

L'humanité du jugement : peut-on déléguer le jugement aux machines ?

Léa PRÉLOT

Introduction : Le jugement, l'homme et la machine.....	1
A) Jugement humain et idéal d'impartialité.....	2
a) L'impartialité du jugement.....	2
b) Le problème de l'humanité du jugement.....	3
c) L'idéal rationnel du juge-machine.....	5
d) La solution pratique : les promesses de l'algorithme.....	9
B) L'irréductibilité du jugement à une logique mécanique.....	11
a) Les prémisses du syllogisme judiciaire.....	11
b) Les problèmes de qualification.....	14
c) Le juge suit-il une recette ?.....	20
Conclusion : vers une rationalité non mécanique ?.....	23

Introduction : Le jugement, l'homme et la machine.

Le cœur du travail du juge, et partant de la justice, se trouve dans une opération à laquelle il doit son nom, qu'est le jugement. Le juge serait donc avant tout réduit à une tâche, et définit par elle, celle d'effectuer une certaine opération dont il s'agit avant tout de préciser la nature. Le jugement est au sens large une opération logique, qui consiste à *poser l'existence d'une relation* entre plusieurs termes. On retrouve ici la formule classique reliant un sujet à un prédicat par le truchement d'une copule (*S est P – Le chat est gris*). Dans le domaine juridique, le jugement désigne, minimalement, l'application du droit, c'est-à-dire d'un système de règles. On retrouve un des éléments du jugement logique, puisqu'il s'agit ici aussi de *mettre en rapport* des termes. Le juge doit mettre en rapport, relier une norme donnée dans un système juridique et une situation concrète ou un cas. L'application du droit réside donc dans une opération de mise en rapport. Plus précisément, le cas doit être inscrit dans une catégorie juridique, doit lui être relié, afin de déterminer, dans le même temps, le traitement qu'il revient de lui appliquer. Le juge dispose donc d'éléments épars, et sa mission réside dans cette opération de liaison, qui donne sens au fait, en l'inscrivant dans le droit.

Précisément, dans le système juridique actuel, cette opération est confiée à un homme, le juge. Le problème qui se pose est alors celui de l'humanité du jugement : l'humanité du jugeant est-elle la condition de possibilité de cette opération, ou un obstacle à son bon fonctionnement dont il faudrait tenter de se débarrasser ? Longtemps, la critique des problèmes posés par l'humanité du juge, sa subjectivité, ses émotions, passait par l'éloge d'une forme de rationalité mécanique, et l'on rêvait que le juge qui applique une sentence soit telle une montre qui donne les heures. Les machines n'étant alors que rudimentaires, et les tâches pouvant leur être déléguées n'étant au départ que physiques, le juge devait alors s'efforcer de faire abstraction, au mieux, de sa propre humanité. Le progrès de la technique, le développement des machines et de l'intelligence artificielle marque un tournant : et si, enfin, cet idéal devenait réalité ? Les machines pourraient-elle effectuer l'office des juges dans les tribunaux, de la même manière qu'elles ont remplacé les opérateurs dans les fabriques ?

La promesse d'une élimination du « facteur humain » par le recours aux machines, repose donc sur une représentation du jugement comme étant grévé par l'humanité du jugeant qui l'entrave par un manque de rationalité et de neutralité que la machine semble au contraire garantir. L'idéal de cette délégation du jugement au machine n'est donc pas neutre et repose sur une conception de l'activité du jugement, et de l'homme jugeant qu'il est nécessaire d'interroger.

Qu'est-ce que juger ? Est-ce une opération mécanique, dont les machines pourraient se charger ? Bien juger, et garantir la justice, est-ce supprimer l'humanité du jugeant ? L'espoir de déléguer le jugement aux machines ne repose t'il pas sur une vision réductrice de cette opération et du travail du juge ? N'est-il pas requis, pour juger, une forme de rationalité autre que celle dont est capable la machine ?

A) Jugement humain et idéal d'impartialité.

a) L'impartialité du jugement.

Dans sa représentation allégorique, la justice possède trois attributs :

- La balance, symbole de l'équité.
- Le glaive, symbole du pouvoir de trancher les litiges mais aussi d'appliquer des peines.
- Les yeux bandés, symbole d'impartialité.

C'est à ce dernier symbole que nous nous intéresserons. L'idéal de justice suppose en effet que le juge ne prenne aucun parti, ne donne sa faveur à un justiciable au détriment d'un autre dans la façon dont il tranche un litige. Le juge n'a pas à juger en fonction de ses préférences personnelles, ses convictions, ses émotions, mais doit rendre un jugement détaché de sa personne, qui à la limite, n'est pas *son* jugement sur la question, mais le jugement que chaque juge pourrait rendre.

Or, pour symboliser cet idéal d'impartialité, on a choisi l'image d'un bandeau posé sur les yeux. Ce qui veut dire que cette impartialité de la justice n'est pas *immédiate* : elle voit, puis se rend aveugle en s'apposant un bandeau sur les yeux. Autrement dit, l'impartialité est le résultat d'un processus au cours duquel le juge *renonce à la vue*. Pourquoi renoncer à la vue ? Ne faut-il pas voir ce que l'on doit juger pour en prendre connaissance ? Comment rendre un jugement sans savoir ce que l'on a à juger ?

Pour comprendre cette idée, il faut s'arrêter sur le sens de la vue et son fonctionnement.

Voir, c'est toujours voir *depuis quelque part*. L'objet vu est toujours celui sur lequel se pose un regard. Or, cette constitution de l'objet par le biais du regard, et la perception qui s'en suit, dépend toujours de l'emplacement de celui qui regarde. Si nous sommes cinquante personnes assises dans une salle, à regarder une bouteille d'eau posée sur le bureau, la manière dont la bouteille apparaît à chacun (ce que chacun voit de cette bouteille- l'objet que chacun perçoit), dépend de la position à laquelle chacun est assis. En fonction de la place occupée, le point de vue change, et ainsi l'objet vu, constitué par ce point de vue, varie lui aussi. Autrement dit, la vision que chacun a de la bouteille et l'apparence que prend cette bouteille pour chacun est *subjective*, elle dépend du sujet qui perçoit. De ce fait, par le biais de la vue, aucune personne ne voit les choses de la même manière (sans pour autant que ces choses changent), et aucune ne voit les choses telles qu'elles sont, indépendamment de tout point de vue. Pour voir la bouteille *telle qu'elle est*, et non *telle que quelqu'un la voit*, il faudrait précisément ne pas la voir du tout, ou la voir depuis nul part, ce qui n'est pas possible par le biais de la vision.

Autrement dit, que veut dire le bandeau placé sur les yeux de la justice ? De quel aveuglement parle-t-on ?

Renoncer à la vue, pour le juge, c'est renoncer à envisager les choses et les affaires à juger, *depuis quelque part*, depuis un *point de vue*, ou une *perspective* qui serait nécessairement personnelle et impliquerait la déformation de la chose à juger. On comprend alors que les yeux bandés de la justice ne la rendent pas *aveugle* mais bien plutôt *clairvoyante* : pour avoir un point de vue neutre, objectif, impartial, il faut précisément ne pas avoir de point de vue du tout, abandonner sa subjectivité, pour tenter de voir et de juger les objets tels qu'ils sont.

Mais, rappelons le, la justice *se bande* les yeux : elle n'est pas d'emblée, aveugle et impartiale, elle *renonce* à la vision, à la subjectivité, au « juger depuis quelque part ». Ce qui veut dire qu'elle est, au départ, voyante, et donc partiale. Pourquoi ? Parce que le juge est un individu. Il possède donc une subjectivité, un point de vue, qui n'est pas le même que celui d'une autre personne, sur les choses. Ce point de vue peut se décliner de différentes manières, car le juge est un sujet par plusieurs aspects :

- il est un corps, avec des sensations et des émotions
- il possède une histoire personnelle, a vécu des expériences.
- il possède des convictions et des croyances (morales, politiques, religieuses)
- il occupe une position socio-économique dans la société.

Ces différents facteurs constituent l'individualité du juge, sa position, et c'est bien depuis celle-ci qu'il entre en contact avec les affaire qu'il a à juger.

L'enjeu de la justice est alors de savoir comment les magistrats peuvent, à l'instar de l'allégorie de la justice, se départir de leur position, se bander les yeux, ne plus envisager ce qu'ils ont à juger depuis ce qu'ils sont à titre personnel. Autrement dit, *l'enjeu est de savoir comment les magistrats peuvent se rendre aveugles non pas à ce qu'ils voient, mais à leur propre point de vue sur ce qu'ils ont à voir*, et qu'ils ne pourront pleinement voir, qu'à condition de renoncer à ce point de vue.

Comment rendre un jugement « dépersonnifié » ? Le juge peut-il détacher son jugement de lui-même ? Si oui, comment ?

b) Le problème de l'humanité du jugement.

Texte Platon.

Platon nous parle d'un mythe concernant la manière dont étaient à l'origine jugés les morts afin de décider du lieu où leur âme allait ensuite séjourner. La loi à appliquer était la suivante :

« ceux qui ont mené une vie juste iront sur l'île des Bienheureux »
« ceux qui ont vécu dans l'injustice iront au Tartare »

La loi comporte deux éléments : elle définit deux catégories d'individus, deux classes, et deux traitements réservés à chacune de ces classes. En quoi consiste alors le jugement ? Juger consiste à déterminer si un individu rentre dans l'une ou l'autre de ces catégories, est concerné par l'une ou l'autre de ces règles¹. Il faut donc savoir si la personne qui va mourir appartient à la catégorie des personnes justes ou injustes, pour savoir quel traitement doit lui être réservé, en application de la loi. Or, d'après le mythe, c'étaient les hommes eux-mêmes qui étaient chargés de juger leur pairs, avant qu'ils ne meurent. Des vivants jugeaient des vivants sur le point de mourir. Il est donc question, en réalité, dans ce mythe, de la justice humaine en général : des hommes, magistrats, qui dans les tribunaux jugent d'autres hommes. Dans un tel contexte, les jugements étaient « mal rendus », les hommes envoyaient des personnes injustes sur l'île des Bienheureux et des hommes justes au Tartare. On envoie dans ces lieux des hommes qui ne devraient pas y être : les jugements rendus reposaient sur une erreur d'appréciation quant à l'inscription de l'individu jugé dans la catégorie à laquelle il est supposé appartenir. On considérait que des hommes en réalité injustes, s'inscrivaient dans la catégorie « homme juste », et inversement. Ce qui a pour conséquence que les individus ne « méritaient pas » le traitement qu'ils recevaient. De là découle une forme d'erreur judiciaire.

La cause de cette erreur d'appréciation a un rapport avec la vision, et ce n'est pas un hasard vis-à-vis de ce que nous avons dit précédemment.

- **Premier problème : les juges sont « éblouis », ne voient pas les individus tels qu'ils sont, parce que les individus qu'ils doivent juger sont vivants.**

Comme les individus ne sont pas encore morts au moment de leur jugement, ils sont encore incarnés, ils se présentent sous forme d'un corps. Or, ce que l'on cherche à juger, c'est l'état de leur âme, si elle est tordue par une vie d'injustice, ou belle, car juste. Le problème est alors le suivant : les juges doivent juger l'âme, mais sont confrontés au corps. Or, il est tout à fait possible qu'un individu immoral, ait un beau corps, en bonne santé. Juger l'âme au travers du corps, c'est prendre le risque d'imaginer que le beau corps cache une belle âme, alors qu'un homme en réalité injuste, laid, peut se cacher derrière une apparence de beauté.

Autrement dit, le juge est confronté à l'apparence : il doit juger la personne pour ce qu'elle est (juger son âme), mais n'a accès qu'à son corps, ne voit que l'apparence de la personne. Il ne voit que ce qui *paraît* et non ce qui *est*, alors qu'il doit juger ce qui est, et que le paraître peut tromper, induire en erreur sur ce qu'est réellement l'homme à juger. Autrement dit, le juge est dans la position de celui qui juge le livre à partir de sa couverture, alors que c'est son contenu qu'il doit

¹ « La faculté de juger est la faculté de subsumer sous des règles, c'est-à-dire de discerner si une chose rentre ou non sous une règle donnée » Kant, *Critique de la faculté de juger*, §40

juger. Il à affaire à des hommes « tout vêtus », habillés. Le vêtement couvre, empêche de voir, comme la couverture du livre, et peut être trompeur, induire en erreur sur le contenu de l'ouvrage, sur la qualité de l'homme à juger. Un coupable peut se cacher derrière des airs d'innocents.

Or, c'est bien ce qui se passe dans la justice humaine : on juge des hommes, en chair et en os, qu'on fait *comparaître* devant un tribunal, ce qui indique qu'ils paraissent, devant d'autres hommes, et que le contact s'effectue sur un mode sensible : de quoi l'accusé à l'air quand il entre dans la pièce, quelles réactions sont visibles sur son visage quand on lui pose des questions ou qu'un témoin prend la parole, paraît-il décontracté, tendu, etc. Les dessins de presses se fondent d'ailleurs sur cet aspect quand ils diffusent des informations sur le procès. Le procès est un jeu de regards institutionnalisés, une mise en scène des apparences², à partir desquelles le juge devra trancher sur ce qui dépasse pourtant ces apparences.

- **Second problème : les juges ont la vue « offusquée » parce qu'ils sont eux-mêmes vivants.**

Les juges jugent « tout habillés eux aussi, ayant devant leur âme comme un voile, des yeux, des oreilles, et tout leur corps », « cet appareil qui les couvre (...) leur offusque la vue ». Le juge est vivant, il est incarné. On notera le paradoxe : les « yeux » offusquent « la vue », empêchent de voir. C'est qu'ils empêchent de voir la chose telle qu'elle est, puisqu'ils ne donnent accès qu'à l'apparence sensible. On comprend qu'avoir une idée de la chose telle qu'elle est ne pourra pas passer par la vue.

Le problème pointé du doigt par Platon est ici celui de la position depuis laquelle le jugement est émis : le juge humain est avant tout un corps, un lieu de sensation et d'émotions, qui trouble la vision qu'il peut avoir du cas qu'il a à évaluer. La vision qu'a l'homme de la chose est couverte par ce voile, les objets lui apparaissent à lui, à travers ce voile : il les colore, en quelque sorte, et masque leur véritable visage³.

On ajoutera à cela le problème de l'influence que constituent les témoins : les témoignages des amis de l'homme jugé peuvent eux aussi perturber l'évaluation du juge. Si tout le monde dit que c'est un honnête homme, il sera plus difficile de discerner que l'homme dont il est question est malhonnête⁴.

On comprend donc que la source des « jugements mal rendus », c'est précisément qu'ils sont rendus par des hommes, à propos d'autres hommes : la solution de Platon est alors *d'éliminer l'humanité du jugeant et du jugé*. Il faut que les juges soient « nus et morts », et que les individus qu'ils aient à juger soient eux aussi morts, pour que l'on juge leur âme indépendamment de leur corps. Autrement dit, il faudrait que le jugement ne s'effectue qu'avec l'esprit et non le corps, il faudrait que le juge soit désincarné, sans émotions ni sensations, car les sensations ne lui offrent que les apparences et non la vérité. Il faudrait le dépouiller de ce qui fait son *humanité*.

Si cette solution est privilégiée dans le mythe pour le jugement des morts, comment faire alors pour éviter l'erreur judiciaire et les jugements mal rendus quand il est question des tribunaux

2 « cette pompe », dit Platon

3 Sur le juge comme corps, et l'impact de ce corps sur les jugements rendus, voir les études réalisées sur l'impact du moment de la journée au cours duquel a lieu le jugement et sa distance vis-à-vis des repas. La fatigue et la faim semblent corrélées à une sévérité des jugements plus accrue.

4 Sur l'influence de l'opinion publique sur le juge, voir l'étude sur l'influence des Journaux télévisés portant sur des faits divers sur les jugements rendus le lendemain : Arnaud Philippe, « Vous jurez de n'écouter ni la haine ou la méchanceté... Les biais affectant les décisions des juges »,

humains ? Les problèmes pointés du doigt par Platon semble inhérents à la justice des hommes : il s'agit toujours d'une justice incarnée, aussi bien du côté du juge que des hommes qu'il doit juger. Comment faire alors pour que le jugement humain soit « inhumain » ou « déshumanisé » ?

On notera qu'une des conditions nécessaires à cette recherche d'un dépassement de l'« humanité du jugement » est la prise de conscience de l'existence de ce problème. Or, précisément, une des intérêts de l'algorithme est qu'il permet de compiler les décisions passées et de porter un regard surplombant sur celles-ci. On peut alors apprécier la cohérence des décisions d'un juge à l'autre, mais aussi étudier les potentielles différences et rechercher les facteurs les expliquant. L'algorithme permettrait donc à l'institution judiciaire et aux juges de porter un regard critique sur leur propre pratique et de prendre conscience de la subjectivité des jugements humains⁵.

c) L'idéal rationnel du juge-machine

Texte Beccaria

Beccaria évoque les différents problèmes posés par la subjectivité des jugements humains et propose une solution pour les éviter, en éliminant cette subjectivité. Si la mise à distance de la subjectivité suppose de renoncer à la sensation et à l'émotion, il faudra donc chercher dans la raison la faculté propre à rendre des jugements dépersonnalisés.

La mission du juge est « d'examiner si tel homme a fait ou n'a pas fait une action contraire aux lois », autrement dit, il doit mettre en rapport la *fait* – telle action ayant eu lieu – avec le *droit*. Il doit déterminer si l'action particulière rentre dans telle ou telle catégorie juridique. La loi est formulée de telle manière :

« Le vol est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende »

Article 311-3 du Code Pénal.

Type d'acte X engendre Sanction Y.

La loi repose donc sur deux piliers : elle établit une catégorie d'acte, un genre, et un traitement qui lui incombe. Pour que le juge détermine si la personne en face de lui doit écopier de trois ans d'emprisonnement ou non, il faut savoir si ce qu'elle a fait rentre bel et bien dans la catégorie « vol ». Cette opération, qui consiste à inscrire les faits qu'il doit juger dans une catégorie prévue par la loi s'appelle la *qualification* de l'acte. Il s'agit en fait de subsumer le fait sous une catégorie du droit.

Pour juger le cas, déterminer le traitement qui doit être appliqué à l'individu que l'on juge, il faut d'après Beccaria procéder par « un raisonnement parfait ». *C'est la raison, le calcul, et non la sensibilité, qui va permettre au juge de trancher en évitant le problème de la subjectivité. Ce raisonnement s'effectue sous la forme d'un syllogisme, soit un raisonnement qui à partir de propositions données, établit une conclusion nécessaire.*

5 Arnaud Philippe note dans son article « Vous jurez de n'écouter ni la haine ou la méchanceté... Les biais affectant les décisions des juges », que « la mise à disposition d'un nombre croissant de bases de données recensant un grand nombre de décisions de justice a permis un nouvel essor de la connaissance » dans le domaine des biais subjectifs affectant les jugements humains.

- (1) Majeure : la loi générale
- (2) Mineure : l'action à juger
- (3) Conclusion : Jugement, condamnation ou absolution.

Exemple :

- (1) Le vol est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende
- (2) Monsieur X. a volé la voiture de Madame Y.
- (3) Monsieur X doit écoper de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende.

Privilégier un tel raisonnement pour déterminer le jugement final est un parti pris conséquent, puisque le raisonnement qu'il s'agit d'effectuer est *contraignant* : la conclusion s'impose, parce qu'elle découle des prémisses, elle ne peut pas être différente, et ne laisse aucune place pour les impressions personnelles. Le même résultat s'impose à tous, indépendamment de la personne qui réalise le raisonnement. On retrouve ici une des caractéristiques de la raison, comme faculté de l'universel. On peut avoir l'impression que quelqu'un est coupable, mais les choses peuvent sembler différentes à quelqu'un d'autre. Par contre, dire que « $2+2=4$ » n'est pas une question de ressenti, il s'agit d'une conclusion à laquelle tout être rationnel arrivera, car un autre résultat serait contradictoire. Faire du jugement rendu le résultat d'un syllogisme, c'est donc en faire un résultat auquel aboutira, en théorie, n'importe quel juge, s'il s'en tient à ce mode opératoire pour décider du sort du justiciable. Le résultat d'un tel raisonnement est impersonnel.

Autrement dit, pour éviter la subjectivité, et donc atteindre l'impartialité dans le jugement, le juge doit devenir un *pur être raisonnant, une machine à calculer*, sans émotion ni sensibilité. Il s'agit pour lui d'être une « bouche de la loi », d'après la formule de Montesquieu. La loi doit parler à travers lui, il n'a pas à la faire parler : il doit l'appliquer *mécaniquement*, sans faire entrer en jeu ses impressions personnelle, et sans l'interpréter. Si le juge a la liberté d'interpréter la loi, le risque est tout simplement qu'il y ait autant de versions de la loi qu'il y a de juges, car interpréter, c'est sortir du cadre du raisonnement strict, et donc retomber dans la subjectivité.

Beccaria est conscient qu'une telle conception du jugement, une application aveugle de la loi, peut s'avérer, concrètement, problématique dans certain cas, et qu'il est tentant de faire des exceptions pour éviter les désagréments qu'une application stricte et mécanique pourrait engendrer. Par exemple, si l'on applique strictement la loi selon laquelle tout conducteur excédant la vitesse indiquée doit écoper d'une amende, il faudra verbaliser le conducteur qui roule avec excès de vitesse pour emmener quelqu'un aux urgences, car sa vie est en péril. D'après lui, il faudrait condamner le conducteur, car il rentre dans la catégorie prévue par la loi « automobiliste roulant à plus de X km/h », même si ce jugement peut paraître discutable, ou problématique, qu'il y a là un « inconvénient momentané que produit quelquefois l'observation littérale des lois ». Ce désagrément n'est rien face aux « désordres funestes », aux problèmes bien plus graves qu'engendrerait une justice laissée à la subjectivité des juges. Si on laisse chaque juge libre de s'éloigner de « la lettre de la loi » pour l'interpréter, ou l'infléchir en fonction des cas particuliers, alors il n'y aura plus une seule loi, mais des lois multiples, en fonction de chaque juge, car l'interprétation sort du domaine rationnel et entre dans la subjectivité.

Cette rationalisation du jugement permet seule d'éviter les problèmes de la subjectivité des hommes. En effet, si le jugement ne s'attache plus à ce raisonnement strict, alors on se retrouvera face à des jugements variables, car relatifs au sujet jugeant, et à l'état du sujet jugeant. Autrement dit, d'une part, chaque juge décidera de la peine en fonction de multiples « causes qui changent les

apparences et dénaturent les objets », son histoire personnelle, ses émotions, ses convictions, la proximité avec l'accusé, la pitié qu'il lui inspire, etc. D'autre part, un seul juge pourra prendre une décision différente en fonction de son état de fatigue, s'il est souffrant, énervé, etc. Or, si chaque juge rend des jugements en fonction de son point de vue sur la chose, qui n'est par définition pas le même que celui d'un autre (voir la définition du point de vue, supra), alors les jugements rendus à propos d'un même cas seront différents en fonction des juges et de l'état du juge.

Le « sort du citoyen » serait alors différent, en fonction du lieu où son crime est jugé. On serait donc dans la situation absurde où un vol commis dans telle juridiction ne serait pas puni de la même manière que s'il avait été commis quelque kilomètres plus loin et qu'un autre tribunal se soit chargé de le juger, alors qu'il n'existe qu'une seule loi pour tous les citoyens du pays. Il y aura donc une rupture du contrat social, et du principe fondamental selon lequel les citoyens sont égaux devant la loi.

On comprend mieux l'enjeu si l'on considère que, c'est l'observation stricte et mécanique de la loi qui permet l'égalité de traitement. La loi demande qu'un certain traitement soit réservé à une certaine catégorie d'individu ou d'action :

« Tous les A doivent être B ».
« Tous les enfants de l'école doivent recevoir une brioche »

Appliquer cette loi à la lettre, c'est appliquer B à chaque A, mécaniquement. Autrement dit, c'est réaliser le raisonnement suivant pour chaque cas :

« Tous les A doivent être B »
or « m1 est un A »
donc « m1 doit être B ».

« Tous les enfants de l'école doivent
recevoir une brioche »
Or « Paul est un enfant de l'école »
Donc « Paul doit recevoir une brioche »

« Tous les A doivent être B »
or « m2 est un A »
donc « m2 doit être B ».

« Tous les enfants de l'école doivent
recevoir une brioche »
Or « Pierre est un enfant de l'école »
Donc « Pierre doit recevoir une brioche »

Ce qui fait que Paul et Pierre sont traités de la même manière, qu'il y a égalité de traitement, c'est qu'on se contente d'appliquer sans réfléchir le traitement prévu pour la catégorie « enfants de l'école ». La loi définit un traitement pour tous les membres d'une catégorie, qu'elle ne distingue pas. L'appliquer à la lettre, s'en tenir à la règle à pour conséquence que des individus ou des cas qui sont identiques du point de vue de la loi, soient traités de la même manière, indépendamment du juge qui applique cette loi.

Fonctionner de cette manière permettrait aussi de rendre les jugements prévisibles : si un type d'action entraîne, selon la loi, telle sanction, et que l'on sait que les juges se contentent d'appliquer mécaniquement cette loi, alors le citoyen sait ce qui lui arrivera, à coup sûr, et quel que soit le juge sur lequel il tombera, s'il accomplit cette action. *Le mécanisme permet de s'assurer de la répétition, du retour du même, il élimine la surprise et la nouveauté.*

Ainsi, on se retrouvera avec des juges interchangeables, la justice sera la même quelque soit le magistrat qui la rend, car les jugements rendus dans les tribunaux ne seront pas *ceux des juges*. Le

juge ne serait que l'appareil servant à appliquer ce calcul, qui sera le même quelque soit le juge qui l'accomplit.

Pour Beccaria, l'idéal d'impartialité et l'élimination de la subjectivité du juge passerait donc par la transformation du juge en être purement rationnel, c'est-à-dire en une machine à calculer. Le fonctionnement de la machine apparaît alors comme un idéal auquel le juge devrait se conformer :

[C'est le] vieux rêve de la pensée mécaniciste : une justice automatique, dans laquelle les machines seraient garantes du droit, serait plus impartiales et moins arbitraires que des normes appliquées par des humains, par définition imparfaits en raison de leurs limites cognitives, des influencent qu'ils subissent, voire des corruptions dont ils font l'objet. Ainsi Napoléon, dans une séance du Conseil d'État le 7 mai 1806, déclarait-il pour critiquer une décision de justice relative au sort des juifs : « les juges n'ont pas de pouvoir discrétionnaire ; ce sont des machines physiques au moyen desquels les lois sont exécutées comme l'heure est marquée sur l'aiguille d'une montre »

Julie Allard, « L'impartialité au cœur de l'autorité du juge ».

L'idéal de justice tend, à ce niveau, à se modeler sur les opérations les plus élémentaires de l'arithmétique et de la physique : on voudrait que les décisions du juge soient conformes à une pesée, à une mesure ou à un calcul. Le juge attribuant à chacun ce qui lui revient d'après la loi serait assimilable à des appareils perfectionnés qui indiquent le montant à payer, en multipliant la quantité de la marchandise livrée par le prix unitaire. Le montant est juste, parce que le compte est exact et que l'on ne conteste ni la justesse de l'appareil, ni le prix unitaire. Dans cette conception, le juge parfait serait comme une machine sans défaut, qui donne la réponse quand on lui fournit les éléments du problème, sans se préoccuper de savoir ce qui est en cause et qui serait le bénéficiaire d'une erreur éventuelle. Le bandeau qui couvre les yeux de la statue de la Justice symbolise cette attitude désintéressée : on juge non des personnes, que l'on ne voit pas, mais des êtres qui tombent sous telle ou telle catégorie juridique. Le juge est impartial, car il ne fait pas acception des personnes. Le jugement sera le même qu'il s'agisse d'amis ou d'ennemis, de puissants ou de misérables, de riches ou de pauvres. Tous ceux auxquels s'applique la même règle doivent être traités de la même façon, quelles qu'en soient les conséquences. La machine est sans passion ; on ne peut ni l'intimider, ni la corrompre, ni d'ailleurs l'apitoyer. *Dura lex, sed lex*. La règle est l'égalité, c'est-à-dire l'interchangeabilité des justiciables : leurs particularités ne seront prises en considération que dans la mesure où la loi en fait une condition de son application. C'est la

conception formelle de la justice, à laquelle son formalisme même confère une structure logique, favorisant la déduction correcte et plus particulièrement l'usage du syllogisme : ce qui vaut pour tous les éléments d'une catégorie s'applique à tel élément de cette catégorie. Rien ne devrait venir troubler le déroulement rigoureux du raisonnement : c'est à cette condition que pourra être préservé un ordre juridique qui donnera un sentiment de sécurité à tous ceux qui y sont soumis. L'idéal du positivisme juridique serait un ordre juridique si bien élaboré, des lois si claires et si complètes, qu'à la limite, la justice puisse être administrée par un automate.

Justice et raison, Chaïm Perelman.

Juger tel un automate, voilà quelle serait la mission du juge, afin de se départir de sa subjectivité, et donc d'atteindre un idéal d'impartialité. Mais, rappelons le, le juge *n'est pas* une machine, il n'est pas qu'une raison, il est aussi un sujet sensible. La question est alors de savoir si cet idéal est réalisable. Les hommes peuvent-ils juger comme le feraient des machines ? Si non, pourquoi ne pas déléguer cette mission aux machines elles-mêmes ?

d) La solution pratique : les promesses de l'algorithme.

L'algorithme semble offrir une gamme de solutions possibles aux problèmes que nous avons mis en évidence. L'algorithme offre en effet différentes utilisations possibles à l'institution judiciaire dont les trois principales sont les suivantes :

- Comme base de données, l'algorithme compile les décisions passées, et permet de porter un regard surplombant sur celles-ci. On peut alors apprécier la cohérence des décisions d'un juge à l'autre, mais aussi étudier les potentielles différences et rechercher les facteurs les expliquant. L'algorithme permettrait donc à l'institution judiciaire et aux juges de porter un regard critique sur leur propre pratique. Cette première utilisation de l'algorithme permettrait donc à la justice des hommes de prendre conscience de ses propres défauts, d'identifier les facteurs impliqués dans la subjectivité des juges afin de pouvoir, individuellement ou collectivement, lutter contre eux. Ainsi, l'analyse des données par les algorithmes permet de mettre en évidence les biais qui affectent les décisions des juges⁶.
- Comme outil d'aide à la décision, l'algorithme servirait à assister le juge dans l'instruction d'un dossier, en lui apportant des connaissances sur les affaires et jugements passés sur des cas similaires à celui qu'il a à instruire. Dans ce cas, le juge pourrait confronter sa décision à celle d'autres juges, les comparer. Cette confrontation à la multiplicité des jugements possibles pour le même type d'affaire permettrait au juge de faciliter son travail de décentrement vis-à-vis de lui-même, et permettrait de réfléchir à son jugement du point de vue d'autres juges. L'algorithme serait un outil permettant ce que Kant appelle la « pensée élargie ». Texte Kant. Pour se défaire de sa subjectivité, il faut faire varier son jugement, envisager tous les jugements possibles, non pas seulement ceux ayant effectivement été pris (tels ceux emmagasinés par l'algorithme). Il faut faire l'effort de *penser avec les autres, de s'arracher à soi, et dans un mouvement de réflexion, d'envisager de manière critique son*

6 Voir « Vers une meilleure connaissance des facteurs d'influence dans le processus de décision judiciaire ? », Laetitia Brunin.

propre jugement à l'aune de ce regard possible de l'autre. Cet effort permet de se détacher de sa position initiale, de notre personne et de ses biais, de ne pas rester coincé dans sa propre position, d'avoir un esprit « borné », et permet de dépasser la subjectivité pour aller vers une intersubjectivité.

- Dans une conception plus ambitieuse du rôle de l'algorithme, ce dernier permettrait de proposer au magistrat une décision pour le cas qu'il a à instruire, en s'appuyant sur les lois, les informations à propos du cas présent, et l'analyse des cas similaires et de leur traitement par les juges par le passé.

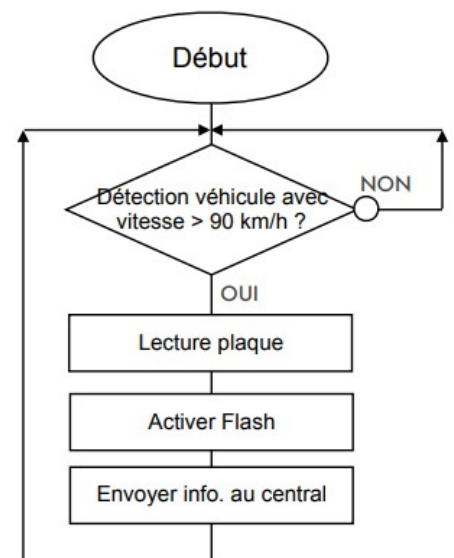
On aurait alors la possibilité d'éliminer complètement le problème de l'humanité du juge, et d'éviter la lutte que le juge et la justice humaine doivent engager contre eux même, pour se rapprocher de la machine, en confiant directement la tâche de juger aux machines elles-mêmes.

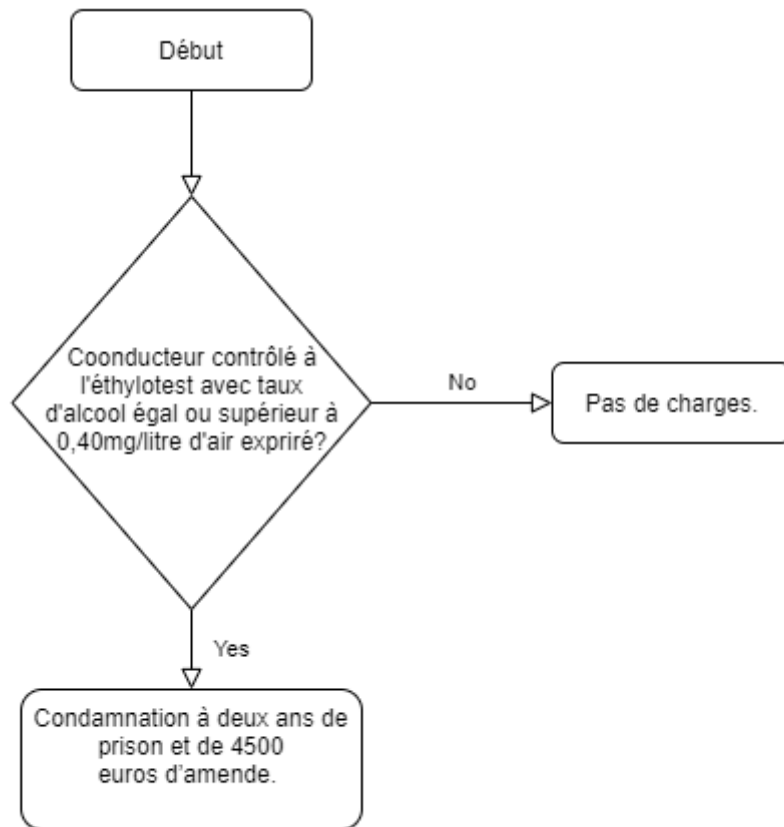
Si l'on suit Beccaria, le juge parfait serait celui qui se limite à être un être raisonnant, calculant. Or, l'algorithme, sur le papier, permettrait d'effectuer un tel raisonnement.

Prenons l'exemple du fonctionnement de l'algorithme d'un radar automatique :

L'algorithme représente ici de façon visuelle l'algorithme permettant au radar automatique de fonctionner. Ce dernier est programmé pour réaliser trois opérations (lire la plaque, activer le flash et envoyer l'information au central) si le véhicule est détecté comme roulant au dessus de 90km/h. On voit bien d'après ce programme que tout véhicule roulant au dessus de cette vitesse déclenchera les mêmes effets, automatiquement (radar automatique...), et que tous les conducteurs seront donc traités de la même manière. Il n'y a pas possibilité de d'influencer le radar pour qu'il ne se déclenche pas...

Or, en théorie, et si le raisonnement judiciaire peut, comme le prétend Beccaria, se limiter à un strict raisonnement du type de celui du syllogisme, il serait tout à fait possible de concevoir un algorithme pour émettre un jugement sur le même modèle : soit la loi « La conduite en état d'ébriété, avec un taux d'alcool dans l'ai expiré égal ou supérieur à 0,40mg/litre est passible de deux ans de prison et de 4500 euros d'amende ».





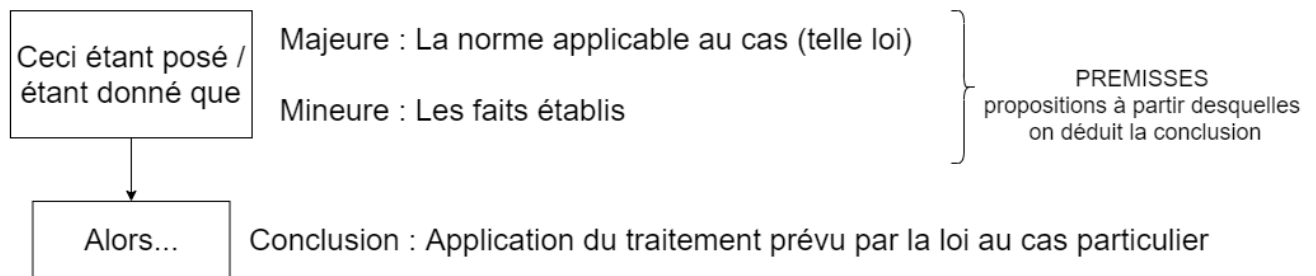
Bilan : L'idéal du juge-machine, conçu en réponse aux problèmes posés par la subjectivité des juges humains, et en somme, l'humanité de la justice, semble pouvoir devenir réalité à l'aide des algorithmes. Toutefois, cet idéal repose sur une conception du jugement qui ne semble pas coïncider avec la réalité : le juge, quand il applique une loi à un cas, ne le fait pas automatiquement, sans réfléchir, ni interpréter la loi. Peut-on réellement réduire le jugement à une opération mécanique et ainsi la déléguer aux machines ?

B) L'irréductibilité du jugement à une logique mécanique

a) Les prémisses du syllogisme judiciaire

Qu'est ce qu'un jugement, en droit ? Il s'agit, stricto sensu, d'une *application du droit*. Cette « application » consiste à *mettre en rapport* des faits, qu'il s'agit de juger, avec une norme, la loi. Or, peut-on réellement réduire cette application de la loi à un raisonnement déductif – à un syllogisme ?

Reprenons la façon dont s'effectue, en théorie, le jugement, sous forme de syllogisme :



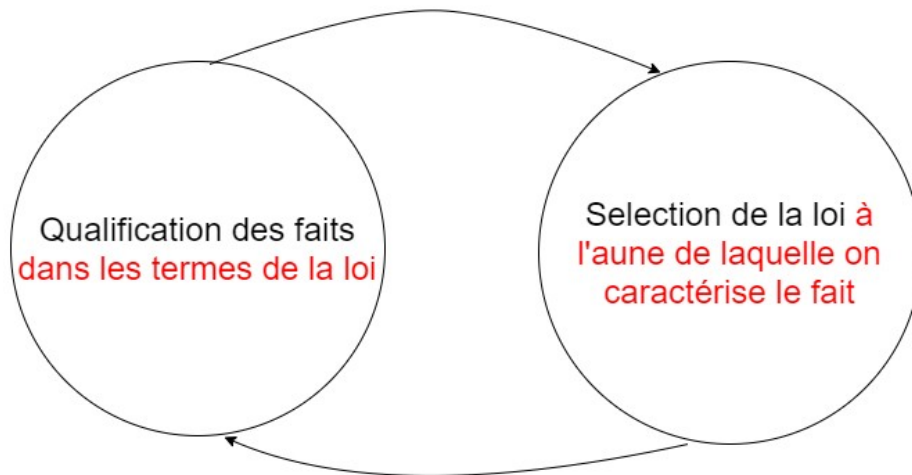
L'opération déductive consiste à *tirer la conséquence* des prémisses. Considérer que le travail du juge se limite à une déduction, c'est donc considérer qu'il se contente d'établir la conclusion, ce qui suppose que *les prémisses lui sont fournies*. Or, ces prémisses, à *partir desquelles* on peut en théorie déduire la conclusion, doivent bien, au préalable de l'opération déductive, être établies, et c'est précisément le travail du juge que de déterminer la loi qui s'applique au cas, et d'établir les faits qu'il a à juger.

Non seulement on ne peut pas réduire le travail du juge à celui d'une machine déductive – car il doit avant tout établir les faits et trouver la loi qui convient au cas qu'il a à juger *avant* toute opération déductive – mais on peut considérer que le jugement, qui est la mise en rapport des faits avec le droit, est *déjà* à l'œuvre dans l'établissement des prémisses.

Le juge est saisi d'une affaire. Des faits lui sont présentés. Il doit d'abord établir ces faits (mineure du syllogisme). Or, établir les faits, ce n'est pas simplement les décrire, c'est avant tout les *qualifier*. Il s'agit donc d'inscrire le fait dans le droit, en décrivant le fait *à partir des catégories juridiques*. On ne dira pas « Monsieur X est entré par en crochétant la serrure chez sa voisine pendant qu'elle dormait, puis est reparti avec ses bijoux ». On dira que Monsieur X est entré « par effraction », pour commettre un « vol ». L'emploi des catégories juridiques – prévues par le droit, pour qualifier les faits, consiste, on le voit bien, à mettre en rapport le fait avec le droit, puisqu'on emploie le droit et on lui emprunte ses catégories, pour décrire le fait. Qualifier les faits, c'est donc déjà juger. Or, dans cette opération, il s'agit en fait de *donner un sens* aux faits, les *interpréter* donc, un sens en partie prédéterminé par les catégories du droit.

En décrivant le fait par ces concepts, on affirme que l'action individuelle qu'on a à juger est membre d'une catégorie essentielle d'actions : on considère qu'elle est un individu s'inscrivant dans une espèce ou un genre d'action *prévue par la loi*. Or, pour qualifier ainsi le fait, il faut d'abord trouver la catégorie juridique *à partir de laquelle* on pourra le décrire. Il faut donc, pour qualifier le fait, chercher la loi à laquelle on pourra emprunter la catégorie juridique dans laquelle inscrire le fait. Ce qui suppose donc, dans le même temps, de chercher la loi qui s'applique au cas (majeure du syllogisme). Or, cette recherche de la loi à partir de laquelle considérer le cas, n'a rien d'automatique, c'est d'ailleurs la raison pour laquelle le procès a lieu : s'il y a désaccord sur la peine ou le traitement à appliquer à un cas, c'est avant tout parce que la qualification des faits fait l'objet de désaccords et de discussion. Par ailleurs, le rôle de la Cour de Cassation est précisément de pointer du doigt la qualification effectuée par le juge en première instance. Les prémisses font donc l'objet de controverse.

Autrement dit, la mise en relation du fait avec le droit, l'établissement des prémisses, sur laquelle repose ensuite la déduction du traitement à appliquer, n'a rien de déductif ou d'automatique, elle repose sur une dialectique et un mouvement de va et vient :



C'est ce travail de mise en rapport qu'on appelle *juger* et celui-ci se joue bien *en dehors* et *en amont* de l'opération déductive à laquelle on a voulu réduire le travail du juge. Ricoeur résume ces différents points de la manière suivante :

L'application (...) est une opération complexe qui combine de façon remarquable l'argumentation en tant que procédure déductive et l'interprétation en tant qu'exercice de l'imagination productrice. (...) L'argumentation vise à faire descendre la prétention à la validité du niveau des règles et des normes admises à celui du cas spécifique. Mais ce transfert de validité ne saurait être réduit à une procédure mécanique ; elle implique l'interprétation de deux façons complémentaires. D'un côté un choix doit être fait entre les lois disponibles et plus précisément entre les interprétations préalables accumulées tout au long de l'histoire de la jurisprudence. Ce choix est gouverné par la présomption de l'affinité, disons de convenance, entre les lois sélectionnées et le cas considéré. D'autre part, le cas lui-même doit être décrit de façon appropriée en fonction de la norme mise en jeu dans le cas donné. Cette description met à l'épreuve ce qui constitue en fait une interprétation narrative du cas considéré.

Ricoeur, *Le juste 2*, « Justice et vengeance ».

Pour savoir sous quelle loi il convient de mettre le cas, il faut voir dans la panoplie des lois celle qui possède une sorte d'affinité présumée avec le cas ; par conséquent il y a ici un travail d'interprétation de la loi en fonction du cas ; mais aussi un travail de présentation du cas en fonction de son appropriation à la loi (...) l'ajustement de l'un à l'autre – l'ajustement mutuel du processus d'interprétation de la loi et du processus

d'interprétation du fait – bref la convenance entre elles de ces deux interprétations.

Ricoeur, *La critique de la conviction*

b) Les problèmes de qualification

Qualifier les faits, c'est, nous l'avons dit, les inscrire dans la loi. Or cette opération, loin d'être automatique, impersonnelle, et s'imposant d'elle-même, demande au contraire bien souvent une *décision* de la part du juge.

En effet, les cas dans lesquels cette opération ne pose pas de difficulté sont des cas-limite qui ne sont pas représentatifs de la manière dont elle fonctionne en général. Prenons un exemple d'un tel passage à la limite :

La loi :

Le Code de la route stipule qu'une *conduite en état d'ébriété*, avec un taux d'alcool dans l'air expiré égal ou supérieur à 0,40mg/litre est passible de deux ans de prison et de 4500 euros d'amende.

Le cas :

Monsieur X se fait contrôler en voiture, et souffle dans un éthylotest.

Les résultats de son tests sont les suivants : concentration d'alcool dans l'air expiré : 0,60 mg/litre.

Juger le cas en qualifiant les faits :

1) Monsieur X rentre-t-il dans la catégorie « conducteur en état d'ébriété » ? Peut-on qualifier son acte de « conduite en état d'ébriété » et le condamner à la peine prévue pour ce type d'acte ?

2) Un juge pourrait-il dire que l'action de Monsieur X ne rentre pas dans cette catégorie étant donné la manière dont est formulée la loi ? Pourquoi ? Un désaccord entre juge pourrait-il apparaître ?

3) Le juge a-t-il besoin, pour juger ce cas, d'une quelconque réflexion ou interprétation de la loi ?

4) Une machine à qui on donnerait la loi, et les résultats des tests de Monsieur X, pourrait-elle juger ce cas à la place du juge ? Pourquoi ?

Dans un tel cas, la qualification s'impose d'elle-même, ainsi que la conséquence juridique, sans que le juge n'ait à formuler une quelconque appréciation. Ce cas représente un passage à la limite, car l'établissement des prémisses, préalable à la déduction de la peine, est un acte d'entendement, et non de volonté. On peut aisément expliquer cette situation en faisant remarquer que dans la loi dont il est question ici, *les conditions de son application sont prévues, les critères déterminant l'application du concept « état d'ébriété » au fait sont précisées*. Autrement dit, dans

ce cas, la loi prévoit et explicite ses propres conditions d'application, et ce, par des indications quantitatives objectives.

Or, c'est loin d'être ce qui se passe dans la plupart des cas, et plusieurs problèmes peuvent se poser, éloignant l'opération de qualification des faits et de sélection de la loi applicable au cas d'un simple mécanisme impersonnel.

Problème 1 : Les termes vagues.

Prenons un exemple simple : la loi indique qu'un vol commis *de nuit* est une circonstance aggravante et doit impliquer un traitement différent d'un vol commis de jour. La question est alors de savoir ce qu'on entend par *de nuit*. A quelles conditions peut-on considérer qu'un vol répond à cette définition ? Faut-il entendre par là que le soleil s'est couché, ce qui implique qu'en hiver, un vol commis à 17h peut être considéré comme vol *de nuit*, mais pas en été ? S'agit-il d'une question d'éclairage, car on sous-entend que le voleur a profité de la pénombre pour exécuter son larcin ? En ce cas, peut-on considérer qu'un vol commis à minuit dans un casino brillamment éclairé constitue un vol *de nuit* ?

Un autre exemple : le concept d'*état de nécessité*. Aux termes de l'article 122-7 du Code pénal l'état de nécessité est une cause d'exonération de responsabilité pénale pour « la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ». On le voit bien, la notion de « danger » ou de « menace », face à laquelle il est permis d'effectuer une action qui dans d'autres circonstances serait interdite, n'est pas précisée. Dans ce cas de figure, le pouvoir d'appréciation du juge est requis, la qualification d'un fait par l'emploi de ce concept ne s'impose pas d'elle-même :

Concrètement, une personne vole de la nourriture et se défend en invoquant l'état de nécessité. Au vu de ce simple énoncé, il n'est pas possible de décider quelle sera la solution du litige. Si l'état de nécessité est bien prévu par le droit, il n'a pas été défini par le législateur – à la différence de ce que voudrait un système axiomatique complet. Dès lors, on va devoir faire appel à des notions extérieures au droit qui tiennent aux conditions actuelles de vie de la personne, à sa personnalité, son attitude générale, son passé, les circonstances de l'infraction mais également le type de nourriture volée, sa valeur, éventuellement le lieu du vol... La démarche du magistrat sera de collecter l'ensemble de ces éléments pour décider comment résoudre ce problème de « droit » qui devient en fait un problème « humain ».

« La justice prédictive en question », Romain Boucq

On pourrait toutefois se demander s'il n'est pas possible de résoudre ce « problème », en précisant les critères d'application de chaque concept juridique. Il s'agirait alors simplement de déterminer les conditions nécessaires et suffisantes pour considérer qu'un fait peut être subsumé sous un

concept de droit particulier, en listant, par exemple, les caractéristiques essentielles de la catégorie en question. Il s'agirait alors en fait d'éliminer la part d'indétermination qui entoure ces différents concepts. Or, une telle opération est-elle souhaitable ? En réalité, l'indétermination propre à certains concepts juridiques est en fait une condition pour qu'ils puissent s'appliquer à la diversité du réel et sans laquelle la loi ne pourrait pas accueillir la diversité du réel dans les futurs cas qui se présenteront à elle. Peut – on réellement se passer des concepts « vagues » ?

On a reconnu qu'une notion ne peut être considérée comme univoque que si son champ d'application est entièrement déterminé, ce qui n'est possible que dans un système formel dont on a pu éliminer tout imprévu : la notion de « fou » au jeu d'échecs satisfait à cette condition. Mais il n'en est pas de même quand il s'agit de notions élaborées au sein d'un système scientifique ou juridique, et qui doivent s'appliquer à des événements futurs dont la nature ne peut pas toujours être complètement précisée. (...) Dans la mesure où les expériences futures et la manière de les examiner ne sont pas entièrement prévisibles, il est indispensable de concevoir les termes les mieux précisés comme entourés d'une frange d'indétermination suffisante pour qu'ils puissent s'appliquer au réel. Une notion parfaitement claire est celle dont tous les cas d'application sont connus, et qui n'admet donc pas de nouvel usage qui serait un usage imprévu : seule une connaissance divine ou conventionnellement limitée est adéquate à une telle exigence.

Perelman, *Traité de l'argumentation*

L'indétermination des concepts juridiques semble donc être la condition de leur applicabilité, de leur utilisation à un matériau futur par définition indéterminé. Il y a là quelque chose comme une ouverture au possible dont il est impossible de se passer. On notera qu'un tel « problème » rend impossible toute réduction du jugement à une logique formelle ou à une opération strictement déductive : ce qui rend les démonstrations formelles contraignantes, c'est l'univocité des termes qu'elle emploie, à laquelle aspire d'ailleurs le formalisme.

Problème 2 : Le texte daté.

Un concept juridique peut sembler clair et son application à un fait peut sembler ne pas poser de problème pendant un temps, avant de devenir obscur par la suite.

Exemple : Article 617 du Code Civil - « L'usufruit s'éteint à la *mort* de l'usufruitier. »

L'usufruit est le droit de pouvoir utiliser un bien sans en être le propriétaire. L'usufruitier est celui qui possède ce droit d'utilisation. La notion de mort n'a pas posé problème pendant très longtemps : était mort celui dont le cœur avait cessé de battre. Toutefois, avec les progrès techniques, il est possible de faire battre le cœur d'un individu en état, par exemple, de mort cérébrale. Il est possible de transplanter un cœur dans le corps d'un autre individu. L'usufruitier est-il, alors mort ?

Problème 3 : L'existence d'antinomies.

On parle d'antinomie dans le cas où un même fait semble correspondre à deux catégories juridiques, auxquelles sont associés deux traitements diamétralement opposés.

Le cas :

En 1951, à Orléans, comparait devant le tribunal un certain Monsieur Roux, qui se prétend guérisseur. Il ne possède aucun diplôme de médecine. Toutefois, il obtient par des méthodes alternatives de véritables guérisons chez des patients atteints de maladie mortelles, et soigne notamment des enfants atteints de méningite.

Les lois :

La loi punit tout « exercice illégal de la médecine », et précise qu'un tel délit est commis « lors qu'une personne pose un diagnostic ou traite une maladie, habituellement ou par direction suivie, sans avoir le diplôme requis pour être médecin ».

La loi punit la non-assistance à personne en danger, et stipule que commet ce délit quiconque s'abstient « volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que sans risque pour lui et pour les tiers il pouvait lui prêter, soit par son action personnelle, soit en pratiquant un secours »

L'accusation et la défense :

L'ordre des médecins s'insurge devant les activités de M. Roux, et souhaite sa condamnation au titre d'exercice illégal de la médecine. M. Roux affirme quant à lui qu'il ne peut être condamné pour son activité, et qu'il avait l'obligation de soigner les malades, sous peine de commettre un délit de non-assistance à personne en danger.

Juger le cas en qualifiant l'activité de Monsieur Roux :

- 1) Peut-on qualifier l'activité de M. Roux comme *exercice illégal de la médecine* ?
- 2) Peut-on qualifier l'activité de M. Roux comme *assistance à personne en danger* ?
- 3) D'après la loi, M. Roux devait-il ou ne devait-il pas exercer son activité ?
- 4) La solution du litige (condamner ou ne pas condamner M. Roux), s'impose-t-elle d'elle-même au juge dans ce cas ?

Apparaît ici une contradiction entre une règle interdisant à quelqu'un qui n'est pas médecin de soigner des personnes, et une règle qui oblige toute personne à porter assistance (et donc soigner) quelqu'un en péril de mort. L'antinomie est totale : la loi interdit ce qu'a fait Monsieur Roux, et en même temps l'oblige à le faire, selon la vision qu'on adoptera de la chose. La question est alors : laquelle des deux lois appliquer ? Faut-il qualifier l'activité du prévenu comme « exercice illégal de la médecine » ou comme « assistance à personne en danger » ? On le voit, rien dans la législation ne précise laquelle des deux lois appliquer au détriment de l'autre, aucune règle plus générale que celles-ci ne vient régler un tel conflit. Le tribunal tranchera au profit de l'obligation d'assistance.

Dans un cas d'antinomie, la qualification et le choix de la loi qui doit s'appliquer est bien à la charge du juge, elle ne s'impose pas d'elle-même, il n'existe pas de solution unique à un tel litige, contrairement à la conclusion d'un syllogisme ou d'une déduction qui est la seule possible.

Problème 4 : Les lacunes de la loi.

L'article 4 du Code civil stipule que « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » Autrement dit, s'il n'existe aucune catégorie juridique sous laquelle subsumer les faits qu'il doit juger, et donc si aucun traitement n'est prévu par la loi pour le cas qui se présente à lui – il ne peut pas s'abstenir de prononcer un verdict, et donc de déterminer un traitement.

On parlera alors d'une lacune de la loi, que le juge doit combler. Ce qui indique que le juge doit *inventer* une solution pour trancher le litige duquel il est saisi. En ce sens, il devra non pas appliquer une norme préexistante, mais *créer* de la norme, par sa décision. C'est le principe de la *jurisprudence*, constituée par les décisions effectives des juges constituant une source de droit pour le futur.

C'est ainsi que le juge peut être amené à *créer* une nouvelle catégorie juridique. C'est ce qui s'est passé dans le cas du concept d'*état de nécessité*, qui n'existait pas dans la loi française, et qui est né de décisions des juges de ne pas considérer comme coupable un acte considéré comme criminel par la loi dans d'autres circonstances. Un des cas de jurisprudence ayant fait date à cet égard est particulièrement parlant, valant le nom de « bon juge » au magistrat ayant traité ce cas : en 1898, Paul Magnaud est saisi de l'affaire Louise Ménard : mère célibataire sans ressources, sans nourriture depuis deux jours pour elle-même, sa mère et son enfant de deux ans, elle vole du pain dans une boulangerie. Le juge décide alors de renoncer aux poursuites, en considérant que cette action devait être qualifiée « d'acte accompli en état de nécessité non punissables » - catégorie juridique jusqu'alors inexistante. Le verdict du tribunal est alors le suivant :

Le Tribunal - Attendu que la fille M..., prévenue de vol, reconnaît avoir pris un pain dans la boutique du boulanger P... ; qu'elle exprime très sincèrement ses regrets de s'être laissée aller à commettre cet acte;

Attendu que la prévenue a à sa charge un enfant de deux ans, pour lequel personne ne lui vient en aide, et que, depuis un certain temps, elle est sans travail, malgré ses recherches pour s'en procurer; qu'elle est bien notée dans sa commune et passe pour laborieuse et bonne mère; qu'en ce moment, elle n'a d'autres ressources que le pain de trois kilos et les quatre livres de viande que lui délivre, chaque semaine, le bureau de bienfaisance de C... , pour elle, sa mère et son enfant;

Attendu qu'au moment où la prévenue a pris un pain chez le boulanger P..., elle n'avait pas d'argent, et que les denrées qu'elle avait reçues étaient épuisées depuis trente-six heures; que ni elle ni sa mère n'avaient mangé pendant ce laps de temps, laissant pour l'enfant les quelques gouttes de lait qui étaient dans la maison; qu'il est regrettable que, dans une société bien organisée, un membre de cette société, surtout une mère de famille, puisse manquer de pain autrement que par sa faute; que lorsqu'une pareille situation se présente, et qu'elle est, comme pour la fille M..., très nettement établie, le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi;

Attendu que la misère et la faim sont susceptibles d'enlever à tout être humain une partie de son libre arbitre, et d'amoindrir en lui, dans une certaine mesure, la notion du bien et du mal; qu'un acte ordinairement répréhensible perd beaucoup de son caractère frauduleux, lorsque celui qui le commet n'agit que par l'impérieux besoin de se procurer un aliment de première nécessité sans lequel la nature se refuse à mettre en oeuvre notre constitution physique; que l'intention frauduleuse est encore atténuée, lorsqu'aux tortures aiguës de la faim vient se joindre, comme dans l'espèce, le désir, si naturel chez une mère, de les éviter au jeune enfant dont elle a la charge; qu'il en résulte que tous les caractères de l'appréhension frauduleuse librement et volontairement perpétrée ne se retrouvent pas dans le fait accompli par la fille M..., qui s'offre à désintéresser le boulanger P... sur le premier travail qu'elle pourra se procurer; qu'en conséquence, il y a lieu de la renvoyer des fins des poursuites...

Bilan : Le jugement, qui repose sur la qualification des faits pour les inscrire dans le droit, n'a donc rien d'automatique.

Dans la plupart des cas – si ce n'est tous, le jugement fait donc intervenir *la volonté* du juge qui doit *décider* de la manière dont il convient de qualifier le cas, étant entendu qu'il existe plusieurs qualifications possibles, ce qui explique par ailleurs les désaccords et débats qui justifient la tenue d'un procès. Le jugement n'est donc pas seulement un acte d'entendement, mais un acte de volonté. Par ailleurs, il convient parfois pour le juge de faire acte de *création*, en constatant une lacune dans la législation, une impossibilité de qualifier correctement les faits à l'aide des concepts juridiques dont il dispose.

Volonté et création, voilà deux choses que n'est pas capable de mettre en oeuvre la machine : pure raison ou entendement, mécanisme calculant, prisonnier d'un logiciel qui ne permet de produire que du même. Il est donc inconcevable, une fois bien compris le fonctionnement du jugement, de le déléguer à la machine ou à l'algorithme, car il faut avant tout *penser* pour juger. La machine ne fait qu'appliquer des données qu'on lui fournit au préalable, elle ne choisit pas, et elle ne peut inventer ou créer de nouvelles catégories, dans la mesure où l'invention suppose de prendre conscience d'une lacune dans la loi qu'il s'agit de combler :

Une chose est le calcul ou le traitement des données selon des instructions, autre chose est l'invention d'un théorème. Calculer la trajectoire d'une fusée spatiale relève de l'ordinateur. Formuler la loi de l'attraction universelle est une performance qui n'en relève pas. Pas d'invention sans conscience d'un vide logique, sans tension vers un possible, sans risque de se tromper. (...) Quand on a demandé à Newton comment il avait trouvé ce qu'il cherchait, il aurait répondu « en y pensant toujours ». Quel sens faut-il reconnaître à cet y ? quelle est cette situation où l'on vise ce qu'on ne voit pas ? Quelle place pour y dans une machinerie cérébrale qui serait montée pour mettre en rapport des données sous contrainte d'un programme ? Inventer, c'est créer de l'information, perturber des habitudes de penser, l'état stationnaire d'un savoir.

Canguilhem, *Le cerveau et la pensée*.

De manière générale, on pourrait considérer que le jugement qu'effectue le juge n'a rien d'une application automatique de règles préexistantes, dans un mouvement descendant. Il s'agit toujours pour lui de *chercher* à partir du cas qui se présente à lui, la loi ou le concept qui serait pertinent pour le traiter, et jamais seulement, donc, *d'appliquer* une loi ou un concept qu'on lui fournirait en même temps que le cas. C'est la raison pour laquelle on pourrait décrire le travail du juge comme un *jugement réfléchissant*. Kant nous explique que « la faculté de juger en général est la faculté qui consiste à penser le particulier comme compris sous l'universel. Si l'universel (la règle, le principe, la loi) est donné, alors la faculté de juger qui subsume sous celui-ci le particulier est déterminante. Si seul le particulier est donné, et si la faculté de juger doit trouver l'universel, elle est simplement réfléchissante. »⁷

Quand le juge a affaire à un fait qui ne semble tomber sous aucune des lois ou catégories juridiques préexistantes, il est clair qu'il doit « trouver l'universel », car, ne pouvant *appliquer* aucune règle (ce qui supposerait que celle-ci préexiste à son jugement), il va devoir lui-même la trouver, dans un acte de création faisant intervenir l'imagination.

Toutefois, même dans les cas où il existe une règle ou un concept sous laquelle le cas présent pourrait tomber, il reste que le juge doit, pour chaque cas dont il est saisi, *trouver* cette règle ou ce concept, qu'elle ne lui est jamais fournie ou *donnée* en même temps que le cas. Il lui faut toujours partir du singulier (le fait), pour chercher et sélectionner la règle et la manière de l'appliquer, dans un mouvement ascendant qui n'a rien, donc, d'une *application*.

D'abord, chaque cause est singulière, de sorte qu'aucune règle ne détermine la manière de la construire, ni ne permet de déterminer en quoi elle ressemble à une autre cause qui servirait de précédent (l'analogie est aussi à construire). Ensuite, (...) si les règles de droit préexistent à la cause, faut-il encore chercher et trouver les règles applicables – celles-ci ne se déclarant pas d'elles-mêmes adéquates. Enfin, les règles éligibles peuvent être équivoques, en conflits ou lacunaires. Bref, il n'existe pas, comme l'avait déjà indiqué Kant, de *règle d'application de la règle*, et dès lors, la subsomption d'un cas sous la règle devient une opération ouverte, loin d'être mécanique.

« Phénoménologie du jugement judiciaire », Bertrand Mazabraud, *Les cahiers de la justice* 2020/4

c) Le juge suit-il une recette ?

Une autre difficulté se pose, empêchant la délégation du jugement aux machines, ou à l'algorithme. En effet, l'algorithme est une méthode de résolution d'un problème, qui s'écrit sous forme de programme, exécuté ensuite par la machine. Il est la formalisation d'une « recette », d'une méthode consistant en différentes étapes pour aboutir à un résultat :

Pour comprendre ce qu'est un algorithme, commençons par nous projeter quelques millénaires dans le passé et imaginer l'un de nos lointains ancêtres

⁷ Kant, *Critique de la faculté de juger*, Seconde introduction, IV

qui a vu sa regrettée grand-mère faire du pain et s'y essaye à son tour. Mais il ne sait pas vraiment comment s'y prendre. Il hésite, commence par faire cuire des grains de blé dans de l'eau bouillante, puis se dit que c'était peut-être une mauvaise idée. Il fait ce que nous faisons tous face à un problème que nous ne savons pas résoudre: nous imaginons des solutions, nous les essayons, nous tâtonnons, en comptant un peu sur la sérendipité, jusqu'à réussir... ou non. Cependant, les véritables boulangers ne procèdent pas ainsi. Ils ne réinventent pas la recette du pain à chaque fournée, car ils l'ont apprise et ils s'en souviennent. Et c'est grâce à cette recette qu'ils peuvent nous donner notre pain quotidien. La civilisation progresse, en effet, parce que des personnes inventent, mais aussi parce que d'autres reproduisent ces inventions, et parfois les améliorent. Nous avons oublié à quel point la recette du pain est précieuse. Tout d'abord elle contribue à réduire l'incertitude: grâce à elle, le boulanger sait que, à moins d'une catastrophe, le pain sera prêt pour le dîner. Cette recette, ensuite, ne demande aucune imagination, ni aucun talent. Les auteurs de ce livre, par exemple, sans avoir aucun talent pour la boulangerie, peuvent trouver la recette du chapati sur le Web et en préparer de fort convenables, sur les traces de boulangers plus imaginatifs et plus talentueux qu'eux. Cette recette, enfin, fait partie de notre patrimoine: elle a été transmise de génération en génération, pendant des millénaires. Cette recette est un algorithme et elle nous fournit une première définition de ce concept: un algorithme est un procédé qui permet de résoudre un problème, sans avoir besoin d'inventer une solution à chaque fois.

Serge Abiteboul, *Le temps des algorithmes*.

La « manière dont le boulanger procède » pour faire du pain, **peut être exprimée sous forme d'algorithme, parce qu'il suit un certain nombre d'étapes précises pour aboutir à ce résultat, qui sont toujours les mêmes. Il ne tâtonne pas, n'essaye pas, il suit un mode d'emploi,**

son activité est stéréotypée, ne nécessite aucune invention ou création. Ce mode d'emploi, formalisé, peut être délégué à une machine, dans la mesure où elle n'a alors qu'à reproduire le processus « extrait » par verbalisation, de ce que fait le boulanger. L'algorithme est en fait une suite d'actions à appliquer pour obtenir un certain résultat,



ce qui veut dire que **n'est formalisable sous forme d'algorithme qu'une activité qui procède en suivant un telle « recette » ou « méthode » rigide.**

La question est alors : la manière dont le juge procède est-elle la même que la manière dont le boulanger procède ? Le juge suit-il une recette, des étapes prédéfinies qui sont tout le temps les mêmes, pour juger ?

Pour que la machine exerce l'office du juge, il faudrait formaliser sous forme d'un programme à exécuter *ce que fait le juge* pour qualifier les faits, choisir la loi qui convient, etc. Il faudrait donc :

- que le juge suive effectivement une méthode bien précise, une sorte de recette, pour exercer le jugement.
- que cette méthode, la « manière » dont il procède, soit verbalisable, puisse être formulée sous formes de règles.

Or, le juge ne suit pas de méthode pour résoudre le problème qui se pose à lui, il doit *inventer* la solution au problème qui se pose à lui à chaque nouveau cas. Cette inventivité est contraire au principe même de l'algorithme.

Pour comprendre cette idée, on peut faire un détour par la façon dont Kant présente l'opération du jugement en général. La faculté de juger, nous dit Kant, est « la faculté de subsumer sous des règles, c'est-à-dire de discerner si une chose rentre ou non sous une règle donnée »⁸. C'est donc ce que fait le juge, qui doit déterminer si le fait qu'il a à juger peut être qualifié à l'aune de tel concept juridique ou traité à partir de telle loi dont il serait un cas particulier, un cas d'espèce. Il y a donc là une faculté de liaison, de mise en rapport du donné (le fait particulier) et le droit (la règle générale, formulée dans les concepts du droit).

Or, le problème, c'est que cette faculté de mise en rapport ne peut pas être formalisée, car elle n'obéit pas à des règles.

Textes Kant

Juger, ou « savoir si quelque chose est ou n'est pas le cas de la règle » ne peut pas s'apprendre. Mettre en rapport le cas avec une règle qu'on lui considère adaptée, et à partir de laquelle on le qualifiera, subsumer un fait sous une catégorie juridique, ne peut pas être appris, ni enseigné. Enseigner quelque chose à quelqu'un, c'est lui communiquer des règles. Apprendre à quelqu'un à faire du pain, c'est lui indiquer un certain nombre de règles à suivre afin d'en faire (recette, mais aussi conseils pour l'exécution, etc). Donc, apprendre à juger, expliquer à quelqu'un comment savoir si quelque chose est le cas de la règle, consisterait à lui inculquer *des règles d'application de la règle*. Le problème étant qu'on se retrouverait face à une régression à l'infini, puisque les règles d'application de la règle devraient elles mêmes être inculquées au moyen de règles, et ainsi de suite. Autrement dit : il n'y a aucune règle permettant de juger, de mettre en relation le fait et le droit.

Il y a là un type d'opération qui n'est pas formalisable. Or, l'ordinateur, pour effectuer une tâche, doit être programmé par un algorithme qui consiste précisément en un ensemble de règles lui indiquant *quoi faire dans tel ou tel cas*. Ce qui implique que l'opération du jugement ne peut pas

⁸ Kant, *Critique de la faculté de juger*, §40

être déléguée à un ordinateur, ni être exprimé sous la forme d'un algorithme. Ce qui fait que l'activité du boulanger est formalisable, et qu'on peut la déléguer à un robot de cuisine, c'est que *ce que fait* le boulanger, peut être réduit à un *comment fait le boulanger*, quelles règles suit-il. Or, le « comment on doit subsumer sous [des] règles », qui est ce que fait le juge quand il juge, ne peut pas être exprimé sous cette forme.

On peut bien fournir à la machine les lois en vigueur, et des informations sur le cas qui se présente, mais elle ne peut pas être programmée pour mettre en rapport les deux – et ne saura donc pas le faire – dans la mesure où on ne peut pas lui donner de règle pour ce faire. Il y a plus dans le travail du juge qu'une connaissance des règles, il y a un *pouvoir de se servir de ces règles*, qu'on ne peut pas transmettre à la machine, qui est de l'ordre du don, et non de l'apprentissage. Or, le défaut de ce pouvoir implique des erreurs dans l'application de la loi : ne pas savoir correctement subsumer le fait sous le droit, c'est risquer de subsumer le cas sous un concept ou une loi dont elle n'est pas un cas particulier. C'est risquer l'erreur judiciaire, l'erreur de qualification, de traitement. Autrement dit, même si on éliminait toute ambiguïté dans les lois, qu'on explicitait tous les concepts juridiques, et qu'on les fournissaient à la machine, elle ne saurait pas comment s'en servir, car une chose est de maîtriser « le concept in abstracto », une autre est de « distinguer si un cas y est contenu in concreto ».

Kant rajoute qu'il est possible d'*aiguiser* le jugement par l'exemple. Or, l'aiguiser, ce n'est pas suppléer à son défaut. Montrer comment on juge à quelqu'un peut bien l'aider à améliorer la façon dont il juge, mais il ne permettra pas de faire acquérir ce pouvoir à quelqu'un qui en est dépourvu.

On pourrait précisément critiquer la manière dont la programmation des algorithmes fonctionne sur ce point. On prétend pouvoir *apprendre* à l'algorithme à juger, en lui fournissant comme base de données les exemples de jugements effectués par les magistrats dans le passé. L'algorithme peut certes, à partir de là, essayer de tirer lui même des règles, statistiques, par exemple, pour *imiter* le jugement humain, mais il ne pourra pas acquérir la faculté qu'il essaye de mimer.

Pour comprendre ce point, on peut prendre un exemple simple de la façon dont est programmé un algorithme pour qu'il « sache » reconnaître un chat d'un chien, comme est capable de le faire un homme sans difficulté particulière. On souhaite donc lui apprendre à savoir *juger* à savoir identifier un particulier comme tombant sous le concept « chat » ou le concept « chien ». C'est l'objectif du « machine learning ». On commence par donner à l'algorithme des cas de reconnaissances faites par hommes, des images que des hommes ont identifiées comme contenant un chat ou un chien. L'homme a donc bien jugé que l'individu sur l'image entrain sous le concept de *chien* ou de *chat*. Mais il est impossible pour l'homme d'explicitier sous forme de règle formelle la façon dont cette reconnaissance s'effectue. Tout ce qu'il peut faire, alors, c'est donner à l'algorithme des exemples de cette opération de reconnaissance, afin qu'il tente de la reproduire. L'algorithme va alors analyser les images classées par l'homme sous le label « chien », ou « chat », et tenter d'établir un modèle de ce qui est considéré être un « chat » ou un « chien ». Cela peut passer par exemple, par la sélection de caractéristiques telles les formes ou les contours. A terme, après avoir établi un modèle, l'algorithme est supposé pouvoir classer sous le bon label, des images de chiens et de chat. Toujours est-il qu'il ne s'agit là que d'une imitation des *résultats* de la faculté

de juger humaine, et non l'acquisition par la machine de cette faculté elle-même. Comme le dit Kant, l'exemple n'a que valeur de « béquilles du jugement », mais ne peuvent pas créer ce pouvoir chez celui qui n'en a pas le don.

Conclusion : vers une rationalité non mécanique ?

L'activité du juge ne saurait être déléguée à une machine, pour des raisons qui tiennent à la nature même du jugement. Il s'agit d'une opération ouverte, non mécanique, débutant par une disponibilité à l'irréductible individualité du fait, qui déborde toute procédure standardisée et tout automatisme, suivi d'un recours complexe à la volonté, l'interprétation, la création. L'humanité du jugement n'est pas accidentelle à ce jugement, elle constitue en réalité sa condition de possibilité. Il n'est donc pas possible de la supprimer, à moins de rendre impossible tout jugement.

L'enjeu majeur sera alors pour la justice de concilier l'irréductible et nécessaire humanité du juge avec l'exigence de ne pas faire sombrer le jugement dans le domaine de l'arbitraire. Car l'idéal de formalisation du jugement et de sa potentielle délégation aux machines, bien qu'irréaliste et irréalisable, traduit toutefois un des besoins profonds de la justice : la nécessité pour le jugement d'échapper à la subjectivité, de viser une certaine objectivité, afin qu'il puisse valoir pour tous.

Comment le jugement peut-il alors échapper à l'arbitraire, tout en n'obéissant pas, par définition, à une logique rigide qui a l'avantage d'être impersonnelle ? S'il y parvient, ne serait-il pas l'illustration d'une forme de rationalité *autre* que celle qu'illustre la logique formelle ?

Il apparaît finalement que le jugement en droit se situe entre deux extrêmes, car il n'est

- ni le fruit d'un raisonnement logique, qui l'imposerait comme une conclusion nécessaire et impersonnelle
- ni le produit d'une subjectivité livrée à l'arbitraire et à l'irrationalité.

En réalité, le juge vise toujours une forme d'objectivité, à partir d'une subjectivité pourtant constitutive du jugement, par le truchement de l'intersubjectivité.

Deux solutions s'offrent en effet à lui pour parvenir à éviter l'écueil de l'arbitraire :

- Le recours à l'argumentation

Le juge doit montrer que la décision qu'il prend, bien que n'étant pas la seule possible s'imposant comme la conséquence nécessaire d'une déduction, reste pour autant justifiée, et possède de ce fait une certaine *acceptabilité rationnelle*. En effet, il lui est toujours nécessaire de *justifier* sa décision par des *arguments*. Le juge motive son jugement, en l'inscrivant dans le droit, en faisant appel à des raisons qui excèdent des motivations subjectives. De cette façon, il vise à *convaincre*, à obtenir l'adhésion d'autrui, au-delà de leur subjectivité respective. L'argumentation permet de réaliser un accord intersubjectif. Et il est toujours demandé au juge de procéder à une telle argumentation : il est exigé de lui que la solution qu'il invente, soit malgré tout rattaché au cadre partagé des normes en vigueur. C'est uniquement de cette manière que sa décision sera considérée comme *acceptable*. On retrouve ici une prétention à l'universalité du jugement, qui malgré sa non déductibilité, doit pouvoir prétendre valoir au-delà de la personne du juge.

- L'ouverture à l'ensemble des décisions possibles

Le juge doit inscrire sa décision dans l'ensemble du droit et de son exercice : il doit la relier à des décisions passées qu'elle prolonge, pour que le droit garde une certaine unité. Pour ce faire, il lui est nécessaire de *comparer* sa décision à d'autres, et ainsi de s'assurer que des cas semblables sont traités de manière semblable par différents juges. Son jugement obéit à une exigence de « pensée élargie », il doit prétendre à l'universalité. C'est par ce détour par le truchement d'autrui que le juge peut s'inscrire dans un processus d'*élargissement* de sa pensée, qui tend à le rapprocher d'un idéal d'impartialité, par le biais d'un retour sur son propre jugement « du point de vue de tout autre ». En ce sens, l'algorithme peut bien inciter à cette ouverture.

La forme de rationalité propre au jugement juridique, et lui évitant de sombrer dans la subjectivité d'où pourtant il s'exerce, se logerait donc dans la *tension* de l'individu jugeant vers une exigence d'objectivité, qui lui est adressé comme un appel, telle une idée régulatrice, et de laquelle il peut se rapprocher en transcendant sa subjectivité par le biais de l'intersubjectivité.

C'est donc une forme de rationalité non mécanique, proprement humaine, qui soutient le travail du juge :

Puisque tout litige implique un désaccord, une controverse, le rôle du juge est de trouver une solution qui soit raisonnable, acceptable, c'est-à-dire ni subjective, ni arbitraire. Le jugement étant une décision, et non une conclusion impersonnelle contraignante à partir de prémisses incontestées, il suppose l'intervention d'une volonté. Comment montrer que celle-ci n'est pas arbitraire ?

On peut évidemment essayer de donner le change, camoufler le rôle du juge grâce au syllogisme judiciaire qui formule, dans la majeure, la norme applicable, indique dans la mineure les faits établis, et tire la conclusion que la loi prescrit à partir de la subsomption des faits sous la norme juridique. Mais ce syllogisme ne s'impose qu'à condition qu'aucun de ces éléments ne fasse l'objet de controverse, ce qui est contredit par l'existence même du procès. Du fait que le juge doit trancher une controverse, une motivation qui ferait semblant que les éléments litigieux sont évidents relèverait de la fiction. Comme l'écrivent deux éminents juristes : « l'attendu présenté comme une évidence transporte le juriste au pays des merveilles. »

Motiver effectivement, c'est justifier la décision prise, en fournissant une argumentation convaincante, indiquant le bien-fondé des choix effectués par le juge. C'est cette justification, spécifique au raisonnement judiciaire, qu'il y a donc lieu d'examiner de plus près. C'est elle qui, en explicitant les raisons du dispositif, doit convaincre les plaideurs que le jugement ne résulte pas d'une prise de position arbitraire.

Il se peut que le processus psychologique, qui a amené le juge à prendre position, soit explicable par des mobiles d'ordre social, moral ou

politique et, à la limite, par la sympathie que, pour des raisons avouables ou non, il éprouve pour l'une des parties. Mais la motivation du jugement ne peut jamais se borner à l'explication des mobiles, aussi généreux soient-ils : son rôle est de rendre la décision acceptable par des juristes et, plus spécialement, par les instances supérieures qui auraient à la connaître. Chaque décision pouvant servir de précédent pour la solution ultérieure de cas de même espèce, il y a lieu de montrer qu'elle peut remplir ce rôle en s'insérant dans difficulté dans cette œuvre collective que constitue la jurisprudence.

Chaïm Perelman, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*.