterritorialisation dont parle les auteurs, il peut s'en suivre une atteinte à l'hétéronomie. En d'autres termes, les autorités garantes des structures s'évaporent ou sont mises en concurrence avec d'autres. Sans hétéronomie il n'y a pas la contrainte garante pourtant des libertés. C'est une lente disparition de l'*euleuth* grec⁸³⁴.

Les éditeurs juridiques et les bases de données en ligne offre une vision plus pratique de comment l'outil peut influencer le juge.

Paragraphe C. L'impartialité judiciaire entachée potentiellement par ces outils

L'impartialité et l'indépendance judiciaire sont des éléments primordiaux dans un état de droit que nous avons déjà définis. Il convient de poser la question de l'atteinte par l'utilisation de ces

⁸³² A. GARAPON et J. LASSEGUE, préc., note 32, p. 201.

⁸³³ J.-M. SAUVE, préc., note 555, partie B. par. 2.

⁸³⁴ *Supra*, p. 14 et suiv.

services à ces principes. Évidemment, nous ne pouvons apporter une réponse à cette question qui soit ferme et véridique, mais poser la question et tenter d'apporter des éléments de réponse semble légitime. *A priori*, les trois garanties d'indépendances judiciaires ne sont pas touchées par l'utilisation de ces outils, mais les éléments de l'impartialité institutionnelle et décisionnelle peuvent se poser.

I. L'impartialité institutionnelle

Pour la question de l'impartialité institutionnelle, il est intéressant de voir que le professeur Benyekhlef répond déjà la question. Selon lui, il est :

difficile de concilier le critère d'impartialité institutionnelle avec l'opacité du processus décisionnel des algorithmes d'apprentissage profond. En effet, il est difficile de voir comment la « personne bien renseignée, ayant étudié la question en profondeur de façon réaliste et pratique » puisse se faire une opinion sur l'impartialité du processus décisionnel si celui-ci lui est inaccessible tant au plan formel (l'accès au code de l'algorithme) que réel (la compréhension du code et du traitement des données par algorithmique)⁸³⁵

Il met donc l'accent sur le caractère opaque et incompréhensible de la plupart des algorithmes pour le juge. Il explique donc le caractère primordial d'une bonne motivation de la décision par le juge pour ne pas dénoter d'un manque de neutralité⁸³⁶.

L'affaire déjà mentionnée *Loomis*⁸³⁷, sur l'utilisation de *Compas*, pose une question similaire. Les juges de la Cour suprême du Wisconsin expliquent que le juge a l'obligation dans ces motivations de préciser explicitement les outils utilisés dans leurs décisions et les autres facteurs ayant fondé leur jugement⁸³⁸. Par ailleurs, les *presentencing investigation reports* fondés sur des évaluations algorithmiques doivent préciser les limites de l'algorithme ainsi que des informations de nature à comprendre l'outil qu'ils utilisent⁸³⁹.

⁸³⁵ K. BENYekhlef et S. DU PERRON, préc., note 456, p. 74.

⁸³⁶ *Id.*, p. 74.

⁸³⁷ *State v. Loomis*, préc., note 681.

⁸³⁸ *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), expliqué par Florence G'SELL, « Les progrès à petits pas de la « justice prédictive » en France », (2020) 21 *ERA forum* 299, 302-303.

⁸³⁹ *Id.*

Par conséquent, la réponse dépend de l'ensemble de garde-fous mis en place pour garantir cette impartialité.

II. L'impartialité décisionnelle

Subséquemment pour la question de l'impartialité institutionnelle, Karim Benyekhlef évoque sur cette question-ci les effets déjà mentionnés de biais et de cristallisation de la jurisprudence.

Il explique qu' :

en ce qui concerne l'impact des algorithmes en termes d'impartialité décisionnelle, il convient de réitérer deux phénomènes précédemment abordés, à savoir la propension des algorithmes à perpétuer une discrimination systémique lorsqu'on leur fournit des données représentatives des biais présents dans la société et l'effet performatif des outils algorithmiques qui diminue l'ouverture et l'indépendance d'esprit des décideurs.⁸⁴⁰

La reproduction des biais sociétaux⁸⁴¹ ou la présence de biais⁸⁴² mêlée à l'effet performatif de l'IA sur le juge peuvent participer à diminuer le « processus d'ouverture »⁸⁴³ qui est « une condition préalable à l'impartialité », rappelons-le, d'autant que le juge est censé juger sans préjugés préalables. Dès lors, que faire lorsque l'algorithme prédictif, lui, est biaisé ? Il peut entacher toute l'impartialité du tribunal et faire craindre un risque raisonnable d'impartialité comme ce fut le cas, bien que réfuté, dans *Loomis*.

D'autant que le caractère performatif de la justice prédictive peut entacher la liberté du juge comme déclamée dans *Beauregard* au niveau individuel, c'est-à-dire comme « la nécessité que les juges se sentent tout à fait libres de rendre des décisions dans les affaires dont ils sont saisis »⁸⁴⁴. Même si cette phrase sous-entendait plutôt la pression des autres pouvoirs, la performativité et la pression subies par l'utilisation de ces outils peuvent faire craindre que le magistrat ne sente plus libre de juger pleinement en son âme et conscience. Du moins, la question se pose et la réponse dépend de nombreux facteurs comme l'opacité de l'algorithme, son explicabilité, la compréhension du juge de l'outil, les garde-fous législatifs, etc.

⁸⁴⁰ K. BENYekhlef et S. DU PERRON, préc., note 456, p. 74.

⁸⁴¹ *Infra*, p. 34 et suiv.

⁸⁴² *Infra*, p. 70 et suiv.

⁸⁴³ *Id.*, par. 40 et 44.

⁸⁴⁴ *Beauregard c. La Reine*, préc., note 36, par. 38.

Plus vraisemblablement, un autre outil d'aide à la décision, les aides à la rédaction ont fait la colère des juges français en ce qu'il entraverait leur liberté, c'est ce que nous allons voir maintenant.

Section III. Les services de rédaction à l'usage du juge ou la perte de la créativité judiciaire

La rédaction des arrêts est à la discrétion des juges, c'est une teinte de leur indépendance judiciaire. Évidemment, ils se doivent d'écrire les motifs qui entraînent la décision, mais la façon et la structure est, elle, à leur entière discrétion. L'arrivée de l'internet pour le grand public et les possibilités grandissantes de diffusion ont alors fait questionner les juges sur la souhaitabilité de publier tous les jugements en ligne⁸⁴⁵. En effet, certains juges, à l'époque, craignaient que la publication en ligne par le truchement d'éditeurs comme CanLII ne soit associée à de la diffamation⁸⁴⁶ et qu'il y ait des risques pour la vie privée⁸⁴⁷. Néanmoins, le Comité consultatif sur la technologie a rappelé l'absolue immunité du juge⁸⁴⁸ et, a néanmoins rappelé la responsabilité des éditeurs de respecter les interdictions de publier⁸⁴⁹ en ordonnant un protocole en réponse à ces risques⁸⁵⁰. Ledit Comité rappelle, de même, le caractère public et transparent de la justice⁸⁵¹. Par conséquent, les tribunaux envoient aux éditeurs en ligne (CanLII) leurs jugements et l'entreprise se charge de les publier. Pour autant, la liberté dans la rédaction des décisions et des documents la contenant a posé pour les éditeurs juridiques et notamment CanLII, nombre de problèmes, rendant nécessaire pour ces derniers d'influencer les juges vers un processus de rédaction plus homogène (**Par. A**), dans une optique d'automatiser certains processus comme celui de la création de résumés (**Par. B**) ou de proposer des logiciels de rédactions des décisions, tant décriés par certains juges français (**Par. C**.)

⁸⁴⁵ COMITE CONSULTATIF SUR LA TECHNOLOGIE, *L'usage de renseignements personnels dans les jugements et protocole recommandé*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 2005, p. 5.

⁸⁴⁶ *Id.*, p. 4.

⁸⁴⁷ *Id.*

⁸⁴⁸ *Id.*

⁸⁴⁹ *Id.*

⁸⁵⁰ Comité consultatif sur la technologie, préc., note 846, p. 8-16.

⁸⁵¹ COMITE CONSULTATIF SUR LA TECHNOLOGIE PAR LES JUGES, *Modèle de politique sur l'accès aux archives judiciaires au Canada*, Conseil canadien de la magistrature, 2005, p. 2-3.

Paragraphe A. Les guides de rédaction des jugements

Le Comité canadien de la référence⁸⁵² a été créé, composé de membres du CCM, membre de l'administration des tribunaux, des membres de SOQUIJ, LexUM, des éditeurs juridiques et un professeur de la faculté de droit de l'UdeM⁸⁵³. Celui-ci est :

Un groupe ad hoc formé afin de soutenir les efforts de normalisation du Comité consultatif sur l'utilisation des nouvelles technologies par les juges du Conseil canadien de la magistrature (CCM). Les membres du CCR donnent de leur temps afin de produire des normes utiles à toute la communauté juridique.⁸⁵⁴

Au fil du début des années 2000, ce groupe a publié un ensemble de recommandations pour la rédaction juridique sous l'égide du CCM pour les juges afin d'assurer « le plein potentiel de la publication électronique de ces normes⁸⁵⁵. Ces recommandations se retrouvent dans plusieurs documents : *Une norme de référence neutre pour la jurisprudence* dès 1999, *Le Guide canadien pour la préparation uniforme des décisions* en 2002⁸⁵⁶ ou plus récemment, et directement en réponse aux problèmes précédents le document : *La préparation, la référence et la distribution des décisions canadiennes*⁸⁵⁷. Ces guides ont été approuvés par le CCM et par conséquent ils s'appliquent à toutes les décisions d'une Cour supérieure et entendent influencer les tribunaux au sens large⁸⁵⁸.

Ces recommandations sont tout autant des techniques liées à l'utilisation des traitements de texte et du numérique que portant sur la forme de la décision. Du point de vue technique, dès 2002, le CCR propose au cours d'éviter l'utilisation d'une mise en forme manuelle⁸⁵⁹. En outre,

⁸⁵² Ci-après « CCR ».

⁸⁵³ COMITE CANADIEN DE LA REFERENCE, « Membre du Comité » (2010 2006), en ligne : <https://lexum.com/ccc-ccr/index_fr.html> (consulté le 15 avril 2023).

⁸⁵⁴ *Id.*, « Introduction » (2010 2006), en ligne : <https://lexum.com/ccc-ccr/index_fr.html> (consulté le 15 avril 2023).

⁸⁵⁵ COMITE CANADIEN DE LA REFERENCE, *La préparation, la référence et la distribution des décisions canadiennes*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 2009, p. 2.

⁸⁵⁶ Comité Canadien de la référence et LexUM, préc., note 689.

⁸⁵⁷ Comité Canadien de la référence, préc., note 856.

⁸⁵⁸ COMITE CANADIEN DE LA REFERENCE et LexUM, préc., note 689, par. 16.

⁸⁵⁹ *Id.*, ch. 5.

il propose des normes quant aux noms des fichiers⁸⁶⁰, leurs nombres, le cas des annexes audios⁸⁶¹ et le cas des potentielles erreurs dans le jugement⁸⁶².

Du point de vue de la forme, on retrouve l'imposition de la numérotation des paragraphes qui n'était alors pas la norme⁸⁶³, les éléments de l'en-tête et de dispositifs⁸⁶⁴, l'emplacement à la toute fin (et non à chaque fin de page) des notes de bas de page⁸⁶⁵. Des normes quant à la diffusion et la distribution de ces documents sont établies⁸⁶⁶. Cependant ces guides laissent une part de discrétion aux juges⁸⁶⁷.

Ce sont ici les éditeurs, par les contraintes de la mise en ligne de données ouvertes, qui ont influencé les juges. Mais, l'objectif aussi est d'automatiser le processus de résumé et de proposer des services de rédaction automatiques des motifs.

Paragraphe B. La volonté d'automatiser les processus de résumé et de rédaction

La volonté de formater uniformément les décisions des juges est préoccupée, dans le cas de CanLII, aussi par la volonté d'en favoriser le traitement automatique par un logiciel chargé d'en faire des résumés, notamment grâce au logiciel LetSUM⁸⁶⁸. Dès 2002, le CCR annonce que « la normalisation simple des jugements demeure suffisante pour permettre la reconnaissance automatisée des informations essentielles et assurer les gains d'accessibilité et de coûts qui en découlent.⁸⁶⁹ » Ce logiciel s'adonne à former un résumé de jurisprudence en *segmentant*

⁸⁶⁰ Comité Canadien de la référence, préc., note 851, ch. 3.1.

⁸⁶¹ COMITE CANADIEN DE LA REFERENCE et LexUM, préc., note 684, ch. 3.6.

⁸⁶² *Id.*, ch. 3.4 et 3.5.

⁸⁶³ COMITE CANADIEN DE LA REFERENCE, préc., note 851, p. 1 ; COMITE CANADIEN DE LA REFERENCE et LexUM, préc., note 684, ch. 4.2.

⁸⁶⁴ Comité Canadien de la référence et LexUM, *id.* ; Comité Canadien de la référence, *id.*, p. 2-10.

⁸⁶⁵ Comité Canadien de la référence, *Id.*, p. 3 ; Comité Canadien de la référence et LexUM, *Id.*, ch. 4.3.

⁸⁶⁶ Comité Canadien de la référence, *Id.*, p. 20-22.

⁸⁶⁷ *Id.*, par. 16.

⁸⁶⁸ Guy LAPALME et Atefeh FARZINDAR, Production automatique du résumé de textes juridiques : évaluation de qualité et d'acceptabilité, Montréal, RALI, 2005.

⁸⁶⁹ COMITE CANADIEN DE LA REFERENCE et LexUM, préc., note 689, par. 9.

thématiquement le texte du jugement⁸⁷⁰ puisque ce dernier est toujours formé des mêmes éléments de fond⁸⁷¹. Il les filtre, sélectionne et, enfin, produit le résumé⁸⁷².

Cette entreprise d'uniformisation laisse alors apercevoir l'idée d'une production automatique et balisée du texte judiciaire avec l'accompagnement du juge.

Paragraphe C. Les logiciels de rédactions juridiques une entrave à la créativité du Juge

La perspective d'un logiciel facilitant la rédaction d'une décision en y insérant au préalable les éléments formels, dans un carcan prédéfini, était déjà évoquée dans *le Guide canadien pour la préparation uniforme des jugements*, dans son paragraphe 9⁸⁷³.

Certains de ses services existent désormais comme nous l'avons déjà dit avec l'exemple de la France avec le *Poste du Rapporteur*⁸⁷⁴. Le membre du Conseil d'État français, Bertrand du Marais se pose alors la question de la remise en cause de la créativité du juge par ce type d'outil de rédaction⁸⁷⁵. Le juge pose le risque de la standardisation des décisions à cause de l'utilisation de l'aide à la rédaction⁸⁷⁶, notamment parce que le logiciel pousserait à une certaine paresse⁸⁷⁷. Néanmoins, loin de la paresse, c'est plutôt l'agacement qui anime les juges vis-à-vis de ces outils puisque les juges, obligés d'utiliser le service, se retrouvent contraints par celui-ci. Christian Licoppe nous explique ainsi que :

L'auteur de l'une de ces trames rapporte à la fois comment une directive similaire de la Chancellerie a suscité chez les magistrats un mouvement d'indignation, et ce même pour de simples questions d'harmonisation du vocabulaire (par exemple, comment désigner une automobile). Elle remarque également que le simple ordonnancement des paragraphes proposé dans les trames peut être un problème pour certains de ses collègues. Ils veulent par exemple garder la possibilité de mettre le commandement

⁸⁷⁰ Guy LAPALME et ATEFEH FARZINDAR, préc., note 869, part. 2.

⁸⁷¹ *Id.*

⁸⁷² Guy LAPALME et Atefeh FARZINDAR, préc., note 869.

⁸⁷³ *Supra*, p. 94.

⁸⁷⁴ *Supra*, p. 94-95.

⁸⁷⁵ B. DU MARAIS et A. GRAS, préc., note 683 « l'application Poste du rapporteur, davantage encore, en harmonisant le travail de rédaction des décisions, ne remettent-elles pas en cause la créativité jurisprudentielle ».

⁸⁷⁶ B. DU MARAIS, préc., note 684 ; B. DU MARAIS et A. GRAS, préc., note 683.

⁸⁷⁷ C. LICOPPE et L. DUMOULIN, préc., note 681.

d'expulsion avant le rappel des normes ou *vice versa* ; ou bien encore de décider de l'endroit où il sera question de l'assignation devant le tribunal⁸⁷⁸

Il aboutit sa réflexion sur la tension de cet outil particulier avec l'indépendance du juge :

On peut donc en conclure que non seulement la tension entre indépendance (ou autonomie) et mise en cohérence (ou contrôle) est systématiquement prégnante dès que l'on parle de tous ces dispositifs numériques, mais qu'elle est complètement à vif chez les magistrats⁸⁷⁹

La volonté de sécurité juridique et de cohérence juridique, teinte de l'État de droit et de l'indépendance judiciaire, heurte de plein fouet l'indépendance du juge dans sa teinte individuelle⁸⁸⁰

En outre, le juge du Marais poursuit l'idée en énonçant que ces logiciels produisent un certain isolement du magistrat⁸⁸¹ qui, dès lors, se sentirait être une pièce « intégrée », mais « insuffisante » dans les rouages de la machine⁸⁸². En somme, Cyrus Tata écrit que « *such systems as simply informing' the proper exercise of judicial discretion* » et les mets en tension avec ceux qui « *governing that discretion.* »⁸⁸³

La liberté du juge dans la rédaction des arrêts s'est retrouvée d'une certaine façon altérée par le support de rédaction et les éditeurs de juridique responsables du traitement en aval.

Mis à part ce dernier exemple, les limites offertes par les outils de cyberjustice semblent en réalités hypothétiques, des prédictions de mauvais augure dont il est difficile à voir la véracité ou non. Néanmoins, elles restent partagées par un certain nombre d'auteurs et par conséquent, cette mise en garde a une importance. Elle permet même de pallier en amont les problèmes.

⁸⁷⁸ Christian LICOPPE et Laurence DUMOULIN, « L'ouverture des procès à distance par visioconférence. Activité, performativité, technologie », (2007) 144-5 *Réseaux* 103.

⁸⁷⁹ C. LICOPPE et L. DUMOULIN, préc., note 681.

⁸⁸⁰ *Supra*, p. 131.

⁸⁸¹ A. GRAS et B. DU MARAIS, préc., note 683.

⁸⁸² B. DU MARAIS et A. GRAS, préc., note 683 « L'informatique peut créer un isolement des magistrats, et un sentiment d'être de plus en plus un outil intégré, voire d'être autosuffisant puisque se trouvent, sur le Poste du Rapporteur, toutes les informations et les fonctionnalités nécessaires à la fonction de juger. »

⁸⁸³ Cyrus TATA, « Resolute Ambivalence : Why Judiciaries Do Not Institutionalize Their Decision Support Systems », (2000) 14-3 *International Review of Law, Computers & Technology* 298, 298 ; trouvé dans C. LICOPPE et L. DUMOULIN, préc., note 883 « Cyrus Tata avait déjà évoqué cette tension entre des systèmes d'aide à la décision qui "informer" simplement l'exercice de la discrétion judiciaire" ou "qui gouvernent cette discrétion" ».

Cependant la pratique de la cyberjustice laisse à penser que le tableau n'est pas entièrement noir et qu'elle peut être un gage de libération du juge.

Chapitre 3. Le potentiel libérateur des outils d'aide à la décision pour le juge

En réponse à ce constat contraignant, la pratique nous montre que le juge peut accueillir avec enthousiasme différents outils de numérisation notamment puisqu'ils peuvent le libérer des fastidieux travaux administratifs qui, bien qu'incontournables, n'ont que peu à voir avec la beauté du métier. Nous allons ici analyser comment toujours dans une optique libératrice pour le juge, la justice digitale décuple les capacités du magistrat en lui facilitant la tâche (**Section I.**). Conséquemment, elle lui permet de se concentrer sur son cœur de métier à savoir l'argumentation, le syllogisme oulipien néanmoins vecteur de créativité (**Section II.**).

Section I. La libération du juge grâce aux algorithmes d'aide à la décision

Il est indéniable que les algorithmes d'aide à la décision sont un véritable libérateur pour le travail de juger du magistrat. L'Estonie ou la Chine semblent suivre la voie de la justice prédictive pour les questions juridiques les plus « simples », sous-entendant que certaines questions ne sont que de simples applications du droit qui peuvent être déléguées à un algorithme⁸⁸⁴. Dans le but de libérer le juge des questions chronophages les plus usuelles et lui permettre de se concentrer sur les plus problématiques, conflictuelles.

Paragraphe A. Les qualités d'aide-mémoire de la cyberjustice

Le juge est censé être un individu juridiquement omnipotent, fidèle à l'adage « nul n'est censé ignorer la loi », nous pourrions ajouter *a fortiori* le juge⁸⁸⁵. Or la fiction est évidemment nécessaire quant à la fonction des tribunaux et l'ordonnancement juridique.

Pour autant, l'homme derrière la question n'est pas infallible et les erreurs de droit existent évidemment. Elles peuvent entraîner des conséquences importantes sur les justiciables, et ce,

⁸⁸⁴ *Supra*, p. 109 et suiv.

⁸⁸⁵ A. VAN DEN BRANDEN, préc., note 595, p. 75.

même s'il existe des possibilités d'appel, leurs coûts ou les délais peuvent en rebuter plus d'un. L'algorithme cependant est bien moins faillible quant à sa connaissance et sa mobilisation des règles du droit si tant est qu'elles soient en amont programmées⁸⁸⁶, il peut fournir une information « précise » et « exhaustive »⁸⁸⁷. *De facto*, elles peuvent « [libérer] les avocats des tâches répétitives [...] »⁸⁸⁸. Elles libèrent par analogie le juge de la fastidieuse recherche de droit, de jurisprudence qu'ils soient nationaux ou étrangers (dans les cas de droit international privé). Il devient alors clair que la connaissance du droit devient une considération secondaire pour le juge et plus généralement le juriste⁸⁸⁹.

Assez logiquement et face aux biais que nous avons déjà évoqués, rien n'empêche les IA de se tromper dans le droit non plus dans leurs appréciations des faits et du droit. Ce sont ses erreurs robotiques qui accompagnent les plus frileux technophobes. Mais, comme Van den Branden le rappelle grâce à une analogie avec les voitures autonomes « Les voitures sans conducteurs ne doivent pas commettre zéro accident pour être plus sûres que les voitures avec conducteur. Elles doivent uniquement en causer moins que les humains. »⁸⁹⁰.

Corollairement, il suffit que l'algorithme d'aide à la décision fasse moins d'erreurs que le juge pour être plus efficace quant à la mobilisation du droit. Cette idée repose néanmoins sur le prédicat que l'algorithme soit efficace et soit suffisamment bien entraîné.

Paragraphe B. La difficulté d'entraîner pleinement un algorithme de justice

Pour autant, il faut nuancer quelque peu ce propos puisqu'il repose sur l'idée que l'algorithme serait nourri, entraîné pleinement avec un grand nombre de données pertinentes⁸⁹¹.

En effet, Luc Julia, créateur de système de reconnaissance vocale à l'origine de Siri et consort, explique que la simple reconnaissance d'un animal demande plus de 100 000 images de chats, pourtant pour l'humain cette tâche ne demanderait aucun effort⁸⁹². Par conséquent, par analogie

⁸⁸⁶ *Id.*, p. 76.

⁸⁸⁷ J.-M. SAUVE, préc., note 555, partie I.A, par. 2.

⁸⁸⁸ A. GARAPON et J. LASSEGUE, préc., note 32, p. 220.

⁸⁸⁹ *Id.* « le fait de la connaissance du droit une qualité presque secondaire pour un juriste ».

⁸⁹⁰ A. VAN DEN BRANDEN, préc., note 595, p. 76.

⁸⁹¹ N. VERMEYS, préc., note 478, à la p. 65.

⁸⁹² L. JULIA, préc, note 613 ; cité par N. VERMEYS, *Id.*, p. 66

pour être capable de prédire efficacement et pertinemment l'issue d'un problème juridique, l'IA doit être nourrie avec un nombre suffisant de données de justice⁸⁹³. Feu l'algorithme Ross, à l'usage des avocats, était par exemple entraîné avec l'ensemble des arrêts fédéraux et provinciaux américains, les lois, les décisions administratives,⁸⁹⁴ etc. Mais, la taille et le volume américain de décisions traitées entraînent la facilitation de l'entraînement algorithmique. Nicolas Vermeys, explique alors que :

*Therefore a cannot pool data from outside his or her own jurisdiction when training algorithm, which can become quite problematic in smaller states, like Quebec, where the number of decisions rendered each year represents a fraction of what is needed to properly train an algorithm.*⁸⁹⁵

Le nombre d'entrée de données au Québec et au Canada peut rendre ardu la tâche d'entraîner un algorithme afin de le rendre compétent, l'auteur s'appuie sur le nombre d'arrêts rendus au Québec en 2018, 20 000 décisions⁸⁹⁶, bien loin du nombre d'images requises pour reconnaître un chat, d'autant que les décisions portent sur des champs du droit aussi vastes, variés et différents.

De façon subséquente, les changements législatifs ou jurisprudentiels qui peuvent arriver périmé, au moins en partie, *de facto*, l'IA dont l'entraînement se fonde sur des données passées⁸⁹⁷, Nicolas Vermeys prend l'exemple du changement de Code civil en 1994 qui aurait donné du fil à retordre au plus pertinent des algorithmes, et ce, même si certaines dispositions ou interprétations ont perduré⁸⁹⁸. Encore une fois, l'IA est une très bonne positiviste, mais sa créativité demeure pour le moins nul.

Nonobstant ce couac, elle le libère du fardeau de la connaissance par un outil plus efficace qui va pouvoir consolider sa décision.

⁸⁹³ N. VERMEYS, *Id.*, p. 65.

⁸⁹⁴ *Id.* p. 66.

⁸⁹⁵ *Id.*, p. 65

⁸⁹⁶ *Id.*, p. 65, n° 31.

⁸⁹⁷ *Id.*, p. 65-66. « *furthermore, since laws are often revised and replacer, legal texts have a limited shelf-life, meaning that past decisions, articles, and other references will need to be regularly taken out of the training pool to ensure accuracy.* »

⁸⁹⁸ *Id.*

Paragraphe C. La consolidation des décisions de justice.

Les outils d'aide à la décision utilisés par le juge participent à en consolider les décisions dues aux grands nombres de décisions dans lesquels ils peuvent puiser doublé à la force du nombre.

Les algorithmes de *notation (scoring)*, comme les outils actuariels, donnent une force statistique aux jugements du juge de la même façon que les algorithmes utilisés par les avocats rassurent les clients friands de ce genre d'analyse quantitative⁸⁹⁹. Les machines camouflent la part potentielle d'arbitraire derrière la puissance objective ressentie du nombre⁹⁰⁰, ce qui participe à la consolidation de sa décision et à son acceptation par les différents protagonistes. C'est une nouvelle forme de collégialité des décisions de justice ou tout du moins une forme de fluidification du dialogue entre les juges⁹⁰¹.

De fait, elles nourrissent son argumentation – vectrice de liberté – en y ajoutant un poids argumentatif factuel. Par conséquent, elles nourrissent la performativité des décisions du juge.

À la lueur de ces arguments de libération du juge par la facilitation liée à l'algorithme qui aide, littéralement, le juge dans sa décision, nous pouvons en déduire que celui-ci va pouvoir se concentrer sur la fomentation de son syllogisme.

Section II. L'amélioration de l'argumentation du juge grâce aux outils de cyberjustice

Maintenant que le juge est libéré de la fastidiosité de la recherche, il peut laisser libre cours à sa créativité syllogistique puisque le raisonnement juridique correspond autant à un carcan formel qu'à un moyen justement de faire œuvre de sa créativité et liberté⁹⁰².

Paragraphe A. L'IA au service de l'argumentation

L'IA utilisé par le juge peut mettre en valeur ses propres biais et l'inciter à améliorer son argumentation.

⁸⁹⁹ E. POINAS, préc., note 622, p. 124.

⁹⁰⁰ A. SUPLOT, préc., note 34, p. 207.

⁹⁰¹ A. COLETTA, préc., note 801, p. 336.

⁹⁰² *Supra*, p. 52 et suiv.

Daniel Chen propose l'idée selon laquelle la facilité avec laquelle les algorithmes anticipent les réponses que le juge donne dans des matières aussi sensibles que le droit des demandeurs d'asile aux E.U prouve que le magistrat juge hâtivement et sous l'emprise de préjugés⁹⁰³. L'auteur a ainsi réussi à mettre en place un algorithme permettant de prédire les décisions relatives aux demandes d'asile à partir du nom du juge et de la nationalité du demandeur⁹⁰⁴. L'auteur aboutit à l'idée que la mise en valeur des préjugés du juge par l'utilisation d'un algorithme prédictif pourrait alors l'inciter à penser plus en profondeur sa décision en améliorant son appréciation des faits en l'espèce⁹⁰⁵, ou au moins à mieux justifier sa décision. Bien qu'encore ici, il ne faudrait pas que le développeur connaisse lui-même des biais. Par analogie, dans un contexte canadien et peu importe le domaine du droit, l'utilisation d'algorithme d'aide à la décision pourrait aider la motivation du magistrat et limiter ses biais. En outre, les auteurs Abiteboul et G'Sell développent l'argumentaire selon lequel l'IA peut progresser et que même les biais qui ont fait la risée de l'outil peuvent, à juste titre, être corrigés. Ils expliquent que :

[A]u contraire de l'humain qui statue de manière partielle et peut difficilement progresser, l'algorithme peut être amélioré, rendu plus équitable, plus cohérent, plus transparent. Lorsqu'un biais ethnique, sexiste, etc., est détecté dans un algorithme, typiquement parce que ce dernier a été entraîné sur des données biaisées, on peut « forcer » (même si cela reste complexe) la correction de ce biais.⁹⁰⁶

Dès lors de cette progression découle la progression du juge lui-même qui viendrait à utiliser tous ces services-là dans son raisonnement juridique.

⁹⁰³ D. L. CHEN, préc., note 716.

⁹⁰⁴ Daniel L. CHEN, M. DUNN, L. SAGUN, H. SIRIN, «Early predictability of asylum court decisions», TSE Working Paper 2017, n° 17-78 ; Fl. G'SELL, préc., note 839.

⁹⁰⁵ *Id.* Trouvé dans l'article de ; Angela CHEN, « How artificial intelligence can help us make judges less biased », *The Verge* (17 janvier 2019), en ligne : <<https://www.theverge.com/2019/1/17/18186674/daniel-chen-machine-learning-rule-of-law-economics-psychology-judicial-system-policy>> (consulté le 4 décembre 2022) ; S. ABITEBOUL et F. G'SELL, préc., note 748.

⁹⁰⁶ S. ABITEBOUL et F. G'SELL, *id.*

Paragraphe B. Une libération au service de l'argumentation

Antoine Garapon et Jean Lassègue évoquent une transformation de l'argumentation puisque la mise à disposition d'un grand nombre de décisions ou bien de la notation met en exergue le pouvoir du nombre au détriment de l'argumentation⁹⁰⁷.

A contrario, les algorithmes peuvent libérer le juge des affaires les plus aisées ou l'application du droit ne demande que peu d'argumentation, des conflits dits de basse intensité⁹⁰⁸ – c'est l'exemple estonien. C'est aussi ce qui réjouit les plus fervents défenseurs du mouvement⁹⁰⁹. De plus, l'aide à la décision algorithmique libère le juge de la recherche et renforce sa décision. Ces deux faits agrégés laissent aux juges les affaires tourmentées, les cas limites, où la résolution demande une réflexion poussée ainsi qu'une interprétation du droit doublée d'une qualification difficile⁹¹⁰. C'est la force du nombre de décisions allant dans un sens qui en fait un facteur argumentatif. Dès lors, nous ne pouvons ici faire écrit plus élégant et pertinent que ce qu'a écrit le professeur Frédéric Rouvière :

L'une des fonctions des catégories juridiques est justement de pouvoir se repérer au sein des textes et plus encore de les interpréter. Un algorithme au service de telles tâches représente un progrès plus qu'une menace. Il pourrait nous inciter à recentrer le juriste sur sa tâche essentielle : poser le problème juridique et l'argumenter. Les bases de données et les codes annotés ont soulagé la mémoire du juriste ; ils n'ont pas fait régresser son art sauf pour ceux qui n'en avaient pas. L'usage d'algorithmes dans le raisonnement juridique appelle la même remarque. Tant que l'argumentation et le débat seront au centre de la pratique du droit, aucun algorithme ne pourra représenter une menace sauf pour ceux qui n'ont jamais argumenté.⁹¹¹

Pour le professeur aixois, la tâche première du juriste consiste en l'argumentation et de ce fait le juge, grâce aux algorithmes, peut se recentrer dessus. L'argumentation juridique est un moyen pour le juge de faire usage d'une certaine forme de liberté – encadré – puisque par le jeu du langage il doit qualifier et choisir une catégorie qu'il juge pertinente et parfois interpréter la norme⁹¹².

⁹⁰⁷ A. GARAPON et J. LASSEGUE, préc., note 32, p. 226.

⁹⁰⁸ K. BENYEKHLEF et J. ZHU, préc., note 586.

⁹⁰⁹ A. VAN DEN BRANDEN, préc., note 595.

⁹¹⁰ D. L. CHEN, préc., note 716.

⁹¹¹ Frédéric ROUVIERE, « Le raisonnement par algorithmes : le fantasme du juge-robot », RTD civ. 2018. 530 (nos soulignements)

⁹¹² *Supra*, p. 69 et suiv.

À la lumière de ces exemples, il apparaît que la cyberjustice peut fluidifier la liberté du juge, lui offrir un nouvel œil afin de juger et le libérer de contraintes ancestrales, sans pour autant être évidemment être la panacée, la technologie ne demande qu'à s'améliorer et être encadrée. Dans certains cas, elle améliore l'accès à la justice et renforce le sentiment d'indépendance judiciaire. L'IA au service de l'argumentation s'accompagne d'une libération du juge au service de cette même argumentation.

Conclusion

Notre problématique pose que nous entrons à l'ère numérique et que l'activité judiciaire en est en pleine mutation liée à l'introduction des outils d'aide à la décision dans l'activité du juge. Conséquemment, la question qui nous enflamme est : dans qu'elle mesure ces outils d'aide à la décision vont modifier les libertés du juge et son indépendance judiciaire ? Comment vont-elles les limiter et parfois, au contraire, participer à leurs développements ?

Nous proposons l'hypothèse que le juge est un être relativement libre dans sa pratique à la manière des réalistes, une liberté qui se traduisait par une liberté dans la qualification et donc l'application du droit. Par conséquent, nous pensions qu'il allait être contraint par l'entrée des nouvelles technologies dans son activité juridictionnelle. Beaucoup d'auteurs semblent d'ailleurs en accord avec cette hypothèse. D'autres, plus technophiles, soutiennent l'exact inverse. Parmi les controverses, avec l'observation de la pratique, il semble que nous nous soyons trompés dans notre hypothèse de départ qui, finalement, à la lueur de ce que nous avons établi, demande une réponse heureusement beaucoup plus nuancée et complexe.

Pour répondre à cette question, nous avons commencé par définir la liberté. Celle-ci est une construction historique longue et heureuse. C'est avant tout un acte juridique sur des personnes. Un acte juridique visant à assurer l'ordre public en annulant le statut d'esclave de personne vendue à des fins de paiements de créance⁹¹³. L'histoire nous rappelle alors que la place de la liberté est à relativiser au profit d'autres concepts fondateurs de sociétés comme l'ordre public. La liberté naît en tant qu'objet juridique, en tant qu'actes du souverain, à des fins d'ordre public. Elle ne naît pas pour soi. Elle est d'ailleurs plutôt restreinte à une conception négative et pratique. En outre, elle se rattache, pour être performative, à un for qui en assure l'existence autant qu'il la restreint pour qu'elle ne s'annule pas. D'ailleurs, la liberté n'a des sens qu'au pluriel⁹¹⁴. Sous le giron philosophique, elle est diminuée du préjugé qui la voudrait

⁹¹³ Voir : D. GRAEBER, préc., note 46 ; voir aussi : O. CLAIN, préc., note 46. Voir l'œuvre de : D. SCHMIDTZ et J. BRENNAN, préc., note 72. Voir aussi *supra* p. 15 et suiv.

⁹¹⁴ *Supra* p. 37 et suiv.

totalisante⁹¹⁵. Les personnes ne sont pas absolument libres, elles sont contraintes. Cette contrainte est consubstantielle à la liberté pour éviter qu'elle ne s'annule par elle-même⁹¹⁶. Ces contraintes peuvent être physiques ou étatiques, par la force publique et la loi. Mais la liberté est aussi en concurrence avec les déterminations, des causes d'actes au-delà de la volonté personnelle. Ces déterminations sont d'ordre pluriels et multiples, des affects, déterminismes génétiques, sociaux, etc. De là, les postures les plus extrêmes se joutent ensemble entre ceux qui voudraient que la personne soit libre et d'autre qu'elle est entièrement déterminée. Pour autant, des postures nuancées existent en ce que la raison, la réflexion, aide à lutter contre ces déterminations. Le droit tend plutôt à suivre ce chemin en prônant les libertés, en les contraignant, en les assurant et en comprenant qu'il y ait quelquefois où les personnes sont déterminées⁹¹⁷.

Nous avons donc constaté qu'il existait une multitude de contradictions dans cette réflexion et de paradoxes. Au niveau juridique, la liberté se traduit par l'indépendance judiciaire, en tant que statut du juge de pouvoir juger librement et sans interférence, garanti par l'institution judiciaire qui elle-même doit contraindre le juge pour ce faire⁹¹⁸. D'autant que l'institution est marquée par une multitude de symboles qui écrase le personnage. Nous pouvons observer que la liberté du juge obéit clairement au même mécanisme que celle qui explique les libertés. Ainsi, nous avons observé le caractère hétéronome du concept pour le juge. Ses libertés sont assurées par un ensemble de règles et par un ensemble d'institutions que sont les différents Conseils de la magistrature. Rappelons que la liberté est d'abord un acte juridique, pour le juge, les actes juridiques qui déterminent sa liberté sont les constitutions et l'ensemble de normes que nous avons vues. Cet ensemble hétéronome préfigure l'autre caractéristique de la liberté : elle n'est jamais totale, sinon, paradoxalement, elle s'annulerait elle-même. Dès lors, fidèle à l'histoire, celle du juge ne l'est pas, son institution garante assure sa liberté autant qu'elle contraint le juge. Au point même où le juge est parfois moins libre que l'individu lambda⁹¹⁹.

La deuxième teinte de la liberté qui était apparue est sa teinte métaphysique, la liberté est un être. Elle combat d'ailleurs un certain nombre d'affects et déterminisme. Le juge n'est pas un

⁹¹⁵ C'est toute la question des déterminations *supra*, p. 33 et suiv.

⁹¹⁶ La question de la contrainte, *supra*, p. 28-29 ; J.M. GOGLIN, Préc., note 163.

⁹¹⁷ *Supra*, p. 36 et suiv.

⁹¹⁸ *Supra*, p. 39 et suiv.

⁹¹⁹ *Id.*

être insensible à ces combats, puisque lui aussi est déterminé, ses jugements le sont aussi. Ses émotions peuvent participer à le biaiser tout autant qu'ils peuvent participer à la compréhension des parties lors d'une instance, et ce, tout en restant impartial⁹²⁰. Les émotions peuvent participer à la création de biais, de préjugés solides de l'esprit qui vont s'instiller dans certaines de ses décisions. Il n'y a pas ici de fatalité puisque la connaissance des déterminations permet d'y remédier. En outre, la norme évidemment le détermine, les déterminismes sociaux, etc., le juge camoufle d'ailleurs ce fait dans cet espace étonnant de liberté et créativité qu'est le syllogisme et l'argumentation juridique. C'est dans ce lipogramme qu'il peut trouver une certaine marge de manœuvre afin de qualifier et catégoriser puis interpréter librement, ou presque, une « danse dans les chaînes »⁹²¹ puisqu'il doit tout en restant dans le cadre légal, dans le cadre institutionnel, sous contrôle des institutions, trouver un espace de liberté afin d'individualiser la règle⁹²². Pour juger et rendre le jugement, le magistrat est amené à utiliser un certain nombre d'outils d'aide à la décision⁹²³.

L'étude des différents outils de services d'aide à la décision, notamment ceux qui nous ont intéressés à savoir les services d'aide à la décision que sont les algorithmes prédictifs nourris grâce aux données ouvertes et publiques de justice et les aides à la rédaction, peuvent, *en soi*, en dire long sur la liberté du juge⁹²⁴. La dématérialisation des audiences par les différents services de numérisation, greffes électroniques ou vidéoconférences, les services de décryptages de jurisprudence ou bien les différents algorithmes d'aide à la décision est autant de machines qui par leur existence mêmes révèlent un certain rapport au droit et au juge. Il faut bien admettre que leur utilisation et leur fonctionnement même démontre que le juge et ses jugements fondent le droit⁹²⁵. C'est lui la bouche de la loi qui la fait vivre bien plus qu'il en est le servant. La facilité par laquelle les algorithmes sont nourris de décisions et les décryptent démontre aussi le carcan formaliste du syllogisme que s'imposent les juges. Si on place la loupe sur la justice prédictive, la justesse des prédictions rassure quant à la sécurité juridique puisqu'elle tend à montrer que les juges se sentent contraints par la règle de droit ou le précédent

⁹²⁰ *Supra*, p. 60 et suiv.

⁹²¹ O. JOUANJAN, préc, note 502, 17.

⁹²² *Supra*, p. 68 et suiv.

⁹²³ *Supra*, p. 78- 97.

⁹²⁴ *Supra*, p. 98 et suiv.

⁹²⁵ *Id.*

tout de même⁹²⁶. Et ça, c'est une détermination professionnelle qui se traduit par un devoir éthique. Elle n'élude pas non plus la certaine marge de manœuvre du juge dans ces décisions et loin de montrer une forme d'arbitraire ou d'aléa juridique, elle suppose que certaines questions ne peut être résolu par les yeux du passé puisque les faits sont nouveaux. Ou, elle suppose l'effort d'individualisation de la règle de droit du juge. Les juges, dans leur ensemble, auraient à cœur l'équilibre juridique entre prévisibilité et individualisation⁹²⁷. Dès lors, ils oscillent entre déterminations et libertés.

L'étude des mêmes outils utilisés par le juge démontre alors une réalité contrastée quant à notre sujet. D'une part, deux pays, la Chine et l'Estonie, sont intéressants à analyser puisque les deux pays ont suivi la voie de l'automatisation grâce à des algorithmes prédictifs⁹²⁸. Cependant, si dans le cas de l'Estonie cette automatisation vise avant tout à participer à une bonne administration de la justice et laisser aux juges les cas les plus complexes, la Chine se méfie du juge et de sa liberté. L'automatisation vise alors avant tout à assurer une sécurité juridique accrue et lutter contre l'aléa juridique⁹²⁹.

D'autre part, les auteurs font valoir un certain nombre de risques liés à la cyberjustice qui aboutissent sur un juge finalement diminué et entravé dans son jugement par la force du numérique. La cristallisation des décisions de jurisprudence liée aux algorithmes d'aide à la décision est un risque très fréquemment soulevé par les auteurs. L'algorithme en proposant une réponse statistique de ce que propose en majorité la jurisprudence, force le juge à la suivre. Le juge se transforme alors en bouche de l'algorithme et cristallise la jurisprudence en limitant les possibilités de revirement de décision ou de décision originale. En cristallisant les décisions de jurisprudence, l'IA grave dans le code les biais des juges dans leur jurisprudence, ce qui pourrait finalement les faire perdurer⁹³⁰. Pour autant, la doctrine est controversée sur tous ces sujets et des auteurs font valoir que cette hypothèse de cristallisation est une hypothèse catastrophiste. D'une part, l'algorithme en mettant en valeur les biais du juge et des décisions peut pousser ce dernier à les combattre⁹³¹. D'autre part, la cristallisation n'est qu'un fantasme puisque le juge,

⁹²⁶ *Supra*, p. 105

⁹²⁷ *Supra*, p. 107 et suiv.

⁹²⁸ *Supra*, p. 109 et suiv.

⁹²⁹ *Supra*, p. 111-113.

⁹³⁰ *Supra*, p. 115 et suiv. ; K. BENYEKHLEF et J. ZHU, préc., note 586 ; A. GARAPON et J. LASSEGUE, préc., note 32.

⁹³¹ *Supra*, p. 130 et suiv.

pour revirer la jurisprudence, suppose sa connaissance préalable de la jurisprudence majoritaire et il décide, en connaissance de cause, d'aller à l'encontre⁹³². En revanche, la mise à disposition d'outil de rédaction pour le juge semble crisper sa créativité et entraver sa liberté.

L'introduction des outils prédécisionnels dans le droit suppose aussi un changement de paradigme public qui impacte assez directement le juge, d'une part la mathématisation du droit emporte une forme de fatalisme⁹³³. La prévisibilité et la sécurité juridique sont portées en étendard au détriment peut-être des impératifs d'individualisation du droit aux faits en l'espèce. Elle démontre aussi une mise en ban des émotions dans le droit alors même que ces dernières font partie intégrante des facteurs déterminants et de compréhension du juge⁹³⁴. Dans cette même vague de changement, le juge est mis en concurrence et perd de son autorité au profit du secteur privé, emportant alors un horizontalisme des cours et leurs mises en concurrence. En sus, l'exemple des outils d'aide à la rédaction pour le juge et leur réception en France montre bien que le magistrat se sent entravé dans sa créativité par l'outil précité⁹³⁵. Dès lors, les juges peuvent être contraints et déterminés par cette nouvelle situation.

Néanmoins, loin de ce tableau noir, qui, il faut le dire, est souvent de l'ordre de la prédiction. Les expériences de cyberjustice, utilisées par le juge, laissent percevoir une certaine libération du juge par l'utilisation de ses services. D'autant que la cyberjustice dans l'ensemble libère le juge des tâches administratives les plus ingrates ou les affaires les plus simples aux profits de situation complexe⁹³⁶. Le juge est, qui plus est, conscient des propres limites de son outil participant alors à le libérer des potentielles contraintes qui pourraient apparaître par la connaissance et l'adaptation dont le juge fait preuve⁹³⁷.

Il en résulte que le juge a plus de temps et de moyens afin de se concentrer sur le cœur de son métier, à savoir l'argumentation juridique⁹³⁸, gage de liberté par le double jeu subtil de qualification et d'interprétation. Loin de s'en trouver diminué, les outils d'aides aux magistrats participent à lui faciliter la tâche et lui permettent de se libérer de contraintes de la connaissance

⁹³² *Supra*, p. 118-119 ; A. COLETTA, préc., note 798.

⁹³³ *Supra*, p. 120 et suiv.

⁹³⁴ *Id.*

⁹³⁵ *Supra*, p. 129-131. ; B. DU MARAIS, préc., note 683 ; B. DU MARAIS et A. GRAS, préc., note 683.

⁹³⁶ A. GARAPON et J. LASSEGUE, préc., note 32.

⁹³⁷ *Supra*, p. 132 et suiv.

⁹³⁸ F. ROUVIERE, préc., note 911. ; *Supra*, p. 135-137.

par l'immense base de données des machines. *In fine*, il peut consolider son argumentation et y passer un temps plus efficace, d'autant que la justice prédictive laisse entrevoir le futur d'un juge libéré des confits de basse-intensité⁹³⁹, à l'instar de ce que propose d'autres États.

En d'autres termes, l'activité du juge est toujours tiraillée entre contraintes, de toutes sortes, de déterminations et dans ce modèle, il peut y trouver un espace de liberté. La cyberjustice ne change pas ce postulat et permet sûrement, au contraire, d'agrandir son espace de liberté.

Dans une perspective plus large, il semble que toute l'activité juridictionnelle se voit modifiée par l'entrée en trompe des activités de cyberjustices. Il s'ensuit que le juge n'est sûrement pas le seul acteur dont les activités vont se voir modifier par les services. Avocats, greffier, notaires vont voir leurs futurs œuvres modifiés voire disparaître. En tout cas, l'évolution arrive. Mais si nous devons percevoir un changement plus large qui en réalité influence le juge beaucoup plus largement que les outils de cyberjustice, c'est la norme. Le caractère normatif se voit profondément transformer par le numérique et la nouvelle gouvernance qu'elle tend à promouvoir.

⁹³⁹ K. BENYEKHLEF et J. ZHU, préc., note 586.

Législation et Réglementation

Source canadienne

- Charte canadienne, des droits et libertés, Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, (R-U), 1982, c. 11.*
- Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12.*
- Code civil du Québec, RLRQ, c. CCQ-1991.*
- Code de déontologie de la magistrature, RLRQ, c. T-16, r. 1.*
- Code de déontologie des juges municipaux du Québec, RLRQ, c. T-16, r. 2.*
- Code de la sécurité routière RLRQ, c. C-24.2.*
- Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01.*
- CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Principes de déontologie judiciaire*, 2021.
- Déclaration de Montréal en IA responsable*, 2018 en ligne : <<https://www.declarationmontreal-iaresponsable.com/la-declaration>> (consulté le 13 avril 2023).
- Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, RLRQ, c. C-1.1.*
- Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Victoria, c. 3.*
- Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c. 11.*
- Loi d'interprétation, RLRQ, c. I-16.*
- Loi édictant la Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs, la Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données et la Loi sur l'intelligence artificielle et les données et apportant des modifications corrélatives et connexes à d'autres lois, projet de loi n°C-27 (2e lecture 28 mars 2023), 1re sess., 44e legis. (Can.), 1.*
- Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26.*
- Loi sur la justice administrative, L.R.Q., c. J-3.*
- Loi sur la société québécoise d'information juridique, RLRQ, c. S-20.*
- Loi sur le système correctionnel et mise en liberté sous condition, L.C. 1992, c. 20*
- Loi sur les cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7.*
- Loi sur les cours municipales, RLRQ, c. C-72.01.*
- Loi sur les juges, L.R.C. 1985, c. J-1.*
- Loi sur les Privilèges des magistrats, RLRQ, c. P-24.*
- Loi sur les tribunaux judiciaires, RLRQ, c. T-16.*
- Règlement de la Cour du Québec, RLRQ, c. C-25.01, r 9.*
- Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile, RLRQ, c. C-25.01, r. 0.2.1.*
- Règlement des cours municipales, RLRQ, c. C-72.01, r. 1.1.*
- Règlement du Tribunal des droits de la personne, RLRQ, c. C-12, r 6.*

Règlement sur la procédure de recrutement et de sélection des personnes aptes à être nommées membres au Tribunal administratif du logement et sur celle de renouvellement du mandat de ces membres, RLRQ, c. T-15.01, r. 4.

Règlement sur la procédure de sélection des candidats à la fonction de juge de la Cour du Québec, de juge d'une cour municipale et de juge de paix magistrat, RLRQ, c. T-16, r. 4.1.

Règlement sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges, R.R.Q. c. T-16, r. 5.

Règlement sur la sur la procédure de sélection des personnes aptes à être nommées juges municipaux, R.R.Q., c. C-19, r. 1.2.

Règles de la Cour d'appel du Québec en matière criminelle, TR/2018-96.

Source étrangère

Act of Settlement, 1701

CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention européenne des droits de l'homme*, 4 novembre 1950.

Constitution Française, 4 octobre 1958.

Habeas corpus Act, 1679

Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique. [Loi Lemaire].

Jurisprudences

Source canadienne

- 9108-5621 Québec inc. c. Construction Duréco inc.*, 2016 QCCS 5786.
- A.G. (Nova Scotia) c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175.
- Arconti v. Smith*, 2020 ONSC 2782.
- Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259.
- Beauregard c. La Reine*, [1986] 2 R.C.S. 56.
- Beauregard c. R.*, [1981] 2 C.F. 543.
- Beauregard c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 1010 (C.A.).
- Bradley (Re)*, 2018 QCCA 1145.
- Bradley c. Bradley*, 1999 CanLII 5887 (BS S.C.)
- Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2013] 3 R.C.S. 1101.
- Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459.
- CANADIAN JUDICIAL COUNCIL., *In the matter of an inquiry pursuant to s. 63(1) of the Judges Act regarding the Honourable Justice Robin Camp : report and recommendation of the Inquiry Committee to the Canadian Judicial Council.*, Ottawa, 2016.
- Caron c. Alberta*, [2015] 3 R.C.S. 511.
- Chamale Santizo c. Commission des relations du travail*, 2011 QCCA 1906.
- Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, [2018] 3 R.C.S. 101.
- Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49.
- COMITE D'ENQUETE DU CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Rapport au Conseil canadien de la magistrature du Comité constitué en vertu de l'article 63 de la Loi sur les juges pour mener une enquête sur la conduite du juge Gérard Dugré de la Cour supérieure du Québec*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 2022.
- CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Rapport au Conseil canadien de la magistrature du comité d'enquête nommé conformément aux dispositions du paragraphe 63 (1) de la Loi sur les juges pour mener une enquête publique relativement à la conduite de M. le juge Jean Bienvenue de la Cour supérieure du Québec dans la cause La Reine c. T. Théberge*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1996.
- CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Rapport du Conseil canadien de la magistrature présenté au ministre de la Justice en vertu de l'article 65 de la Loi sur les juges*
- Coté c. la Reine*, [1982] C.A. 419, 438 (QC C.A.)
- Dion c. Orr*, [1961] B.R. 322.
- Droit de la famille — 17396*, 2017 QCCA 353.
- Drolet et M. le juge Bradley*, 2015 CMQC 105 (rapport d'enquête).

Duplessis c. Châteauneuf, ès qualités Juge Cour du Québec, 1999 CanLII 11114 (QC C.S.).
Duverger c. 2553-4330 Québec Inc. (Aéropro), 2018 TCDP 5.
Ewert c. Canada, 2018 CSC 30.
Gazette Printing Co. v. Shallow, [1909] 41 S.C.R 339.
Gillet c. Arthur, [2004] R.J.Q. 42 (C.A.).
Gonzales c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration), 2002 CFPI 1229.
Gouin c. Québec (Procureur général), 2014 QCCS 582.
Kosko c. Bijimine, R.J.Q. 1539 (C.A.).
La Reine c. Chagnon (1975) Limitée, [1981] R.L. 454 (C.Q.).
Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc., 2 R.C.S. 743.
Leduc c. Gauthier, 2017 QCCS 4845.
Lefebvre c. Commission des affaires sociales du Québec, (1991) R.J.Q. 1864, 1877 (C.A.).
Lena v. Kamloops Regional Corr. Centre, 2000 BCSC 1281
Lorrain c. 6989641 Canada inc., 2016 QCCA 816.
Mackeigan v. Hickman, [1989] 2 S.C.R. 796.
Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick, 2002 CSC 13.
MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson, [1995] 4 R.C.S. 725.
Manning Marine Ltd. c. Château Motors Ltd., [1978] C.A. 290.
Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature), [2002] 1 R.C.S. 249.
Morier et Boily c. Rivard, [1985] 2 R.C.S. 716.
Ontario (Procureur général) c. Fraser, [2011] 2 R.C.S. 3.
Québec (Procureur général) c. Lippé, 1990 CanLII 3203 (QC C.A.).
Quebecor inc. c. Société Radio-Canada, 2011 QCCA 387.
Carter c. Canada, 2015 CSC 5.
R. c. Comeau, 2018 CSC 15.
R. c. Sullivan, 2022 CSC 19.
R. c. KirkPatrick, 2022 CSC 33.
R v. Heynen, [2000] 6 Y.J. (YK T.C.).
R. c. Lpeelee, [2012] 1 R.C.S. 433.
R. c. S. (R.D.), [1997] 3 R.C.S. 484.
R. c. Berger, 2004 CanLII 8608 (C.Q.).
R. c. Dancause, 2018 QCCS 1563.
R. c. Gladue, [1999] 1 R.C.S. 688.
R. c. Lippé, [1991] 2 R.C.S. 114.
R. c. Québec (Société des Alcools), 1998 CanLII 13129 (QC C.A.).
R. c. Salituro, [1991] 3 R.C.S. 654.
R. v. Bouchard-Lebrun, [2011] 3 R.C.S. 575.
R. v. Gates, 2002 BCCA 128.

- R. v. Bouchard-Lebrun*, [2011] 3 R.C.S. 575.
R. v. Gibson, 2003 BCSC 524.
R. v. R.D.S., 1995 NSCA 201.
Regina c. Valente, (1982), 39 O.R. (2d) 413 (O.N.S.C.).
Regina v. Valente (No. 2), [1983] 14 C.R.R. 137 (A.C.O.).
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard ; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, [1997] 3 R.C.S. 3.
Renvoi sur l'article 98 de la Loi constitutionnelle de 1867 (Dans l'affaire du), 2014 QCCA 2365.
Renvoi sur l'article 98 de la Loi constitutionnelle de 1867 (Dans l'affaire du), 2015 CSC 22
Royer c. Mignault, [1988] R.J.Q. 670 (C.A.).
Ruffo c. Conseil de la magistrature, [1995] 4 R.C.S. 267.
Salvas c. Vassal, (1896) 27 R.C.S. 68.
Salvas c. Vassal, (1896) B.R. 349.
Sherman (Succession) c. Donovan, 2021 CSC 25.
Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance), [2002] 2 S.C.R. 522.
Simard et Duchesneau, 2019 QCCJA 1101.
Sirros v. Moore, [1975] Q.B. 118.
Taplin c. Hunt, (1893) 24 R.C.S. 36.
Therrien (Re), [2001] 2 R.C.S. 3.
Timlin c. Emond, [1961] B.R. 871
Valente c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 673.
Vétrovec c. La Reine, [1982] 1 R.C.S. 811.

Source étrangère

- Asciutto c. Italie*, n°35795/02, [2007] CEDH.
Estate of Chamberlain, 156 A. 42, 43 (N.J. Prerog. Ct. 1931)
Griffin v. Albanese Enterprise Inc., No. 16-2019-CA-1555 (Fla. Cir. Ct., August 10, 2020)
Marcelo Viola c. Italie, 45106/04, [2007] CEDH.
State v. Loomis, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016).

Bibliographie

Monographies et ouvrages collectifs

- APPOURCHAUX, K., « Chapitre 3. Les expériences de Benjamin Libet et leurs critiques », dans APPOURCHAUX, K., *Un nouveau libre arbitre*, Paris, CNRS édition, 2014.
- AUGUSTIN, S., *Traité du libre arbitre*, FB Edition, 2015.
- BENYEKHEF, K., « La résolution en ligne des différends de consommation : un récit autour (et un exemple) du droit postmoderne », dans *L'accès des consommateurs à la justice.*, Pierre-Claude LAFOND (dir.), Montréal, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 89.
- BENYEKHEF, K., *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, coll. « Minerve », Cowansville, Yvons Blais, 1988.
- BLOCH, M., *La société féodale*, coll. « Classiques des sciences sociales. Les auteurs classiques », Chicoutimi, J.-M. Tremblay, 2005.
- BOSSUET, J. B., *Traitez du libre-arbitre, et de la concupiscence*, XXIII, Paris, Librairie de Louis Vivès Éditeur 13, rue Delambre 13, 1742.
- BOULAD AYOUB, J. et P. M. VERNES, *La révolution cartésienne*, coll. « Mercure du Nord », Québec, Presses de l'Université Laval, 2006.
- BOULLIER, D., *Sociologie du numérique*, 2^e éd., Malakoff, Armand Colin, 2019.
- BOURDIEU, P., *La distinction*, Paris, Edition de minuit, 1979
- BRUCHON-SCHWEITZER, M., « Chapitre II. Apparence corporelle et personnalité : un renforcement social différentiel ? », dans *Une psychologie du corps*, coll. « Psychologie d'aujourd'hui », Paris, Presses Universitaires de France, 1990, p. 67-171.
- CADIET, L., « Open et big data, procès virtuel, justice prédictive ... : entre justesse et justice », dans MEKKI M. et N. BLANC, *Le Juge et le Numérique - un défi pour la justice du XXI^e siècle*, Paris, Dalloz, 2019.
- CARDOZO, B. N. et A. L. KAUFMAN (ED.), *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1921.
- CAYLA, O., V. CHAMPEIL-DESPLATS et C. GRZEGORCZYK, « Y a-t-il une contrainte du (bon) sens dans la construction du cas ? », dans *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles/Paris, Bruylant-LGDJ, 2005.
- CAYLA, O., V. CHAMPEIL-DESPLATS et C. GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles/Paris, Bruylant-LGDJ, 2005.
- CHEVRETTE, F., H. MARX, H.-R. ZHOU, M. BAKER et M. GRABIANOWSKA, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux notes : notes et jurisprudences*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2020.
- CICERO, M. T., *De Divination*, 1971.

- CLAIN, O., *Reflets modernes de la démocratie athénienne*, J. BOULAD-AYOUB et J.M. NARBONNE (dir.), coll. « zêtésis, n°160 », Laval, Presse de l'Université de Laval, 2017, p. 242.
- COTE, P.-A. et M. DEVINAT, *Interprétation des lois*, 5^e éd., Montréal, Editions Thémis, 2021.
- DE QUENAUDON, R., « Droit et déterminisme », dans Philippe SIMLER, Nicolas RONTCHEVSKY, Jérôme Lasserre CAPDEVILLE et Thibault de Ravel d'ESCLAPON (dir.), *Liber Amicorum : Mélanges en l'honneur de Patrice et Michel Storck*, Paris, Dalloz-Joly, 2020, p. 889.
- DENNETT, D. C., *Freedom evolves*, New York, Viking Books, 2004.
- DESCARTES, R., *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences*, Paris, Hachette et cie, 1878.
- DURAND, C., *Technoféodalisme: Critique de l'économie numérique*, coll. « zones », Paris, la Découverte, 2020.
- DURKHEIM, E., *Le suicide* (1887), Paris, Edition Payot, 2009.
- FABRE-MAGNAN, M., *L'institution de la liberté*, Paris, Presses Universitaires de France, 2018.
- FRANK, J., *Law and the Mordern Mind*, [1930], Washington, Transaction Publishers, 1963.
- FRIEDRICH ENGELS, *Anti-Dühring (M. E. Dühring bouleverse la science)*, coll. « Classiques des sciences sociales. Les auteurs classiques », Chicoutimi, J.-M. Tremblay, 2002.
- FRISON-ROCHE, M.-A., « Le droit à un tribunal impartial », dans Remy CABRILLAAC, *Libertés et droits fondamentaux*, 18^e éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 557.
- GARAPON, A. et J. LASSEGUE, *Justice digitale*, Paris, PUF, 2018.
- GARAPON, A. et J. LASSEGUE, *Le numérique contre le politique*, Paris, PUF, 2021.
- GAUTRAIS, V., *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Montréal, Thémis, 2012.
- GAYON, J., « Chapitre 4. Déterminisme génétique, déterminisme bernardien, déterminisme laplacien », dans *Le hasard au cœur de la cellule*, coll. « Sciences & philosophie », Paris, Éditions Matériologiques, 2011, p. 112.
- GILLIERION, P., *La transformation numérique du monde du droit*, coll. quid iuris ?, Genève, Zurich, Bâles, Schulthess Editions romandes, 2019.
- HAYEK, F. A. et P. NEMO, *Droit, législation et liberté*, Paris, Presses Universitaires France, 2008.
- IAVARONE-TURCOTTE, C., F. GELINAS et N. W. VERMEYS, « Procédure et immatériel au Québec (The Intangible in Quebec's Civil Procedure) », dans *l'immatériel, journée espagnol*, Bruylant, coll. « travaux de l'association Henri Capitant », Bruxelles, Bruylant 2014, p. 839.
- INGLEBERT, H., *Les participations à la romanité*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005.
- JEULAND, E., « Le juge et l'émotion », dans *liber amicorum en hommage à Pierre Rodière*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2019.
- JULIA, L. et O. KHAYAT, *L'intelligence artificielle n'existe pas*, Paris, éditions J'ai lu, 2019.

- KELSEN, H., *Théorie Pure du Droit Introduction À la Science du Droit*, Éditions de la Baconnière, 1953.
- LAPRISE, G., *Les outils du raisonnement et de la rédaction juridiques*, Montréal, Éditions Thémis, 2000.
- LEIBNIZ, G. W. et J. BRUNSCHWIG, *Essais de théodicée sur la bonté de Dieu, la liberté de l'homme et l'origine du mal*, coll. GF, Paris, Flammarion, 1969.
- LEVY, E., *Sparte: histoire politique et sociale jusqu'à la conquête romaine*, coll. Points, Paris, Seuil, 2003.
- LOCKE, J., *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, trad. par P. COSTE, coll. « Classiques de la philosophie », Paris, Librairie générale française, 2009.
- MALABAT, V., « Justice prédictive et droit pénal substantiel », dans *le juge et le numérique : un défi pour la justice du XXIe siècle*, Paris, Dalloz, 2019.
- MARX, K., *Le Capital. Critique de l'économie politique* (1867), Paris, Gallimard, 2008.
- MAYRAND, A. « l'autorité du précédent au Québec » dans BEAUDOUIN, J.-L., N. KASIRER et al. *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, les éditions Thémis, 1995.
- MENY, Y., *Démocratie : l'héritage politique grec : mythes, pouvoir, institutions*, coll. « Ouverture philosophique », L'Harmattan, 2021.
- MIRKO CANEVARO et JOHANNES C. BERNHARDT, *From Homer to Solon: Continuity and Change in Archaic Greece*, BRILL, 2022.
- NOZICK, R., *Anarchie, État et utopie*, coll. « Libre échange », Paris, Presses Universitaires France, 1988.
- O'NEIL, C., *Weapons of Math Destruction : How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, 1^{ère} éd., New York, Crown, 2016,
- OST, F., « Retour sur l'interprétation », dans *Aux confins du droit*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2001, p. 111.
- PARENT, H. et J. DESROSIERS, « Tome 1. l'imputabilité », dans *Traité de droit criminel*, 5e édition., Montréal, Les Éditions Thémis, 2019.
- PASQUALE, F., *The Black Box Society*, Cambridge, Harvard University Press, 2016.
- POINAS, E., *Le tribunal des algorithmes. Juger à l'ère des nouvelles technologies*, coll. « Au fil du débat », Boulogne-Billancourt, Berger Levrault, 2019.
- RUSSEL, P. H., *Canada's trial courts : two tiers or on ?*, Toronto, University of Toronto Press, 2007.
- SARTRE, J.-P. et A. ELKAÏM-SARTRE, *L'être et le néant: essai d'ontologie phénoménologique*, Paris, Gallimard, 2004.
- SCHMIDTZ, D. et J. BRENNAN, « A Prehistory of Liberty: Forty Thousand Years Ago », dans *A Brief History of Liberty*, Wiley Online Library, 2010, p. 30-59.
- SCHMIDTZ, D. et J. BRENNAN, « The Rule of Law: AD 1075 », dans *A Brief History of Liberty*, Wiley Online Library, 2010, p. 60-92.
- SECONDAT MONTESQUIEU, C.-L. DE, *L'esprit des lois par Montesquieu*, Didot, 1844.

- SPINOZA, B., « Quatrième partie - De l'esclavage de l'homme ou de la force des passions », dans Fokke AKKERMAN et Piet STEENBAKKERS (dir.), *Ethique*, trad. par Pierre-François MOREAU, Paris, PUF, 2020.
- SPINOZA, B., *Ethique*, traduit par Pierre-François MOREAU, Paris, PUF, 2020.
- SPINOZA, B., P. F. MOREAU, F. AKKERMAN et J. LAGREE, *Traité théologico-politique*, 1^{re} éd, coll. « Œuvres / Spinoza, n°3 », Paris, Presses universitaires de France, 1999.
- SUPIOT, A., *La gouvernance par les nombres : cours au Collège de France, 2012-2014*, nouvelle éd., 1^{er} vol., Paris, Pluriel, 2020.
- VALOIS, M., *L'indépendance judiciaire. La justice entre droit et gouvernement*, Montréal, Editions Thémis, 2011.
- VAN DEN BRANDEN, A., *Les robots à l'assaut de la justice*, Bruxelles, Bruylant, 2019.
- VERMEYS, N., « The Computer as a Court : How will Artificial Intelligence affect judicial Processes ? » dans KRAMER, X., A. BIARD et al. (dir.), *New pathways to civil Justice in Europe. Challes of acces to justice*, Gewerbrasse, Springer, 2021, p. 61.

Articles de revues

- « Notes of Cases », (1986) 64-3 *Can. B. Rev.* 550.
- ABRAMS, D. S., M. BERTRAND et S. MULLAINATHAN, « Do Judges Vary in Their Treatment of Race ? », (2012) 41-2 *The Journal of Legal Studies* 347.
- ABRAMS, K. et H. KEREN, « Who's Afraid of Law and the Emotions? », (2009) 94-6 *Minn. L. Rev.* 1997-2074.
- ADJAOUT-PONSARD, M., « Biais cognitifs et comportement judiciaire », (2021) 3-3 *Les Cahiers de la Justice* 485.
- ALETRAS, N., V. LAMPOS, D. TSARAPATSANIS et D. PREOTIUC-PIETRO, « Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights : a Natural Language Processing Perspective », (2016) *PeerJ Comput. Sc.*, en ligne : <peerj.com/articles/cs-93/#aff-1>.
- ALLAIS, M., « Quelques réflexions sur la Contrainte et la Liberté », *Revue française de science politique* 1952.356-373.
- ARON, R., « La définition libérale de la liberté: I: A propos du livre de F. A. Hayek "The Constitution of Liberty" », (1961) 2-2 *European Journal of Sociology* 199.
- BAKER, D. J., P. H. ROBINSON et SADIE CREESE, « The treat from AI », dans *Artificial Inelligence and the Law. Cybercrime and criminal liability*, New York, Routledge, 2021.
- BANDES, S. A. et J. A. BLUMENTHAL, « Emotion and the Law », (2012) 8-1 *Annual Review of Law and Social Science* 161.
- BARRAL, O., « L'émotion du juge », (2014) 1-1 *Les Cahiers de la Justice* 73.
- BARRAUD, B., « Les blockchains et le droit. » (2018) 147, *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 48.
- BARRAUD, B., « Un algorithme capable de prédire les décisions des juges : vers une robotisation de la justice ? », (2017) 1-1 *Les Cahiers de la Justice* 121-139.

- BELLESCIZE, R. DE, « Le mythe de la Magna Carta comme point de départ du consentement à l'impôt », (2021) 1-1 *Gestion & Finances Publiques* 14.
- BENYEKHLIF, K. et J. ZHU, « À l'intersection de l'ODR et de l'intelligence artificielle : la justice traditionnelle à la croisée des chemins », (2020) 25-3 *Lex Electronica* 34.
- BENYEKHLIF, K. et J. ZHU, « Intelligence artificielle et justice: justice prédictive, conflits de basse intensité et données massives », (2018) 30-3 *C.P.I* 790.
- BENYEKHLIF, K., « L'indépendance institutionnelle du pouvoir judiciaire: légitimité et participation au débat public », (1996) 45 *R. du B.* 37.
- BERK, R., H. HEIDARI, S. JABBARI, M. KEARNS et A. ROTH, « Fairness in Criminal Justice Risk Assessments: The State of the Art », (2018) 50-1 *Sociological Methods & Research* 344.
- BLACKMAN, J., A. AFT et C. CARPENTER, « FantasySCOTUS: Crowdsourcing a Prediction Market for the Supreme Court », (2011) 10-3 *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* 168.
- BUCHANAN, B. G. et T. E. HEADRICK, « Some Speculation about Artificial Intelligence and Legal Reasoning », (1970) 23-1 *Stan. L. Rev.* 40-62.
- BUSHWAY S. D. et A. M. PIEHL, « Judging Judicial Discretion : Legal Factors and Racial Discrimination in Sentencing », (2001) 35-4 *Law & Society Review* 733.
- CAYLA, O., « La Chose Et Son Contraire (et Son Contraire, Etc.) », (1999) 3 *Les Études philosophiques* 291.
- CAYLA, O., « Ouverture : La qualification, ou la vérité du droit », (1993) 0-18 *Droits* 3.
- CHEN, D. L., « Machine Learning and the Rule of Law », (2019) 16 *Law as data, Santa Fe Institute Press* 1.
- CUMYN, M. et F. GOSSELIN, « Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive », (2017) 62-2 *Revue de droit de McGill* 329.
- DEWEY, J., « Logical Method and Law », *Philosophical Review* 1924.560.
- DORNEL, F., « Les données personnelles à l'épreuve de l'open data des décisions de justice : entre principe de transparence de la justice et droit à la vie privée », (2020) 25-2 *Lex Electronica* 60.
- DUBE, R. et M. GARCIA, « L'évolution récente du concept d'indépendance judiciaire et les menaces internes à la détermination de la peine juste », (2019) 64-3 *McGill Law Journal* 535.
- DWORKIN, R., « La Chaine du Droit dossier », (1985) 1 *Droit et Societe* 61.
- FAGAN, F. et S. LEVMORE, « The Impact of Artificial Intelligence on Rules, Standards, and Judicial Discretion », (2019) 93-1 *S. Cal. L. Rev.* 1-36.
- FOUBERT, A., « Les contraintes pesant sur le juge. L'exemple du droit du don », (2011) 54-2 *Droits* 95.
- G'sell, F., « Les progrès à petits pas de la « justice prédictive » en France », (2020) 21 *ERA forum* 299, 302-303.
- GIRARD, P., « L'évolution du rôle des juges », (2001) 42-3 *Les Cahiers de droit* 361.
- GUEVEL, D., « Intelligence artificielle et décisions juridictionnelles », (2019) 98 *Quaderni. Communication, technologies, pouvoir* 51.

- GUILMAN, A., « Un nouveau Code pour une procédure technologique: mémento pour le pr@ticien », (2016) 14-1 *Canadian Journal of Law and Technology* 18.
- GUTHRIE, C., J. J. RACHLINSKI et A. J. WISTRICH, « Inside the Judicial Mind », (2001) 86-4 *Cornell Law Review* 778.
- HOLLEAUX, M., « Discours de Néron prononcé à Corinthe pour rendre aux Grecs la liberté », *Bulletin de Correspondance Hellénique* 1888.510.
- HUPPE, L., « Les fondements de la déontologie judiciaire », (2004) 45-1 *Les Cahiers de droit* 93.
- HUPPE, L., « Une immunité judiciaire sans limite? », (2010) 69 *R. du B.* 363.
- JONCHERE, E. et S. MONNIER, « La blockchain comme outil probatoire: une analyse au regard de la LCCJTI », (2020) 25-3 *Lex Electronica* 139
- JONES, C. et E. ARONSON, « Attribution of fault to a rape victim as a function of respectability of the victim », (1973) 26 *Journal of Personality and Social Psychology* 415.
- JOUANJAN, O., « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », (2011) 54-2 *Droits* 27.
- KATZ, D. M., M. J. BOMMARITO II and J. BLACKMAN « A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States », (2017) 12-4 *Plosone*, en ligne : < A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States | PLOS ONE >.
- KEHL, D. L. et S. A. KESSLER, « Algorithms in the criminal justice system: Assessing the use of risk assessments in sentencing. », *Berkman Klein Center for Internet & Society* 2017.
- KIM, P. et K. QUINN, « The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science - Approaches to Predicting Supreme Court Decisionmaking », (2004) *Columbia Law Review* 1151.
- KRANZ, D., L. NADAREVIC et E. ERDFELDER, « Bald and Bad? », (2019) 66-5 *Exp Psychol* 331.
- L'HOMME-WERY, L.-M., « Perdre sa liberté et la retrouver dans l'Athènes de Solon - Persée », (2008) 3-2 *Actes du Groupe de Recherches sur l'Esclavage depuis l'Antiquité* 395.
- LACROIX, M., « L'immunité judiciaire au Québec : son fondement et sa mise à l'épreuve », (2017) 47-2 *Revue générale de droit* 309.
- LANDHEER-CIESLAK, C. et C. SAUTEREAU, « La justice narrative: l'acte de juger comme expérience herméneutique et éthique. Autour des sentiments de compassion et de culpabilité de la juge Mafalda », (2020) 61-4 *Les cahiers de droit* 959-1015.
- LAFOND, P.-C., « La prise en considération des émotions en médiation: une intervention essentielle et délicate », (2020) 61-4 *Cahier de droit* 937.
- LARRET-CHAHINE, L., « Le droit isométrique : un nouveau paradigme juridique né de la justice prédictive », (2018) 60-1 *Archives de philosophie du droit* 287.
- LARRIEU, P., « Neurosciences et évaluation de la dangerosité. Entre néo-déterminisme et libre-arbitre », (2014) 72-1 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1.

- LARRIEU, P., B. ROULLET et C. GAVAGHAN, « "Neuro-lex sed... dura-lex, L'impact des neurosciences sur les disciplines juridiques" », (2013) 16 *Journal de Droit Comparé du Pacifique* 251.
- LAZARO, C., « Le pouvoir « divinatoire » des algorithmes : de la prédiction à la préemption du futur », (2018) 42-2-3 *Antropologie et Société* 127.
- LESSARD, M., « « Why Couldn't You Just Keep Your Knees Together? » L'obligation déontologique des juges face aux victimes de violences sexuelles », (2018) 63-1 *Revue de droit de McGill* 155.
- LEVENTHAL, G. et R. KRATE, « Physical Attractiveness and Severity of Sentencing », (1977) 40-1 *Psychological Reports* 315.
- LICOPPE, C. et L. DUMOULIN, « Le travail des juges et les algorithmes de traitement de la jurisprudence. Premières analyses d'une expérimentation de "justice prédictive" en France », (2019) 103-3 *Droit et société* 535.
- MARAIS, B. DU et A. GRAS, « La cyberjustice, enjeu majeur pour la qualité de la justice administrative », (2016) 159-3 *Revue française d'administration publique* 789.
- MARONEY, T. A., « Emotional Regulation and Judicial Behavior », (2011) 99 *Cal. L. Rev.* 1485.
- MCLAREN, K., « La place des autorités jurisprudentielles, de la doctrine et des faits d'intérêt public dans l'interprétation des lois au Canada : l'ascendance du contexte », (2021) 53-1 *Revue de droit d'Ottawa* 171.
- MENECEUR, Y. et C. BARBARO, « Intelligence artificielle et mémoire de la justice : le grand malentendu », (2019) 2-2 *Les Cahiers de la Justice* 277.
- MILLARD, É., « Réalisme scandinave, réalisme américain », (2014) 24 *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* 81.
- MILLS, M., « Artificial intelligence in law: The state of play », *Thomson Reuters Legal executive Institute* 2016.
- MORISSETTE, Y.-M., « Comment concilier déontologie et indépendance judiciaires ? », (2003) 48 *Revue de droit de McGill* 297.
- MORISSETTE, Y.-M., « Figure actuelle du juge dans la cité », (1999) 30 *R.D.U.S.* 4.
- MULLER, R., « Signification historique et philosophique de l'argument souverain de Diodore », (1984) 2-1 *Revue de philosophie ancienne* 3-37.
- NGO, T. M.-H., « De la liberté en Chine », (2013) 173-1 *Le Débat* 78.
- NOREAU, P., « L'acte de juger et son contexte : éléments d'une sociologie politique du jugement », (2001) 3-2 *Éthique publique*. 17.
- PACKALUK, M., « Who Watches the Watchers: Oversight and State Surveillance | CanLII », (2022) 45-6 *Man. L. J.* 101.
- PICHE, C., « Lost in Translation : la comparaison des droits en contexte de diversité linguistique », (2013) 43-1-2 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 479.
- PITKIN, H. F., « Are freedom and liberty twins? », (1988) 16-4 *Political Theory* 523.
- POSNER, E. A., « Law and the Emotions », (2000) 89-6 *Geo. L.J.* 1977.

- POTAGE, D., « De Liber à libertas : naissance d'un concept politique à Rome », *Bulletin de l'Association Guillaume Budé* 2015.128.
- POUND, R., « Mechanical jurisprudence », (1908) *Columbia Law Review*.
- RACHLINSKI, J. J. et A. J. WISTRICH, « Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges », (2017) 13 *Annu. Rev. Law Soc. Sci.* 209.
- RACHLINSKI, J. J., « Heuristics and Biases in the Courts: Ignorance or Adaptation », (2000) 79-1 *Or. L. Rev.* 61.
- RAMIN, J. et P. VEYNE, « Droit romain et société: les hommes libres qui passent pour esclaves et l'esclavage volontaire », (1981) 30-4 *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte* 472.
- REGIS, C., « L'approche psychologique du droit: pour mieux comprendre les étincelles de folie et de sagesse », (2019) 24 *Lex Electronica* 203.
- ROUVIERE, F., « Le raisonnement par algorithmes : le fantasme du juge-robot », *RTD civ.* 2018.
- SCHANZENBACH, M., « RACIAL and SEX DISPARITIES IN PRISON SENTENCES : The Effect of DistrictLevel Judicial Demographics », (2005) 34-1 *The Journal of Legal Studies* 57.
- SHI, J., « Artificial Intelligence, Algorithms and Sentencing in Chinese Criminal Justice: Problems and Solutions », (2022) 33-2 *Crim Law Forum* 121-148.
- SINGLETON, R. et S. HOFACRE, « Effects of Victim's Physical Attractiveness on Juridic Judgments », (1976) 39-1 *Sage journal* 73.
- ST HILAIRE, M., « Du non-droit de l'application de la charte canadienne des droits et libertés », (2015) 45-1-2 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 157.
- STEFFENSMEIER, D. et C. L. BRITT, « Judges' Race and Judicial Decision Making : Do Black Judges Sentence Differently ? », (2001) 82-4 *Social Science Quarterly* 74.
- THALER, R. H. et C. R. SUNSTEIN, « Nudge: improving decisions about health », (2008) 6 *Wealth, and Happiness* 14.
- THOMAS, Y., « L'indisponibilité de la liberté en droit romain », (2007) 10-1 *Hypothèses* 379.
- TROPER, M., « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs - Revue française d'études constitutionnelles et politiques* 1981.16.
- TURING, A., « Computing machinery and intelligence », (2950) 59-236 *Mind* 433.
- TURING, A., « On Computable Numbers, With an Application to the Entscheidungsproblem », (1937) s2-42 *Proceedings of the London Mathematical Society* 230.
- VERMEYS, N. W., « Code source et sources codifiées : pour une cyberjustice québécoise ouverte et accessible », (2010) 14-3 *Lex Electronica*.
- VIAUT, L., « Les fonctions de l'intelligence artificielle dans les décisions de justice », *Actu-Juridique* (2020), en ligne : <<https://www.actu-juridique.fr/ntic-medias-presse/jugement-humain-et-jugement-scientifique-le-raisonnement-juridique-par-algorithme-va-t-il-transformer-la-verite-judiciaire/>> (consulté le 29 novembre 2022).
- VIAUT, L., « Jugement humain et jugement scientifique : le raisonnement juridique par algorithme va-t-il transformer la vérité judiciaire ? », *Actu-Juridique* (2020), en ligne : <<https://www.actu-juridique.fr/ntic-medias-presse/jugement-humain-et-jugement-scientifique-le-raisonnement-juridique-par-algorithme-va-t-il-transformer-la-verite-judiciaire/>> (consulté le 29 novembre 2022).

- WALINE, M., « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique: Faut-il tuer les catégories juridiques? », (1964) 16 *Revue internationale de droit comparé* 664.
- WESTERMANN, H., « Evidence-Based Sentencing : Risks and Opportunities », (2020) 25-3 *Lex Electronica* 71.
- YAO, J.-J. et P. HUI, « Research on the Application of Artificial Intelligence in Judicial Trial: Experience from China », (2020) 1487 *J. Phys.: Conf. Ser.*
- ZANNOU, L. R., « La justice numérique : réalité, crainte et projection », (2021) 26-2 *Lex Electronica* 173.
- ZANNOU, L. R., « Le couple justice et technologies : lune de miel ou lune de fiel ? », (2019) 24 *Lex Electronica*.
- 孙海波, « 反思智能化裁判的可能及限度 », (2020) 5 *国家检察官学院学报* 80.

Travaux académiques

- BIDOU, G., J. RAYSSAC et Z. HU, *Compas, un outil impartial ou biaisé ?*, Paris, Ecoles des Mines, 2022.
- CARON LANTEIGNE, L.-P., *Vertus et limites de la critique communautarienne du libéralisme*, Thèse de maîtrise, Montréal, Université de Montréal, 2013.
- CASSAR, B., *La transformation numérique du monde du droit*, Thèse de doctorat, Strasbourg, Faculté de droit, Université de Strasbourg, 2020.
- COLETTA, A., *La prédiction judiciaire par les algorithmes*, Thèse de doctorat, Nîmes, Université de Nîmes, 2021.
- GODEFRIDI, D., *L'isonomie*, Thèse de doctorat, Paris, Paris IV, 2009.
- KEBIR, M., *Le libre arbitre du juge*, Thèse de doctorat, Tours, université François-Rabelais de Tours, 2017.
- TOURE, A., *L'influence des nouvelles technologies dans l'administration de la justice pénale*, Thèse de doctorat, Aix-Marseille, faculté de droit, Aix-Marseille Université, 2017.

Documents gouvernementaux

- BASTARACHE, M., *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*, Québec, Les publications du Québec, 2011.
- BASTARACHE, M., *Synthèse. 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*, Québec, Les publications du Québec, 2011.
- BENYEKHELF, K, C. IAVARONE-TURCOTTE et N. VERMEYS, *analyse comparative des principales caractéristiques des systèmes d'administration des tribunaux judiciaires*, présenté au Conseil Canadien de la magistrature, Ottawa, 2011.

- COMITE CANADIEN DE LA REFERENCE, « Introduction » (2010 2006), en ligne : <https://lexum.com/ccc-ccr/index_fr.html> (consulté le 15 avril 2023).
- COMITE CANADIEN DE LA REFERENCE, « Membre du Comité » (2010 2006), en ligne : <https://lexum.com/ccc-ccr/index_fr.html> (consulté le 15 avril 2023).
- COMITE DE LA REMUNERATION DES JUGES, *Rapport du Comité de la rémunération des juges. 2019-2023*, Québec, 2021.
- COMMISSION D'EXAMEN DE LA REMUNERATION DES JUGES, *Rapport et recommandations*, Ontario, ministère de la Justice du Canada, 2021.
- COMMISSION EUROPEENNE POUR L'EFFICACITE DE LA JUSTICE, *European ethical charter on the use of artificial intelligence in judicial systems and their environment*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2018.
- GOUVERNEMENT DU QUEBEC, *Réponse du gouvernement au rapport du Comité de la rémunération des juges pour la période 2019-2023*, Québec, 2022.
- GOUVERNEMENT DU QUEBEC, *Un plan pour moderniser le système du justice. budget 2018-2019*, Québec, 2018.
- MINISTERE DE LA JUSTICE (QUEBEC), *Présentation du programme Lexius. Barreau*, Québec, 2021.
- MINISTERE DE LA JUSTICE GOUVERNEMENT DU CANADA, « Réponse du gouvernement du Canada au rapport de la Commission d'examen de la rémunération des juges de 2021 » (13 décembre 2021).
- MINISTERE DE LA JUSTICE GOUVERNEMENT DU QUEBEC, *Présentation du programme Lexius. Rendez-vous du Droit des technologies de l'information 2022*, Québec, 2022.
- QUEBEC, MINISTRE DE LA JUSTICE, *Commentaires de la ministre de la Justice: le Code de procédure civile, chapitre C-25.01*, Montréal, SOQUIJ/Wilson & Lafleur, 2015.

Articles de journaux

- CHEN, A., « How artificial intelligence can help us make judges less biased », *The Verge* (17 janvier 2019), en ligne : <<https://www.theverge.com/2019/1/17/18186674/daniel-chen-machine-learning-rule-of-law-economics-psychology-judicial-system-policy>> (consulté le 4 décembre 2022).
- FRANCE TELEVISION, « Existe-t-il un gène du criminel ? Des chercheurs relancent le débat », *Franceinfo* (2014), en ligne : <https://www.francetvinfo.fr/existe-t-il-un-gene-du-criminel-une-etude-relance-le-debat_730485.html> (consulté le 6 décembre 2022).
- GONZALES, P., « Les cours d'appel les plus efficaces de France », *Le Figaro*, en ligne : <<https://www.lefigaro.fr/actualite-france/2019/01/14/01016-20190114ARTFIG00313-les-cours-d-appel-les-plus-efficaces-de-france.php>> (consulté le 5 décembre 2022).
- GREAEBER, D., « "Amargi", ou l'ardoise effacée », *le Monde Diplomatique*, sect. Vol.173 (2020), p. 100.

- JAMES, V., « Twitter taught Microsoft’s AI chatbot to be a racist asshole in less than a day - The Verge », *The Verge* (2016), en ligne : <<https://www.theverge.com/2016/3/24/11297050/tay-microsoft-chatbot-racist>> (consulté le 11 avril 2023).
- NERA, K., « Biais de raisonnement et dangers des algorithmes », *The Conversation*, en ligne : <<http://theconversation.com/biais-de-raisonnement-et-dangers-des-algorithmes-120543>> (consulté le 5 décembre 2022).
- PIQUARD, A. « Elon Musk et des centaines d’experts réclament une « pause » dans le développement de l’intelligence artificielle », *Le Monde.fr* (29 mars 2023).
- RTBF PREMIERE, « [SERIE Intelligence artificielle, la révolution] Le juge est un algorithme », *RTBF*, en ligne : <<https://www.rtbf.be/article/serie-intelligence-artificielle-la-revolution-le-juge-est-un-algorithme-10272343>> (consulté le 2 décembre 2022).
- XINHUANET, « La Chine explore activement de nouveaux modèles de cyberjustice (livre blanc) » (2023).

Dictionnaires et ouvrages généraux

- CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, 11e éd. mise à jour, coll. « Quadrige », Paris, Presses universitaires de France, 2020.
- DE VILLERS, M.-É., *Multi dictionnaire de la langue française*, 7^e éd., Canada, Québec Amérique, 2021.
- ALLAND, D. et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{ère} ed., coll. « Quadrige, Dicos poche », Paris, Lamy, 2019.

Billet de blogue

- COUSTET, T., « L’utilisation de l’outil Predictice déçoit la cour d’appel de Rennes | Interview | », *Dalloz Actualité*, en ligne : <<https://www.dalloz-actualite.fr/interview/l-utilisation-de-l-outil-predictice-decoit-cour-d-appel-de-rennes>> (consulté le 16 avril 2023).
- MATTU, J. L., J. ANGWIN, L. KIRCHNER, SURYA, « How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm », *ProPublica* (2016), en ligne : <<https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>> (consulté le 29 novembre 2022).

- ROSE, N., « Government rolls out online divorce after successful pilot. » (2008), en ligne : <<https://www.legalfutures.co.uk/latest-news/government-rolls-out-online-divorce-after-successful-pilot>>.
- ROTH DAVIES LLC, « Johnson County Criminal Lawyer explains what an “LSIR” is and what is it for in a criminal case. », en ligne : <<https://www.rothd Davies.com/criminal-defense/step-step-guide/step-15-the-lsi-r-level-of-service-inventory-revised/>> (consulté le 28 novembre 2022).
- SLAMA, R., « La Chine annonce avoir développé une intelligence artificielle capable de remplacer les juges », *Laboratoire de cyberjustice* (1 février 2022), en ligne : <<https://www.cyberjustice.ca/2022/02/01/la-chine-annonce-avoir-developpe-une-intelligence-artificielle-capable-de-remplacer-les-juges/>> (consulté le 3 avril 2023).
- STAHN, L., « Estonia: a fully digital judicial system? », *Blog Cyberjustice* (3 mai 2022), en ligne : <<https://cyberjustice.blog/2022/05/03/estonia-a-fully-digital-judicial-system/>> (consulté le 2 décembre 2022).

Contribution à un symposium

- KELLER, A., *Blockchain, Cryptocurrencies and Smart Contracts Emerging Trends and Practice Issues*, 24th East Region Solicitors Conference, 2018.

Discours

- SAUVE, J.-M., (Vice-président du Conseil d'État), *Le juge administratif et l'intelligence artificielle*, Discours prononcé à la conférence des Présidents de juridictions administratives, Rennes, 20 avril 2018.

Œuvres artistiques

- ASIMOV, I., *L'avenir commence demain*, Paris, Pocket, 2008.
- ASIMOV, I., *l'Homme bicentenaire*, Paris, Pocket, 2000.
- DELACROIX, E. *La liberté guidant le peuple*, Peinture à l'huile, 1830.
- KRAKAUER, J. et C. angliciste et traducteur MOLINIER, *Voyage au bout de la solitude: récit*, Paris, Presses de la Cité, 2008.
- OULIPO, *Atlas de littérature potentielle*, coll. Folio. Essais, Paris, Gallimard, 1988.
- PEREC, G., *La disparition*, coll. L'Imaginaire, n°215, Paris, Gallimard, 2008.

Rapport de recherche

- ABAD, V. et I., MOKANOV, *Gestion de la qualité dans la diffusion libre du droit : l'exemple canadien*, CanLII, LexUM, 2004.
- ABITEBOUL, S. et F. G'SELL, « Les algorithmes pourraient-ils remplacer les juges ? », *INRIA*.
- BENYEKHEF, K et S. DU PERRON, *Les algorithmes et l'État de droit*, Document de travail n°27, Laboratoire de Cyberjustice juin 2021.
- BOURREAU-DUBOIS, C., B. DEFFAINS, C. DESRIEUX, M. DORAT-DUBAN, R. ESPINOSA, B. JEANDIDIER, J. MANSUY et J.-C. RAY, *La barémisation de la justice : une approche par l'analyse économique du droit*, rapport de recherche, Mission Droit et justice, 2019.
- CALLIPEL, V. et N. W. VERMEYS, « Rapport sur le sentiment d'accès à la justice associé aux audiences virtuelles tenues devant la CISR du Canada au moyen de MS Teams » (2021), en ligne : <<https://irb.gc.ca:443/fr/transparence/revues-verifications-evaluations/Pages/rapport-acces-a-justice-audiences-virtuelles-2022.aspx>> (consulté le 10 avril 2023).
- GODEFROY, L. D., F. LEBARON et J. LEVY-VEHEL, *Comment le numérique transforme le droit et la justice vers de nouveaux usages et un bouleversement de la prise de décision*, Rapport final de recherche, 16-42, 2019.
- GOGLIN, J.-M., « Déterminisme, contrainte et liberté. Contribution à une théorie thomiste de la liberté de choix », 2013 en ligne : <extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fshs.hal.science%2Fhalshs-00841531%2Fdocument&clen=405439&pdfilename=JMG_Contribution_A_une_thA_orie_thomiste_de_lalibertA_de_choix.pdf >
- GRAS, A. et B. DU MARAIS. *Vers un « Cyberjuge administratif » ? La numérisation de la justice administrative en France*, Document de travail du Laboratoire de Cyberjustice, Montréal, 2015.
- GUY LAPALME et ATEFEH FARZINDAR, *Production automatique du résumé de textes juridiques : évaluation de qualité et d'acceptabilité*, Montréal, RALI, 2005.
- KAUFMAN, A. R., P. KRAFT et M. SEN, *Machine Learning, Text Data, and Supreme Court Forecasting*, 2017.
- L. CHEN, D., M. DUNN, L. SAGUN, H. SIRIN, « Early predictability of asylum court decisions », *TSE Working Paper 2017*, n 17-78
- MENISSIER, T., *Descartes, Machiavel et la politique dans les Lettres à Elisabeth*, Rouen, formation permanente des professeurs de philosophie de l'académie de Rouen, 2001.

Sites Internet Institutionnel

- « Accueil », *Conseil de la magistrature du Québec*, en ligne : <<https://conseildelamagistrature.qc.ca/>> (consulté le 23 octobre 2022).

- « Audiences tenues en salles virtuelles », *Gouvernement du Québec* (2023), en ligne : <<https://www.quebec.ca/justice-et-etat-civil/systeme-judiciaire/audiences-salle-virtuelle>> (consulté le 11 avril 2023).
- « Gouvernement ouvert », Gouvernement du Canada, en ligne : <<http://ouvert.canada.ca/fr>> (consulté le 27 novembre 2022).
- « Nouvelle page d'accueil », *Conseil canadien de la magistrature*, en ligne : <<https://cjc-ccm.ca/fr/nouvelle-page-daccueil-0>> (consulté le 23 octobre 2022).
- « Transformation de la justice. Programme Lexius », *Espace A*, en ligne : <<https://espacea.ca/fr/transformation-justice-programme-lexius/>> (consulté le 9 avril 2023).
- COMITE CANADIEN DE LA REFERENCE, « Introduction » (2010 2006), en ligne : <https://lexum.com/ccc-ccr/index_fr.html> (consulté le 15 avril 2023).
- COMITE CANADIEN DE LA REFERENCE, « Membre du Comité » (2010 2006), en ligne : <https://lexum.com/ccc-ccr/index_fr.html> (consulté le 15 avril 2023).
- COMMISSION D'EXAMEN DE LA REMUNERATION DES JUGES, en ligne : <https://www.quadcom.gc.ca/pg_JcJc_QC_01-fra.php> (consulté le 6 avril 2023).
- CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, « Soumettre une plainte », en ligne : <<https://cjc-ccm.ca/fr/centre-de-ressources/soumettre-une-plainte>> (consulté le 10 avril 2023).
- CONSEIL DE LA MAGISTRATURE DU QUEBEC, *Processus de traitement d'une plainte*, Schéma PDF, Québec, 2023, en ligne : <extension://elhekieabhbkmcefcfoobjddigjcaadp/https://conseildelamagistrature.qc.ca/fileadmin/user_upload/2023-02-16_ProcessusTraitementPlaintes.pdf>.
- relativement à l'enquête sur la conduite du juge Gérard Dugré*, Ottawa, 2022.

Sites Internet

- « Kira for Law Firms » (28 août 2020), en ligne : <<https://kirasystems.com/solutions/law-firms/>> (consulté le 28 novembre 2022).
- « Kira for Law Firms » (28 août 2020), en ligne : <<https://kirasystems.com/solutions/law-firms/>> (consulté le 28 novembre 2022).
- « Oulipiens », *Oulipo*, en ligne : <<https://www.ouliipo.net/fr/oulipiens>> (consulté le 26 octobre 2022).
- « PARLe », *Laboratoire de cyberjustice*, en ligne : <<https://www.cyberjustice.ca/logiciels-cyberjustice/nos-solutions-logicielles/parle-2/>> (consulté le 6 décembre 2022).
- « Predictice pour les avocats individuels », *Predictice*, en ligne : <<https://blog.predictice.com/avocat-individuel>> (consulté le 28 novembre 2022).
- « Présentation », *Laboratoire de cyberjustice*, en ligne : <<https://www.cyberjustice.ca/laboratoire/presentation/>> (consulté le 28 novembre 2022).

« Réalisme juridique | The Believers », en ligne : <https://thebelieversorganization.org/fr/r%C3%A9alisme-juridique/> (consulté le 22 décembre 2022).

« ROSS Intelligence - Legal Tech Corner », en ligne : <https://blog.rossintelligence.com> (consulté le 28 novembre 2022).

DALL·E 2, en ligne : <https://openai.com/dall-e-2/> (consulté le 27 novembre 2022).

FELICITE DE MAUPEOU, « États-Unis : Les algorithmes prédictifs, un danger pour la justice américaine ? - L'Abécédaire des Institutions » (2017), en ligne : <https://www.labecedaire.fr/2017/10/09/etats-unis-algorithmes-predictifs-danger-justice-americaine%E2%80%89/> (consulté le 28 novembre 2022).

