Marquette Law Review

Volume 109
Numéro 2 *Hiver*

Article 7

2026

Écrire à la place du gouvernement

Bridget C.E. Dooling

Ceci est une traduction par DeepL que je n'ai pas encore révisée. Aussi peut-elle comporter des erreurs ou imprécisions, en particulier lorsque des phrases commencent à la fin d'une page pour se terminer sur l'autre page. GB

Retrouvez cet article et d'autres publications sur : https://scholarship.law.marquette.edu/mulr

 Fait partie des collections « Administrative Law Commons », « Courts Commons », « Legal Profession Commons » et « Legislation Commons »

Référence du dépôt
Bridget C.E. Dooling, « *Ghostwriting the Government* », 109 Marq. L. Rev. 767 (2025).
Disponible à l'adresse : https://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol109/iss2/7

Cet article vous est proposé en accès libre et gratuit par les revues de Marquette Law Scholarly Commons. Sa publication dans la *Marquette Law Review* a été approuvée par un rédacteur en chef habilité de Marquette Law Scholarly Commons. Pour plus d'informations, veuillez contacterelana.olson@marquette.edu .

ÉCRIRE À LA PLACE DU GOUVERNEMENT

BRIDGET C.E. DOOLING*

On parle de « rédaction fantôme » lorsqu'un auteur rédige des textes destinés à être publiés sous le nom d'une autre personne. Ce terme désigne le recours d'un homme politique à un rédacteur de discours, l'achat d'un mémoire par un étudiant ou encore un admirateur maladroit demandant à un poète de rédiger une lettre d'amour en son nom. Ce phénomène se produit également au quotidien au sein des organisations : des collaborateurs rédigent des documents destinés à être signés par leurs supérieurs hiérarchiques. Mais lorsque des législateurs s'appuient sur leur personnel et des lobbyistes pour rédiger des projets de loi, lorsqu'un directeur d'agence s'appuie sur son personnel ou des prestataires pour rédiger un règlement, et lorsqu'une juge s'appuie sur son greffier pour rédiger un projet d'arrêt, les avantages de l'écriture fantôme entrent en conflit avec les devoirs des décideurs gouvernementaux. Cet article soutient que lorsqu'un décideur gouvernemental a le devoir de raisonner, l'écriture fantôme peut constituer une violation de ce devoir en raison du lien entre l'écriture et la réflexion. Une critique fondée sur le devoir renforce notre capacité à évaluer les limites de la rédaction fantôme au sein du gouvernement, et elle arrive à point nommé. Dans la quête d'efficacité gouvernementale en matière de (dé)réglementation et au-delà, le potentiel de l'intelligence artificielle (IA) générative prend une importance considérable. Mais le mécanisme de sécurité classique de l'IA, à savoir la « présence humaine dans la boucle », n'est tout simplement pas suffisant lorsque le gouvernement a le devoir de raisonner.

I. DES NÈGRES AU SEIN DU GOUVERNEMENT ? 772
II. DIMENSIONS NORMATIVES DE LA RÉDACTION FANTÔME AU SEIN DU GOUVERNEMENT 779
A. Le lien entre l'écriture et le raisonnement 780
B. L'incompatibilité entre les devoirs de raisonnement et l'écriture fantôme 786
C. Qu'implique le devoir de raisonnement ? 790
III. CRITIQUES EXISTANTES À L'ÉGARD DE L'ÉCRITURE FANTÔME 796
A. Problèmes liés à la tromperie 796
B. Problèmes liés à la propriété : plagiat, droit de propriété et vol 801
C. Problèmes d'inauthenticité 803
D. Problèmes d'influence 808
IV. OBJECTIONS ET RÉPONSES 813
A. Une approche fondée sur le devoir de raisonnement est irréalisable 813

* Maître de conférences en droit à l'Université d'État de l'Ohio. L'auteur remercie Daniel Deacon, Brian Frye, César Cuauhtémoc García Hernández, Chris Havasy, Margaret Kwoka, Renée Landers, Matt Lawrence, Margaret Lemos, Chad Oldfather, Jennifer Nou, Richard Re, Blaine Saito, Bijal Shah et David Zaring pour leurs commentaires et leurs idées. Rachel Russo et Alia Baig ont apporté leur aide à la recherche.

B. Cessez de vous en prendre à l'État administratif 816
C. Pourquoi ne pas simplement exiger la transparence ? 818
D. N'est-ce pas simplement un réflexe antimoderne ? 819
V. CONCLUSION 820

> *Croire que l'inspiration prime sur tout le reste est, je le soupçonne, le signe que l'on ne connaît pas bien le médium.*
>
> -Ted Chiang[1]

L'histoire de la délégation et de l'État administratif est incomplète.[2] Certains soutiennent que le Congrès a délégué trop de pouvoirs aux agences en adoptant des lois formulées de manière vague et ouvertes à toutes les interprétations ; que les présidents et les agences se trouvent dans la situation problématique d'être à la fois les auteurs et les garants de l'application des règles ;
et que les tribunaux doivent corriger ce dysfonctionnement.[3] D'autres soutiennent que la doctrine de non-délégation sert de prétexte à ceux qui s'inquiètent plus généralement d'un État régulateur trop puissant, ou que les tribunaux s'engagent dans une dangereuse extension de leurs pouvoirs lorsqu'ils tentent de remédier à ce type de dysfonctionnement présumé entre les pouvoirs
[4] Nous nous tournons vers l'histoire de la question pour trouver des réponses.[5] Comme

---

1. Ted Chiang, *« Why A.I. Isn't Going to Make Art* », NEW YORKER (31 août 2024), https://www.newyorker.com/culture/the-weekend-essay/why-ai-isnt-going-to-make-art [https://perma.cc/Q3UE-2S3A].

2. *Voir, par exemple*, Gillian E. Metzger, *« The Supreme Court, 2016 Term — Foreword : 1930s Redux : The Administrative State Under Siege* », 131 HARV. L. REV. 1, 2 (2017) (cadrant le débat sur le principe constitutionnel de non-délégation) ; Kristin E. Hickman, « Avant-propos : *La non-délégation en tant que symbolisme constitutionnel* », 89 GEO. WASH. L. REV. 1079, 1080–83 (2021) (décrivant l'évolution de la non-délégation en tant que question juridique).

3. *Voir, par exemple*, Gundy c. États-Unis, 139 S. Ct. 2116, 2133, 2135 (2019) (Gorsuch, J., opinion dissidente) (affirmant l'importance d'une séparation formelle des pouvoirs et que la Cour a « l'obligation de déterminer si le Congrès s'est déchargé de manière inconstitutionnelle de ses responsabilités législatives ») ; Nat'l Fed'n of Indep. Bus. c. Dep't of Lab., 142 S. Ct. 661, 669 (2022) (juge Gorsuch, opinion concordante) (soutenant que le Congrès délègue en partie pour échapper à ses obligations de rendre des comptes).

4. *Voir, par exemple*, Cynthia R. Farina, *« Deconstructing Nondelegation* », 33 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 87, 87, 94–96 (2010) (qualifiant les arguments de non-délégation de simples « prétextes » pour ceux qui s'inquiètent de l'État administratif moderne) ; Beau J. Baumann, *« Americana Administrative Law* », 111 GEO. L.J. 465, 470–72 (2023) (présentant la réaction de la Cour comme un élargissement problématique des pouvoirs judiciaires).

5. *À comparer avec* Julian Davis Mortenson et Nicholas Bagley, *« Delegation at the Founding* », 121 COLUM. L. REV. 277, 280–82 (2021) (concluant à l'absence de preuve indiquant que les Pères fondateurs avaient des réticences à l'égard de la délégation), *et* Christine Kexel Chabot, *« The Lost History of Delegation at the Founding* », 56 GA. L. REV. 81, 112–13 (2021) (démontrant l'existence de délégations à l'époque de la Fondation), *et* Nicholas R. Parrillo, *« A Critical Assessment of the Originalist Case Against Administrative Regulatory Power: New Evidence »*

Aussi vaste et multiforme que soit ce débat, il ne prend en compte qu'une seule forme de délégation, alors qu'une autre imprègne les trois pouvoirs de l'État, passe inaperçue alors qu'elle est sous les yeux de tous, et ne retient que rarement l'attention : la rédaction fantôme.

On parle de rédaction fantôme lorsqu'un auteur prépare des documents destinés à être publiés sous le nom d'une autre personne. Ce phénomène est monnaie courante dans les trois branches du pouvoir, car d'innombrables personnes contribuent à la rédaction de documents que les décideurs gouvernementaux sont amenés à signer. Les législateurs s'appuient non seulement sur leur personnel, mais aussi sur des experts externes et des lobbyistes pour rédiger les textes de loi ; les dirigeants des agences de régulation approuvent des documents préparés par leurs conseillers, notamment des fonctionnaires de carrière et des prestataires ; et les juges comptent sur leurs greffiers pour rédiger les ordonnances et les arrêts. Même si nous n'y pensons pas spontanément en ces termes, tous ces exemples relèvent de la rédaction déléguée — ou « ghostwriting » — et certains d'entre eux sont source de préoccupation ; mais la vérité est que sans la rédaction déléguée, les rouages des trois branches du pouvoir public s'enrailleraient.

Si certaines pratiques de rédaction déléguée au sein du gouvernement ont fait l'objet de critiques individuelles,[6] le présent article les aborde comme un ensemble de comportements similaires qui

se recoupent avec les obligations des décideurs publics [7].Les analyses de

« De l'impôt fédéral sur les biens immobiliers privés dans les années 1790 », 130 YALE L.J. 1288, 1302–05 (2021) (décrivant un autre exemple de délégation à l'époque de la fondation), *avec* Ilan Wurman, *« Nondelegation at the Founding* », 130 YALE L.J. 1490, 1493–98 (2021) (apportant des preuves historiques des préoccupations relatives à la non-délégation en réponse aux trois articles précédents).

6. *Par exemple*, Victoria F. Nourse et Jane S. Schacter, *« The Politics of Legislative Drafting: A Congressional Case Study* », 77 N.Y.U. L. REV. 575, 623 (2002) (examinant les critiques du rôle des lobbyistes dans la rédaction des textes législatifs) ; Ellen Dannin, « *Privatizing Government Services in the Era of ALEC and the Great Recession* », 43 U. TOL. L. REV. 503, 530 (2012) (décrivant le rôle d'une organisation dans la rédaction de milliers de projets de loi types) ; Shu-Yi Oei et Leigh Z. Osofsky, *« Circonscriptions et contrôle dans la rédaction législative : entretiens avec des conseillers fiscaux du gouvernement* », 104 IOWA L. REV. 1291, 1354 (2019) (remettant en question le manque d'attention des chercheurs à l'égard de la légitimité des collaborateurs en tant que rédacteurs législatifs) ; Christopher J. Walker, *« Légiférer dans l'ombre* », 165 U. PA. L. REV. 1377, 1419 (2017) (examinant les incitations des agences de l'exécutif à préserver leurs intérêts lorsqu'elles interviennent dans la rédaction législative) ; Bridget C.E. Dooling & Rachel Augustine Potter, « *Regulatory Body Shops* », 73 DUKE L.J. 1677, 1733–35 (2024) (critiquant le recours à des prestataires externes pour les tâches de rédaction dans le cadre du processus réglementaire) ; THOMAS O. MCGARITY, « THE ROLE OF REGULATORY ANALYSIS IN REGULATORY DECISIONMAKING », p. 266–78
(1985) (examinant le recours à des prestataires pour la rédaction d'analyses réglementaires) ; ARTEMUS WARD & DAVID L. WEIDEN, « SORCERERS' APPRENTICES : 100 YEARS OF LAW CLERKS AT THE UNITED STATES SUPREME
200–36 (2006) (critique du recours par les juges à des assistants juridiques pour rédiger les arrêts) ; Paul J. Wahlbeck, James F. Spriggs II & Lee Sigelman, *Des « nègres » à la Cour ? Une analyse stylistique des projets d'arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, 30 AM. POL. RSCH. 166, 167 (2002) (décrivant la controverse concernant l'influence des assistants juridiques sur les juges).

7. La précieuse contribution de Dane analyse les implications de la participation des assistants juridiques à la rédaction des arrêts judiciaires en établissant des comparaisons entre les assistants juridiques, le personnel législatif et le personnel des agences, ainsi que leurs supérieurs respectifs. *Voir* Perry Dane, *« Law Clerks: A Jurisprudential Lens* », 88 GEO. WASH. L. REV. ARGUENDO 54, 55–71 (2020), https://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2020/08/88-Geo.-Wash.-L.-Rev.-Arguendo-54.pdf [https://perma.cc/X7EG-QWQX]. Le présent article adopte une approche différente en mettant l'accent sur les fonctions décisionnelles.

Les études sur la rédaction fantôme dans différents contextes se concentrent sur les questions de propriété intellectuelle et les préjudices liés à la tromperie, au manque d'authenticité et à l'influence. Dans le contexte de la rédaction fantôme au sein des pouvoirs publics, toutes ces préoccupations découlent d'un problème plus urgent : certaines formes de rédaction déléguée conduisent les décideurs publics à se soustraire à leurs obligations légales de raisonnement. Ce sujet est peu exploré, même par les chercheurs qui s'intéressent à la prise de décision gouvernementale, peut-être parce que nous avons tendance à supposer que chaque décideur rédige effectivement ses propres décisions, ou du moins s'en approche suffisamment.[8] L'IA générative suscite un débat sur l'application des grands modèles linguistiques à l'interprétation des textes juridiques et au règlement des litiges, mais ce débat porte souvent sur la capacité ou l'incapacité des outils concernés.[9] Bien que le présent article aborde cette question, il se concentre sur la relation entre le raisonnement et l'écriture et développe son analyse à partir de là.

À première vue, il peut sembler inévitable et raisonnable que les décideurs publics fonctionnent ainsi. Après tout, la délégation de la rédaction n'est pas seulement pratique — personne ne pourrait à lui seul produire, relire et réviser l'ensemble des documents qu'une organisation peut publier —, elle permet également à des personnes aux compétences et aux points de vue variés d'apporter leur contribution, ce qui améliore souvent la qualité des décisions grâce au processus de collaboration. Sans une telle collaboration constructive, le directeur d'une agence chargée de l'élaboration de la réglementation, nommé pour remplir la mission statutaire de l'agence dans une optique conforme à la vision du président, ne pourrait pas compter sur son personnel pour analyser des données, préparer des rapports et des notes d'options, rédiger des politiques et des règlements, écrire des discours, etc.[10] Cela est absurde, et pas seulement du point de vue du public ou du pouvoir exécutif ; les tribunaux reconnaissent

8. L'école du processus juridique, par exemple, examine comment les structures internes façonnent les résultats juridiques. Amar décrit cette approche comme accordant « une attention primordiale à la question de savoir qui prend, ou devrait prendre, une décision juridique donnée, et comment cette décision est, ou devrait être, prise ». Akhil Reed Amar, « *Law Story* », 102 HARV. L. REV. 688, 691 (1989) (critique d'ouvrage). Mais ces considérations se situent généralement à un niveau d'abstraction institutionnel plus élevé. « Une question juridique particulière doit-elle, ou devrait-elle, être tranchée par le gouvernement fédéral ou par celui d'un État ? Par les tribunaux, les assemblées législatives ou les agences exécutives ? Si c'est par les tribunaux, en première instance ou en appel ? En première instance, par des juges ou par des jurys ? Selon quelle norme de contrôle en appel ? » *Id.*

9. *À comparer avec* Yonathan Arbel et David A. Hoffman, « *Generative Interpretation* », 99 N.Y.U. L. REV. 451, 454–55 (2024) (qui soutiennent que les modèles de langage génératifs [LLM] peuvent aider les instances chargées d'établir les faits à déterminer la signification des termes dans les accords, avec des implications allant au-delà des contrats), *avec* James Grimmelmann, Benjamin L.W. Sobel et David Stein, *« Generative Misinterpretation* », 63 HARV. J. ON LEGIS. (à paraître en 2026) (manuscrit, p. 3–6) (disponible sur SSRN), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5309575 [https://perma.cc/5G5C-M3CD] (remettant en cause la capacité des LLM à servir d'outils d'interprétation ou d'instances décisionnelles).

10. *Voir, par exemple*, Jennifer Nou, « *Intra-Agency Coordination* », 129 HARV. L. REV. 421, 422 (2015) (expliquant l'importance de la délégation aux chefs d'agence) ; Emily Bremer, « *The Bureaucracy Also Empowers the Unitary Executive* », YALE J. ON REG. : NOTICE & COMMENT BLOG (1er novembre 2021), https://www.yalejreg.com/nc/symposium-by-executive-order-08/ [https://perma.cc/MWM3-KVRD] (évoquant « une bureaucratie regorgeant d'informations qu'aucune personne ne pourrait jamais posséder à elle seule »).

le rôle des processus institutionnels dans la production des documents des agences.[11] Dans la plupart des cas, voire dans tous, un décideur valide le document final. Mais cette validation est-elle suffisante ? L'objectif de cet article n'est pas de remettre en cause les nombreux processus de rédaction délégués et collaboratifs, légaux et raisonnables, au sein du gouvernement. Il s'agit plutôt de faire valoir que toutes les formes de rédaction ne se valent pas. Certaines tâches de rédaction nous obligent à nous engager dans des processus de raisonnement dynamiques, tandis que d'autres s'apparentent davantage à un simple relais entre l'esprit et le document. Les premières, si elles sont déléguées, peuvent priver les décideurs gouvernementaux de fonctions essentielles. Le Congrès a prévu quelques restrictions isolées concernant la rédaction déléguée, mais le gouvernement agit principalement en silence sur la question de la rédaction fantôme.[12] Dans sa quête d'efficacité et de rendement de la part de ses institutions, le gouvernement a déjà commencé à se tourner vers l'IA générative, attiré par sa promesse d'analyses rapides et de production écrite.[13] Le présent article vise à intervenir au moment où un décideur gouvernemental choisit quels textes déléguer, à qui, et selon quel type de processus ou de supervision, qu'il s'agisse de législation, de réglementation administrative ou d'avis judiciaires. Nous risquons de compromettre quelque chose de fondamental — la nature même de la prise de décision gouvernementale — si nous appliquons notre approche actuelle, peu rigoureuse, de la délégation de la rédaction à l'IA générative sans prendre en compte ce que nous sacrifions lorsque chaque branche du gouvernement externalise sa rédaction et, ce faisant, son raisonnement.

La partie I explique la rédaction déléguée et la rédaction fantôme, propose des exemples illustrant comment les pouvoirs publics délèguent la rédaction et recourent à des rédacteurs fantômes, et esquisse les avantages et les défis de cette pratique. La partie II soutient que, en raison du lien entre la rédaction et le raisonnement, la rédaction déléguée peut se transformer en raisonnement délégué, ce qui pose problème lorsque le décideur public a le devoir de raisonner. La partie III explique que les critiques existantes à l'égard de la rédaction fantôme ne parviennent pas à saisir

---

11. *Voir infra* notes 124 à 126 (traitant de l'affaire Nat'l Small Shipments Traffic Conf., Inc. c. Interstate Com. Comm'n, 725 F.2d 1442 (D.C. Cir. 1984)). Bien sûr, il devient plus difficile de tracer la ligne de démarcation entre ceux qui sont « à l'intérieur » et ceux qui sont « à l'extérieur » à mesure que les délégations s'éloignent de l'agence pour se diriger vers des prestataires ou d'autres entités à caractère quasi-gouvernemental. *Voir, par exemple*, Gillian E. Metzger, *« Privatization as Delegation* », 103 COLUM. L. REV. 1367, 1394–95 (2003) (expliquant en quoi les fonctions gouvernementales privatisées s'apparentent davantage à des collaborations public-privé, car, plutôt que d'être placées en dehors du gouvernement, elles dépendent souvent fortement de ce dernier pour leur financement, leurs structures réglementaires, etc.) ; Anne Joseph O'Connell, « *Bureaucracy at the Boundary* », 162 U. PA. L. REV. 841, 852–74 (2014) (décrivant des institutions qui remettent en question nos conceptions du public et du privé).

12. *Voir infra,* notes 249–52 et texte correspondant (décrivant les restrictions imposées à l'État quant au recours à des prestataires pour la rédaction de certains types de documents).

13. *Voir* la note 37 *ci-dessous* ; *voir également* Bridget C.E. Dooling et Mark Febrizio, « *Robotic Rulemaking* », BROOKINGS (4 avril 2023), https://www.brookings.edu/articles/robotic-rulemaking/ [https://perma.cc/6E28-LRB3] (analyse de l'utilisation de l'IA par les pouvoirs publics dans l'élaboration de la réglementation et de ses implications pour la participation citoyenne).

les problèmes liés à la rédaction fantôme au sein du gouvernement, qui justifient notre besoin de nouveaux outils. La partie IV examine certaines objections et y apporte des réponses.

I. DES « NÈGRES » AU SEIN DU GOUVERNEMENT ?

Comme toutes les organisations complexes, le gouvernement fédéral s'appuie sur des hiérarchies organisationnelles pour mener à bien ses missions, y compris la production de ses documents écrits. Outre la quantité incalculable de documents écrits non publiés, comprenant des rapports, des notes de service, des e-mails et bien d'autres, le gouvernement fédéral publie chaque année des milliers et des milliers de pages de textes législatifs et de décisions.[14] Le fait que de nombreux élus et fonctionnaires nommés qui signent ou publient ces documents ne les aient pas nécessairement rédigés eux-mêmes ne devrait pas vous surprendre, et ne vous surprend probablement pas. Au contraire, la majorité des textes gouvernementaux est rédigée par des nègres.

Knapp et Hulbert définissent la rédaction fantôme comme « la rédaction d'un texte par une personne […] destiné à être utilisé par une autre […] à qui sera attribuée la paternité de l'œuvre, et où les deux parties conviennent que le rôle du rédacteur restera invisible ».[15] Si le terme « fantôme » (ghost) dans « écriture fantôme » peut évoquer un spectre inquiétant, il renvoie en réalité à l'idée que les documents écrits sont parfois rédigés par une personne autre que celle qui les signe ou les diffuse. Les individus, y compris les acteurs gouvernementaux, délèguent les tâches de rédaction pour diverses raisons : le temps limité à consacrer à la rédaction intégrale

14. Certaines statistiques en donnent une idée. Le *Federal Register* comptait 80 756 pages en 2022 ; 90 402 pages en 2023 ; et 107 261 pages en 2024. 87 Fed. Reg. 80756 (30 décembre 2022) ; 88 Fed. Reg. 90 402 (29 décembre 2023) ; 89 Fed. Reg. 107 261 (31 décembre 2024). Les *« U.S. Statutes at Large »* font état de plus de 3 295, 5 592 et 2 284 pages de lois publiques adoptées respectivement par la Chambre des représentants et le Sénat en 2019, 2018 et 2017. 133 Stat. 3 295 (2019) ; 132 Stat. 5 592 (2018) ; 131 Stat. 2284 (2017). Un survol des volumes *des* « *U.S. Reports »* montre que la Cour suprême produit chaque année plus de 1 000 pages d'arrêts publiés et d'autres documents. Se limiter aux arrêts, bien sûr, sous-estime la production écrite de la Cour suprême. *Voir de manière générale* STEPHEN VLADECK, THE SHADOW DOCKET (2023) (décrivant l'approche de la Cour suprême en matière de décisions d'urgence, qui ne doivent pas nécessairement être accompagnées d'explications écrites, en utilisant un terme inventé par William Baude dans *« Foreword: The Supreme Court's Shadow Docket* », 9 N.Y.U. J.L. & LIBERTY 1, 1 (2015)). Ces données n'incluent pas non plus les décisions rendues par les cours d'appel, les tribunaux de district ou d'autres juridictions fédérales.

15. JOHN C. KNAPP & AZALEA M. HULBERT, GHOSTWRITING AND THE ETHICS OF AUTHENTICITY, p. vi (2017).

ensemble de tâches que nous considérons comme relevant de l'écriture,[16] des compétences limitées en matière de rédaction de haute qualité,[17] et une expertise limitée sur le sujet en question.[18]

Par exemple, la directrice générale (CEO) d'une entreprise, embauchée davantage pour sa capacité à atteindre des objectifs stratégiques et à générer des bénéfices pour les actionnaires que pour ses compétences en rédaction de discours, pourrait avoir besoin d'aide pour rédiger un discours à venir. Afin de l'aider à s'acquitter de cette responsabilité, elle pourrait faire appel à un rédacteur de discours. La directrice générale pourrait donner au rédacteur un thème ou un sujet général, après quoi celui-ci se mettrait au travail pour préparer un brouillon. Au cours de ce processus, le discours pourrait bénéficier de différents points de vue, le rédacteur demandant à divers collaborateurs de relire le brouillon et de lui faire part de leurs conseils.[19] Ce processus pourrait également mettre en évidence des divergences d'opinions, donnant lieu à des échanges et à des débats sur des questions importantes.[20] La PDG pourrait retravailler les versions préliminaires du discours avant de le prononcer, mais la considérer comme son autrice serait trompeur. Il s'agit en réalité du fruit du travail de nombreuses autres personnes qu'elle-même, et la PDG ne cite probablement pas ces collaborateurs lorsqu'elle prononce son discours. En d'autres termes, le discours a été rédigé par un nègre.

---

16. Nolan D. McCaskill, « *L'ancien auteur de blagues d'Obama révèle le processus du "comédien en chef"* », POLITICO (29 avril 2016, à 14 h 57 ET), https://www.politico.com/story/2016/04/barack-obama-jokes-david-litt-speechwriter-222655 [https://perma.cc/W2GF-RSBA] (citant David Litt qui affirme que le président n'est « pas prêt, vous savez, à passer trois semaines d'affilée à travailler sur des one-liners » pour le dîner des correspondants de la Maison Blanche car « il a d'autres choses à faire »). Les juges fournissent également un exemple illustrant comment les contraintes de ressources incitent à déléguer la rédaction. « Il y a un très grand nombre de juges qui n'aimeraient rien de mieux que de mener leurs propres recherches et de rédiger eux-mêmes leurs textes » RICHARD A. POSNER, THE FEDERAL
COURTS : CRISIS AND REFORM 103 (1985). La charge de travail des tribunaux fédéraux a « augmenté au point que très peu de juges peuvent suivre le rythme sans s'appuyer fortement sur des assistants juridiques, des avocats salariés et
parfois aussi de stagiaires. » *Id.*

17. Greg Lastowka, *« The Trademark Function of Authorship* », 85 B.U. L. REV. 1171, 1222 (2005) (« Les célébrités n'ont peut-être ni le temps ni les compétences nécessaires, ou ne sont pas disposées à consacrer les efforts requis pour produire des œuvres d'auteur de qualité. »).

18. KNAPP & HULBERT, note 15 *ci-dessus*, p. 8-9 ; *voir également* Bridget C.E. Dooling & Rachel Augustine Potter, *« Rulemaking by Contract* », 74 ADMIN. L. REV. 703, 735, 739–41 (2022) (énumérant l'expertise, la capacité de renfort, la flexibilité, la neutralité, la concentration, la stabilité, la mémoire institutionnelle, un « regard neuf » et les compétences rédactionnelles générales comme autant d'avantages liés au recours à des prestataires pour la rédaction et d'autres tâches).

19. Riley et Brown notent qu'en ce qui concerne les discours présidentiels, « le nègre n'est pas entièrement responsable du discours ; il s'agit d'un processus collectif impliquant parfois différents groupes et individus. Des chercheurs, des vérificateurs de faits, des conseillers en communication, des bibliothécaires, des relecteurs, la personne pour laquelle le discours est rédigé et des conseillers participent tous au processus de rédaction du discours ». Linda A. Riley & Stuart C. Brown, *« Crafting a Public Image: An Empirical Study of the Ethics of Ghostwriting* », 15 J. BUS. ETHICS 711, 713 (1996) (résumant les réflexions de Peggy Noonan dans WHAT I SAW AT THE REVOLUTION: A POLITICAL LIFE IN THE REAGAN ERA (1990)).

20. Comme l'explique Bormann, chaque « organisation regorge d'experts qui s'attendent à être consultés — et le sont généralement — lors de la rédaction de déclarations importantes ». Ernest G. Bormann, « *Ghostwriting and the Rhetorical Critic* », 46 Q.J. SPEECH 284, 284 (1960).

Cet exemple n'a rien d'exceptionnel dans la mesure où il reflète une manière productive et efficace de préparer des documents écrits de grande qualité.[21] Le coût d'opportunité pour la PDG est très élevé ; chaque heure passée à peaufiner un discours est une heure qu'elle ne peut pas consacrer à ses autres responsabilités. Il pourrait en effet être irresponsable de sa part d'insister pour rédiger elle-même le discours si cela l'empêche d'investir son temps là où l'entreprise en a le plus besoin.[22]

Bien sûr, l'aide à la rédaction ne provient pas uniquement de personnes ; elle peut également provenir de machines. Citron a averti que, s'il peut être tentant d'automatiser certains types de décisions, celles qui « nécessitent l'exercice du pouvoir discrétionnaire humain ne peuvent pas être automatisées ».[23] Mais ce processus est déjà en cours. Dans leur rapport destiné à la Conférence administrative des États-Unis, Freeman Engstrom, Ho, Sharkey et Cuéllar dressent un état des lieux de la manière dont les agences fédérales utilisent déjà des algorithmes pour faciliter la prise de décision, et constatent que près de la moitié des agences utilisent des outils d'IA et d'apprentissage automatique à un certain

mesure.[24] Ils soulignent que « la sophistication et la puissance croissantes de l'IA poussent les agences vers une prise de décision entièrement automatisée, laissant de moins en moins de place au pouvoir discrétionnaire et au jugement humains »[25]. Les grands modèles linguistiques, l'apprentissage automatique, l'IA générative et quel que soit le nom que l'on donnera à ces technologies au moment où vous lirez ces lignes, ont introduit de nouvelles façons de produire rapidement de grands volumes de texte. Cette évolution est, on le comprend, très attrayante pour ceux qui cherchent des moyens de résorber les retards et d'améliorer l'efficacité. L'une des nombreuses questions qui se posent, bien sûr, est de savoir si ces outils peuvent produire des résultats acceptables ou s'ils ne sont qu'un chant des sirènes.[26]

---

21. Dans son ouvrage où il soutient que les discours rédigés par des nègres entravent la critique rhétorique, Bormann explique néanmoins que « [l]a bureaucratie engendre le recours aux nègres. L'organisation bureaucratique repose essentiellement sur la spécialisation, la délégation de pouvoirs et les comités. Le dirigeant est très sollicité. Les détails sont délégués à des experts, et la rédaction des discours tend à devenir un autre détail délégué. » *Id.*

22. RICHARD A. POSNER, THE FEDERAL COURTS: CHALLENGE AND REFORM, P. 151 (1996) (« Les juges qui "font tout leur travail eux-mêmes" ne font pas nécessairement bon usage de leur temps. »).

23. Danielle Keats Citron, « *Technological Due Process* », 85 WASH. U. L. REV. 1249, 1304 (2008).

24. DAVID FREEMAN ENGSTROM, DANIEL E. HO, CATHERINE M. SHARKEY ET MARIANO-FLORENTINO CUÉLLAR, GOVERNMENT BY ALGORITHM: ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN FEDERAL AGENCES AGENCES 6 (2020), https://www.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2020/02/ACUS-AI-Report.pdf [https://perma.cc/3S66-TMBJ].

25. *Ibid.*, p. 11.

26. *À comparer avec* Ryan Calo et Danielle Keats Citron, « *The Automated Administrative State: A Crisis of Legitimacy* », 70 EMORY L.J. 797, 803–04 (2021) (qui soutiennent que le recours à la prise de décision automatisée met en péril la légitimité de l'État administratif), *et* Cary Coglianese & David Lehr, *« Regulating by Robot : Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era* », 105 GEO. L.J. 1147, 1223 (2017) (plaidant pour un « optimisme mesuré » quant au potentiel de la prise de décision algorithmique). Le Bureau de la politique scientifique et technologique de la Maison Blanche a récemment souligné les « avantages extraordinaires » de l'automatisation

Les chercheurs étudient activement les implications de l'IA dans un large éventail de scénarios, au sein du système juridique et au-delà. Dans le contexte de l'activité judiciaire, ils s'interrogent sur la capacité réelle des algorithmes à accomplir le travail des juges, compte tenu des compétences complexes que ce rôle exige.[27] Mettant cette préoccupation de côté aux fins de l'analyse, Re souligne le risque d'une « explosion de la prose judiciaire » si les juges

utiliser l'IA générative pour prendre des décisions.[28] Cela pourrait inclure des avis plus longs et plus complexes, ainsi que la capacité à produire et à publier des justifications écrites pour des décisions judiciaires qui, sans cela, resteraient inexpliquées,[29] ou à permettre aux juges de déterminer plus facilement si une approche particulière d'un avis fonctionne ou non.[30] Re note que l'IA générative n'est que la dernière forme d'aide à la rédaction dont disposent les juges,[31] une observation pertinente sur le rôle des greffiers et un sujet que le présent article aborde dans la partie III. Mollick soutient que le moment est venu de réfléchir au rôle de l'IA, afin que nous puissions déterminer « comment nous choisissons de l'utiliser » avant que la montée des eaux ne se transforme en inondation.[32] En effet, l'essor de l'IA anime la réflexion menée dans cet article et nous encourage à examiner, de manière plus fondamentale, le bien-fondé de déléguer des tâches de rédaction, que ce soit à des personnes ou à un algorithme.

Aussi productive, constructive, efficace et justifiable soit-elle dans certains contextes, la rédaction fantôme a une longue histoire, parfois controversée, dans la vie publique et privée, étant donné qu'elle est utilisée non seulement pour

---

des systèmes, mais aussi en raison de leur potentiel « à limiter nos opportunités et à nous empêcher d'accéder à des ressources ou services essentiels ». BUREAU DE LA POLITIQUE SCIENTIFIQUE ET TECHNOLOGIQUE DE LA MAISON BLANCHE, PLAN D'ACTION POUR UNE CHARTE DES DROITS EN MATIÈRE D'IA : FAIRE EN SORTE QUE LES SYSTÈMES AUTOMATISÉS TRAVAILLENT AU SERVICE DU PEUPLE AMÉRICAIN 3 (2022), https://bidenwhitehouse.archives.gov/wp-content/uploads/2022/10/Blueprint-for-an-AI-Bill-of-Rights.pdf [https://perma.cc/ZA37-J3G4]. Engstrom décrit cette dualité comme « la double capacité de l'IA à causer et à corriger les erreurs, les biais et les inégalités ». David Freeman Engstrom, « *The Automated State: A Realist View* », 92 GEO. WASH. L. REV. 1437, 1437 (2024).

27. *Voir, par exemple*, Ray Worthy Campbell, « *Artificial Intelligence in the Courtroom: The Delivery of Justice in the Age of Machine Learning* », 18 COLO. TECH. L.J. 323, 324 (2020) (exprimant un scepticisme fondé sur l'état de la technologie à l'époque) ; Eugene Volokh, *« Chief Justice Robots* », 68 DUKE L.J. 1135, 1156–61 (2019) (examinant certaines implications d'une vision plus optimiste et proposant un cadre permettant d'évaluer si les décisions rendues par des juges basés sur l'IA sont acceptables). Re et Solow-Niederman explorent l'intersection entre la décision judiciaire par IA et les valeurs du système judiciaire. Richard M. Re & Alicia Solow-Niederman, « *Developing Artificially Intelligent Justice* », 22 STAN. TECH. L. REV. 242, 243–47 (2019).

28. Richard M. Re, « *Artificial Authorship and Judicial Opinions* », 92 GEO. WASH. L. REV. 1558, 1569 (2024) (discussion sur la capacité des outils d'IA générative à produire des décisions juridiques plus rapidement que s'ils s'appuyaient entièrement sur des rédacteurs humains).

29. *Voir id.*

30. *Ibid.*, p. 1573.

31. *Ibid.*, p. 1563. Engstrom avance un argument similaire concernant les organisations : « [l]es bureaucraties peuvent déjà être considérées comme des formes d'IA — c'est-à-dire des structures, des processus et des nœuds décisionnels par lesquels les données d'entrée sont diffusées afin de générer des résultats. » Engstrom, *supra* note 26, p. 1463.

32. Ethan Mollick, « *Prophecies of the Flood* », ONE USEFUL THING (10 janvier 2025), https://www.oneusefulthing.org/p/prophecies-of-the-flood [https://perma.cc/3ZZY-3URZ].

des discours, mais aussi des partitions musicales, des mémoires, des romans de fiction, des articles universitaires (oh là là !), des prêches, des études médicales, des articles de blog, des textes législatifs, de la poésie, des contenus en ligne profils de sites de rencontre, lettres de motivation pour l'entrée à l'université, et bien plus encore.[33] Mais les ont-ils vraiment recours à des nègres ou s'appuient-ils sur des textes rédigés par des nègres ? Oui. En voici quelques exemples :

<u>La délégation de la rédaction au sein du pouvoir législatif</u>

- Des membres du Congrès s'appuient sur des collaborateurs législatifs pour rédiger leurs discours, leurs publications sur les réseaux sociaux, leurs citations pour les communiqués de presse, leurs arguments clés, leurs questions pour les auditions, leur correspondance, leurs textes de loi, etc.[34]
- Des membres du Congrès déposent des projets de loi qui leur ont été fournis par des groupes d'intérêt et des lobbyistes [35] ou par d'autres personnes extérieures au Congrès [36].
- Des membres du Congrès et des collaborateurs législatifs s'appuient sur l'IA générative pour rédiger des documents législatifs.[37]

<u>Rédaction déléguée au sein du pouvoir exécutif</u>

- Le personnel des agences rédige des règlements destinés à être signés par le responsable de l'agence.[38]

---

33. KNAPP & HULBERT, *supra* note 15, p. v, vii, x, 21, 28 ; EDMOND ROSTAND, CYRANO DE BERGERAC (New York, F. Tennyson Neely, 1898). Le présent article n'a pas pour objectif d'aborder ni de caractériser toutes les formes de rédaction fantôme, mais simplement de reconnaître l'attrait général et durable que représente le talent rédactionnel que les rédacteurs fantômes peuvent apporter.

34. *Voir, par exemple*, Emily Brooks, *« How Staffers Make Capitol Hill Run* », THE HILL (11 septembre 2023, à 06 h 00 ET), https://thehill.com/the-hill-notable-staffers-2023/4191867-how-staffers-make-capitol-hill-run/ [https://perma.cc/N6XP-K9FM] (décrivant le rôle des collaborateurs et le fait qu'ils sont des « personnes invisibles »).

35. *Par exemple*, Eric Lipton et Ben Protess, « *Les lobbyistes des banques participent à la rédaction des projets de loi financiers* », N.Y. TIMES : DEALBOOK (23 mai 2013, à 20 h 44 CT), https://archive.nytimes.com/dealbook.nytimes.com/2013/05/23/banks-lobbyists-help-in-drafting-financial-bills/ [https://perma.cc/PU93-B8Y4] (mettant en évidence des passages d'un projet de loi qui reprenaient « presque mot pour mot » les formulations utilisées par un lobbyiste) ; Erika Eichelberger, « *Découvrez comment Citigroup a rédigé un projet de loi pour obtenir un plan de sauvetage*, MOTHER JONES (24 mai 2013), https://www.motherjones.com/politics/2013/05/citigroup-hr-992-wall-street-swaps-regulatory-improvement-act/ [https://perma.cc/DJ43-N49Q] (présentant une comparaison côte à côte du projet de loi et du texte rédigé par les lobbyistes).

36. Cela pourrait inclure, par exemple, des projets de loi parfois présentés dans le cadre d'articles de revues juridiques.

37. *Voir, par exemple*, COMMISSION DE L'ADMINISTRATION DE LA CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS, SOUS-COMMISSION SUR LA MODERNISATION, 118e CONGRÈS, RAPPORT EXPRESS : STRATÉGIE ET MISE EN ŒUVRE EN MATIÈRE D'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE, p. 2-3 (18 décembre 2023) (décrivant un inventaire des « cas d'utilisation » illustrant les différentes façons dont « la Chambre utilise actuellement l'IA », notamment l'analyse des politiques, la rédaction de projets de loi, la rédaction et la révision de communications, etc.

38. *Voir* Nou, note 10 *ci-dessus*, p. 468-469.

- Le personnel de l'agence s'appuie sur des prestataires pour rédiger des règlements.[39]
- Le personnel des agences utilise des études médicales ou autres rédigées par des nègres pour fonder ses décisions concernant la sécurité des produits.[40]
- Le personnel de l'agence chargeant des prestataires de rédiger des textes pour les sites web gouvernementaux, les communiqués de presse, etc.[41]
- Le personnel des agences utilise l'IA générative pour produire des textes réglementaires dans le cadre d'un projet de réglementation.[42]
- Le personnel de l'agence utilise l'IA générative pour produire un résumé des commentaires publics reçus sur un projet de réglementation.[43]

Délégation de la rédaction au sein du pouvoir judiciaire

- Des avocats apportant leur aide à la rédaction de documents à des justiciables se représentant eux-mêmes.[44]
- Des avocats rédigeant des mémoires que d'autres avocats déposent.[45]

---

39. Dooling & Potter, *supra* note 18, p. 725-733.

40. *Par exemple*, Sheldon Krimsky & Carey Gillam, *« Roundup Litigation Discovery Documents: Implications for Public Health and Journal Ethics* », 39 J. PUB. HEALTH POL'Y 318, 320–21 (2018) (citant des notes de service internes décrivant des projets de rédaction fantôme d'études sur lesquelles les autorités de régulation se sont ensuite appuyées). Ce type de rédaction fantôme, dans lequel des chercheurs médicaux et autres chercheurs scientifiques acceptent d'apposer leur nom sur des études préparées par d'autres, implique certainement bien plus que le pouvoir exécutif. *Voir, par exemple*, INST. OF MED., CONFLICT OF INTEREST IN MEDICAL RESEARCH, EDUCATION, AND PRACTICE
153–154, 157 (sous la direction de Bernard Lo et Marilyn J. Field, 2009) (concluant que la pratique de la rédaction fantôme en médecine « porte atteinte […] aux valeurs professionnelles » et recommandant que les centres médicaux universitaires interdisent à leurs enseignants d'utiliser leur nom pour des articles rédigés par des nègres).

41. Dooling & Potter, *supra* note 18, p. 733. Le « Professional Services Schedule » de l'Administration des services généraux comprend également une catégorie dédiée au marketing et aux relations publiques, qui inclut les contenus écrits destinés aux sites web. *Voir, par exemple*, « *Marketing and Public Relations* », GEN. SERVS. ADMIN. : FED. ACQUISITION SERV.,
https://www.gsaelibrary.gsa.gov/ElibMain/scheduleList.do?catid=1043&famid=1042&sched=yes
[https://perma.cc/8PPY-3TDP] (dernière consultation le 24 novembre 2025) (liste des catégories de services de marketing et de relations publiques).

42. *Voir* Dooling & Febrizio, note 13 *ci-dessus* ; Stephen M. Johnson, « *Rulemaking 3.0 : Incorporating AI and ChatGPT into Notice and Comment Rulemaking* », 88 MO. L. REV. 1021, 1073–76 (2024).

43. Dooling & Febrizio, note 13 *ci-dessus*.

44. Debra Lyn Bassett, *« Characterizing Ghostwriting* », 5 ST. MARY'S J. ON LEGAL MALPRACTICE & ETHICS 286, 290 (2015) (expliquant que les avocats aident parfois les justiciables à rédiger des documents de procédure sans mentionner leur nom ni assurer une représentation complète).

45. Lydia Wheeler*, « Des rédacteurs fantômes tentent d'écarter les juges de la Cour suprême de certaines affaires* », BLOOMBERG L. (16 mai 2024, à 05 h 04 ET), https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/ghostwriters-try-steering-supreme-court-justices-away-from-cases [https://perma.cc/QB34-72RT] (décrivant la pratique consistant à faire rédiger un mémoire en opposition par un avocat spécialisé dans les affaires de la Cour suprême pour le compte d'un autre avocat, dans le but de minimiser l'importance d'une affaire).

- Des avocats s'appuient sur l'IA générative pour rédiger des mémoires.[46]
- Des juges qui s'appuient sur leurs greffiers pour rédiger leurs arrêts.[47]
- Des juges signant des ordonnances rédigées par un avocat dans le cadre d'une affaire.[48]
- Un juge signant une ordonnance rédigée par son greffier, qui était également employé en tant que procureur dans cette affaire.[49]
- Des juges s'appuyant sur l'IA générative et les grands modèles linguistiques (LLM) pour produire ou peaufiner un projet d'arrêt.[50]

Ces exemples, qui ne se veulent pas exhaustifs, donnent néanmoins un aperçu de la diversité des formes que peut prendre la rédaction fantôme au sein du gouvernement fédéral.[51] Ce faisant, le présent article n'affirme pas que les décideurs des trois pouvoirs recourent au maximum à ces différents types de délégations. Il part plutôt du principe que différents décideurs délèguent

---

46. Benjamin Weiser & Nate Schweber, « *The ChatGPT Lawyer Explains Himself* », N.Y. TIMES (8 juin 2023), https://www.nytimes.com/2023/06/08/nyregion/lawyer-chatgpt-sanctions.html [https://perma.cc/6LCZ-JF22].

47. Parmi tous ces exemples, le rôle des assistants juridiques dans la rédaction des arrêts est peut-être celui qui nécessite le moins d'arguments à l'appui. *Mais voir* WARD & WEIDEN, *supra* note 6, p. 204–205 (notant que le recours accru des juges aux assistants juridiques a commencé dans les années 1950) ; POSNER, *supra* note 16, p. 102–1019 (décrivant le rôle croissant des assistants juridiques à la Cour suprême et dans les cours d'appel) ; Wahlbeck, Spriggs II & Sigelman, *supra* note 6, p. 173–183 (constatant l'influence des assistants juridiques) ; Jeffrey S. Rosenthal & Albert H. Yoon, *« Judicial Ghostwriting: Authorship on the Supreme Court* », 96 CORN. L. REV. 1307, 1337 (2011) (résumant les résultats de l'analyse textuelle effectuée par les auteurs sur les arrêts majoritaires de la Cour suprême et mettant en évidence certains indices de la participation des assistants juridiques aux arrêts de différents juges) ; Kelly Bodwin, Jeffrey S. Rosenthal et Albert H. Yoon, « *Opinion Writing and Authorship on the Supreme Court of Canada* », 63 U. TORO. L.J. 159, 189 (2013) (aboutissant à des résultats similaires au Canada) ; Stephen J. Choi & G. Mitu Gulati, *« Quels juges rédigent leurs arrêts (et faut-il s'en soucier) ? »*, 32 FLA. ST. U. L. REV. 1077, 1096–1121 (2005) (proposant une approche empirique pour vérifier la paternité des arrêts) ; Richard L. Jones, *Avant-propos* de JUD. ADMIN. DIV., A.B.A., JUDICIAL OPINION WRITING MANUAL, p. vi (1991) (« [L]es juges d'appel modifient rarement leurs propres ébauches initiales »).

48. DONNA STROUD, CE QUE LES JUGES VEULENT QUE VOUS SACHIEZ SUR LA RÉDACTION DES ORDONNANCES 4 (2015), https://www.sog.unc.edu/sites/default/files/course_materials/R3_Stroud%20Drafting%20Orders%20 Campbell%209-17-15%20final.pdf [https://perma.cc/LD4X-MFAY] (« [L]es juges de première instance s'en remettent fréquemment aux avocats pour préparer les projets d'ordonnances ..»).

49. Wilson c. Comté de Midland, 89 F.4th 446, 451 (5e Cir. 2023), *décision annulée et réexamen en formation plénière accordé*, 92 F.4th 1150 (5e Cir.) (en banc) (per curiam), *confirmé en banc*, 116 F.4th 384 (5e Cir. 2024) (en banc), *requête en certiorari déposée*, 93 U.S.L.W. 3160 (États-Unis, 12 décembre 2024) (n° 24-672). Pour en savoir plus sur cet arrangement d'une inéthique choquante, voir la partie II.

50. Re, *supra* note 28, p. 1559–1561 (soutenant que les juges trouveront les outils d'IA générative « presque irrésistiblement attrayants ») ; Arbel & Hoffman, *supra* note 9, p. 498–510 (examinant le potentiel des modèles de langage (LLM) pour aider les juges dans l'interprétation des clauses contractuelles).

51. La rédaction déléguée s'applique également à différents niveaux de gouvernement. *Voir de manière générale* Adam S. Zimmerman, *« Ghostwriting Federalism* », 133 YALE L.J. 1802 (2024) (décrivant les moyens par lesquels le gouvernement fédéral influence le contenu des lois des États à travers différents types de collaboration avec les assemblées législatives des États).

sur un continuum. Par exemple, certains juges confient à leurs greffiers un large éventail de tâches rédactionnelles, tandis que d'autres gardent leurs greffiers « à distance »[52]. Comme le démontre la suite de cet article, le choix du type de rédaction à déléguer, et à qui, est important, et ce choix a des implications qui vont bien au-delà de la simple gestion de la charge de travail ou de l'efficacité.

II. DIMENSIONS NORMATIVES DE LA RÉDACTION FANTÔME AU SEIN DU GOUVERNEMENT

Toutes les tâches rédactionnelles ne se valent pas. Considérons deux types de tâches rédactionnelles déléguées. La première consiste à rédiger le procès-verbal d'une réunion. La fonction première du procès-verbal est de consigner les points clés d'une discussion. On peut affirmer que la rédaction d'un procès-verbal implique une certaine marge d'appréciation, notamment quant au niveau de détail à inclure pour les différents échanges ou à la bienveillance avec laquelle les divers arguments doivent être rapportés ; mais, fondamentalement, cette tâche s'apparente davantage à une transcription qu'à la création ou à la synthèse d'idées. L'écriture, dans ce cas, s'apparente davantage à une courroie de transmission. Un groupe de travail gouvernemental peut demander à un membre de son personnel ou à un stagiaire de rédiger le compte-rendu. Il pourrait toutefois externaliser cette tâche à un prestataire ou utiliser un logiciel pour générer une transcription textuelle et un compte-rendu. Pour prendre cette décision, le groupe de travail pourrait évaluer le rapport entre le coût de chaque option et sa qualité ainsi que son efficacité.

La deuxième tâche consiste à rédiger une section du préambule d'un règlement définitif qui explique pourquoi une agence a opté pour un choix réglementaire particulier. Il apparaît d'emblée que la marge d'appréciation inhérente à cette tâche est nettement plus grande que dans le cas d'un compte-rendu de réunion. Alors que les procès-verbaux sont, dans l'idéal, générés de manière quasi automatique à partir des discussions, ce n'est probablement pas le cas pour le préambule d'un règlement définitif, qui doit expliquer et justifier les choix gouvernementaux plutôt que de se contenter de les consigner. Bien que le coût et l'efficacité restent des considérations pertinentes, ce type de rédaction exige un raisonnement délibératif, contrairement à la rédaction de procès-verbaux. Ici, le rédacteur ne se contente pas de retranscrire les déclarations d'autrui, mais il formule sa propre articulation ou sa propre version des raisons pour lesquelles l'agence a pris sa décision. Même dans un scénario où la direction de l'agence fournit des orientations politiques, le travail du rédacteur consiste à produire des pages et des pages d'explications détaillées. Une fois le règlement définitif publié, ces motifs — probablement après avoir été révisés par d'autres membres du personnel de l'agence — deviennent l'explication officielle de l'agence concernant son action. L'importance de ce document implique donc la nécessité

52. WARD & WEIDEN, *supra* note 6, p. 205 (opposant l'approche de « distance » du juge Douglas au recours intensif aux greffiers du juge Frankfurter) ; Wahlbeck, Spriggs II & Sigelman, *supra* note 6, p. 169–170 (décrivant toute une gamme de relations de travail entre juges et greffiers). Pour un excellent aperçu de l'institution de l'assistant judiciaire, voir l'intégralité du numéro spécial « symposium » de l'automne 2014 de cette même revue juridique, à commencer par Chad Oldfather & Todd C. Peppers, « *Judicial Assistants or Junior Judges: The Hiring, Utilization, and Influence of Law Clerks* », 98 MARQ. L. REV. 1 (2014).

pour la responsabilité, l'impartialité et la prise de décision dans l'intérêt général, des valeurs profondes que les procès-verbaux de réunion ne suscitent pas.

Ces deux exemples commencent à illustrer comment certaines tâches rédactionnelles gouvernementales sont étroitement liées à des tâches de raisonnement, tandis que d'autres ne le sont pas. C'est lorsqu'elles impliquent des tâches de raisonnement que la rédaction fantôme au sein du gouvernement est la plus préoccupante. À l'heure actuelle, nous agissons comme si notre législation et nos politiques ne contribuaient guère à fixer ou à contrôler la limite au-delà de laquelle la rédaction ne peut être déléguée, laissant aux dirigeants très occupés et à leurs conseillers le soin de s'en sortir par eux-mêmes. En réalité, notre législation et nos politiques ont davantage à dire sur la rédaction fantôme au sein du gouvernement, mais pour comprendre pourquoi, nous devons examiner la relation entre l'acte d'écrire et l'acte de raisonner.

A. Le lien entre l'écriture et le raisonnement

S'il est presque trop évident de constater que l'écriture influence la réflexion, il est essentiel d'établir le lien entre les deux pour que le présent article puisse se poursuivre. Il existe un consensus général sur le fait que l'écriture peut contribuer à faire progresser et à structurer la réflexion.[53] Ce point de vue s'applique à la rédaction juridique dans les trois branches du pouvoir. Par exemple, les arrêts écrits constituent un élément central du rôle judiciaire.[54]

---

53. Frederick Schauer, « *Giving Reasons* », 47 STAN. L. REV. 633, 657 (1995) (« [L]orsque les concepteurs d'institutions ont des raisons de croire que les décisions seront systématiquement le fruit de préjugés, d'intérêts personnels, d'une réflexion insuffisante ou simplement d'une précipitation excessive, exiger des décideurs qu'ils motivent leurs décisions peut contrebalancer certaines de ces tendances. »). Bien sûr, l'idée selon laquelle la relation entre l'écriture et la réflexion conduit à de meilleurs résultats pourrait être aussi erronée qu'elle est largement répandue. Dans son excellente étude sur les coûts et les avantages de l'écriture judiciaire, Oldfather souligne les limites de nos hypothèses concernant la relation positive entre l'écriture et la réflexion. Chad M. Oldfather, « *Writing, Cognition, and the Nature of the Judicial Function* », 96 GEO. L.J. 1283, 1286 (2008). Il soulève, par exemple, la possibilité que l'écriture puisse engendrer une dépendance au cheminement plutôt que de stimuler la réflexion et la recherche d'alternatives. *Voir id.* à la p. 1286. Pour comprendre en profondeur comment et pourquoi l'écriture influence la réflexion, il faudrait s'aventurer dans les domaines de la psychologie et des neurosciences, ce qui dépasse l'expertise de l'auteur et le cadre du présent article. Oldfather passe en revue une grande partie de la littérature et conclut que « le processus d'écriture implique la transformation de la pensée ». *Ibid.*, p. 1306–1309. Partons simplement du principe que cette idée communément admise est vraie : l'écriture façonne, ou du moins a le potentiel de façonner, la pensée de manière significative.

54. *Introduction* à *« The Dynamics of the Judicial Process* », *dans* JUDGES ON JUDGING, p. 29, 44-46 (sous la direction de David M. O'Brien, 1re éd., 1997) (décrivant le rôle central de la rédaction des arrêts dans le travail de la Cour suprême) ; Patricia M. Wald, *« La rhétorique des résultats et les résultats de la rhétorique : les écrits judiciaires* », 62 U. CHI. L. REV. 1371, 1371 (1995) (traitant de la « nécessité » des arrêts écrits) ; Gerald Lebovits, Alifya V. Curtin et Lisa Solomon, « *La rédaction éthique des arrêts judiciaires* », 21 GEO. J. LEGAL ETHICS 237, 237 (2008) (soutenant que « le cœur de la réputation et de la fonction d'un juge réside dans l'usage de la plume ») ; *voir également* William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey, *An Historical and Critical Introduction* to HENRY M. HART, JR. & ALBERT M. SACKS, THE LEGAL PROCESS, p. ci–cii (sous la direction de William N. Eskridge, Jr. et Philip P. Frickey, 1994) (résumant les points de vue de l'école du « Legal Process » sur la grande importance des explications écrites et motivées au sein des pouvoirs judiciaire et administratif). *Mais voir* Oldfather, *supra* note 53, p. 1285, 1289 (reconnaissant cette « intuition professionnelle collective » concernant le rôle des arrêts écrits tout en concluant finalement que de nombreuses fonctions judiciaires, telles que la multitude de décisions rendues par les juges de première instance depuis leur siège, ne reposent pas sur des documents écrits) ; Schauer,

Les objectifs des arrêts écrits sont variés, mais l'un d'entre eux est d'aider la juge à structurer sa propre réflexion au fur et à mesure qu'elle approfondit ses considérations sur une affaire.[55] La rédaction d'un arrêt engendre une sorte de « détachement critique » entre l'auteur et ses idées, ce qui permet la réflexion et l'amélioration.[56] Oldfather décrit comment le processus de rédaction peut donner à un juge « une meilleure appréciation du droit, de la nature particulière du litige, ou de la relation entre les deux ».[57] Emprunter trop de formulations à des décisions antérieures ou s'appuyer excessivement sur des assistants juridiques risque de faire passer à la trappe « la discipline de la pensée souhaitée », ce qui se traduit par un jugement moins indépendant.[58] De plus, l'expression « ça ne s'écrit pas » renvoie à l'utilisation du processus d'écriture pour évaluer sa propre réflexion : si l'instinct judiciaire ne se traduit pas bien sur le papier, alors l'arrêt « ne s'écrit pas », et le juge sait qu'il doit revoir son approche.[59]

Cette conception de l'écriture comme processus intellectuel est ce que Kissam décrit comme « l'écriture critique » : un processus de « rétroaction continue et réciproque » qui « encourage l'auteur […] à engager un dialogue soutenu et sérieux sur le sujet à l'étude »[60]. Un exemple d'écriture critique est le fait que, si un arrêt ne « prend pas forme », le juge le modifie jusqu'à ce qu'il le juge acceptable. L'écriture critique facilite donc l'autoréflexion. Ce n'est peut-être pas le seul lieu où s'exerce la délibération — par exemple, les discussions avec des collègues contribuent régulièrement à faire avancer les idées — mais lorsqu'il s'agit d'exprimer des décisions gouvernementales, cela se fait souvent par écrit.

Une autre vision est ce que Kissam appelle l'« écriture instrumentale », c'est-à-dire une écriture qui « se contente […] de transmettre nos pensées de manière efficace et efficiente aux autres »[61]. Dans ce cas, la réflexion a été soit facile, soit entièrement menée à l'avance ; l'écriture se contente de l'exprimer et de la consigner. C'est l'exemple des comptes rendus de réunion évoqué plus haut, ou peut-être votre liste de tâches. Il peut y avoir des juges et

---

note 53 *ci-dessus*, p. 636-637 (examinant l'absence d'obligation de motiver certaines facettes de la prise de décision juridique, telles que les verdicts rendus par un jury, les rejets de pourvoi en cassation, etc.).

55. Oldfather, note 53 *ci-dessus*, p. 1317. Parmi les autres objectifs, on peut citer, par exemple, celui de « donner au lecteur l'assurance que la justice a été rendue de manière équitable et efficace ». JUD. ADMIN. DIV., note 47 *ci-dessus*, p. 1.

56. Richard A. Posner, « *Judges' Writing Styles (and Do They Matter?)* », 62 U. CHI. L. REV. 1421, 1447 (1995).

57. Oldfather, *supra* note 53, p. 1320.

58. Lebovits, Curtin & Solomon, *supra* note 54, p. 302 ; Oldfather, *supra* note 53, p. 1325.

59. Oldfather, *supra* note 53, p. 1284–1285 (expliquant que cette expression fait référence au fait qu'« un résultat que le juge jugeait initialement approprié s'avère, lorsqu'il tente de le justifier dans un arrêt, inacceptable »). S'appuyant sur cette idée, Re suggère qu'un des avantages de l'IA générative pourrait être de permettre aux juges d'abandonner plus rapidement les idées que « l'IA ne rédigerait pas ». Re, *supra* note 28, p. 1567.

60. Philip C. Kissam, *« Thinking (by Writing) About Legal Writing* », 40 VAND. L. REV. 135, 140–41 (1987).

61. *Ibid.*, p. 138.

d'autres pour qui l'écriture analytique, raisonnée et savante n'est qu'une simple transcription mentale, mais nous n'avons pas besoin de nous attarder sur ces êtres mythiques pour qui ce type d'écriture s'apparente à une dictée.[62] Bien que cette conception de l'écriture comme moyen de transmission des pensées puisse s'appliquer à des « affaires simples », Oldfather soutient de manière convaincante qu'en général, une « [d]écision » judiciaire « n'est […] pas un moment singulier qui précède la justification », mais « au contraire un processus continu » aboutissant à la rédaction de ce qui est souvent une justification écrite.[63] Pour poursuivre la réflexion dans le cadre du présent article, il n'est pas nécessaire d'affirmer que toute écriture judiciaire est une écriture critique, mais simplement qu'une partie de celle-ci l'est. La distinction entre écriture critique et écriture instrumentale nous aide à distinguer deux types d'écriture. Les processus d'écriture critique, qui mettent l'accent sur la délibération et le raisonnement, constituent le sujet central du présent article.

Dans le contexte gouvernemental, l'écriture critique est peut-être surtout associée au travail de jugement, mais elle fait également partie de la rédaction législative. On observe souvent des débats sur la manière dont les agences sont chargées de préciser les détails de la législation, et sur la question de savoir si elles en ont la liberté, mais avant que cela ne puisse se produire, la structure et le contenu de la législation doivent être élaborés. Comme indiqué plus haut, les chercheurs ont réfuté l'idée selon laquelle ce sont les membres du Congrès qui rédigent les textes législatifs.[64] Au contraire, les membres sont secondés par des lobbyistes, des agences, des collaborateurs législatifs et d'autres acteurs pour façonner le libellé des projets de loi. Cross et Gluck, par exemple, décrivent un processus riche et dynamique impliquant de nombreux acteurs bureaucratiques différents au sein du Congrès, qui interviennent à différents moments du processus législatif pour apporter divers types d'aide à la rédaction.[65] Le personnel du Bureau du conseiller législatif en est un exemple, mais d'autres apportent également leur aide, notamment le personnel du Service de recherche du Congrès.[66] Oei et Osofsky expliquent que « [l]a rédaction de la loi soulève souvent des questions de mise en œuvre qui ne peuvent être prévues lorsque

62. Votre autrice n'est pas une telle licorne. Dans le même ordre d'idées, vous trouverez peut-être extrêmement pratique que cet article, un travail de recherche juridique approfondi, repose sur l'idée que l'écriture est importante pour le raisonnement. Après tout, le métier de la juriste consiste à passer beaucoup de temps devant son clavier, à formuler des idées en manipulant les mots pour explorer, affiner et rejeter ses pensées. Il peut donc sembler naturel pour une juriste de magnifier son processus et de le projeter sur les autres, en valorisant le malaise exquis lié à l'expression et au perfectionnement des idées à travers des cycles sans fin de recherche, de rédaction, de contemplation par la fenêtre, de révision, de discussions avec des collègues, de révision, de procrastination, de réflexion, et ainsi de suite. Pour envisager une alternative dystopique, voir Michael L. Smith, *« Generative AI and the Purpose of Legal Scholarship* », 21
U. MASS. L. REV. (à paraître en 2025) (manuscrit, p. 2–5) (disponible sur SSRN), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5081325 [https://perma.cc/E2F6-TYDB].

63. Oldfather, *supra* note 53, p. 1302-1303.

64. *Voir* les sources citées dans la note 245 *ci-dessous*.

65. *Voir de manière générale* Jesse M. Cross et Abbe R. Gluck, « *The Congressional Bureaucracy* », 168 U. PA. L. REV. 1541 (2020) (étude portant sur les « neuf institutions législatives non partisanes du Congrès » et concluant qu'elles aident le Congrès à préserver son propre pouvoir législatif face aux empiétements de l'exécutif et à décentraliser certains aspects du processus d'élaboration et d'adoption des lois).

66. *Ibid.*, p. 1544.

« Les députés et leurs collaborateurs s'accordent sur les grandes orientations politiques. » [67] Cette observation suggère un processus dynamique de rédaction législative qui commence avant même qu'un texte législatif n'entame son parcours officiel à travers les différentes étapes de contrôle.[68] Et bien sûr, ces étapes de contrôle, y compris le processus de travail en commission et tout le parcours jusqu'aux séances plénières de la Chambre des représentants et du Sénat, soumettront le projet de loi à des retours d'information.[69] La législation ordinaire peut donc sans problème être décrite comme le résultat d'un processus de rédaction critique, ou itératif.

La rédaction critique a également lieu au sein du pouvoir exécutif, notamment dans les projets de règlement et les règlements définitifs. On ne saurait trop insister sur l'importance du texte de ces documents. Une combinaison de lois, de doctrine et de politique présidentielle pousse les agences à produire de volumineuses justifications écrites pour les modifications proposées.[70] L'étendue exacte de ce que font les agences dans les préambules reste insuffisamment théorisée, mais il existe au moins quelques explications différentes quant à ce qu'elles y incluent et pourquoi. Une explication est que les agences présentent des justifications de leurs choix afin de faciliter différentes formes de responsabilité, notamment la transparence publique et le contrôle juridictionnel en aval.[71] Stack explique que les préambules constituent également des espaces où les agences peuvent saisir l'occasion de communiquer des orientations aux

67. Oei & Osofsky, *supra* note 6, p. 1334. Ils poursuivent en expliquant que « [d]e ce fait, ceux qui rédigent effectivement la loi peuvent prendre des décisions de mise en œuvre dotées d'un contenu substantiel important ». *Id.*

68. McNollgast, *« Positive Canons : The Role of Legislative Bargains in Statutory Interpretation* », 80 GEO. L.J. 705, 720–21 (1992) (inventant le terme « veto gates » pour décrire le « parcours du combattant » procédural que les projets de loi doivent franchir pour devenir des lois promulguées).

69. Abbe R. Gluck, Anne Joseph O'Connell et Rosa Po, « *Unorthodox Lawmaking, Unorthodox Rulemaking* », 115 COLUM. L. REV. 1789, 1839 (2015) (traitant de la perte de participation du public lorsque le Congrès fait l'impasse sur certaines étapes législatives) ; BARBARA L. SINCLAIR, UNORTHODOX LAWMAKING, p. xiii, 264–71 (5e éd., 2017) (décrivant le « processus législatif non orthodoxe » et ses conséquences sur la délibération). Le fait de sauter des étapes procédurales peut également se traduire par une participation moindre des membres du Congrès. Le processus législatif non orthodoxe fait donc l'impasse sur le type de réflexion critique dont traite la présente section.

70. Par exemple, dans *l'affaire SEC c. Chenery Corp. (Chenery I)*, la Cour a incité les agences à consigner par écrit leurs motifs en temps réel en statuant qu'« une décision administrative ne peut être confirmée que si les motifs sur lesquels l'agence s'est fondée pour exercer ses pouvoirs sont ceux sur lesquels son action peut être fondée ». 318 U.S. 80, 95 (1943). Peu après, le Congrès a promulgué la loi sur la procédure administrative (Administrative Procedure Act), qui imposait aux agences de présenter des descriptions écrites des projets de règlement et de recueillir les observations sur ces propositions avant de publier un règlement définitif comprenant un « exposé général concis de son fondement et de son objectif ». 5 U.S.C. § 553 (1946). Par la suite, la Cour a insisté pour que les explications écrites soient plus détaillées, comme dans l'affaire *Motor Vehicle Manufacturers Ass'n v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, où elle a conclu qu'elle « ne saurait fournir une justification raisonnée de l'action de l'organisme que celui-ci n'a pas lui-même donnée ». 463 U.S. 29, 43 (1983).

71. *Voir* Kevin M. Stack, « *Preambles as Guidance* », 84 GEO. WASH. L. REV. 1252, 1257 (2016).

public.[72] Une troisième explication est que la rédaction des préambules permet à une agence de définir sa nouvelle politique.[73]

Ce troisième point de vue sous-tend le décret présidentiel (EO) n° 12 866 et la circulaire A-4, deux documents de politique générale de longue date à l'échelle de l'administration qui régissent la rédaction des textes réglementaires, et qui prévoient que les préambules constituent le cadre dans lequel les agences examinent les différentes possibilités réglementaires.[74] Les étapes de l'analyse réglementaire décrites dans ces documents exigent une évaluation étape par étape du problème politique que la réglementation est censée résoudre, des coûts et des avantages des différentes solutions alternatives, ainsi que la sélection de l'option présentant les avantages nets les plus importants. Le décret 12 866 et la circulaire A-4 prévoient donc un préambule qui ne soit pas prédéterminé dès le départ, mais qui soit au contraire un document guidant les agences tout au long de

processus décisionnel lui-même.[75] Ces politiques reposent donc sur l'idée que préambules comme forme d'écriture critique, et non instrumentale. Stack fait valoir que les règles sont édictées par l'agence dans son ensemble, plutôt qu'à un niveau hiérarchique inférieur au sein de celle-ci, ce qui encourage « la délibération et la réflexion internes au sein des plus hautes instances de l'agence ».[76]

De plus, lorsqu'une agence soumet son projet de règlement au Bureau de l'information et des affaires réglementaires (OIRA) pour examen en vertu du décret présidentiel n° 12 866, elle transmet à l'OIRA un ensemble de documents écrits : préambule, texte réglementaire et autres analyses réglementaires.[77] Le processus d'examen de l'OIRA porte donc moins sur des désaccords politiques intellectuels ou abstraits que sur l'échange, entre divers fonctionnaires — y compris des responsables politiques nommés poursuivant des objectifs différents —, de séries de commentaires et de modifications sur les projets de documents. Ce processus constitue une forme d'examen par les pairs qui s'appuie sur l'expertise et les points de vue issus de la vaste

---

72. *Id.*, p. 1259–1268.

73. Kristin E. Hickman & Bridget C.E. Dooling, « *Delay, Politics, and Expertise in OIRA Tax Review* », 43 VA. TAX REV. 125, 172–77 (2025) (discussion sur les objectifs des préambules réglementaires). Stiglitz fait allusion à une idée quelque peu similaire, en expliquant comment l'attente d'une justification « conditionne le comportement de celui qui justifie ». EDWARD H. STIGLITZ, THE REASONING STATE, p. 139–140 (2022).

74. *Voir* le décret n° 12 866, 3 C.F.R. § 638 (1994), *reproduit tel que modifié dans* 5 U.S.C. § 601 app. aux pages 176–81 (2024) ; BUREAU DE LA GESTION ET DU BUDGET, BUREAU EXÉCUTIF DU PRÉSIDENT, CIRCULAIRE A-4 DE L'OMB, ANALYSE RÉGLEMENTAIRE (2023).

75. Même s'il est exact que le décret présidentiel n° 12 866 et la circulaire A-4 reposent sur cette présomption, cela n'empêche pas nécessairement les agences de fixer d'emblée les résultats réglementaires, le processus réglementaire n'étant alors utilisé que pour justifier des politiques prédéterminées. *Voir, par exemple*, E. Donald Elliot, *« Re-Inventing Rulemaking* », 41 DUKE L.J. 1490, 1492 (1992) (qualifiant le processus réglementaire de notification et de consultation de « théâtre Kabuki » : « un processus hautement stylisé visant à présenter de manière formelle l'essence de quelque chose qui, dans la réalité, se déroule ailleurs »).

76. Stack, *supra* note 71, p. 1272-1273.

77. Jennifer Nou, « *Agency Self-Insulation Under Presidential Review* », 126 HARV. L. REV. 1755, 1779 (2013).

pouvoir exécutif.[78] L'examen de l'OIRA repose donc sur l'idée que les préambules réglementaires constituent la version de travail non seulement de la justification de l'agence, mais aussi de sa politique même. À ce titre, ces documents peuvent faire l'objet de délibérations approfondies, jusqu'à leur publication au *Federal Register* ou leur mise en ligne sur le site web de l'agence. La justesse de ce point de vue, selon lequel c'est au cours du processus de rédaction que se prennent les décisions politiques, se reflète dans les critiques virulentes et le soutien fervent dont fait l'objet l'examen de l'OIRA.[79]

Au-delà du décret présidentiel n° 12 866 et de la circulaire A-4, des lois et d'autres décrets présidentiels ont ajouté des exigences en matière d'analyse écrite au processus réglementaire, chargeant les agences de rendre compte par écrit de l'impact des projets de réglementation sur l'environnement, l'économie, les petites entreprises, les tribus, le bien-être des familles, le commerce international, le fédéralisme, et bien d'autres aspects encore.[80] Shapiro explique que bon nombre de ces exigences individuelles ont été « mises en place pour satisfaire un groupe d'acteurs qui accorde une grande importance aux questions abordées ».[81] Bien qu'il existe différentes explications quant aux raisons pour lesquelles ces exigences ont été ajoutées au fil des ans — la plus cynique d'entre elles soutenant qu'elles ne visent qu'à ralentir la publication de nouvelles réglementations —, l'une d'elles est qu'elles garantissent que les agences prennent au moins le temps de rédiger, et donc d'examiner, les conséquences d'un projet de réglementation pour les différents groupes d'intérêt.[82] Inciter les agences à évaluer une solution réglementaire proposée devrait, en théorie, les aider à prendre de meilleures décisions.

En résumé, dans les trois branches du pouvoir, le processus revêt une importance capitale lorsqu'il s'agit de tâches de rédaction cruciales. Les documents — textes législatifs, règlements administratifs, arrêts judiciaires — qui finissent par avoir des conséquences juridiques commencent par un projet. Entre le moment zéro (rédaction du projet) et le moment un (publication), beaucoup de choses peuvent changer. Le présent article attire l'attention sur cette période liminale, où les politiques sont en évolution, où les documents sont en cours d'élaboration, où les plumes n'ont pas encore été posées. C'est pendant cette période que la politique est

78. *Voir* Cass R. Sunstein, Commentaire, *« The Office of Information and Regulatory Affairs : Myths and Realities* », 126 HARV. L. REV. 1838, 1841–42 (2013) (traitant du rôle de l'OIRA en tant que « relais » et « facilitateur » entre les différentes agences).

79. *Comparer avec* Lisa Heinzerling, Conférence, *« Inside EPA : Réflexions d'une ancienne initiée sur les relations entre l'EPA d'Obama et la Maison Blanche d'Obama* », 31 PACE ENV'T L. REV. 325, 344 (2014) (critiquant l'OIRA à plusieurs égards et évoquant le recours de l'OIRA à des « modifications ligne par ligne » ainsi que les dynamiques de pouvoir associées), *avec* Sunstein, *supra* note 78, p. 1847–48 (décrivant les allers-retours entre l'OIRA et les agences dans le cadre de l'examen par l'OIRA).

80. BUREAU DE LA RESPONSABILITÉ DU GOUVERNEMENT DES ÉTATS-UNIS, GAO-09-205, LÉGISLATION FÉDÉRALE 24 (2009)
(énumérant diverses exigences en matière d'analyse réglementaire).

81. Stuart Shapiro, « *Defragmenting the Regulatory Process* », 31 RISK ANALYSIS 893, 899 (2011). Bon nombre de ces exigences ont été critiquées soit parce qu'elles se résument à des formules toutes faites, soit parce qu'elles ralentissent inutilement le processus réglementaire. *Voir, par exemple*, CURTIS W. COPELAND, EXIGENCES EN MATIÈRE D'ANALYSE RÉGLEMENTAIRE 53 (2012), https://www.acus.gov/sites/default/files/documents/COR-Copeland-Report-CIRCULATED.pdf [https://perma.cc/8MF4-8NVB].

82. COPELAND, *supra* note 81, p. 29-31.

élaborées, contestées, affinées et, en fin de compte, adoptées. À ce stade, l'écriture est le lieu de la délibération et du raisonnement plutôt qu'un simple outil de transcription. Si une décision gouvernementale s'inscrit, ou devrait s'inscrire, dans un processus d'écriture critique, cela indique clairement que la rédaction fantôme doit être évitée ou, à tout le moins, abordée avec la plus grande prudence.

B. L'incompatibilité entre les devoirs de raisonnement et la rédaction fantôme

Comme indiqué plus haut, le lien entre l'écriture et le raisonnement est au cœur de l'argumentation développée dans le présent article, selon laquelle le recours à des rédacteurs fantômes peut constituer une violation des obligations des décideurs. Il existe un seuil à partir duquel la délégation de la rédaction devient une délégation du raisonnement. Si cela peut être acceptable pour certaines formes de rédaction gouvernementale, ce n'est pas le cas pour toutes. Une manière de tracer la ligne de démarcation consiste à déterminer si le décideur gouvernemental concerné a un devoir de raisonnement. Si tel est le cas, la tâche de rédaction associée ne peut être déléguée dans son intégralité sans enfreindre ce devoir, et même les délégations partielles doivent faire l'objet d'une surveillance très attentive. L'enjeu dépasse la simple violation technique d'une obligation obscure. Une délégation excessive des fonctions gouvernementales compromet la prise de décision à court terme ; elle crée les conditions d'une dégradation à long terme du processus décisionnel ; et, comme le soutient Cordelli, elle crée les conditions d'une atteinte grave au « droit collectif à l'autogouvernance démocratique » [(83).]

Mais tout d'abord, les responsables gouvernementaux ont-ils le devoir de raisonner ? Rawls a défendu l'idée selon laquelle toute personne exerçant un pouvoir politique se doit de s'engager dans ce qu'il a qualifié de « raison publique ».[84] C'est là le cœur de la théorie de la démocratie délibérative, qui soutient que les raisons d'intérêt public contribuent à justifier l'usage du pouvoir au sein des trois branches du gouvernement.[85] Cette conception est large et sert de fondement philosophique à l'existence d'un devoir de raisonnement à l'échelle de l'État. Selon cette interprétation, lorsque l'État agit, il est tenu d'avoir et de fournir des raisons d'intérêt public.

On peut également considérer le devoir de raisonnement comme s'inscrivant dans un continuum. L'État administratif occupe l'une des extrémités, où le devoir de raisonnement est si bien établi qu'il est inscrit dans la loi et la doctrine.[86] Les tribunaux se situent au milieu,

---

83. CHIARA CORDELLI, THE PRIVATIZED STATE, P. 135 (2020).

84. JOHN RAWLS, *« L'idée de raison publique* », *dans* POLITICAL LIBERALISM, p. 212-254 (éd. augmentée, 2005).

85. *Voir de manière générale* Glen Staszewski, *« Reason-Giving and Accountability* », 93 MINN. L. REV. 1253 (2009) (décrivant comment la théorie de la démocratie délibérative s'applique à la justification des décisions gouvernementales).

86. On a beaucoup écrit, à juste titre, sur l'importance de la justification dans l'État administratif. *Voir de manière générale* Jerry L. Mashaw, « *Small Things Like Reasons Are Put in a Jar : Reason and Legitimacy in the Administrative State* », 70 FORDHAM L. REV. 17 (2001) (distinguant

ce que l'on pourrait qualifier d'attentes et d'incitations très fortes pour que les juges fournissent des motifs, ce qui ne revient pas nécessairement à ce que l'on pourrait qualifier d'obligation dans tous les cas.[87] Le Congrès se situe à l'autre extrémité, où il n'existe aucune obligation ferme pour les législateurs d'agir en fonction de motifs ou de les formuler avant d'adopter une loi.[88] L'un des avantages de réfléchir à la notion d'obligation en général, et selon un continuum en particulier, est que cela aide à expliquer nos intuitions quant aux cas où la rédaction fantôme par les pouvoirs publics est acceptable, et ceux où elle ne l'est pas.

Dans l'État administratif, l'obligation légale de motiver ses décisions se retrouve aisément dans la jurisprudence et la législation. L'affaire décisive *SEC c. Chenery Corp.* (*Chenery I*) a établi qu'une agence doit, au moment où elle agit, exposer « les motifs sur lesquels elle s'est fondée pour exercer ses pouvoirs ».[89] Comme l'a expliqué le juge Henry Friendly, les motifs écrits sont « pratiquement indispensables s'il doit y avoir un contrôle juridictionnel » de l'action d'une agence.[90]

Peu après que la Cour eut rendu son arrêt dans l'affaire *Chenery I*, le Congrès a promulgué la loi sur la procédure administrative (APA), qui impose aux agences d'expliquer le fondement et l'objectif d'une règle lorsqu'elles la promulguent.[91] Au fil du temps, les tribunaux ont élargi la portée de l'APA pour exiger des agences qu'elles fournissent davantage de détails sur leurs motifs lorsqu'elles promulguent leurs règles.[92] À ce titre, *l'arrêt Chenery I* constitue un principe « fondamental » ou « pierre angulaire » du droit administratif, sur lequel reposent de nombreux autres éléments de cette discipline.[93] Un principe étroitement lié est celui du contrôle de l'arbitraire et du caprice prévu à l'article 706 de l'APA, ainsi que des doctrines connexes telles que *l'*

---

l'absence d'obligation de motivation au sein des pouvoirs législatif et judiciaire, par opposition aux exigences légales strictes en matière de motivation imposées aux agences, telles que la prise en compte des impacts environnementaux et la réalisation d'analyses coûts-bénéfices) ; JERRY L. MASHAW, REASONED ADMINISTRATION AND DEMOCRATIC LEGITIMACY (2018) (expliquant les implications de l'obligation de motivation prévue par le droit administratif) ; Staszewski, *supra* note 85 (observant que les agences sont légalement tenues de fournir des explications motivées de leurs politiques, qui peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, même si ces politiques sont adoptées à la demande du président) ; STIGLITZ, *supra* note 73 (observant que tant le Congrès que les tribunaux ont imposé des obligations de motivation aux agences).

87. Ruth Bader Ginsburg, Conférence, « *The Obligation to Reason Why* », 37 FLA. L. REV. 205, 207, 222, (1985).

88. Schauer, *supra* note 53, p. 636.

89. 318 U.S. 80, 95 (1943). Stack passe en revue les justifications conventionnelles de *l'arrêt Chenery I* et en propose une qui lui est propre. Kevin M. Stack, *« The Constitutional Foundations of* Chenery », 116 YALE L.J. 952, 974–1004 (2007).

90. Henry J. Friendly, *« Some Kind of Hearing »*, 123 U. PA. L. REV. 1267, 1292 (1975).

91. 5 U.S.C. § 553(c) (exigeant qu'une agence publie une « déclaration générale concise » exposant le fondement et l'objectif d'une règle lorsqu'elle la promulgue).

92. *Voir* les sources citées dans la note 70 *ci-dessus*.

93. STIGLITZ, *supra* note 73, p. 138-143 (présentant un aperçu concis des objectifs de la motivation en droit administratif) ; Stack, *supra* note 89, p. 955.

Farm [94] et *Overton Park* [95], qui soulignent respectivement l'importance de la motivation en général et au moment de la décision en particulier [96]. L'État administratif a donc une obligation légale très claire de motiver ses actes lorsqu'il agit en vertu de l'APA [97]. La clarté de cette obligation légale s'explique sans doute par la volonté de répondre aux inquiétudes concernant la légitimité et la responsabilité de l'État administratif. Exiger des agences qu'elles exposent leurs motifs facilite non seulement le contrôle juridictionnel, mais aussi la responsabilité vis-à-vis du public.

Il est étonnamment moins évident de démontrer que les juges ont une obligation — par opposition à des normes ou à des incitations très fortes — de rendre des décisions motivées. Schauer note qu'« il fait partie de notre conception de la pratique judiciaire que les avis des juges doivent être élaborés au terme d'un processus d'« élaboration raisonnée », et que les juges doivent expliquer, justifier et motiver leurs décisions ».[98] Mais nos attentes ne créent pas nécessairement une obligation formelle. Le serment judiciaire pourrait constituer une source d'une telle obligation, mais il n'exige pas expressément des juges

de motiver leurs décisions.[99] Il engage toutefois les juges fédéraux à « rendre la justice sans distinction de personne, et accorder les mêmes droits aux pauvres et aux riches, et […] s'acquitter fidèlement et impartialement de toutes les fonctions qui m'incombent »[100]. L'une des façons dont les juges mettent ce serment en pratique consiste à rendre des arrêts qui fournissent des justifications écrites à leurs décisions.[101] La juge Patricia Wald explique que, bien que les juges rédigent des arrêts pour différentes raisons, « la recherche de crédibilité et de cohérence » constitue la raison la plus importante, car elle permet de renforcer l'autorité judiciaire et de répondre à l'attente du public quant à une application équitable de la loi.[102] Mais la juge Wald note également que les juges ne rendent pas d'arrêts écrits pour chaque affaire, et

---

94. Motor Vehicle Mfrs. Ass'n c. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 463 U.S. 29 (1983).

95. Citizens to Pres. Overton Park, Inc. c. Volpe, 401 U.S. 402 (1971).

96. 5 U.S.C. § 706(2)(A) ; *State Farm*, 463 U.S., p. 43 ; *Overton Park*, 401 U.S., p. 419.

97. Roisman a également fait valoir que la présidente a un « devoir de délibération » juridique, fondé à la fois sur le texte législatif et sur le texte constitutionnel. Shalev Roisman, *Presidential Law*, 105 MINN. L. REV. 1269, 1271 (2021) (« [Pour] exercer le pouvoir de fond qui lui est directement délégué, la Présidente […] doit recueillir les informations pertinentes et rendre un jugement mûrement réfléchi sur la base de ces informations. Si elle ne le fait pas, elle a agi de manière illégale »).

98. Frederick Schauer, *« Opinions as Rules* », 62 U. CHI. L. REV. 1455, 1465 (1995) (citant HART, JR. & SACKS, *supra* note 54, p. 143–52) ; Geoffrey C. Shaw, *« H.L.A. Hart's Lost Essay:* Discretion *and The Legal Process School* », 127 HARV. L. REV. 666, 708 (2013) (expliquant « le point de vue de l'école du processus selon lequel les juges ont la responsabilité professionnelle d'expliquer leur décision par écrit »).

99. 28 U.S.C. § 453.

100. *Id.*

101. *Voir* Re, *supra* note 28, p. 1562 (« [L]es tribunaux ont tendance à fonctionner *par le biais de* leurs déclarations publiques justificatives. »).

102. Wald, *supra* note 54, p. 1373 ; *voir également* Ginsburg, *supra* note 87, p. 207 (présentant la rédaction des décisions comme l'un des « efforts déployés par les cours d'appel pour répondre à l'attente selon laquelle elles s'efforceront de bien énoncer et d'appliquer le droit »).

Oldfather décrit un large éventail d'actes judiciaires qui ne donnent pas lieu à un arrêt écrit.[103] Soit les juges manquent régulièrement à leur devoir de motivation, soit — et cela est de loin plus probable — ils n'ont pas l'obligation de rédiger des arrêts exposant leurs motifs à chaque fois qu'ils exercent leur pouvoir judiciaire.

Si une obligation judiciaire de motiver existe, ou s'il existe au moins une forte attente en matière de prise de décision motivée, celle-ci découle probablement de la nature et du contexte de la prise de décision judiciaire. Alors que la légitimité d'une décision concernant le calendrier d'un procès ou une requête préalable au procès peut ne pas nécessiter de motifs écrits, celle d'un arrêt au fond peut en exiger. Dans l'ensemble, il est plus difficile de cerner une obligation juridique spécifique en vertu de laquelle les juges doivent motiver leurs décisions et fournir des motifs, mais cela semble certainement être une bonne idée. Bien que les nominations judiciaires soulèvent des préoccupations en matière de responsabilité, un peu comme celles soulevées par l'État administratif, le Congrès n'a pas imposé d'obligation de motivation aux juges relevant de l'article III.[104] L'une des raisons à cela est, bien sûr, qu'il n'est pas certain que le Congrès puisse imposer de telles exigences d'un point de vue constitutionnel.

En ce qui concerne le pouvoir législatif, le Congrès n'est pas tenu d'« exposer les raisons qui l'ont conduit à adopter une loi »[105]. Et, en général, il ne le fait pas[106].Une explication à cette constatation relativement sombre est que, pour aboutir à son adoption, un projet de loi doit suivre un parcours délibératif ardu, ce qui lui confère un droit particulier à la légitimité qui ne dépend pas directement de la motivation.[107] Lorsque les membres du Congrès expliquent leur raisonnement à l'origine de différents votes ou d'autres actions, c'est parce qu'ils ont des motivations, et non des obligations, à fournir des explications à leurs électeurs et à convaincre leurs collègues.[108]

Dans l'ensemble, que l'on adopte la conception de Rawls d'un devoir étendu de justification pour toutes les personnes impliquées dans la prise de décision publique, ou que l'on souscrive à la

---

103. Wald, note 54 *ci-dessus*, p. 1 373. *Voir de manière générale* Oldfather, note 53 *ci-dessus* (qui explique la pratique très répandue consistant pour les juridictions de première instance à rendre des décisions orales, et même pour les cours d'appel, dont on attend généralement qu'elles rendent des décisions écrites développant le droit, de renoncer parfois à rendre des décisions écrites).

104. Mathilde Cohen, « *When Judges Have Reasons Not to Give Reasons: A Comparative Law Approach* », 72 WASH. & LEE L. REV. 483, 530–31 (2015).

105. U.S. R.R. Ret. Bd. c. Fritz, 449 U.S. 166, 179 (1980).

106. Schauer, *supra* note 98, p. 1465. Bien que le Congrès inclue parfois dans les textes législatifs des dispositions décrivant l'objectif de la loi, ces dispositions ne sont pas obligatoires. Des membres individuels du Congrès, ou des groupes de ceux-ci, peuvent publier des déclarations expliquant leurs motivations, mais les difficultés liées au fait de se fonder sur ces déclarations pour représenter l'intention d'une institution tout entière sont bien établies.

107. *Voir* Staszewski, *supra* note 85, p. 1299–1300.

108. *Voir* PHILIP A. WALLACH, WHY CONGRESS 42 (2023). Staszewski défend une position plus ferme, en écrivant que « les élus, dans une démocratie, ont bel et bien des obligations particulières envers leurs électeurs et les autres responsables publics : ils doivent prendre en compte leurs intérêts et leurs points de vue, et fournir des explications raisonnées pour les choix politiques qui tiennent compte de ces considérations ». Staszewski, *supra* note 85, p. 1285 ; *voir également* Micah Schwartzman, *« Must Laws Be Motivated by Public Reason? »*, *dans* PUBLIC REASON AND COURTS 45, 48 (sous la direction de Silje A. Langvatn, Mattias Kumm et Wojciech Sadurski, 2020) (soutenant que les tribunaux devraient invalider les lois qui ne sont pas suffisamment motivées par la raison publique).

Dans le cadre d'une approche continue telle que celle décrite ci-dessus, il est possible d'identifier au moins certaines obligations gouvernementales de raisonnement : fermement pour les administrations, dans une moindre mesure pour les juges, et encore moins pour les législateurs. Comme l'explique la section suivante, la prise de conscience de ces obligations de raisonnement conduit à des constats dérangeants concernant le statu quo.

C. Qu'implique le devoir de raisonnement ?

Si l'on accepte l'argument rawlsien selon lequel tous les acteurs gouvernementaux, ou l'approche par continuum de cet article selon laquelle au moins certains acteurs gouvernementaux, ont un devoir de raisonnement, l'étape suivante consiste à se demander ce qu'exige ce devoir lorsqu'il s'agit de tâches de rédaction critiques telles que la rédaction de documents décisionnels ou d'autres textes comme les textes législatifs, les règlements des agences et les arrêts judiciaires. Il existe au moins trois versions possibles de ce qui pourrait être acceptable. Premièrement, le décideur peut ratifier un document contenant le raisonnement écrit par d'autres, après un examen à peine plus approfondi qu'une lecture superficielle. Deuxièmement, le décideur doit déployer un effort sérieux et sincère pour réviser et modifier les motifs rédigés par d'autres. Troisièmement, le décideur doit se charger lui-même de la rédaction principale et, par conséquent, du raisonnement, avec une aide limitée de la part d'autrui.

Premièrement, la simple ratification ne saurait satisfaire à l'obligation de motiver.[109] Un juge qui signe une décision sans la lire ou qui survole rapidement un projet d'avis avant de le signer peut être considéré comme ayant délégué, sur le fond sinon formellement, ses responsabilités en matière de motivation.[110] La nature singulière de la fonction de juge est ici pertinente, nonobstant ce que certains ont décrit comme une tendance croissante à traiter les chambres comme un cabinet d'avocats, le juge étant l'associé superviseur et les greffiers les collaborateurs, ces derniers produisant la majeure partie des arrêts écrits du juge.[111] Même dans ce scénario, le juge se doit de faire plus qu'une lecture superficielle. Bien sûr, les juges ne rendent pas toujours des arrêts en solo ; ils rédigent parfois des arrêts conjoints avec leurs collègues. Mais au sein d'une formation de trois juges, la simple ratification ne satisfait pas non plus à l'obligation de motiver. Si un juge souscrit à l'arrêt d'un autre juge sans y prêter la moindre attention, cela n'est pas compatible, même avec une version allégée, de l'obligation judiciaire de motiver.

---

109. Par souci de simplicité, le présent article utilise le terme « simple ratification » pour désigner une adhésion qui fait suite à un examen superficiel. Un cas plus complexe est celui où un juge se penche de manière approfondie sur le projet de décision. Dans l'un ou l'autre de ces scénarios de ratification, cependant, le juge assume la responsabilité de l'avis en y apposant sa signature.

110. POSNER, *supra* note 16, p. 117 (décrivant « la tentation de la négligence judiciaire qui découle du fait de disposer d'une équipe de jeunes assistants zélés tout à fait disposés à décharger le juge de ses responsabilités »).

111. *Voir id.*, p. 105 (expliquant que les juges qui exerçaient auparavant dans des cabinets d'avocats et supervisaient des collaborateurs « glissent facilement dans le rôle de superviseurs judiciaires »).

L'analyse est un peu plus complexe à mener pour une administration. Dans ce contexte, on pourrait considérer que l'obligation de motiver incombe au directeur de l'administration.[112] Mais cela ne semble pas raisonnable, car la prise de décision institutionnelle nécessite de s'appuyer sur le travail accompli par d'autres membres de l'organisation. Se concentrer sur le directeur de l'administration occulte la réalité selon laquelle les administrations ne peuvent pas avoir de motifs au même titre que les juges, en raison de la nature même de la prise de décision institutionnelle.

En effet, au fur et à mesure qu'un projet de politique progresse au sein d'une administration, il peut être examiné par des dizaines, voire des centaines de personnes. Certains de ces examinateurs l'analyseront sous un angle spécifique ; les juristes de l'organisme, par exemple, vérifient la conformité juridique des projets et évaluent les risques de litige.[113] D'autres se pencheront sur des aspects plus généraux, tels que la cohérence avec les objectifs stratégiques du directeur de l'organisme.[114] Le projet de politique peut également être examiné par des conseillers du président et des représentants d'
autres agences afin de garantir la compatibilité entre celles-ci.[115] Au fil du processus, le texte réglementaire – qui deviendra loi une fois la règle finalisée – ainsi que l'exposé des motifs de l'agence, figurant dans le préambule de la règle, subissent des modifications, majeures ou mineures, à mesure que ces différents examinateurs réagissent au projet de texte et y apportent leur point de vue. Bien qu'une règle d'agence soit généralement signée par le responsable de l'agence concernée ou par un autre fonctionnaire désigné, le document est le fruit du travail de nombreuses personnes. À quel moment les centaines, voire les milliers de décisions reflétées dans le document ont-elles été prises, qui les a prises et pourquoi ?[116] La nature itérative du processus d'élaboration des politiques ne permet tout simplement pas d'identifier un seul décideur ni de déterminer des raisons émanant d'une seule personne, et encore moins du directeur de l'agence.

Cela n'a rien de surprenant. Le droit administratif reconnaît depuis longtemps les différences entre les décisions judiciaires et les décisions institutionnelles. Par exemple, dans un ouvrage consacré aux décisions des agences, Fuchs a opposé l'approche judiciaire traditionnelle à la « méthode institutionnelle » de prise de décision au sein des agences, dans laquelle le personnel disposant d'une expertise professionnelle en la matière et les dirigeants de l'agence « travaillent ensemble au sein de

---

112. ou le délégué du responsable de l'administration. La Cour d'appel des États-Unis pour le circuit du district de Columbia a récemment confirmé la capacité d'un responsable d'administration à remédier à tout vice de forme au titre de la clause de nomination en ratifiant la règle signée par un délégué. Jooce c. FDA, 981 F.3d 26, 28 (D.C. Cir. 2020).

113. *Voir* Nou, *supra* note 10, p. 444 (traitant des différents types de réviseurs internes au sein des agences).

114. *Ibid.*, p. 444-445.

115. *Voir, par exemple*, Jody Freeman et Jim Rossi, « *Agency Coordination in Shared Regulatory Space* », 125 HARV. L. REV. 1131, 1135 (2012) (traitant des « défis de coordination » dans les domaines où les compétences des agences se chevauchent) ; Sunstein, *supra* note 78, p. 1841–1842 (analyse de l'examen mené par l'OIRA et de son rôle de « relais » et de « facilitateur » entre les différentes agences).

116. Lastowka avance un argument similaire : un réalisateur de cinéma a peu de chances de connaître dans le détail qui a contribué exactement et de quelle manière, même si l'on attribue souvent le film au réalisateur malgré tout. Lastowka, *supra* note 17, p. 1230.

« pour parvenir à des conclusions » [117]. Culp Davis a émis l'hypothèse que les décisions de l'agence sont des décisions institutionnelles — par opposition à des décisions individuelles —, la responsabilité étant répartie entre différentes personnes au sein de l'agence [118]. Il en va de même pour les règlements, comme l'a expliqué Emerson.[119] Fuchs explique qu'une « garantie » du modèle institutionnel réside dans le fait que « les dirigeants de l'agence, qui coordonnent l'ensemble des opérations, tranchent en dernier ressort sur le résultat et doivent répondre de tout ce qui se passe ».[120] En théorie, le fait de confier la responsabilité ultime au dirigeant de l'agence devrait l'encourager à faire preuve de diligence raisonnable à l'égard des documents qui lui sont présentés, mais ces responsables sont des personnes très occupées. Dans la pratique, leurs emplois du temps peuvent les conduire à ce que Wilf-Townsend et Tobia qualifient de « ratification de pure forme » plutôt qu'à un examen approfondi.[121] De plus, la présomption de régularité sape la responsabilité du directeur d'agence. Gavoor et Platt décrivent la présomption de régularité comme « un ensemble de principes de déférence quasi-doctrinaux qui penchent fortement en faveur du gouvernement », étayés par « l'"expérience commune" selon laquelle les agences administratives agissent généralement dans le respect de la loi et dans l'intérêt supérieur du public »[122]. La présomption de régularité maintient le secret sur les délibérations internes des agences, empêchant ainsi leur divulgation dans le cadre d'un litige.[123] Les emplois du temps chargés des chefs d'organisme, les ratifications de pure forme et la présomption de régularité se combinent pour réduire la probabilité qu'un chef d'organisme supervise les détails.

Les tribunaux ont soutenu l'idée selon laquelle la direction d'un organisme « peut déléguer l'examen détaillé du dossier administratif à ses subordonnés tout en

---

117. Ralph F. Fuchs, *« The Hearing Officer Problem—Symptom and Symbol* », 40 CORN. L.Q. 281, 289 (1955).

118. Kenneth Culp Davis, *Institutional Administrative Decisions*, 48 COLUM. L. REV. 173, 173 (1948).

119. « Les règlements ne jaillissent donc généralement pas, comme Athéna, de la tête du ministère. Ils résultent des contributions de multiples services, tant au sein qu'à l'extérieur de l'administration. » Blake Emerson, « *The Departmental Structure of Executive Power: Subordinate Checks from Madison to Mueller* », 38 YALE
J. ON REG. 90, 146 (2021).

120. Fuchs, *supra* note 117, p. 289.

121. Daniel Wilf-Townsend & Kevin Tobia, « AI-Generated Legal Texts », p. 63 (6 mai 2025) (manuscrit non publié) (disponible sur SSRN), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5243382 [https://perma.cc/UQ5F-U4CR] (qualifiant la « ratification de façade » de « mince masque de légitimation plutôt que de véritable garant de qualité »).

122. Aram A. Gavoor & Steven A. Platt, *À la recherche de la présomption de régularité*, 74 FLA. L. REV. 729, 733 (2022) (note de bas de page omise) (citant Stone c. Stone, 136 F.2d 761, 763 (D.C. Cir. 1943)) ; *voir également* la note intitulée « *La présomption de régularité dans le contrôle juridictionnel du pouvoir exécutif* », 131 HARV.
L. REV. 2431, 2432 (2018) (expliquant que cette présomption « accorde au pouvoir exécutif le crédit de certains faits concernant ce qui s'est passé et pourquoi ») ; Dooling & Potter, *supra* note 6, p. 1725–1726 (examinant le rôle de la présomption de régularité dans ces affaires impliquant des prestataires du gouvernement).

123. Note, *supra* note 122, p. 2436-2438.

« en se réservant le pouvoir de décision final. » [124] Cela va dans le sens de l'idée selon laquelle c'est le directeur de l'agence qui prend la décision en dernier ressort. Mais il s'agit là d'une fiction juridique, qui se heurte aux réalités du fonctionnement des administrations. Dans quelle mesure un directeur d'agence doit-il maîtriser un document de plusieurs centaines de pages pour pouvoir prendre une décision éclairée à son sujet ? Et dans quelle mesure des contraintes pratiques pourraient-elles entraver le respect par l'agence des dispositions de l'APA ? Par exemple, dans l'affaire *National Small Shipments Traffic Conference c. Interstate Commerce Commission*, la cour a reconnu que « des résumés rédigés par le personnel et présentant un biais important peuvent constituer un manquement à l'obligation légale du décideur », prévue à l'article 553(c) de l'APA, de prendre en considération les observations du public.[125] La Cour a examiné la tension entre l'idée selon laquelle « l'agence est libre d'organiser son débat politique interne de la manière qu'elle juge appropriée » et les obligations légales imposées par l'APA.[126] L'utilisation par les agences d'algorithmes pour résumer les commentaires du public pose ce problème sous un angle moderne.[127]

Dans le contexte d'une administration, l'obligation de motiver ses décisions s'entend donc davantage comme l'obligation pour l'institution de produire une sorte de document décisionnel présentant

des raisons « tournées vers le public » au sens de Rawls.[128] Le préambule d'un projet de règlement satisfait présumément à cette obligation, que le directeur de l'agence signant le règlement connaisse en profondeur l'ensemble de ses dispositions et décisions ou non. Il est raisonnable de considérer un directeur d'agence, à la tête d'une organisation, comme un acteur décisionnel fondamentalement différent d'un juge, dont le rôle est individuel même s'il s'inscrit dans le contexte de l'institution judiciaire. Compte tenu de la nature des décisions que chacun doit prendre, un juge peut statuer seul, mais un directeur d'agence ne le peut pas.[129]

En résumé, si un décideur individuel a l'obligation de motiver sa décision, une simple ratification ou un simple « coup de tampon » ne suffira pas. En revanche, pour un décideur institutionnel, la ratification d'un travail élaboré par le personnel ne constitue pas nécessairement la preuve que l'agence s'est soustraite à son obligation de motivation. La Cour d'appel des États-Unis pour le

circuit du district de Columbia a récemment examiné une contestation d'une réglementation sur les cigarettes électroniques qui avait été signée par une personne autre que le directeur de l'organisme.[130] La cour a examiné s'il était arbitraire et capricieux de la part du directeur de l'organisme de ratifier la décision de l'autre responsable de l'organisme

---

124. Nat'l Small Shipments Traffic Conf., Inc. c. Interstate Com. Comm'n, 725 F.2d 1442, 1450–52 (D.C. Cir. 1984) (citant United States c. Morgan, 313 U.S. 409, 421–22 (1941)).

125. *Ibid.*, p. 1451 (citant 5 U.S.C. § 553(c) (1982)).

126. *Ibid.*

127. Cam Wilson, « *L'IA est moins performante que les humains à tous les égards pour résumer des informations, selon un procès gouvernemental* », CRIKEY (3 septembre 2024), https://www.crikey.com.au/2024/09/03/ai-worse-summarising-information-humans-government-trial [https://perma.cc/PP4Y-GV9W].

128. *Voir* RAWLS, *supra* note 84, p. 212-254.

129. Dane parvient à une conclusion similaire concernant le président. Dane, *supra* note 7, p. 61-62.

130. Jooce c. FDA, 981 F.3d 26, p. 27 à 28 (Circ. D.C. 2020). La cour a également examiné et rejeté une contestation connexe fondée sur la clause relative aux nominations. *Id.*, p. 28.

action.[131] À défaut de démontrer que le directeur de l'agence « avait omis de mener une évaluation indépendante du bien-fondé » ou « était "effectivement partial" », la plainte a été rejetée.[132] Il s'agit là d'un exemple illustrant comment les questions relatives à la régularité de la décision prise par le chef d'une agence se heurtent à la présomption de régularité, car cette dernière empêche la recherche de preuves d'un tel manquement ou d'une telle partialité. Mais nous ne sommes pas réduits à espérer que le raisonnement de l'organisme était légal et suffisant, car nous disposerons d'un exposé des motifs à évaluer et à examiner devant les tribunaux et en public. Le travail de motivation, s'il est effectué par des agents de l'organisme, satisfait à l'obligation de motivation de celui-ci. En revanche, les motifs rédigés par des prestataires du gouvernement ne peuvent être considérés comme des motifs de l'organisme et ne devraient donc pas bénéficier de la présomption de régularité.[133] L'utilisation par les pouvoirs publics de l'IA générative met également à rude épreuve les limites de la présomption de régularité ; Cuéllar soutient qu'elle devrait être restreinte lorsque les décideurs des administrations « s'appuient sur des algorithmes qu'ils ne comprennent pas pleinement ».[134] Ces conclusions contribuent à maintenir la responsabilité décisionnelle là où elle doit être et ciblent la présomption de régularité de manière plus précise, plutôt que de partir du principe que les pouvoirs publics ne peuvent pas se tromper.

Deuxièmement, bien qu'une révision approfondie soit préférable à une simple ratification ou à un simple « tampon d'approbation », l'écart entre le rôle d'auteur principal et celui de réviseur laisse un devoir de raisonnement inassouvi. Jacobus décrit la fluidité de la phase de pré-rédaction, où « [l]'écriture est un acte de découverte » dans lequel « on note des idées, on suit leurs liens, et on décide de la manière dont on pourrait les utiliser ».[135] Les débats sur le rôle judiciaire ont suscité une réflexion sur la pertinence de la révision par opposition à la rédaction originale ou principale. Tout en reconnaissant que « la plupart des juges sont des réviseurs minutieux » des avis rédigés par leurs greffiers, Oldfather écrit que « [l]a question de savoir si le processus de

---

131. *Ibid.*, p. 29.

132. *Id.* (citant d'abord Intercollegiate Broad. Sys., Inc. c. Copyright Royalty Bd., 796 F.3d 111, 117 (D.C. Cir. 2015) ; puis en citant FEC c. Legi-Tech, Inc., 75 F.3d 704, 709 (D.C. Cir. 1996)).

133. Dooling & Potter, *supra* note 6, p. 1726 (plaidant en faveur d'une présomption de régularité plus restrictive lorsqu'un prestataire a rédigé tout ou partie d'un règlement d'une agence) ; *voir également* PAUL R. VERKUIL, OUTSOURCING SOVEREIGNTY, p. 43 (2007) (mettant en garde contre les risques liés au fait que les dirigeants d'une agence se contentent d'approuver sans discernement le travail effectué par des prestataires). S'il est à certains égards évident qu'une administration doit effectuer son propre travail, il s'agit également d'une idée qui est « quelque peu invisible en droit administratif ». Dooling & Potter, *supra* note 6, p. 1721.

134. Mariano-Florentino Cuéllar, « *Cyberdélégation et État administratif* », *dans* ADMINISTRATIVE LAW FROM THE INSIDE OUT : ESSAIS SUR LES THÈMES ABORDÉS DANS L'ŒUVRE DE JERRY L. MASHAW 134, 158 (éd. Nicholas R. Parrillo, 2017). Coglianese et Lehr adoptent un ton plus optimiste, mais soulignent que les agences « devront divulguer les spécifications algorithmiques, notamment la fonction objectif optimisée, la méthode utilisée pour cette optimisation et les variables d'entrée de l'algorithme ». Coglianese & Lehr, *supra* note 26, p. 1208. Leur article s'appuyait assez fortement sur la volonté des tribunaux de s'en remettre au jugement des agences, une volonté qui est clairement en déclin. *Voir, par exemple*, Loper Bright Enters. c. Raimondo, 144 S. Ct. 2244, 2273 (2024) (annulant la déférence *Chevron*).

135. LEE A. JACOBUS, WRITING AS THINKING, p. 25, 52 (1989).

« la révision impose ou peut imposer la même discipline à la pensée que celle assurée par la rédaction en premier lieu. » [136] Pour Posner, la question ne fait aucun doute. Il soutient que « quiconque se charge de la rédaction initiale d'un document aura une grande influence sur le produit final » et estime que cela reste vrai même lorsqu'un juge donne des orientations significatives au greffier chargé de rédiger un arrêt.[137] Il explique que la révision diffère de la rédaction initiale en ce qu'il peut être tentant « de survoler le texte fluide rédigé par un assistant compétent sans en rechercher les points de tension et les failles ».[138]

Oldfather en a conclu que cette distinction apparemment minime — entre un rédacteur et un réviseur — justifie un certain scepticisme quant à la manière dont les juges font appel à leurs greffiers.[139] Le présent article va plus loin en soutenant que lorsqu'un décideur, qui a le devoir de motiver ses décisions, externalise la première ébauche d'un document destiné à exposer ces motifs, il s'expose à un manquement à ses obligations. Dane souligne que, dans le contexte judiciaire, le juge et le greffier sont généralement tous deux avocats.[140] Peut-être que la nature « d'apprenti » de ce rôle devrait tempérer cette critique, car le greffier pourrait s'efforcer activement de reproduire le modus operandi du juge. Nous pourrions nous en inquiéter moins si le raisonnement en question était routinier, s'apparentant davantage à un simple exercice de transmission. Si la juge peut renvoyer son greffier à des arrêts antérieurs et lui demander de suivre la même analyse, les risques d'une délibération et d'un raisonnement insuffisants pourraient être moindres.[141] Bien sûr, cela dépend de la capacité de la juge à identifier à l'avance les affaires similaires ; les questions nouvelles peuvent en effet être subtiles.

Troisièmement, lorsqu'un décideur individuel se charge de la rédaction principale d'une décision gouvernementale avec une aide limitée de la part d'autrui en matière de rédaction ou de recherche, cela peut démontrer clairement que cette personne s'acquitte de son devoir de raisonnement. Bien sûr, cette approche pourrait compromettre d'autres responsabilités, telles que l'utilisation judicieuse de son temps. Pour une décision institutionnelle, comme un règlement définitif, le fait qu'un chef d'agence insiste pour en être le rédacteur principal entre en conflit avec le devoir de raisonnement. Si le directeur d'agence rédigeait un règlement définitif sans aucune participation d'autres membres de l'agence — tels que le personnel du bureau chargé du programme, les juristes, les économistes, les experts en données et d'autres conseillers —, le règlement qui en résulterait ne fournirait probablement pas de motifs et d'explications adéquats. Pour les directeurs d'agence, leur part de l'obligation de motiver se définit au mieux comme le devoir de veiller à ce que leur agence dispose de la capacité de délibérer.

---

136. Oldfather, *supra* note 53, p. 1344.

137. POSNER, *supra* note 22, p. 145.

138. POSNER, *supra* note 16, p. 111. Pour Posner, c'est l'acte d'écrire qui donne à un juge la possibilité de devenir un « grand juge » dans notre tradition juridique. *Id.*

139. Oldfather, *supra* note 53, p. 1344.

140. Dane, *supra* note 7, p. 68.

141. On pourrait en dire autant de l'IA générative entraînée sur des arrêts antérieurs.

Comme l'a montré la présente partie, le lien entre l'écriture et le raisonnement rend importante la distinction entre les tâches d'écriture à caractère instrumental (par exemple, les comptes rendus de réunion) et celles qui requièrent des processus d'écriture critique (par exemple, les projets de règlement et les règlements définitifs). Lorsque les décisions gouvernementales impliquent une écriture critique, le recours à un nègre peut externaliser non seulement l'acte ministériel d'écriture, mais aussi l'acte gouvernemental de raisonnement. Lorsqu'un décideur gouvernemental a le devoir de raisonner, l'argument en faveur du recours à un nègre est encore plus faible. Une conception rawlsienne des devoirs de raisonnement englobe toutes les personnes impliquées dans la prise de décision publique, mais même en s'écartant de cette vision extensive, nous pouvons situer les devoirs de raisonnement au sein du pouvoir exécutif et, dans une certaine mesure, du pouvoir judiciaire. Il est important de noter qu'un devoir de raisonnement ne signifie pas nécessairement qu'un décideur doive travailler seul. À ce titre, le présent article n'appelle pas les juges à empêcher totalement leurs greffiers de participer à la rédaction des arrêts. Il encourage toutefois les juges à être attentifs aux compromis liés à la délégation de la rédaction et aux risques liés au simple fait de réviser le projet d'un greffier. Dans le cas d'une décision administrative, rédiger seul pourrait en réalité constituer une violation du devoir de raisonnement en raison de l'importance de la collaboration dans les décisions institutionnelles.

Se demander si un décideur a un devoir de motivation brise notre marche collective en somnambules vers la délégation de la rédaction et rend plus accessible le débat sur la rédaction fantôme au sein des pouvoirs publics. Plutôt que des lignes de démarcation strictes ou des interdictions concernant le recours à des rédacteurs fantômes, cet article propose une manière de garantir que le raisonnement des pouvoirs publics reste bien le leur.

III. CRITIQUES EXISTANTES DE LA RÉDACTION FANTÔME

La supériorité d'un cadre fondé sur les obligations apparaît clairement dès lors que l'on examine dans quelle mesure les autres critiques de la rédaction fantôme ne parviennent pas à aborder les problèmes spécifiques à la rédaction fantôme gouvernementale. Les travaux universitaires menés dans différentes disciplines se sont penchés sur la manière de déterminer quand la rédaction fantôme est préjudiciable dans divers contextes, mais ils ont eu tendance à se concentrer sur des préjudices moins pertinents pour la prise de décision gouvernementale. Les critiques existantes du « ghostwriting » mettent l'accent sur des problèmes liés à la tromperie, à la propriété, au manque d'authenticité et à l'influence. La présente partie montrera que ces critiques ne traitent pas pleinement des enjeux liés au « ghostwriting » gouvernemental.

A. Problèmes de tromperie

L'une des critiques adressées à l'écriture fantôme est qu'elle est fondamentalement trompeuse. Elle induit en erreur le public ou le lecteur sur un point essentiel : l'auteur de l'œuvre. Lastowka soulève cet argument à propos de la fiction écrite par un nègre, en citant des exemples où des auteurs au succès fulgurant — ou leurs ayants droit — accordent l'autorisation d'utiliser leur nom

sur des manuscrits que cet auteur célèbre n'a pas écrits.[142] Décrivant cette pratique lucrative mais problématique, Lastowka conclut que « [l]'attribution erronée de l'identité de l'auteur est précieuse pour ceux qui s'y adonnent précisément *parce* qu'elle trompe le public ». [143] Par conséquent, ceux qui se livrent à l'écriture fantôme à des fins commerciales recourent activement à la tromperie pour vendre davantage d'ouvrages qu'ils ne le pourraient autrement. De même, Paralikas met en avant le rôle des attentes du public.[144] Si le public s'attend à un lien entre l'auteur et l'œuvre, un nègre littéraire « affaiblit » ce lien de manière trompeuse.[145] Dans le même ordre d'idées, Lastowka soutient que le nom d'un auteur unique ou d'un petit nombre d'auteurs d'un roman « porte en soi un certain degré de vérité empirique socialement importante ».[146] Noti-Victor examine cette question dans le cadre des œuvres créatives, expliquant que l'art généré par l'IA viole « l'idée selon laquelle le lecteur est en dialogue avec un autre agent humain », privant ainsi l'œuvre de sa « dimension sociale ou éthique ».[147]

Certaines données indiquent également que le degré de tromperie subie par les individus est lié à leurs attentes. Par exemple, dans leur étude sur l'éthique des rédacteurs de discours, Riley et Brown ont interrogé 2 000 étudiants universitaires sur le recours à ces rédacteurs et ont constaté qu'ils s'attendaient à des niveaux d'implication personnelle différents selon les types de rôles occupés.[148] Les personnes interrogées ont examiné les différentes étapes du processus de rédaction d'un discours.[149] Pour la rédaction du premier jet d'un discours, elles ont estimé la répartition attendue de l'implication entre l'orateur et les personnes qui l'assistent dans le cas du président de la République (24 %/76 %), d'un recteur d'université (44 %/56 %) et d'elles-mêmes (c'est-à-dire un étudiant) (83 %/17 %).[150] Les résultats montrent la capacité des étudiants à trouver un équilibre entre les contraintes de ressources et les engagements éthiques des personnes dans différentes circonstances. Bien que les étudiants se soient imposé des normes élevées en matière de recours à l'aide, afin d'éviter l'accusation redoutée de plagiat, ils n'ont pas « remis en cause l'éthique du président » pour avoir bénéficié d'une aide.[151] Au contraire, les étudiants ont expliqué que le temps du président

142. Lastowka, *supra* note 17, p. 1221-1228.

143. *Id.*, p. 1227.

144. Apostolos Paralikas, « *Can Ghostwriting Be Considered Consensual Plagiarism?* », 63 IDEA 67, 76–77 (2022).

145. *Id.*

146. Lastowka, *supra* note 17, p. 1233.

147. Jacob Noti-Victor, « *Regulating Hidden AI Authorship* », 111 VA. L. REV. 139, p. 183 (2025).

148. Riley & Brown, *supra* note 19, p. 714, 717.

149. *Ibid.*, p. 717.

150. *Id.*

151. *Id.*, p. 718-719 (concluant que les personnes interrogées ne jugeaient généralement pas acceptable qu'une étudiante demande à un autre étudiant de rédiger ses discours, tout en estimant acceptable que le président bénéficie d'une aide pour la rédaction d'un discours).

certaines contraintes rendent acceptable le fait de recevoir de l'aide.[152] Tout en reconnaissant les limites d'une enquête menée auprès d'étudiants universitaires, l'étude de Riley et Brown suggère que les gens acceptent le recours à des rédacteurs de discours pour les personnes occupant des fonctions de plus en plus exigeantes.

Un aspect de la critique de la rédaction fantôme fondée sur la tromperie est qu'elle induit le lecteur en erreur en lui faisant croire qu'une personne crédible et digne de confiance a rédigé ce que l'auteur nommé n'a pas écrit. Dans le domaine de la rédaction fantôme médicale, par exemple, les laboratoires pharmaceutiques préparent des ébauches d'articles et demandent à « des médecins et scientifiques éminents de s'inscrire en tant qu'auteurs afin d'augmenter les chances que l'article soit publié dans d'importantes revues médicales ». [153] Cela permet aux laboratoires pharmaceutiques de dissimuler leur implication en masquant leur travail derrière le nom de chercheurs très

[154] À son tour, cette recherche pourrait servir de référence aux décideurs gouvernementaux ainsi que d'autres chercheurs et praticiens médicaux, qui évaluent la crédibilité en se basant, en partie, sur l'identité des auteurs présumés.[155] Cette crédibilité peut reposer sur la réputation individuelle des auteurs présumés, ainsi que sur la « perception plus générale selon laquelle les chercheurs universitaires sont des personnes qui œuvrent dans l'intérêt public ».[156]

Lastowka note que certains types de collaboration à la rédaction ne sont pas trompeurs, en prenant l'exemple d'un long métrage.[157] Même si le film est commercialisé comme l'œuvre d'un réalisateur célèbre, le nombre de collaborateurs pourrait

s'élever à plusieurs centaines de personnes.[158] Malgré cela, comme le public a conscience qu'un seul réalisateur n'assume pas toutes les fonctions impliquées dans la création d'un film, la commercialisation d'un film sous le nom du réalisateur n'est pas trompeuse.[159] Au contraire, le public admet que le réalisateur « a supervisé, partiellement contrôlé et exercé une certaine influence *d'auteur* sur divers aspects du film ».[160]

La principale leçon à tirer de ces exemples est que les questions de tromperie et de comportement contraire à l'éthique peuvent dépendre du contexte et des attentes du public, plutôt que de la simple question de savoir qui a écrit ou créé quoi exactement. Dans certaines catégories de

---

152. *Id.*, p. 717.

153. COMMISSION DES AFFAIRES FINANCIÈRES DU SÉNAT DES ÉTATS-UNIS, 111e CONGRÈS, RAPPORT DE LA MINORITÉ : L'ÉCRITURE FANTÔME DANS LA
2 (2010) (Charles E. Grassley).

154. *Voir id.*

155. *Voir* Tobenna D. Anekwe, *Profits and Plagiarism: The Case of Medical Ghostwriting*, 24 BIOETHICS 267, 269 (2010) (« Les auteurs honoraires universitaires sont recrutés par les laboratoires pharmaceutiques car ces intellectuels sont *des experts largement reconnus* [E]lles souhaitent que leurs études soient publiées avec grands experts cités comme auteurs »).

156. Carl Elliott et Amy Snow Landa, « *What's Wrong with Ghostwriting ?* », 24 BIOETHICS, p. 284, 285 (2010).

157. Lastowka, note 17 *ci-dessus*, p. 1229-1230.

158. *Ibid.*, p. 1230.

159. *Ibid.*

160. *Ibid.*

Dans certains domaines de l'écriture, tels que les autobiographies politiques ou celles de célébrités, la rédaction fantôme est si courante qu'elle est considérée comme une pratique courante.[161] En présence d'une telle pratique, le risque de tromperie est bien moindre.[162]

Une autre vision de la tromperie renverse la perspective : plutôt que de faire croire à quelqu'un que l'auteur est une personnalité célèbre, crédible ou digne de confiance, on craint parfois que l'écriture fantôme aide des loups à se déguiser en agneaux. Un exemple est le recours par des étudiants à des personnes payées pour passer des examens à leur place.[163] Un autre exemple est un type d'assistance juridique destiné aux justiciables se représentant eux-mêmes. Bien que cela ait fait l'objet de vifs débats au sein des barreaux d'État, il arrive que des avocats rédigent des documents juridiques pour des justiciables se représentant eux-mêmes sans toutefois les signer ni mentionner d'aucune autre manière leur rôle.[164] Cette pratique est connue sous le nom de « représentation à portée limitée » ou de « dégroupage des services juridiques », l'aide à la rédaction n'étant qu'une des nombreuses fonctions que les avocats peuvent fournir à leurs clients.[165] Si le dégroupage permet sans aucun doute un meilleur accès à certaines formes d'assistance juridique et permet d'étirer les maigres ressources de l'aide juridictionnelle

, elle a été accueillie de manière hostile dans différentes juridictions.[166] L'une des critique est que cette pratique tire indûment parti de la volonté des tribunaux de s'adapter aux parties agissant sans avocat.[167] Une autre est que les avocats manquent à leurs obligations déontologiques lorsqu'ils rédigent à la place de leurs clients des actes de procédure et des mémoires.[168] Une dernière série d'objections porte sur le fait que les avocats enfreignent la règle 11 lorsqu'ils autorisent le dépôt d'actes de procédure et de mémoires qu'ils ont rédigés sans y faire figurer leur nom.[169] Les juridictions ont des positions divergentes quant à leur soutien ou à leur critique de l'assistance juridique décomposée, mais les juges fédéraux se montrent généralement sceptiques à l'égard de cette pratique.[170]

---

161. Paralikas, *supra* note 144, p. 77.

162. RICHARD L. JOHANNESEN, ETHICS IN HUMAN COMMUNICATION 120 (5e éd., 2002) (« [S]i le public est pleinement conscient que le recours à un nègre littéraire est une pratique courante, notamment chez les présidents, les sénateurs ou les dirigeants d'entreprise, alors aucune condamnation éthique ne se justifie.»).

163. Elizabeth Fisher, Alexander J. McLeod, Arline Savage et Mark G. Simkin, *« Ghostwriters in the Cloud »*, 34 J. ACCT. EDUC. 59, 61 (2016).

164. Bassett, *supra* note 44, p. 290-291.

165. Forrest S. Mosten, *« Unbundling of Legal Services and the Family Lawyer »*, 28 FAM. L.Q. 421, 422–23 (1994) (découpage des services juridiques en plusieurs prestations distinctes, comprenant notamment la recherche, la rédaction et la représentation devant les tribunaux).

166. *Voir* Bassett, *supra* note 44, p. 286 (présentant un aperçu des controverses liées à la décomposition des services). *Voir de manière générale* Jessica K. Steinberg, *« In Pursuit of Justice? Case Outcomes and the Delivery of Unbundled Legal Services »*, 18 GEO. J. ON POVERTY L. & POL'Y 453 (2011) (résumant la controverse et fournissant une évaluation empirique des services juridiques dégroupés).

167. Bassett, *supra* note 44, p. 295 (citant Porter c. Bank of Am., N.A., n° 1:14-cv-00431-LJO-SAB, 2014 WL 1819396, à *3 (E.D. Cal., 7 mai 2014), *rapport et recommandation adoptés*, 2014 WL 2624972 (E.D. Cal., 12 juin 2014)).

168. *Ibid.*, p. 297–299 (examinant l'applicabilité des règles types de l'ABA 3.3 (devoir de franchise), 4.1 (fausses déclarations sur des faits importants) et 8.4 (malhonnêteté et fausses déclarations)).

169. *Id.*, p. 306-308.

170. *Id.*, p. 293.

Les avocats expérimentés devant la Cour suprême ont recours à une pratique similaire lorsqu'ils rédigent des mémoires en opposition sans les signer en tant qu'avocat. Cela « permet au client de bénéficier de l'expertise de l'avocat sans donner l'impression qu'un grand nom se trouve dans le camp adverse »[171]. L'objectif de cette approche est de minimiser l'importance de l'affaire et, par conséquent, de dissuader la Cour de la prendre en charge.[172] Les raisons justifiant la non-divulgation de l'implication d'avocats spécialisés devant la Cour suprême peuvent différer de celles motivant la dissociation des services d'assistance juridique, mais l'un des principaux reproches formulés par les détracteurs est que ces deux pratiques manquent de la franchise requise.

En ce qui concerne la rédaction fantôme au sein du gouvernement, un décideur politique peut-il se livrer à une tromperie lorsqu'il fait appel à un rédacteur fantôme pour l'aider à préparer un document écrit ? Oui. Si un juge s'appuyait sur un tiers en situation de conflit d'intérêts pour rédiger un arrêt, on pourrait convenir qu'il serait trompeur — entre autres — de prétendre qu'il s'agit de l'opinion du juge lui-même. Ce n'est pas une hypothèse. L'affaire récente *Wilson c. Midland County* raconte l'histoire révoltante et honteuse de ce que la Cour d'appel des États-Unis pour le cinquième circuit a qualifié de « flagrant », « faute professionnelle flagrante du ministère public » et un « scandale juridique de niveau DEFCON-1 » impliquant un procureur local qui avait également un contrat pour exercer les fonctions de greffier, et qui aurait cumulé ces deux fonctions dans plus de 300 affaires tout au long de sa carrière.[173] La condamnation éthique a principalement visé l'avocat, qui a par la suite été radié du barreau.[174] Mais qu'en est-il de la conduite des juges ? Comme l'explique la journaliste Jessica Priest, ce « cumul de fonctions n'était un secret pour personne » et l'avocat a affirmé que « [l]es juges ont insisté pour me rémunérer pour le travail que j'ai effectué sur mon temps libre ». [175] Ce type de comportement extravagant est si extrême qu'il n'aide guère à déterminer si la rédaction fantôme est fondamentalement trompeuse dans un contexte gouvernemental. Dans cet exemple, la tromperie passe au second plan face aux nombreuses violations éthiques dont elle est imprégnée.

Un autre exemple gouvernemental, plus classique — et moins manifestement contraire à l'éthique — consiste à se demander si une législatrice se livre à une tromperie lorsqu'elle présente un projet de loi rédigé par un lobbyiste. Il est possible que la législatrice agisse ainsi dans le but de tromper

---

171. Wheeler, note 45 *ci-dessus* (attribuant cette idée à Sean Marotta, avocat spécialisé en appel).

172. *Id.*

173. 89 F.4th 446, 451 (5e Cir. 2023), *décision annulée et réexamen en formation plénière accordé*, 92 F.4th 1150 (5e Cir.) (en banc) (per curiam), *confirmé en banc*, 116 F.4th 384, 387, 406 (5e Cir. 2024) (en banc), *requête en certiorari déposée*, 93 U.S.L.W. 3160 (États-Unis, 12 décembre 2024) (n° 24-672). Cette affaire a été révélée par un reportage fracassant. Jessica Priest, « *Un procureur exerçant à titre accessoire a envoyé un Texan dans le couloir de la mort ; 17 ans plus tard, il pourrait bénéficier d'un nouveau procès* », USA TODAY (4 février 2021, à 10 h 12 ET), https://www.usatoday.com/in-depth/news/investigations/2021/02/04/texas-death-row-inmate-could-get-new-trial/4255647001/ [https://perma.cc/UU4B-MGBS].

174. Ordonnance administrative n° 21-9033, Affaire Weldon Ralph Petty, Jr. (Tex., 13 avril 2021), https://www.txcourts.gov/media/1452059/219033.pdf [https://perma.cc/Z7T6-7DYV].

175. Priest, *supra* note 173.

le public à croire qu'elle a rédigé le projet de loi elle-même. Or, ce n'est pas toujours le cas. À l'instar des discours d'un recteur d'université ou des films d'un réalisateur célèbre, on ne s'attend pas nécessairement à ce que les législateurs aient rédigé eux-mêmes les projets de loi qu'ils présentent. En présentant un projet de loi, un législateur ne prétend pas nécessairement l'avoir rédigé, mais simplement qu'il le soumet à l'examen de l'assemblée. On pourrait éventuellement y voir une tentative de déguiser un loup sous l'apparence d'un agneau, en faisant passer le travail d'un parti chevronné pour le produit de quelqu'un de moins avisé, mais la plupart des gens penseraient probablement que, dans ce scénario, un législateur n'est qu'un loup déguisé en un autre loup. Dans l'ensemble, les interrogations sur la tromperie ne semblent pas nous aider à critiquer la manière dont les acteurs gouvernementaux s'appuient sur des documents rédigés par des nègres.

B. Problèmes de propriété : plagiat, propriété et vol

Il existe également des critiques fondées sur les théories de la propriété. L'une d'elles concerne le plagiat. Frye explique que « si quelqu'un copie sans en citer la source, nous considérons cette personne comme un voleur », un « "plagiaire", un "kidnappeur" d'idées » [176]. Les plagiaires franchissent une ligne rouge en omettant d'attribuer le contenu à celui qui l'a pensé ou exprimé en premier [177]. Les accusations de plagiat ont donc pour fonction de stigmatiser l'attribution « inappropriée » de mots et d'idées. Le préjudice allégué est double : il prive la personne qui a « à l'origine » eu l'idée de la reconnaissance qui lui est due, et le plagiaire trompe en s'attribuant à tort cette idée [178].La section précédente ayant abordé la question de la tromperie, nous nous concentrerons ici sur le préjudice potentiel du plagiat envers l'auteur « original » ou le générateur de l'idée.

La rédaction juridique et la recherche universitaire illustrent comment la rédaction déléguée peut se transformer en plagiat. Lerman relève certaines normes en matière de rédaction juridique, où les collaborateurs rédigent régulièrement des documents destinés à être utilisés par des avocats plus expérimentés.[179] Pour des documents tels que les mémoires, le choix du nom figurant sur la page de garde repose sur une série de considérations, notamment la question de savoir si « le juge ou le client serait mécontent de voir apparaître autant de noms ».[180] Il en va de même pour un article de revue juridique rédigé en grande partie par des collaborateurs mais qui ne porte que le nom de l'associé.[181] En ce qui concerne les universitaires en droit, Lerman reconnaît que la plupart des professeurs font preuve d'une extrême prudence en matière d'attribution, mais elle souligne comment même eux pourraient

176. Brian L. Frye, *« Plagiarize This Paper »*, 60 IDEA 294, 295 (2020). Frye, réfutant cette idée avec son style inimitable, préférerait que je lui attribue la paternité de l'œuvre et que je le cite parce que je le souhaite, et non parce que je le dois. *Id.*, p. 297.

177. *Id.*, p. 311.

178. JOHANNESEN, *supra* note 162, p. 236.

179. Lisa G. Lerman, « *Misattribution in Legal Scholarship: Plagiarism, Ghostwriting, and Authorship* », 42 S. TEX. L. REV. 467, 468 (2001).

180. *Ibid.*, p. 470.

181. *Ibid.*

n'hésitent pas à utiliser des textes rédigés par leurs assistants de recherche sans les citer.[182] Elle décrit une série d'arguments que les universitaires pourraient avancer, notamment que l'idée de l'article leur revenait, que l'aide à la rédaction n'était qu'un simple travail de base et que le fait de rémunérer le temps de l'assistant de recherche réduit le droit de l'étudiant à revendiquer la paternité de l'œuvre.[183] Lerman soulève de manière saisissante des questions morales, notamment celle de savoir si ces arrangements constituent un abus de pouvoir.[184] L'ambiguïté inhérente à ces arrangements — car, par exemple, la professeure peut ne pas savoir si le travail de l'assistant de recherche sera utilisable avant de l'avoir lu — n'arrange rien.[185] Mais d'une manière générale, on fait valoir que les arrangements de rédaction qui ne relèvent pas clairement de la rédaction fantôme peuvent finir par ressembler fortement à du plagiat.

Le gouvernement peut-il, d'un point de vue conceptuel, commettre un plagiat ? Probablement. On pourrait imaginer un rapport gouvernemental présentant des similitudes suspectes avec un livre blanc rédigé par un groupe de réflexion. Mais si l'objectif de ce groupe de réflexion était d'influencer le gouvernement, il se réjouirait sans doute de ce « vol » plutôt que de s'en offusquer. Si un arrêt de la Cour suprême s'appuie sur des idées savantes sans les attribuer aux chercheurs concernés, ces derniers pourraient se sentir frustrés par ce manque de reconnaissance. Frye balayerait probablement cela d'un haussement d'épaules en le qualifiant d'absurdité, de simple tentative d'utiliser des normes pour faire valoir des droits de propriété sur des idées, lesquelles sont catégoriquement trop vagues pour être couvertes par le droit d'auteur.[186] Johannesen avance d'autres raisons d'être sceptique, expliquant que l'« infraction éthique » que constitue le plagiat découle de « l'importance croissante accordée dans la culture occidentale à l'écriture et à l'imprimé, à l'originalité individuelle et au capitalisme » plutôt que d'un engagement moral plus profond.[187] Que l'on soit convaincu ou non que le plagiat constitue une violation d'une sorte de droit moral ou d'un droit à la reconnaissance d'auteur, le présent article soutient que critiquer l'écriture fantôme en tant que plagiat met en avant la mauvaise question dans le contexte de la prise de décision et de la rédaction gouvernementales.

Dans le processus d'élaboration des règlements, par exemple, une agence publie un projet de règlement et sollicite les commentaires du public. Lorsque l'agence est convaincue par un commentaire du public, elle peut se référer à ce commentaire pour expliquer la modification apportée à son

---

182. *Id.*, p. 471-472. Lerman recense toute une gamme de pratiques en matière de non-attribution et d'attribution, allant de l'incorporation du texte comme s'il s'agissait de son propre travail, à la reconnaissance générale de l'aide apportée par des assistants de recherche dans des notes de bas de page, en passant par l'attribution de contributions particulières et la co-auteurie. *Id.*, p. 471.

183. *Id.*, p. 471.

184. *Id.*, p. 471-472.

185. *Voir id.*, p. 476. Les juges pourraient se trouver dans une situation similaire. Lerman explique que certains juges reconnaissent le travail de leurs greffiers sur des arrêts individuels, mais que beaucoup ne le font pas. *Id.*, p. 469-470 ; *voir également* Dane, *supra* note 7, p. 56-57 (examinant le fait qu'il est rare que les juges mentionnent les greffiers qui les ont aidés à rédiger des arrêts).

186. *Voir* Frye, *supra* note 176, p. 306.

187. JOHANNESEN, *supra* note 162, p. 236.

raisonnement, mais il est difficile de soutenir que le fait de ne pas citer ce commentaire « vole » cette idée. Ce commentaire avait pour but d'influencer les choix politiques du gouvernement et, par conséquent — dans la mesure où il méritait d'être dûment attribué —, il confère peut-être une sorte d'autorisation d'utiliser le langage ou les idées qu'il contient, à l'instar du rapport du groupe de réflexion mentionné plus haut. Dans le processus d'élaboration de la réglementation, il incombe à l'organisme d'exposer les raisons qui motivent ses différents choix politiques, et non pas nécessairement de rendre hommage à ceux qui ont fourni les informations ayant éclairé ces raisons. Nous pouvons souhaiter savoir quelles idées ont une influence et pourquoi, mais c'est parce que nous craignons une influence indue, et non parce que l'agence se serait approprié indûment l'idée. De plus, dès lors que l'agence exprime son raisonnement dans le préambule d'un texte réglementaire, l'idée brute ou la contribution politique se transforme en une décision ou un résultat politique pouvant être attribué à juste titre au gouvernement.

Dans le cadre d'un litige, un juge peut être à ce point convaincu par le mémoire d'une partie qu'il s'inspire de la structure et du contenu de ce mémoire pour rédiger son arrêt. Là encore, l'objectif de ce mémoire étant de persuader, la question de savoir si ce juge a « plagié » ou « volé » des formulations de ce mémoire n'est pas pertinente. Nous pourrions plutôt souhaiter savoir dans quelle mesure cette juge a mené sa propre réflexion indépendante, vérifié ses sources et pris en compte les contre-arguments avant de rédiger son arrêt. Ces points soulèvent des préoccupations car ils concernent la qualité de la décision et de son raisonnement, et non le fait que les avocats ne soient pas reconnus pour leurs contributions.

Même si le gouvernement est probablement capable de plagier ou de s'approprier des idées ou des formulations, se concentrer sur la question de savoir s'il a plagié ou s'il s'est approprié des formulations ou des idées revient à passer à côté de l'essentiel. Il nous faut plutôt déterminer si et dans quelles circonstances l'emprunt de formulations ou d'idées pose problème dans le cadre des décisions gouvernementales. Une partie de cette analyse porte sur la clarté des sources du gouvernement, mais elle concerne moins les questions de propriété des idées, de prévention du plagiat et de mention correcte des sources que l'influence exercée sur le processus décisionnel gouvernemental, sujet que j'aborde dans la section III.D.

C. Problèmes d'inauthenticité

Une autre critique porte sur la manière dont la rédaction fantôme donne lieu à des discours inauthentiques. Faisant le point sur la multiplication des discours rédigés par des nègres, Bormann avance un argument convaincant selon lequel les nègres interfèrent avec les idées, l'organisation, la prestation et le style des discours d'une manière qui rend ces derniers « peu adaptés à la critique artistique » [188]. Bormann soutient que les discours perdent des qualités essentielles lorsqu'ils émanent de nègres peu enclins à prendre des risques, en particulier lorsqu'un discours passe

188. Bormann, *supra* note 20, p. 287-288.

par des comités de relecteurs enclins à « lisser » le discours et à le vider de tout élément politiquement dérangeant [189]. Bormann explique également pourquoi cela revêt une importance plus large, et ne concerne pas uniquement les critiques ou la rhétorique :

> À mesure que le public devient de plus en plus cynique quant à la paternité des discours, l'ethos de l'orateur s'en trouve sapé ; le discours perd son emprise sur le public en tant que facteur essentiel des affaires publiques. Le niveau de rhétorique décline et sa fonction d'outil fondamental pour le tri des idées dans une société démocratique est perdue.[190]

L'argument de Bormann est une accusation percutante selon laquelle la rédaction fantôme et la rédaction en comité privent les discours de leur importance rhétorique. Les recherches de Riley et Brown suggèrent que les étudiants, et peut-être d'autres personnes, sont conscients de l'existence et du recours à des rédacteurs de discours et qu'ils l'acceptent pour les personnes occupées

.[191] On pourrait avancer que les auditeurs modernes sont suffisamment avertis pour comprendre que la rédaction par un nègre n'est qu'une réalité de la vie.[192] Mais cela renforce la préoccupation de Bormann, car les étudiants de l'étude de Riley et Brown anticipaient le recours à un rédacteur de discours et ont donc des raisons de douter que la personne qui prononce un discours soit celle qui l'a rédigé et dont il reflète donc les idées. Bormann a fait valoir que cet état de fait engendrerait du cynisme, mais il pourrait être pire encore : une prise de conscience menant à l'apathie. Pourquoi prêter attention aux propos de quelqu'un si l'on s'attend généralement à ce qu'ils ne soient pas vraiment les siens ?

À une époque où la confiance dans les institutions gouvernementales est faible et en baisse, on pourrait s'inquiéter de tout ce qui pourrait la réduire davantage [193].En droit public, on pourrait craindre que la rédaction fantôme ne pose des problèmes de crédibilité ou d'authenticité pour les déclarations du président et des responsables des agences, des législateurs et des juges. Bormann nous aide à sortir de ce désespoir. Il souligne que, lorsqu'une personne s'exprime en sa qualité institutionnelle, « [l]'orateur ne parle pas en son nom propre, mais au nom de l'organisme ou de l'administration ». [194] Cette observation aide à expliquer nos attentes différentes en matière d'authenticité de certains orateurs gouvernementaux. Par exemple, lorsque le président lit un discours rédigé en grande partie par son équipe, nous n'y voyons pas nécessairement une preuve de la

---

189. *Id.*

190. *Id.*, p. 288.

191. *Voir* les notes 148 à 152 *ci-dessus* et le texte qui les accompagne.

192. *Voir* Dane, *supra* note 7, p. 64.

193. *Voir de manière générale* AMY E. LERMAN, GOOD ENOUGH FOR GOVERNMENT WORK (2019) (où l'auteur soutient que la détérioration de la réputation du gouvernement américain conduit les citoyens à croire à tort que celui-ci fournit des services de mauvaise qualité, ce qui, en retour, réduit son efficacité car les citoyens cessent de participer à ses programmes).

194. Bormann, note 20 *ci-dessus*, p. 284.

Il ne s'agit pas de l'inauthenticité du président ou, pire encore, du fait que le président serait une sorte de « candidat mandchou », mais simplement du fait qu'il est normal qu'une personne s'exprimant à titre institutionnel délègue certaines tâches, comme la rédaction de discours. L'étude de Riley et Brown corrobore cette thèse.[195] Bormann craindrait que cette perspective nous prive d'un espace précieux de débat public, car nous ne pouvons pas être sûrs que les propos du président soient les siens, mais j'en suis moins convaincu.[196] Du moins dans le contexte des institutions gouvernementales, il se pourrait que nous soyons capables de distinguer les discours ou arguments individuels de ceux tenus à titre institutionnel, et que nous agissions en gardant cette distinction à l'esprit. C'est peut-être la raison pour laquelle, lorsqu'une responsable de la Food & Drug Administration (FDA) signe un règlement définitif mettant à jour les normes relatives au tableau des valeurs nutritionnelles — dans la mesure où quelqu'un s'en préoccupe —, nous n'avons pas nécessairement besoin de croire que cette responsable a elle-même personnellement élaboré les différents changements de politique qui y figurent. L'authenticité de la règle de la FDA n'exige pas de lien profond entre celle-ci et les opinions ou activités personnelles de la fonctionnaire ; nous acceptons que celle-ci agisse en sa qualité institutionnelle.[197]

C'est l'une des raisons pour lesquelles les accusations d'inauthenticité ne contribuent pas vraiment à critiquer la rédaction fantôme au sein du gouvernement. Si l'on peut préférer ou attendre de l'authenticité de la part d'un individu s'exprimant en son nom propre, on ne voit pas très bien ce que cela signifie d'attendre de l'authenticité d'un intervenant qui représente une institution. Comment une seule personne peut-elle représenter de manière authentique toute une organisation, avec ses complexités et ses divergences ? C'est dans le cas des arrêts judiciaires que l'inauthenticité peut avoir un certain poids.[198] Les juges signent les ordonnances et les arrêts de leur propre nom, mais ces documents peuvent avoir été rédigés par quelqu'un d'autre, qu'il s'agisse d'un greffier, d'une partie ou, parfois, d'un prestataire aidant le juge. Le juge Posner écrit que plus les greffiers et autres personnes rédigent d'arrêts, « moins [les avocats et les autres juges] […] se fieront aux arrêts judiciaires » « en tant qu'expressions authentiques de la pensée des juges »

195. *Voir* Riley & Brown, *supra* note 19, p. 719.

196. *Voir* Bormann, note 20 *ci-dessus*, p. 284, 288.

197. Cela n'exclut bien sûr pas la possibilité que divers commissaires puissent avoir des opinions très tranchées ! L'ancien commissaire de la FDA, Scott Gottlieb, s'est personnellement intéressé aux normes fédérales de la FDA relatives à la désignation d'un produit alimentaire comme « tarte aux cerises ». Scott Shackford, « *Ce qu'une tarte aux cerises surgelée révèle sur les atermoiements réglementaires de la FDA* », REASON (18 décembre 2020, à 15 h 15 CT), https://reason.com/2020/12/18/what-a-frozen-cherry-pie-says-about-fda-regulatory-foot-dragging/ [https://perma.cc/JXT5-HRSX]. Mais le fait que de tels exemples constituent l'exception est en soi révélateur de la dynamique entre l'individu et l'institution.

198. Une abondante littérature sur la franchise et la sincérité judiciaires examine si, et dans quelle mesure, le fait qu'un juge croie aux motifs qu'il avance a de l'importance. *Voir de manière générale* Micah Schwartzman, *« Judicial Sincerity* », 94 VA. L. REV. 987 (2008) (défendant la présomption de sincérité judiciaire) ; David L. Shapiro, *« In Defense of Judicial Candor* », 100 HARV. L. REV. 731 (1987) (examinant les justifications permettant de s'écarter de la franchise judiciaire).

et que cela diminue l'autorité et l'utilité des arrêts.[199] Néanmoins, s'il semble raisonnable de penser que le recours à des greffiers et à d'autres collaborateurs puisse priver les arrêts judiciaires de leur crédibilité et réduire leur valeur en tant que moyen de comprendre la pensée d'un juge en particulier, ce n'est pas quelque chose que le grand public est susceptible de percevoir. Seul un initié du milieu juridique pourrait remarquer qu'« il existe des juges d'appel dont le style littéraire semble changer chaque année » [200] au gré du renouvellement des greffiers.

Dane soutient toutefois que la participation des greffiers à la rédaction des arrêts « réduit à néant » l'utilité des arrêts d'un juge en tant que fenêtre sur son « esprit raisonnant unique ». [201] Selon lui, l'analyse juridique consiste en partie à aller au-delà des mots d'un arrêt pour sonder la pensée, et le penseur, qui se cachent derrière cet arrêt, en particulier lorsque cette pensée évolue au fil du temps.[202] Wasserman avance que si le problème fondamental réside dans le manque d'authenticité, alors le fait de supprimer le nom du juge de l'arrêt résoudrait le problème.[203] Dane rétorque que les arrêts signés devraient être conservés car ils nous permettent d'observer une « saine pluralité de voix » au sein des tribunaux.[204] Mais si ces arrêts sont fondamentalement inauthentiques, quel est alors l'intérêt de savoir qui prétend les avoir rédigés ? Ce bref échange suggère que le problème n'est pas celui de l'authenticité, mais autre chose.

Fiss pousse cette idée plus loin, au-delà des questions d'inauthenticité en soi, pour aborder la pourriture qui peut s'installer lorsque l'authenticité fait défaut dans le jugement.[205] Fiss s'appuie sur l'idée d'Arendt d'un « gouvernement par personne » et sur ses effets corrosifs sur la

[206] Il utilise cette idée d'Arendt pour critiquer l'«

» lorsque « la personne qui entend une affaire n'est ni celle qui étudie les questions en jeu, ni celle qui statue sur l'affaire, ni celle qui explique ou

---

199. POSNER, *supra* note 16, p. 110. Kronman écrit qu'« il est devenu de plus en plus difficile de discerner la voix authentique de quiconque soit prêt à assumer la responsabilité de ce que disent ces arrêts ». ANTHONY T. KRONMAN, THE LOST LAWYER 325 (1993). L'auteure remercie chaleureusement Chad Oldfather de lui avoir suggéré de lire Kronman sur ce sujet.

200. Alvin B. Rubin, *« Views from the Lower Court* », 23 UCLA L. REV. 448, 456 (1976), *cité dans* POSNER, *supra* note 16, p. 106.

201. *Voir* Dane, *supra* note 7, p. 68.

202. *Ibid.*, p. 74-77. La critique de Dane s'apparente à celle de Bormann concernant les discours rédigés par des nègres. *Voir* Bormann, *supra* note 20, p. 287-288.

203. Howard Wasserman, *« More on Dane on Law Clerks* », PRAWFSBLAWG (10 février 2020, à 09 h 31 CT), https://prawfsblawg.blogs.com/prawfsblawg/2020/02/more-on-dane-on-law-clerks.html [https://perma.cc/5TT9-RBJC] ; *voir également* Suzanna Sherry, « *Notre Cour des Kardashian (et comment y remédier)* », 106 IOWA L. REV. 181, 182 (2020) (évoquant cette option pour lutter contre le « culte de la personnalité autour de certains juges »).

204. Dane, *supra* note 7, p. 82, n° 126.

205. Owen M. Fiss, « *The Bureaucratization of the Judiciary* », 92 YALE L.J. 1442, 1452–55 (1983).

206. *Id.*, p. 1452.

« justifie le résultat. » [207] Pour Fiss, il s'agit moins d'un manque d'authenticité que de l'illégitimité qui découle de la « fragmentation de la tâche de juger ».[208] Kronman souligne également que « l'imagination délibérative » des juges s'atrophiera s'ils opèrent de manière aussi fragmentée, ce qui réduira leur « capacité à envisager un point de vue défini par des intérêts, des attitudes et des valeurs différents des leurs ». [209] Mais cette illégitimité ou cette incapacité à rendre de bonnes décisions découle d'une violation d'un devoir sous-jacent, plutôt que d'un manque d'authenticité.

Une dernière remarque sur le manque d'authenticité. Jusqu'à présent, nous avons abordé la question de l'inauthenticité sous l'angle de la fidélité des documents écrits à la pensée et aux opinions du décideur. Mais il existe un autre type d'inauthenticité qui découle de la question de savoir si les documents écrits sont fabriqués de toutes pièces. Ce problème se pose probablement moins souvent en ce qui concerne les productions gouvernementales — par exemple, les projets de loi adoptés par le Congrès, les règlements des agences, les arrêts judiciaires — même lorsque, comme un règlement ou l'arrêt d'un juge, elles sont officiellement signées par une personne. Si des documents publics « deepfake » pourraient certainement ébranler la confiance du public dans les déclarations officielles, la grande majorité des documents gouvernementaux ne risque guère d'être victime de ce type de crise d'authenticité, car le gouvernement dispose de procédures officielles pour publier et organiser ces documents. Par exemple, les affaires fédérales, si elles sont sélectionnées pour publication, sont publiées dans *les Federal Reporters* ; les documents législatifs sont publiés dans le *Congressional Record* ou sur Congress.gov ; et les documents de l'exécutif peuvent être publiés dans le *Federal Register*. Pour ce type de documents, il est possible de vérifier s'il s'agit de « véritables » documents gouvernementaux.[210]

En résumé, une accusation d'inauthenticité ne constitue pas une critique pertinente à l'égard des productions institutionnelles telles que la législation, les règlements ou même certains discours. C'est plutôt dans le cas des productions prétendument émanant d'un acteur individuel, comme un juge, que l'argument de l'inauthenticité peut avoir davantage de poids. Il est toutefois intéressant de noter que la plupart des critiques concernant le recours des juges à des tiers pour rédiger leurs arrêts découlent de préoccupations relatives à une influence indue sur la fonction judiciaire, une question que le présent article aborde ensuite.

---

207. *Id.*, p. 1455. Fiss fait référence à la déclaration de *Morgan* I selon laquelle « [c]elui qui décide doit entendre ». *Id.*, p. 1456 (citant Morgan c. États-Unis, 298 U.S. 468, 481 (1936)). La Cour s'est écartée de ce point de vue dans l'affaire *Morgan IV*, estimant que les tribunaux ne devaient pas se charger de superviser les procédures décisionnelles internes des agences. United States v. Morgan, 313 U.S. 409, 422 (1941).

208. Fiss, *supra* note 205, p. 1455.

209. KRONMAN, note 199 *ci-dessus*, p. 326. Kronman souligne l'importance de mettre en pratique ces capacités mentales pour « rester souple et fort ». *Ibid.*, p. 327.

210. Cela n'a toutefois pas toujours été le cas. Par exemple, ce n'est qu'en 1935 que le Congrès a exigé que tous les décrets présidentiels soient publiés au *Federal Register*. Federal Register Act, Pub. L. n° 74-220, 49 Stat. 500 (1935) (codifié tel que modifié dans 44 U.S.C. §§ 1501–1511). Auparavant, le processus de publication et d'organisation des décrets présidentiels était « marqué par un manque de formalité assez étonnant ». ANDREW RUDALEVIGE, BY EXECUTIVE ORDER 52 (2021) (citant KENNETH R. MAYER, WITH THE STROKE OF A PEN 69–70 (2001)).

D. Problèmes d'influence

Une quatrième et dernière critique à l'encontre de la rédaction fantôme est qu'elle permet à une influence indue ou inappropriée de s'immiscer dans la prise de décision. Le processus d'écriture et le processus de réflexion étant étroitement liés, les idées d'un rédacteur ont tendance à s'ancrer. Permettre à une personne autre que le décideur de rédiger un premier jet, par exemple, engage ce dernier sur une voie qu'il n'aurait peut-être pas choisie, mais dont il pourrait ne pas s'écarter. Lorsque les tâches de rédaction exigent une réflexion originale, la personne qui tient la plume se trouve dans une position unique pour influencer le contenu de ce qu'elle écrit. Parmi les quatre critiques traditionnelles de la rédaction fantôme décrites dans cette partie, celle de l'influence inappropriée est la plus forte lorsqu'elle s'applique au contexte gouvernemental. Le problème avec la critique de l'influence indue, cependant, est qu'elle ne va pas assez loin pour faciliter de meilleurs choix de la part des décideurs.

Confier la plume à un nègre modifie inévitablement le contenu du texte rédigé par ce dernier. Dans de nombreux cas, c'est précisément le but recherché, de sorte que les blagues dans un

discours sont plus drôles qu'elles ne l'auraient été.[211] Un peu plus haut, cet article a examiné comment ce type d'aide pouvait créer des problèmes de tromperie ou d'authenticité pour l'orateur, en laissant entendre que celui-ci est plus intelligent, plus drôle, plus charmant, moins choquant, etc., qu'il ne l'est en réalité. Re a abordé ce sujet dans le contexte de l'IA générative et des juges, expliquant que « le manque d'authenticité peut avoir ses avantages » dans les cas où un outil pourrait aider un juge grincheux à paraître plus empathique, raisonnable et mesuré.[212] On pourrait considérer ces exemples comme une sorte d'influence salutaire exercée sur l'orateur, mais certaines formes d'influence sont problématiques et méritent une critique distincte : il s'agit de l'influence qui détourne les décisions publiques vers des gains indus, souvent privés.

Le rôle des lobbyistes et d'autres acteurs dans la rédaction législative, évoqué plus haut, illustre comment des parties extérieures peuvent influencer la manière dont les lois sont rédigées. En matière de rédaction législative, les lobbyistes peuvent proposer des formulations spécifiques pour le texte d'un projet de loi ou examiner et modifier le texte d'un projet de loi à différentes étapes du processus législatif.[213] Dans leurs travaux sur la rédaction législative, Nourse et Schacter soulignent que les collaborateurs sont conscients de la possibilité d'une « influence indue des lobbyistes » dans ce processus.[214] Même si les lobbyistes se drapent parfois dans le langage de l'intérêt public

211. McCaskill, *supra* note 16 (décrivant le processus de rédaction du discours du président Obama lors du dîner des correspondants de la Maison Blanche).

212. *Voir* Re, *supra* note 28, p. 1572.

213. Nourse & Schacter, *supra* note 6, p. 610-613.

214. *Id.*, p. 613 (soulignant que les membres du personnel sont conscients de ce risque) ; Dannin, *supra* note 6, p. 530 (décrivant le rôle d'une organisation dans la rédaction de milliers de projets de loi types).

intérêt, ils œuvrent presque toujours en faveur d'un objectif répondant à des intérêts particuliers.[215]

Déterminer quel type d'influence est « indue » est bien sûr difficile ; ce qui est une influence indue pour l'un est le triomphe de l'expertise pour l'autre. On peut tracer une ligne de démarcation claire au niveau des scandales de « pay-for-play », mais les lobbyistes auront presque toujours un rôle à jouer dans le partage d'informations et de connaissances que les membres du Congrès et leurs collaborateurs ne possèdent tout simplement pas.[216] C'est lorsqu'on ne filtre pas ces informations et ces connaissances — et, peut-être plus important encore, le texte législatif — à travers une forme d'évaluation critique que la situation devient délicate.[217]

Si les lobbyistes font depuis toujours figure de boucs émissaires, les inquiétudes concernant une influence législative indue s'étendent également à d'autres acteurs gouvernementaux. DeShazo et Freeman notent que les agences cherchent parfois à obtenir de larges délégations législatives « pour étendre leur autorité, augmenter leurs budgets, assurer leur survie, améliorer leurs perspectives d'emploi futures ou poursuivre d'autres intérêts qui peuvent ne pas coïncider avec ceux du Congrès ».[218] Sitaraman explique que cela peut notamment se traduire par le fait qu'une agence « se crée des occasions de s'octroyer un pouvoir discrétionnaire dont elle peut abuser ».[219] Shobe et Walker, chacun de leur côté, apportent des preuves empiriques à l'idée selon laquelle les agences sont souvent étroitement impliquées dans le processus de rédaction législative, et Walker souligne la possibilité d'« auto-transactions de la part des agences ».[220]

Même le personnel législatif n'est pas à l'abri. Bien que l'on puisse s'attendre à une loyauté et à une communication étroites entre les membres du Congrès et leur personnel, des problèmes de type « principal-agent » pourraient tout de même surgir. Oei et Osofsky notent que les collaborateurs impliqués dans la rédaction législative ont souvent de nombreuses occasions d'influencer la législation, car les élus accordent davantage d'attention aux idées politiques qu'au texte législatif proprement dit.[221] Bien sûr, une collaboratrice qui souhaite conserver son poste doit être attentive aux souhaits de son mandant, mais ce que souhaite ce dernier peut ne pas

---

215. *Voir de manière générale* Bruce Yandle, *« Bootleggers and Baptists—The Education of a Regulatory Economist* », REGULATION, mai-juin 1983, p. 12 (décrivant le recours à une rhétorique publique noble pour obtenir des avantages pour des groupes particuliers).

216. Nourse & Schacter, *supra* note 6, p. 610-613 (discussion des points de vue nuancés des collaborateurs législatifs sur le rôle des lobbyistes et des autres acteurs impliqués dans le processus de rédaction législative).

217. *Ibid.*, p. 612-613.

218. J.R. DeShazo et Jody Freeman, « *The Congressional Competition to Control Delegated Power* », 81 TEX. L. REV. 1443, 1454 (2003).

219. Ganesh Sitaraman, *« Les origines de la législation* », 91 NOTRE DAME L. REV. 79, 127 (2015).

220. Walker, *supra* note 6, p. 1419–1420 (2017) (examinant les incitations des agences du pouvoir exécutif à préserver leurs intérêts lorsqu'elles participent à la rédaction législative) ; Jarrod Shobe, « *Les agences en tant que législateurs : une étude empirique du rôle des agences dans le processus législatif* », 85 GEO. WASH. L. REV. 451, 468–75 (2017).

221. Oei & Osofsky, *supra* note 6, p. 1354 (remettant en cause le manque d'attention des chercheurs à l'égard de la légitimité des collaborateurs en tant que rédacteurs législatifs).

ne sont pas toujours claires et, dans cette ambiguïté, un membre du personnel jouissant de confiance pourrait être en mesure d'exercer une influence significative sur la législation.

Cette préoccupation concernant une influence extérieure indue ne se limite pas à la rédaction de textes législatifs. Le processus réglementaire exige spécifiquement que les agences recueillent les commentaires du public — ce qui inclut les particuliers et les groupes d'intérêts organisés. Et la période de consultation publique n'est pas le seul moment où les membres du public tentent d'influencer la structure et le contenu des règlements. Les plus avisés y parviendront presque certainement plus efficacement que le grand public. Potter et moi-même décrivons également les mécanismes par lesquels des influences extérieures peuvent s'immiscer dans le processus réglementaire par l'intermédiaire de prestataires du gouvernement impliqués dans la rédaction des textes réglementaires.[222] L'influence ne vient pas uniquement de l'extérieur. Bien que le personnel des agences soit soumis à des règles déontologiques concernant les conflits d'intérêts personnels,[223] les agents — comme tout un chacun — apportent leurs perspectives variées lorsqu'ils travaillent.

Tout cela montre à quelle vitesse les débats sur l'influence indue — en dehors des cas de corruption pure et simple — peuvent s'enliser au point de devenir stériles. Le problème posé par la critique générale de l'influence indue réside à la fois dans la définition ou le seuil à partir duquel une influence est jugée « indue », et dans la manière d'y remédier. Par exemple, les membres du Congrès ont besoin d'informations pour adopter des lois qui résolvent efficacement les problèmes. Les fournisseurs de ces informations sont potentiellement biaisés d'une manière ou d'une autre, ce qui peut nuire à la fiabilité de leurs informations. Et si pratiquement toutes les personnes impliquées dans l'élaboration de textes législatifs ou réglementaires pouvaient être accusées ou félicitées d'avoir une certaine perspective ou influence extérieure, à quoi cela sert-il de soulever la question ? Une autre limite de cette critique est qu'elle tend à se concentrer sur la personne cherchant à exercer une influence plutôt que sur celle qui se laisse influencer. Lorsque les décideurs gouvernementaux reçoivent et acceptent naïvement des informations biaisées, ils manquent à leurs obligations, un sujet que cet article a abordé dans la partie II.

Pour un exemple moins vaste qui se concentre davantage sur la personne influencée, considérons la question de l'influence des greffiers judiciaires. Plusieurs vagues de critiques de ce type concernant le rôle des greffiers au sein des chambres judiciaires se sont succédé au fil des décennies, notamment dans un essai rédigé par William
H. Rehnquist en 1957.[224] En réponse, un législateur a plaidé en faveur d'une commission sénatoriale

---

222. Dooling & Potter, *supra* note 6, p. 1706–07 (examinant comment les intérêts personnels ou organisationnels d'un prestataire peuvent influencer son travail pour un organisme).

223. *Voir* Kathleen Clark, *« Ethics, Employees and Contractors: Financial Conflicts of Interest in and out of Government* », 62 ALA. L. REV. 961, 970 (2011) (décrivant les restrictions en matière de conflits d'intérêts financiers applicables aux fonctionnaires).

224. WARD & WEIDEN, *supra* note 6, p. 243–245 (décrivant ces vagues de critiques) ; William H. Rehnquist, *« Who Writes Decisions of the Supreme Court? »*, U.S. NEWS & WORLD REP. (D.C.), 13 décembre 1957, p. 74 (rejetant en grande partie les allégations selon lesquelles les greffiers seraient des « Rasputin du droit », mais exprimant des inquiétudes quant à la

confirmation des greffiers compte tenu de l'importance de leur rôle dans la rédaction des arrêts.[225] Des chercheurs ont relevé une série de polémiques en réaction à *The Brethren* [226] à la fin des années 1970, ainsi que dans les années 1990 en réaction à *Closed Chambers* [227] et au « glissement vers la gauche » de plusieurs juges nommés par des présidents républicains [228]. Au fil du temps, les juges et les anciens greffiers ont répondu à ces critiques en définissant le rôle du greffier en des termes beaucoup plus restreints.[229] Mais le fait de minimiser publiquement le rôle des greffiers ne semble pas avoir freiné la mesure dans laquelle les juges comptent sur eux pour rédiger leurs arrêts.

Il est toutefois certain que les juges gèrent leurs greffiers de différentes manières. Un juge peut garder ses greffiers à distance, en leur demandant de préparer des notes de recherche qui servent simplement à le mettre au courant du droit applicable.[230] Une autre juge peut demander à son greffier de relire et de corriger ses projets d'arrêt. Un troisième juge pourrait exposer à son greffier ses attentes fondamentales concernant une décision — qui l'emporte et pourquoi — et lui demander de la rédiger.[231] Un quatrième juge pourrait demander à son greffier de rédiger un avis fondé sur sa propre évaluation, pour que le juge l'examine. Ce éventail d'options se retrouve dans d'autres contextes, tels que les entreprises ou les organisations à but non lucratif. Dans ces milieux, l'auteur présumé pourrait donner des instructions à son personnel selon un continuum similaire. Mais Peppers et

---

l'influence des assistants juridiques dans la procédure de certiorari) ; *voir également* Dane, *supra* note 7, p. 58-60 (résumant différentes controverses concernant les assistants juridiques). *Mais voir* Adam Bonica, Adam Chilton, Jacob Goldin, Kyle Rozema et Maya Sen, *« Legal Rasputins? Law Clerk Influence on Voting at the US Supreme Court* », 35
J.L. ECON. & ORG. 1, 3 (2019) (constatant « des éléments indiquant que l'idéologie des assistants judiciaires a un effet modeste sur le comportement de vote des juges »).

225. Wahlbeck, Spriggs II et Sigelman, *supra* note 6, p. 167 (résumant l'historique).

226. BOB WOODWARD et SCOTT ARMSTRONG, THE BRETHREN : INSIDE THE SUPREME COURT (1979).

227. EDWARD LAZARUS, CLOSED CHAMBERS : THE FIRST EYEWITNESS ACCOUNT OF THE EPIC STRUGGLES INSIDE THE SUPREME COURT (1998).

228. WARD & WEIDEN, *supra* note 6, p. 243-245 (soulignant l'influence des ouvrages documentaires rédigés respectivement par Bob Woodward & Scott Armstrong et Edward Lazarus) ; Wahlbeck, Spriggs II & Sigelman, *supra* note 6, p. 167 (décrivant la controverse concernant l'influence de gauche des greffiers sur différents juges).

229. *Par exemple*, WARD & WEIDEN, note 6 *ci-dessus*, p. 244 (notant la réponse d'Alexander Bickel qui « minimisait l'influence des assistants ») ; Dane, note 7 *ci-dessus*, p. 56. Les efforts visant à présenter le rôle des nègres comme purement technique ne se limitent pas aux assistants juridiques. Évoquant les rédacteurs de discours, Bormann rapporte une anecdote : « selon les mots d'un homme d'affaires à qui l'on demandait s'il faisait appel à des nègres : "Bien sûr", répondit-il. "Je ne cire pas mes chaussures moi-même, n'est-ce pas ?" » Ernest G. Bormann, *Ethics of Ghostwritten Speeches*, 47 Q.J. SPEECH 262, 264 (1961).

230. Le juge Posner trace une ligne de démarcation même dans ce cas : « C'est une chose (bien que non sans risques en soi) de compter sur un assistant juridique pour trouver les précédents pertinents, et c'en est une autre de lui déléguer également leur lecture. » POSNER, *supra* note 16, p. 110.

231. Le juge Posner décrit cela comme « les consignes » que le juge donne à son assistant. *Id.*, p. 106. Dans ce scénario, « [l]a structure, les idées, voire le style de l'arrêt pourraient être ceux du juge, même si une grande partie de la rédaction proprement dite est le fait de l'assistant juridique ». *Id.*, p. 107.

Ward nous encourage à distinguer les arrêts judiciaires, car ils « sont très différents des discours ou des tribunes libres qui sont régulièrement rédigés par des nègres pour le compte de personnalités publiques ». [232] Ils poursuivent : « [e]n droit, le choix des mots et des expressions est souvent crucial, de sorte qu'une expression apparemment anodine telle que "justification extrêmement convaincante" peut être insérée dans un arrêt par un greffier à un moment donné et, des années plus tard, devenir un critère déterminant en matière de droit relatif à la discrimination sexuelle. »[233] Le juge Posner tire également la sonnette d'alarme quant au rôle des greffiers, notamment leur capacité à influencer la réflexion judiciaire. Dans un texte rédigé en 1985, sa préoccupation ne portait pas sur l'influence idéologique politique, mais sur l'homogénéité relative de la formation que reçoivent « les jeunes diplômés, doués sur le plan académique, tout juste sortis des meilleures facultés de droit du pays », ce qui pourrait contribuer à freiner le développement de l'individualité judiciaire.[234] Il va plus loin en affirmant que le langage des arrêts est « insipide et ampoulé » lorsqu'il est rédigé par des greffiers, car ceux-ci sont, de par leur tempérament, trop timides pour s'exprimer avec plus d'audace.[235] Il en résulte, selon lui, des arrêts qui manquent de franchise judiciaire en masquant le véritable raisonnement.[236] Posner examine l'influence sous un autre angle également : lorsque les greffiers déchargent autant le juge de la rédaction, cela transforme le rôle de ce dernier en celui d'un gestionnaire ou d'un PDG.[237] L'une des conséquences de cette situation, affirme-t-il, est le frein à l'épanouissement de ce juge, qui s'éloigne ainsi du type de réflexion incarné par les juges dont les écrits ont été les plus vénérés par la profession juridique.[238] Une influence indue peut donc s'avérer contre-productive. Elle peut répondre à des besoins à court terme au détriment de la qualité à long terme.

Cette préoccupation concernant l'influence des nègres sur les personnes pour lesquelles ils écrivent va au-delà des critiques fondées sur la tromperie, les droits de propriété et le manque d'authenticité, et montre l'intérêt de réfléchir plus profondément à qui écrit quoi. Mais l'influence indue est difficile à définir et à contrôler, et en général

---

232. *Introduction* à IN CHAMBERS : HISTOIRES DES ASSISTANTS JURIDIQUES DE LA COUR SUPRÊME ET DE LEURS JUGES 8, 9 (Todd C. Peppers et Artemus Ward, éd., 2012). Tout le monde n'est pas aussi optimiste quant au recours à des nègres pour des textes tels que des discours. *Par exemple*, Bormann, *supra* note 229, p. 267 (« [S]i nous croyons en l'importance de la parole, nous devons imposer des normes éthiques […] à toute personne qui se présente, ainsi que ses idées, devant un public en vue de leur acceptation »).

233. Peppers & Ward, note 232 *ci-dessus*, p. 9. Pour un compte rendu plus complet des origines de l'expression « justification extrêmement convaincante », voir Artemus Ward, *« Law Clerks »*, *dans* THE OXFORD HANDBOOK OF U.S. JUDICIAL BEHAVIOR, p. 100, 111–12 (sous la direction de Lee Epstein et Stefanie A. Lindquist, 2017). Un assistant du juge Harry Blackmun semble avoir joué un rôle similaire dans la formulation du critère de « viabilité » dans l'arrêt *Roe v. Wade*, aujourd'hui annulé. MORE PERFECT : *Partie I : The Viability Line* (WNYC Studios, 8 juin 2023), https://www.wnycstudios.org/podcasts/radiolabmoreperfect/episodes/part-1-viability-line?tab=transcript [https://perma.cc/XM8F-JLGC].

234. POSNER, *supra* note 16, p. 107.

235. *Ibid.*, p. 107-108 (le juge Posner note également qu'il est bon que les greffiers soient timides ; il souligne davantage l'inadéquation entre le tempérament et la tâche).

236. *Id.*, p. 108-109.

237. *Id.*, p. 103-104.

238. *Ibid.*, p. 111.

La prise de conscience de l'influence potentielle que cela peut exercer n'a pas fondamentalement modifié le recours du gouvernement à la rédaction fantôme. En tant que critique, les préoccupations relatives à cette influence soulèvent des questions importantes, mais ne permettent finalement pas d'y remédier de manière significative ; elles rejoignent ainsi les problèmes de tromperie, de droits de propriété et de manque d'authenticité, qui ne permettent pas d'évaluer correctement la rédaction fantôme au sein du gouvernement.

La présente partie expose les critiques existantes à l'égard de la rédaction fantôme, dans des contextes très variés. Cela démontre que, si les préoccupations relatives à la tromperie, au plagiat, à la propriété et au vol sont pertinentes dans d'autres contextes, elles ne sont pas particulièrement utiles pour évaluer la rédaction fantôme au sein du gouvernement. Le manque d'authenticité a un certain poids en ce qui concerne les décideurs gouvernementaux individuels tels que les juges, mais les préoccupations relatives à l'influence indue sont plus fortes. Même dans ce cas, la difficulté à cerner précisément l'influence indue rend inapplicable toute critique fondée sur cette préoccupation. La preuve en est que la menace d'une influence indue n'a pas encore suffisamment découragé le recours à la rédaction fantôme au sein de l'administration publique. La critique fondée sur le « devoir de raisonnement » présentée dans cet article ne couvre peut-être pas tous les cas possibles de rédaction fantôme problématique au sein de l'administration publique, mais elle va au moins au cœur du problème : la personne ou l'institution qui a rendu la décision s'est-elle soustraite à ses responsabilités ?

IV. OBJECTIONS ET RÉPONSES

Après avoir exposé les principaux arguments du présent article, cette partie aborde certaines objections et réponses. Une objection porte sur le caractère peu pratique d'une approche fondée sur le devoir de motivation. Cependant, si l'on considère ses conséquences pour chaque branche du pouvoir, cette objection ne tient pas, car elle n'exclut pas toutes les formes d'assistance. Une autre objection remet en cause l'opportunité de s'attaquer à l'État administratif dans le contexte politique actuel ; or, si nous délimitons les tâches qui doivent être accomplies par le gouvernement, cela nous aidera à faire front contre ceux qui voudraient externaliser sans discernement les fonctions gouvernementales. Une troisième objection demande pourquoi nous ne devrions pas simplement nous tourner vers la transparence, qui a le pouvoir de dissuader les comportements inappropriés, mais une transparence significative sera très difficile à mettre en œuvre. Enfin, on pourrait objecter que cet argument ne tient pas compte des avantages de la technologie moderne ; cependant, avant de nous laisser éblouir au point de prendre de mauvaises décisions, nous devons tenir compte des obligations de raisonnement là où elles existent.

A. Une approche fondée sur le devoir de raisonner est irréalisable

On pourrait faire valoir que cet article a une portée trop large et appelle un nombre irréaliste de changements dans le fonctionnement de l'administration. Si l'on adoptait une approche rawlsienne, qui reconnaît un devoir de raisonnement à toute personne impliquée dans la prise de décision publique, cela serait probablement vrai. Après tout, au sein de l'administration, comme dans d'autres institutions, la délégation ouvre la voie à la productivité.

Si un mandant peut déléguer la rédaction, il va de soi que le nombre de textes produits sera supérieur à ce qu'il serait si le mandant agissait seul. Même si les retards accumulés pèsent lourdement sur l'examen des demandes d'invalidité par l'Administration de la sécurité sociale, par exemple, ces retards seraient d'une ampleur bien plus grande si le directeur de cette agence devait rédiger lui-même chaque décision.[239] La délégation permet d'accroître la production de résultats gouvernementaux individuels (par exemple, un texte législatif, un règlement, un avis judiciaire), et elle libère également les ressources des décideurs pour d'autres activités et résultats relevant de leurs responsabilités (par exemple, nouer des relations, assurer le leadership). Une plus grande productivité rédactionnelle pourrait se traduire par un plus grand nombre de questions politiques ou de problèmes traités, moins de retards accumulés, davantage de besoins satisfaits et davantage de personnes bénéficiant des services de leur gouvernement.[240]

Bien sûr, un rendement accru de l'administration n'est pas toujours dans l'intérêt du public .[241] L'intérêt d'un rendement accru est lié à la qualité des décisions prises. En matière de productivité judiciaire, le fait qu'un juge résorbe son arriéré n'est normativement positif que dans la mesure où les décisions rendues dans ces affaires sont justes. La question est de savoir quelles méthodes un juge peut utiliser pour gérer son rôle. Se contenter de rejeter toutes les demandes, par exemple, constituerait une méthode illégitime de résorption de l'arriéré.[242] Le recours à des approches algorithmiques offre la possibilité d'améliorer considérablement l'efficacité, mais de sérieuses questions se posent quant à

239. *Voir* Linda Kerr-Davis, commissaire adjointe par intérim chargée des opérations, Administration de la Sécurité sociale, Témoignage devant la commission des voies et moyens de la Chambre des représentants, sous-commission de la Sécurité sociale (26 octobre 2023), https://www.ssa.gov/legislation/testimony_102623.html [https://perma.cc/9WJS-4ZN9] (indiquant un délai d'attente moyen de sept mois).

240. *Voir, par exemple*, ENGSTROM, HO, SHARKEY & CUÉLLAR, *supra* note 24, p. 52 (notant que « les outils assistés par l'IA peuvent permettre aux responsables des agences de consacrer leur temps et leur expertise, qui sont limités, à d'autres aspects importants du processus informel de décision » pour l'enregistrement des marques, tels que la fourniture « de l'analyse nécessaire pour rendre des décisions motivées »).

241. Par exemple, si une responsable d'une administration délègue les détails de l'examen des autorisations à ses agents d'audience, elle peut alors, en fin de compte, valider un plus grand nombre d'autorisations. La nature exacte de ce qui est autorisé permettrait de déterminer si une augmentation du nombre d'autorisations est dans l'intérêt général. Si l'autorisation concerne une usine pharmaceutique autorisée à déverser des produits chimiques dans les rivières, le bénéfice public découlant de l'accès aux produits fabriqués doit être mis en balance avec les conséquences environnementales et sanitaires de la pollution. La question de savoir si « plus » est toujours synonyme de « mieux » se pose de la même manière en matière de réglementation.

242. À moins, bien sûr, que ces demandes aient été jugées superflues. L'évolution de la réponse du ministère américain de l'Éducation concernant la dette étudiante fédérale contractée auprès des Corinthian Colleges illustre comment un arriéré de demandes peut être résolu de manière globale. *Voir de manière générale* C. Tyler Flores, *« Une incertitude sans précédent : la débâcle des Corinthian Colleges, la réponse du ministère de l'Éducation et le dilemme des praticiens du droit des faillites* », 39 AM. J. TRIAL ADVOC. 651 (2016) (décrivant l'histoire mouvementée des Corinthian Colleges et l'accumulation croissante des demandes de remise de la dette étudiante correspondante).

qualité de la prise de décision.[243] Les valeurs de productivité ou d'efficacité s'inscrivent donc dans un compromis avec d'autres valeurs liées à la qualité des décisions.

De plus, si l'alternative à la rédaction déléguée est la rédaction en solo, la délégation peut potentiellement améliorer la qualité de la prise de décision et de la rédaction en augmentant le nombre de personnes qui « tiennent la plume » ou peuvent apporter des commentaires et des corrections sur un projet donné. Ce style plus collaboratif intègre les compétences et les points de vue d'autres personnes, ce qui peut aboutir à un résultat plus complet et mieux réfléchi. Une telle collaboration fait inévitablement intervenir les préjugés et les intérêts personnels d'autres personnes, ce qui pourrait fausser les résultats dans des directions problématiques. La législation en offre un bon exemple. Notre compréhension scientifique de la rédaction législative a bien évolué depuis la représentation, dans **Schoolhouse Rock!**, d'un législateur répondant à l'appel téléphonique d'un électeur puis se tournant vers sa machine à écrire pour rédiger un projet de loi en réponse.[244] Au contraire, de nombreuses études ont mis en évidence le large éventail d'acteurs qui participent à la rédaction de la législation, tant au sein qu'en dehors du Congrès.[245] L'expertise en matière de rédaction du Bureau du conseiller législatif, par exemple, est saluée pour l'assistance technique indispensable qu'elle apporte aux législateurs et à leur personnel.[246] En dehors du Congrès, l'expertise des parties prenantes peut apporter des éclairages pratiques importants à la rédaction des textes législatifs, mais elle peut également introduire des comportements de recherche de rente et d'autres éléments motivés par l'intérêt personnel. Dans l'ensemble, le fait d'associer davantage de personnes, et donc leurs points de vue, au processus de rédaction crée presque à coup sûr des opportunités de modifier le texte final, de manière mineure ou majeure, pour le bien public et au profit de particuliers. La question de savoir si un résultat collaboratif est nécessairement meilleur ou pire que ce qu'il aurait été en l'absence de collaboration dépend des personnes impliquées et de la manière dont elles ont participé.

---

243. *Voir, par exemple*, ENGSTROM, HO, SHARKEY & CUÉLLAR, *supra* note 24, p. 70–90 (qui abordent des défis tels que la responsabilité, les biais, les inégalités de traitement, etc.). *Voir de manière générale* Donald Moynihan, Morten Hybschmann, Kathryn Gimborys, Scott Loudin et Will McClellan, *« Digital Administrative Burdens and Clawback Logics: The Australian Robodebt Scheme* », 8 PERSPS. ON PUB. MGMT. & GOVERNANCE 187 (2025) (décrivant la débâcle qui a suivi l'utilisation d'un algorithme pour lutter contre la fraude aux prestations sociales).

244. SCHOOLHOUSE ROCK ! : *« I'm Just a Bill* » (émission télévisée diffusée sur ABC le 27 mars 1976), https://www.youtube.com/watch?v=OgVKvqTItto [https://perma.cc/ZGA7-KPAT].

245. *Voir, par exemple*, Nourse & Schacter, *supra* note 6, p. 583–588 (examinant la rédaction législative au sein de la commission judiciaire du Sénat et les contributions des collaborateurs, des lobbyistes et des rédacteurs professionnels) ; Abbe R. Gluck & Lisa Schultz Bressman, *« Statutory Interpretation from the Inside—An Empirical Study of Congressional Drafting, Delegation, and the Canons* » (1re partie), 65 STAN. L. REV. 901, 926–32 (2013) (rendant compte de la compréhension qu'ont les collaborateurs des règles d'interprétation) ; Cross & Gluck, *supra* note 65, p. 1544–45 (analyse des acteurs non partisans qui contribuent à l'activité législative du Congrès) ; Beau J. Baumann, *« Resurrecting the Trinity or Legislative Constitutionalism* », 134 YALE L.J. 2249, 2297–2317 (2025) (expliquant l'histoire de l'influence extérieure sur les pratiques de rédaction du Congrès).

246. *Voir, par exemple*, Oei & Osofsky, *supra* note 6, p. 1325–1330 (décrivant le rôle prépondérant joué par les conseillers législatifs dans la rédaction de la législation fiscale dans les années 1980).

Si l'on rejette la portée générale d'une approche rawlsienne et que l'on accepte le concept de continuum du devoir décrit ci-dessus, alors la demande formulée dans le présent article est bien moins radicale, et ce pour trois raisons. Premièrement, la critique fondée sur le devoir de motiver n'exige aucun changement de la part du Congrès.[247] Deuxièmement, pour les agences, où le devoir de motiver repose sur des bases solides, une critique fondée sur le devoir s'inscrit dans la logique de l'importance de la responsabilité de l'État administratif ainsi que du recours doctrinal au préambule en tant qu'exposé des motifs. C'est un exemple de ce qu'Engstrom présente comme la voie à suivre pour réfléchir à la manière d'aborder l'IA dans la prise de décision publique ; c'est-à-dire qu'il s'agit de partir du droit existant et de l'adapter, plutôt que d'élaborer des solutions « utopiques » qui ont peu de chances d'être mises en œuvre.[248] Troisièmement, bien que la critique implique que les juges doivent faire preuve d'une grande prudence lorsqu'ils confient des missions de rédaction à leurs greffiers, elle n'exige pas pour autant que les juges cessent de leur confier de telles missions. Elle implique toutefois que les juges doivent être honnêtes avec eux-mêmes quant à la mesure dans laquelle le fait qu'un greffier prenne l'initiative, par exemple, de la première ébauche d'un arrêt, confère à ce greffier bien plus qu'une simple tâche administrative, et que la révision ne garantit pas toujours un résultat reflétant la pensée du juge.

B. Cessez de vous en prendre à l'État administratif

On pourrait également faire valoir que l'État administratif n'a pas besoin, à l'heure actuelle, d'une déstabilisation supplémentaire, telle que des critiques à l'égard de ses processus internes d'élaboration des textes. Mais la critique fondée sur le « devoir de motivation » ne s'en prend pas à l'État administratif ; elle permettrait au contraire de redéfinir le champ des activités propres à l'État. Réaffirmer cette ligne de démarcation permet de tenir à distance ceux qui ne devraient pas prendre de décisions gouvernementales. Prenons, par exemple, le cas des sous-traitants dans le processus d'élaboration des règlements. La loi fédérale sur les marchés publics contient déjà quelques interdictions spécifiques concernant le recours à des sous-traitants pour rédiger certains documents. En vertu de la loi sur la réforme de l'inventaire des activités fédérales (Federal Activities Inventory Reform Act), les fonctions intrinsèquement gouvernementales sont celles qui « nécessitent soit l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans l'application de l'autorité du gouvernement fédéral, soit la formulation de jugements de valeur dans la prise de décisions pour le compte du gouvernement fédéral ».[249] Si une fonction est intrinsèquement gouvernementale, elle ne peut être exercée que par le personnel de l'agence et est interdite aux prestataires.[250] Le Congrès a déjà désigné certaines tâches rédactionnelles des agences comme étant intrinsèquement gouvernementales : la rédaction des plans stratégiques des agences, des plans de performance et des rapports de performance

---

247. Cela pourrait constituer une objection en soi, car les préoccupations relatives au rôle des lobbyistes dans la rédaction des textes législatifs ne sont pas prises en compte dans un cadre qui met l'accent sur l'existence d'un devoir de raisonnement.

248. Engstrom, *supra* note 26, p. 1437, 1444, 1462–66.

249. Loi de 1998 sur la réforme de l'inventaire des activités fédérales (Federal Activities Inventory Reform Act), Pub. L. n° 105-270, § 5(2)(B), 112 Stat. 2382, 2385 (codifiée à l'article 31 U.S.C. § 501, note).

250. *Voir* Dooling & Potter, note 18 *ci-dessus*, p. 715.

ainsi que les mises à jour sur les performances et l'« élaboration » des objectifs prioritaires des agences.[251] Ces textes législatifs démontrent que, du moins pour certains types de documents, le Congrès souhaite que les agences rédigent elles-mêmes ces textes ; il ne suffit pas de valider ou de réviser les documents produits par des prestataires.

Par ailleurs, le Bureau de la gestion et du budget des États-Unis a exercé son pouvoir discrétionnaire pour désigner un large éventail de fonctions de rédaction législative comme étant intrinsèquement gouvernementales. En vertu de cette politique, la rédaction « de propositions officielles d'agences en matière législative, de témoignages devant le Congrès, de réponses à la correspondance du Congrès ou de réponses aux rapports d'audit d'un inspecteur général, du Government Accountability Office ou de toute autre entité fédérale d'audit » est une activité intrinsèquement gouvernementale et donc réservée aux fonctionnaires fédéraux.[252] Ces exemples démontrent qu'il est possible de tracer des limites en matière de rédaction et que tant le Congrès que le pouvoir exécutif l'ont déjà fait.[253]

Cela est d'autant plus vrai que la politique en matière de marchés publics tente de tracer la ligne au moment de la décision réglementaire : « [l]a détermination du contenu et de l'application des politiques et des règlements » relève de la compétence intrinsèquement gouvernementale, mais pas le travail préparatoire menant à cette détermination.[254] Or, comme l'explique le présent article, il est illusoire de penser qu'il existe un point de décision unique pour l'élaboration des règlements et d'autres documents complexes des agences. Au contraire, le processus d'élaboration de ces documents est fluide, et les décisions qu'ils contiennent sont contestables jusqu'à leur publication au *Federal Register*.

Une nouvelle classification en matière de marchés publics — « étroitement liée à des fonctions intrinsèquement gouvernementales » — tente d'assouplir quelque peu le critère de la ligne de démarcation claire, tout en permettant aux agences de faire appel à des prestataires pour ces tâches, mais uniquement sous réserve de contrôles de gestion spécifiques.[255] Il s'agit là d'une erreur qui cède trop de terrain. En matière de réglementation, cette catégorie inclut « [l]'appui à l'élaboration des politiques, tel que la rédaction de documents stratégiques et de règlements, la réalisation d'analyses, d'études de faisabilité et d'options stratégiques »[(256).] Dans le cadre d'une telle politique, si un prestataire rédige une note contenant des conseils sur une série de choix réglementaires, et que la

---

251. loi de 1993 sur la performance et les résultats du gouvernement (Government Performance and Results Act), Pub. L. n° 103-62, §§ 4, 7, 107 Stat.
285, 286–89, 292–94 ; loi de 2010 sur la modernisation de la GPRA, Pub. L. n° 111-352, § 5, 124 Stat. 3866, 3873–75.

252. Exercice des fonctions intrinsèquement gouvernementales et essentielles, 76 Fed. Reg. 56227, 56238, 56241 (12 septembre 2011) ; *voir également* FAR 7.503(c)(20) (2025) (énumérant certaines responsabilités spécifiques en matière de rédaction comme étant intrinsèquement gouvernementales).

253. Potter et moi-même soutenons que la rédaction réglementaire devrait également être traitée de cette manière. Dooling & Potter, *supra* note 6, p. 1738.

254. Exercice de fonctions intrinsèquement gouvernementales et essentielles, 76 Fed. Reg., p. 56234, 56238.

255. *Id.*

256. *Id.*, p. 56234.

Si l'agence est convaincue, le droit et la politique des marchés publics suggèrent qu'elle peut utiliser les termes de la note de service pour justifier son choix. Mais ce résultat est en contradiction avec l'obligation de motiver. Il serait inutile de demander à l'organisme de réécrire la justification avec ses propres mots, mais le fait est que l'externalisation du processus de raisonnement n'était, dès le départ, pas compatible avec cette obligation de motiver. Cela revenait à externaliser le travail de réflexion que l'organisme était tenu d'effectuer lui-même, et des contrôles de gestion spécifiques *a posteriori* ne sont guère susceptibles de surmonter l'inertie d'un projet bien rédigé.[257]

De nombreux facteurs poussent les agences gouvernementales à faire appel à des prestataires pour les aider à gérer leur charge de travail. Dans de nombreux cas, ces dispositifs peuvent s'avérer efficaces et productifs. Mais redéfinir les limites des fonctions qui doivent être traitées en interne renforce fondamentalement l'État administratif, au lieu de le remettre en cause. Lorsque le droit et la politique des marchés publics affaiblissent cette limite, cela engage l'agence sur une voie qui la conduit à manquer à son devoir de motivation, ce qui est une erreur.

C. Pourquoi ne pas simplement exiger la transparence ?

Une autre objection pourrait être que, plutôt que de tenter d'influencer les choix des décideurs quant à la manière de déléguer les tâches de rédaction, nous pourrions simplement exiger des décideurs qu'ils fassent preuve de transparence quant à l'identité de la personne ayant rédigé les différents documents.

Les régimes de transparence s'accompagnent de compromis. Un juge pourrait peut-être révéler qu'il a bénéficié de l'aide de son greffier pour la rédaction, à l'instar de certains professeurs qui mentionnent leurs assistants de recherche. Certains juges le font déjà [258]. Mais que révèle ce type de mention au lecteur ? Elle ne permet pas au lecteur de savoir quelles idées proviennent de qui. Comme évoqué plus haut, les processus de rédaction critiques sont si dynamiques que l'attribution des idées à des individus au sein d'une équipe de rédaction peut s'avérer non seulement chronophage, mais impossible.

Lorsqu'on réfléchit à la divulgation de l'utilisation de l'IA générative ou d'autres outils technologiques, de nombreuses questions se posent quant à la portée de cette divulgation. L'aide à la rédaction facilitée par la technologie pourrait prendre la forme d'outils de vérification orthographique ou grammaticale, d'outils d'édition ou d'outils de rédaction primaires. Chacun de ces outils pourrait entraîner des modifications significatives dans le texte du projet, mais les divulguer tous ou en partie générerait beaucoup de bruit.[259] Même s'il était possible de déterminer quels mots avaient été proposés par l'IA générative dans un projet de règlement, car

257. Parfois, l'erreur résidait dans le fait d'avoir délégué une compétence au départ. *Voir* CORDELLI, *supra* note 83, p. 133-134 (distinguant la non-délégabilité *ex ante* de la réglementation *ex post*).

258. *Voir* Lerman, *supra* note 179, p. 469, n° 10.

259. Gunder souligne l'ambiguïté de la définition de l'« IA générative » lorsqu'il s'agit d'appliquer des obligations de divulgation imposées par les tribunaux ou des interdictions pures et simples d'utiliser l'IA générative dans les mémoires. Jessica R. Gunder, *« Rule 11 Is No Match for Generative AI* », 27 STAN. TECH. L. REV. 308, 357, 357 n. 264 (2024).

Par exemple, cela ne répond pas à la véritable question : qu'y a-t-il derrière cette IA générative et comment a-t-elle produit ces mots ? Le problème de la « boîte noire »[260]fait obstacle, et il faut ensuite déterminer comment ces mots ont été examinés, modifiés et approuvés par les différents évaluateurs des agences. Ce n'est pas le genre de sujet qui se résume à une simple note de bas de page.

Une transparence qui se contente de reconnaître l'aide apportée par d'autres personnes ou par des outils technologiques ne nous permet pas de comprendre la véritable question concernant l'étendue de l'influence sur les choix politiques. Ainsi, si les préoccupations en matière de réputation pourraient freiner le recours à une aide à la rédaction si celle-ci devait être divulguée de manière détaillée, ces détails pourraient tout simplement ne pas exister, et les divulgations risqueraient alors de se transformer en formules toutes faites inutiles qui n'apportent que peu, voire aucune éclaircie sur la manière dont les décisions ont été prises. En bref, il n'est tout simplement pas vrai que les agences disposent d'un fichier « PureAgencyIdeas.doc » et d'un fichier « OutsideInfluence.doc » pour chaque projet de règlement pouvant être divulgué et comparé. Et même si c'était le cas, ces documents n'apporteraient pas d'informations significatives en raison de la complexité du processus de rédaction qui les sous-tend.

D. N'est-ce pas simplement un réflexe antimoderne ?

Les avancées technologiques supplantent souvent les anciennes méthodes. Le boulier nous a permis d'aller au-delà de nos doigts, la calculatrice nous a permis d'aller au-delà du boulier, et aujourd'hui, nos téléphones et nos montres comptent à notre place. Cet article pourrait être considéré comme antimoderne, car il invite les décideurs gouvernementaux à résister à l'appel de l'efficacité et de la technologie. Si un prestataire du gouvernement est capable de produire un préambule de règlement final acceptable pour un coût dérisoire, pourquoi ne pas le laisser faire ? Si l'IA générative peut fournir un mémorandum d'avis acceptable, pourquoi ne pas y recourir ?

Cela dépend probablement de ce que nous entendons par « acceptable » ou — mieux encore — « légitime ». Dans une étude portant sur le recours à des prestataires dans l'élaboration des règlements, Potter et moi-même examinons comment les différences institutionnelles entre les prestataires et les agences peuvent influencer le résultat de leur travail.[261] Pour ne citer qu'un exemple, la recherche du profit par les prestataires et la nécessité de développer leur activité peuvent fausser leurs résultats d'une manière qui devrait nous inciter à la prudence avant de leur déléguer le raisonnement gouvernemental. Bien qu'il existe des moyens d'intégrer les prestataires — qui peuvent apporter leur expertise et une main-d'œuvre supplémentaire — dans le processus d'élaboration des règlements, c'est une erreur de catégorie que de considérer les prestataires comme équivalents au personnel des agences.

---

260. *Voir, par exemple*, FRANK PASQUALE, THE BLACK BOX SOCIETY 3 (2015) ; Hannah Bloch-Wehba, *« Access to Algorithms »*, 88 FORDHAM L. REV. 1265, 1269 (2020). Cuéllar a également évoqué les difficultés à amener un algorithme à expliquer son « raisonnement ». Cuéllar, *supra* note 134, p. 156-157.

261. *Voir, par exemple*, Dooling & Potter, *supra* note 6, p. 1710.

En ce qui concerne l'IA générative, nous ne serons peut-être pas en mesure de produire une technologie analytique capable de reproduire le raisonnement humain. Mais il n'est pas nécessaire de nier la possibilité que cela se produise un jour pour reconnaître que nous n'en sommes pas encore là, et nous devrions nous préparer à cette éventualité.[262] Une partie de cette préparation devrait consister à choisir si nous souhaitons confier les tâches de raisonnement aux machines. Si nous ne reconnaissons pas le lien entre l'écriture et le raisonnement, nous risquons de déléguer le raisonnement sans y réfléchir. Nous devrions prendre ces décisions en toute transparence, en nous appuyant sur des tests et en ayant une vision claire des risques.

Bien qu'il existe sans doute d'autres critiques à l'égard des idées proposées dans cet article, ces réponses anticipent, espérons-le, les principales d'entre elles. Une analyse fondée sur le devoir de raisonner pallie les insuffisances des critiques existantes à l'égard de la rédaction fantôme décrites dans la partie III, et elle offre un moyen nouveau et plus viable de sensibiliser à l'utilisation des rédacteurs fantômes au sein du gouvernement et d'y imposer des limites.

V. CONCLUSION

La rédaction fantôme au sein du gouvernement est omniprésente et, bien qu'elle ouvre la voie à un potentiel de productivité considérable, elle risque également de déléguer de manière involontaire et inappropriée la tâche de raisonnement. Ce risque découle du lien profond qui existe entre l'écriture et le raisonnement. Les critiques existantes de la rédaction fantôme, telles que les préoccupations relatives à la tromperie, aux droits de propriété et au manque d'authenticité, ne tiennent pas compte de ce que nous perdons lorsque les acteurs gouvernementaux externalisent leur écriture critique, et donc également leur raisonnement. La critique relative à l'influence indue soulève des préoccupations pertinentes, mais n'est pas applicable. En mettant l'accent sur le devoir de raisonnement qui incombe au gouvernement, le présent article intervient au niveau de la délégation, afin d'encourager une réflexion prudente et humble sur la relation entre l'écriture critique et le raisonnement. Lorsqu'un décideur a le devoir de raisonner et bénéficie de l'aide d'autrui pour la rédaction, cette aide ne doit pas faciliter le fait de se soustraire à cette responsabilité. À l'ère des grands modèles linguistiques et de l'IA générative, une solide compréhension du rôle de la rédaction critique peut nous aider à discerner quand le potentiel éblouissant de ces technologies compromet des valeurs fondamentales. Une étude plus approfondie des compromis liés à la délégation de la rédaction révèle des vérités dérangeantes sur notre statu quo et sur la mesure dans laquelle nous avons déjà confié le gouvernement à des nègres. La voie à suivre consiste à placer les devoirs au centre, afin de réorienter notre approche de l'aide à la rédaction et de maintenir la prise de décision gouvernementale là où elle doit être.

262. *Voir* Volokh, *supra* note 27, p. 1137.