



HAL
open science

Faudra-t-il encore des juges ?

Vincent Vigneau

► **To cite this version:**

Vincent Vigneau. Faudra-t-il encore des juges?. Annales Médico-Psychologiques, Revue Psychiatrique, 2022, 180 (1), pp.51-56. 10.1016/j.amp.2021.11.012 . hal-03554186

HAL Id: hal-03554186

<https://hal.science/hal-03554186>

Submitted on 11 Mar 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Faudra-t-il encore des juges?

Vincent Vigneau
Conseiller à la Cour de cassation
Professeur associé à l'université de Versailles-Saint Quentin-en-Yvelines
Membre du laboratoire de droit des affaires et nouvelles technologies (DANTE)

Résumé: Depuis quelques temps émerge l'idée que le développement de l'intelligence artificielle et l'ouverture prochaine des données judiciaires permettra, à partir de l'analyse des décisions passées, d'anticiper la décision judiciaire à venir. Les promoteurs de ce qu'on appelle ainsi la *justice prédictive* soutiennent qu'en améliorant la prévisibilité de la jurisprudence, celle-ci permettra non seulement de sécuriser l'action en justice, mais aussi de favoriser le recours aux modes alternatifs de règlement des différends. Si l'arrivée prochaine de ces outils est inéluctable, elle n'est cependant ni sans danger ni sans limites.
JUSTICE PREDICTIVE-INTELLIGENCE ARTIFICIELLE-OPEN DATA

Abstract : For some time now, the idea has emerged that the development of artificial intelligence and the forthcoming opening of judicial data will make it possible, based on the analysis of past decisions, to anticipate the upcoming judicial decision. The promoters of what is called predictive justice argue that by improving the predictability of case law, it will not only secure legal action, but also promote the use of alternative dispute resolution methods. While the imminent arrival of these tools is inevitable, it is neither without danger nor without limits.
PREDICTIVE JUSTICE-ARTIFICIAL INTELLIGENCE-OPEN DATA

Bibliographie : Barraud, *Avocats et magistrats à l'ère des algorithmes : modernisation ou gadgétisation de la justice ?*, Revue pratique de la prospective et de l'innovation n° 2, Octobre 2017, dossier 11 (note 9), Cassuto, *La justice à l'épreuve de sa prédictibilité*, AJ pénal 2017. 334, Dondero, Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? D. 2017. 532 (note 2), Garapon, Les enjeux de la justice prédictive, JCP ed. G n° 1-2, 9 Janvier 2017, doct. 31 (note 1,4 et 8), Ferrié, *Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable*, Procédures n° 4, Avril 2018, étude 4 (note 14) Lamon, La profession d'avocat et la justice prédictive : un bel outil pour le développement du droit, D. 2017. 808 (note 2), Pillet, *Du Code civil au code informatique : le droit va-t-il cesser d'être raisonnable pour devenir calculable ?* Revue pratique de la prospective et de l'innovation n° 2, Octobre 2017, dossier 10 (note 5) Meneceur, Quel avenir pour la « justice prédictive » ?, JCP ed. G 2018, étude 190 (note 15 et 21), Rouvière, La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal, RTD civ. 2017. 527 (note 5).

Depuis quelques années émerge l'idée que le développement de l'intelligence artificielle et l'ouverture des données judiciaires, ce qu'on a appelé *l'open data*, permettra, grâce à de puissants algorithmes associés à d'importantes bases de données, d'anticiper la décision judiciaire. En effet, la loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique a affirmé le principe de l'ouverture des données publiques relatives aux décisions de justice administrative et judiciaire. Ainsi, le nouvel article L. 111-13 du code de l'organisation prévoit que « *les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées* ».

Il est soutenu, par exemple, qu'il serait possible, à partir de l'exploitation de diverses données issues de toutes les décisions rendues sur une question, que ce soit des données juridiques (nature de l'action, norme appliquée, solution apportée par le juge) ou factuelles (profil et comportement des parties, contexte du litige)¹ de deviner ce qu'un juge pourrait décider dans un tel cas d'espèce, d'estimer l'espérance de gain ou d'évaluer la durée prévisible d'une procédure². Il serait même possible d'affiner la recherche en profilant les juges pour apprécier les chances de succès devant tel ou tel magistrat. L'intelligence artificielle permettrait aussi, grâce à des logiciels sémantiques, d'analyser non pas des données chiffrées, mais les mots utilisés par les juges pour prédire leurs décisions futures. Ainsi, des chercheurs de l'université Collège of London ont mené une expérience à partir des termes employés dans les arrêts de la Cour européenne des droits

1 A. Garapon, Les enjeux de la justice prédictive, JCP ed. G n° 1-2, 9 Janvier 2017, doct. 31

2 B. Dondero, Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? D. 2017. 532, B. Lamon, La profession d'avocat et la justice prédictive : un bel outil pour le développement du droit, D. 2017. 808

de l'homme. Se fondant sur une base constituée de quelques centaines de décisions, portant sur trois articles de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ils prétendent être parvenus à une prédiction exacte dans 79 % des cas³. Ces outils de *justice prédictive* permettraient, selon leurs promoteurs, en améliorant la prévisibilité des décisions des tribunaux, non seulement de sécuriser l'action en justice, mais aussi de favoriser le recours aux modes alternatifs de règlement des différends. L'idée est que si les parties peuvent deviner ce que va décider le juge, elles n'auront plus besoin de ce dernier pour résoudre leur litige.

L'apparition de ces nouveaux outils nous conduit à nous demander si nous n'assistons pas à un changement de paradigme juridique majeur portant sur l'accès et l'office du juge. Autrement dit, les outils de justice prédictive vont-ils nous conduire vers un nouveau paysage juridictionnel dans lequel les citoyens pourraient obtenir justice sans jugement (I), et dans lequel des jugements pourraient être rendus sans juges (II)?

I Une justice sans jugement

Cette première question peut se décomposer en deux branches :

- faut-il encore des juges dès lors que le recours à une solution négociée entre les parties est toujours préférable à une solution imposée par un tiers ?
- faut-il encore des juges dès lors qu'il n'est pas nécessaire d'en passer par eux pour trouver la solution qui mettrait fin au différend ?

Partant d'une question identique, *faut-il encore des juges ?*, ces deux branches reposent sur des constatations contraires. La première repose sur l'idée que le recours à la voie judiciaire présente tellement d'inconvénients car trop longue, trop coûteuse et trop imprévisible, qu'il est toujours préférable de recourir à la voie amiable. La seconde sur l'idée que la décision judiciaire est tellement prévisible qu'il n'est pas nécessaire de perdre son temps et son argent à engager une action en justice puisque l'on sait d'avance ce que le juge va décider.

Pendant longtemps, seule la première branche était envisagée. Depuis environ vingt ans, diverses réformes se succèdent destinées à favoriser les modes alternatifs de règlement des conflits.

Le projet de développement de la justice prédictive correspond à ce contexte marqué par la volonté de recentrer le juge sur son office. Mais les promoteurs de la justice prédictive nous offrent une autre perspective. Ils nous promettent qu'il sera aussi très certainement possible, à partir de l'exploitation de toutes les décisions rendues sur une question, de deviner ce qu'un juge pourrait décider dans un cas d'espèce. En offrant la possibilité d'approcher au plus près de la réalité judiciaire, les legaltech proposent «*de rendre transparent un niveau de réalité qui était jusqu'à présent inaccessible*»⁴. Dès lors, les parties n'auront plus besoin du juge pour résoudre leur différend. Elles trouveraient ainsi plus d'avantages à s'entendre plutôt que de saisir la juridiction, ce qui représenterait un gain de temps et d'argent pour elles et pour les finances publiques.

Jusqu'à présent, il était possible d'anticiper l'application par le juge de la règle de droit par des systèmes électroniques dit experts lorsque cette application était le produit d'un pur

3 N. Aletras, D. Tsarapatsanis, D. Preotiuc-Pietro et V. Lampos, Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights : a Natural Language Processing perspective, 24 oct. 2016, étude accessible sur <https://peerj.com/articles/cs-93>.

4 A. Garapon op. cit.

sylogisme logique. Par exemple: Selon l'article 19-3 du code civil, est français l'enfant né en France lorsque l'un de ses parents au moins y est lui-même né. Untel est né à Paris et sa mère à Lille. Donc Untel est français. Mais dans de nombreux domaines, la décision du juge ne résulte pas d'une application aussi mécanique de la règle de droit. Elle dépend d'infinies circonstances de fait que le législateur n'a pu anticiper et qui constituent autant de facteurs d'imprévisibilité. C'est le cas, par exemple, dans le contentieux prud'homal, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, en matière de divorce ou dans le contentieux de la responsabilité. Dans ces domaines, en dépit d'une règle de droit apparemment précise, le juge dispose d'une large marge de manœuvre, non seulement pour apprécier le caractère abusif du licenciement, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respective des époux ou le caractère fautif d'un comportement, mais aussi pour fixer le montant de l'indemnité de licenciement, de la prestation compensatoire ou des dommages-intérêts. Or, il n'existe pas d'instance chargée d'harmoniser les jurisprudences en matière d'appréciation chiffrée car la Cour de cassation considère que celle-ci relève du pouvoir souverain des juges du fond. Aussi pourrait-on être tenté de poser la question suivante: pourrait-on modéliser la décision du juge et anticiper sa décision lorsque celle-ci est fondée sur l'appréciation d'une qualité qui dépend non pas de la nature intrinsèque des choses, mais d'une quantité de choses?⁵

Tout dépend, lorsqu'il s'agit, par exemple, d'apprécier le montant d'une indemnité réparatrice, de la nature, de l'intensité, de la durée du dommage, toutes choses qu'il n'est pas possible de quantifier par avance. Or, la séparation radicale des concepts de qualité et de quantité ne permet pas de penser positivement le passage de l'un dans l'autre. C'est pourquoi, lorsque la définition d'une notion juridique ne peut être entièrement contenue dans la lettre d'un texte, il faut suivre Hegel lorsqu'il nous propose de substituer à l'opposition entre qualité et quantité le concept de *mesure*, unité à la fois de la quantité et de la qualité, laquelle ne peut être déterminée que par le passage par le juge.

Mais si le juge est apte à faire preuve de mesure, au cas par cas, il est très mal à l'aise lorsqu'il lui est demandé d'appliquer ce concept de façon générale et abstraite. Contrairement au législateur qui puise sa légitimité directement de l'élection, le juge tire la sienne de la loi, de la rigueur de son raisonnement et de son impartialité, de sorte qu'il ne peut revendiquer le pouvoir de fixer arbitrairement des seuils sans encourir le risque de se voir reprocher de juger en fonction de sa propre subjectivité et de s'arroger un pouvoir dépourvu de toute légitimité démocratique.

Une cour administrative d'appel⁶ a récemment décidé qu'un homme peut être regardé comme étant « en âge de procréer », au sens de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, et pouvait donc bénéficier d'une procréation médicalement assistée, jusqu'à un âge « d'environ 59 ans ». Mais pourquoi fixer de façon générale ce seuil à « environ » un certain âge ? En réalité, faute de critères quantitatifs légaux, il n'est pas possible pour le juge de dire avec certitude à partir de quel âge précis un homme n'est plus raisonnablement en mesure d'être jeune père. Mais alors, pourquoi « environ 59 ans » et non pas « environ 58 » ou « environ 60 » ? En réalité, la cour administrative s'est fondée sur différents avis scientifiques, notamment sur celui de la commission nationale de médecine et biologie de la reproduction qui a préconisé en juillet 2004, pour des raisons associant l'efficacité des techniques d'assistance médicale à la procréation et l'intérêt de l'enfant, de ne pas accéder à une telle demande lorsque l'âge de l'homme est supérieur à 59 ans révolus, pour en déduire qu'un homme peut être regardé comme étant « en âge de

5 Frédéric Rouvière, La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal, RTD civ. 2017. 527, G. Pillet, *Du Code civil au code informatique : le droit va-t-il cesser d'être raisonnable pour devenir calculable ?* Revue pratique de la prospective et de l'innovation n° 2, Octobre 2017, dossier 10

6 CAA Versailles, 5 mars 2018, n° 17VE00824 et 17VE00826

procréer », au sens de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, jusqu'à un âge d'environ 59 ans, au-delà duquel les capacités procréatives de l'homme sont généralement altérées.

Cet arrêt a l'apparence du bon sens car on associe spontanément science et vérité. Faut-il pour autant en déduire que la science délivrée par l'expert parvient à faire droit? On sait que si les sciences exactes parviennent à des certitudes, il ne s'agit bien souvent que des certitudes provisoires⁷. S'agissant des sciences humaines, ce ne sont en fait ni des vérités, ni des certitudes inattaquables, mais des hypothèses, toujours discutables et discutées. Autrement dit, en conférant une valeur normative à l'avis d'un comité d'experts pourtant dépourvu de toute légitimité normative, la cour administrative d'appel s'expose au risque de voir un autre collège d'experts la démentir et la pertinence de sa décision remise en cause à l'infini. Cet exemple exprime bien toute la difficulté de concevoir des modèles permettant d'expliquer en termes généraux et abstraits une catégorie juridique qui ne repose pas sur une qualité mais sur une quantité.

Mais s'il n'est pas possible, dans ce type d'hypothèse, de déduire d'une règle générale et abstraite son application concrète, il est envisageable de calculer, à partir d'une analyse statistique de l'ensemble des décisions judiciaires et en croisant des données multiples, la solution moyenne retenue par les juges, des tendances jurisprudentielles ou la solution la plus souvent retenue par ceux-ci, et ainsi donner la possibilité aux justiciables d'apprécier leurs chances de succès en cas de recours judiciaire. Or, jusqu'à présent, si la jurisprudence de la Cour de cassation est relativement bien connue et peut être présentée de façon organisée et méthodique, tel n'est pas le cas de la jurisprudence des juges du fond, ceux qui sont chargés de l'application concrète de la loi à une situation de fait et donc de traduire en termes chiffrés des règles de droit. C'est un fait que le développement des logiciels de justice prédictive vont permettre de connaître une part jusque là inconnue de la jurisprudence concrète des cours d'appel et des tribunaux. Ainsi, « *le numérique permet de chiffrer la réalité, c'est-à-dire de la coder de telle manière que des réalités hétérogènes peuvent être lues et décryptées ensemble* »⁸. C'est en ce sens que l'on peut imaginer l'utilisation de ce qui pourrait être fait de la « justice prédictive », non pas pour substituer au juge une machine à syllogisme⁹, mais pour offrir aux justiciables les moyens d'anticiper statistiquement une solution et de s'appuyer sur cette anticipation pour trouver un accord avec son adversaire, pour ne pas ensuite avoir besoin de saisir un juge, pour apprécier l'opportunité d'engager un recours en justice et, en cas de litige, pour convaincre le juge d'adopter la solution la plus conforme à la sécurité juridique car la plus prévisible. En ce sens, l'utilisation des algorithmes pourrait favoriser le développement des modes de règlement amiable des litiges, notamment dans les dossiers les plus simples, ce qui permettra de libérer les juges pour d'autres tâches.

L'utilisation des algorithmes pourra ainsi favoriser une approche économique du droit, intégrant des calculs actuariels dans l'appréciation de l'opportunité d'engager une action en justice par des plaideurs institutionnels. Ceux du secteur des assurances ou de la banque ont depuis longtemps développé une connaissance statistique privée du travail des juges, leur permettant de construire leurs stratégies de gestion des litiges¹⁰.

7 G.Génique, Décision de justice et expertise, in *Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, sous la dir. E. Rude-Antoine, Paris, Puf, 2007, p 318

8 A. Garapon, Les enjeux de la justice prédictive, *Revue pratique de la prospective et de l'innovation* n° 1, oct. 2016, Dossier 4. du même auteur, *Les enjeux de la justice prédictive*, JCP ed. G n° 1-2, 9 Janvier 2017, doct. 31

9 B. Barraud, *Avocats et magistrats à l'ère des algorithmes : modernisation ou gadgétisation de la justice ?*, *Revue pratique de la prospective et de l'innovation* n° 2, Octobre 2017, dossier 11

10 Rapport de l'institut Montaigne, *Justice, faites entrer le numérique*, novembre 2017, p 44
<http://www.institutmontaigne.org/ressources/pdfs/publications/justice-faites-entrer-le-numerique-rapport.pdf>

L'expertise judiciaire ne saurait demeurer en dehors de ce mouvement. Il est impossible d'imaginer que les progrès liés à l'intelligence artificielle, qui permet de manier des données de masse et de produire des analyses tant quantitatives que qualitatives exprimées sous une forme probabiliste, ne transformera pas les méthodes de travail des experts, mêmes s'il paraît difficile de cerner dès à présent la nature exacte et l'ampleur de ces transformations. Mais on peut déjà imaginer, par exemple, que l'expert psychiatre sollicité, dans l'hypothèse prévue à l'article 730-2 du code de procédure pénale, pour donner un avis sur la dangerosité d'une personne condamnée à une peine de réclusion criminelle candidate pour une libération conditionnelle, sera tenté d'utiliser un logiciel évaluant, à partir de données statistiques, le risque de récidive. La justice et la police américaines utilisent déjà des algorithmes destinés, à partir de l'analyse de données massives sur la criminalité, d'une part à identifier des zones à risques où des crimes et des délits sont susceptibles de se produire afin d'y accroître la surveillance, d'autre part d'évaluer les risques de passage à l'acte ou de récidive d'un individu¹¹.

En favorisant la connaissance de la jurisprudence, les algorithmes contribueront donc à améliorer l'accès au droit des citoyens et l'égalité de traitement entre eux. Pour autant, permettront-ils de se passer des juges?

II Des jugements sans juge

L'utilisation d'outils de justice prédictive par le juge lui-même est aussi de nature à modifier profondément son office. Elle est porteuse à la fois d'évolutions positives que de conséquences fâcheuses.

Il est certain, tout d'abord, que les outils d'exploitation électronique des bases de données favoriseront l'harmonisation des jurisprudences dans l'intérêt des justiciables. Une juridiction produit une œuvre collective qui impose une obligation de cohérence à la charge des juges dont on attend qu'ils assurent aux citoyens sécurité juridique, égalité de traitement et respect des droits fondamentaux. S'il n'insère pas son activité propre dans un ensemble juridictionnel, le juge perd la vision globale indispensable à la mise en cohérence de son action et sa capacité à évaluer l'efficacité de ses décisions. Or, on sait que, face à des situations de fait comparables, deux juges peuvent apporter des réponses différentes. C'est certes légal, mais c'est aussi contraire au principe de l'égalité de traitement devant la loi et à celui de la sécurité juridique¹². En permettant aux juges de comparer leur pratique juridictionnelle par rapport à une moyenne statistique, de connaître les tendances jurisprudentielles de leurs collègues, la « justice prédictive » favorisera la mise en cohérence de l'activité juridictionnelle des différentes juridictions du fond et l'harmonisation des jurisprudences, et ainsi contribuer à améliorer la prévisibilité de la justice et la sécurité juridique¹³.

¹¹ Rapport de la mission « Donner un sens à l'intelligence artificielle », présidé par le député et mathématicien Cédric Villani, remis au Premier ministre le 8 mars 2018, p. 150.

¹² La sécurité juridique peut être définie comme la situation dans laquelle la clarté, l'accessibilité et la prévisibilité de la loi sont garanties, lesquelles nécessitent non seulement un droit accessible facilement et stable dans le temps, mais aussi une application de celui-ci par les juges suffisamment prévisible pour que les parties puissent raisonnablement l'anticiper. Fondement de l'Etat de droit, se rattachant au principe général de la prééminence du droit et au principe de la légalité, elle protège les droits acquis et stabilise les relations juridiques. Elle a été consacrée comme principe général du droit par la Cour de justice des communautés européennes dans les arrêts « Meroni » (CJCE 13 juillet 1961 Meroni e.a. / Haute Autorité, 14, 16, 17, 20, 24, 26 et 27-60 et 1-61, Rec. 1961 p. 321) et « Bosch » du 6 avril 1962 (CJCE 6 avril 1962 De Geus en Uitenbogerd / Bosch e.a. , 13/61, Rec. 1962 p. 89) et comme une « exigence fondamentale », un principe « nécessairement inhérent à l'ordre juridique communautaire » par la Cour européenne des droits de l'homme depuis l'arrêt « Marckx » (CEDH 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique, Requête n° 6833/74).

¹³ Même s'il faut admettre que la première expérience menée en ce domaine au sein des juridictions dépendant de la cour d'appel de Rennes ne s'est pas montrée particulièrement convaincante, selon son premier président, Xavier Roussin qui déclarait « l'absence de plus-value de ce logiciel qui n'apporte rien au juge [...] ». La justice dispose déjà d'une base de données extrêmement importante et performante. Ce logiciel qui est sans doute perfectible, ne donne pas de chiffres pertinents », cité par France Inter, 13 oct. 2017

Mais un tel système n'est ni sans danger, ni sans limites.

Ni sans danger, d'abord, car on peut craindre l'effet performatif¹⁴ des systèmes de justice prédictive qui n'ambitionnent pas seulement de décrire une pratique juridictionnelle mais aussi promettent de faire acte juridictionnel.

Il y a un risque que les algorithmes fassent insidieusement peser sur le juge une obligation de se conformer à ce qui a été jugé par ses collègues. Se sentira-t-il toujours aussi libre de juger en fonction de sa seule conscience? Sera-t-il obligé de motiver sa divergence par rapport à la norme résultant des algorithmes? A tout le moins, on peut craindre que le déploiement des algorithmes, en favorisant des phénomènes d'imitation, ne conduise à un certain conformisme de la part des juges pour qui il sera plus difficile de rendre des décisions divergentes, lesquelles seront plus difficilement acceptées. La justice prédictive confortera les jurisprudences majoritaires, au risque d'empêcher toute évolution nécessaire. Il est à craindre un effet auto-réalisateur, dans lequel le système n'est plus un outil destiné à harmoniser les pratiques mais devient *une norme autoréférentielle, issue du nombre, en dehors de toute validation par le système juridique*¹⁵. Si l'on n'en prend pas garde, les algorithmes peuvent favoriser une approche rétrospective, tournée vers le passé, incompatible avec le droit de tout citoyen à une justice évolutive, et un mimétisme incompatible avec l'indépendance d'esprit indispensable aux fonctions judiciaires. Aussi, s'il est nécessaire d'encourager tout ce qui permet de réduire l'aléa judiciaire et favoriser la cohérence, il faut impérativement veiller à ne pas porter atteinte à la liberté de jugement du juge ni stigmatiser celui qui souhaiterait s'écarter de la moyenne.

Nous savons aussi qu'il est possible d'analyser et de trier d'énormes jeux de données disparates pour ensuite repérer des tendances de comportement dont les intéressés n'ont peut-être pas conscience eux-mêmes¹⁶. Pour l'instant, ces systèmes d'intelligence électronique sont vendus à des annonceurs, des cabinets de recrutement et des partis politiques. Mais on peut très bien envisager qu'ils puissent aussi intéresser des cabinets d'avocats soucieux de discerner le profil psychologique des juges auxquels ils auront à faire, pour évaluer leurs chances de succès, l'influence que pourrait avoir sur la décision judiciaire tel ou tel argument, ou pour contester leur impartialité. C'est d'ailleurs ce qui a été réalisé par un la société Supralegem.fr qui, à partir de l'analyse des décisions rendues par différents juges administratifs, a prétendu pouvoir prédire avec une précision comprise entre 90 et 99 %, les chances de succès, suivant la personne du juge chargé du dossier, des recours formés contre des décisions faisant obligation à un étranger de quitter le territoire français, pour en déduire que certains de ces magistrats étaient apparemment partiaux¹⁷.

Mais il faut prendre garde à ne pas confondre causalité et corrélation. Une corrélation est un lien statistique, sans qu'on se demande quelle variable agit sur l'autre. Une causalité est un lien qui affirme qu'une variable agit sur une autre. Si deux événements sont

14 A. Garapon, Les enjeux de la justice prédictive, La semaine juridique, n° 1-2, 9 janv. 2017, p. 31. Thomas Cassuto, *La justice à l'épreuve de sa prédictibilité*, AJ pénal 2017. 334, S.-M. Ferrié, *Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable*, Procédures n° 4, Avril 2018, étude 4

15 Y. Meneceur, Quel avenir pour la « justice prédictive » ?, JCP ed. G 2018, étude 190. Le vice-président du Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé, a aussi fait part de cette crainte dans son intervention lors du colloque organisé le 12 février 2018 à l'occasion du bicentenaire de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation sur la justice prédictive : www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-justice-predictive

16 S. Halpern, The New York Review of Books, 22 décembre 2016, traduction par O. Postel-Vinay parue dans Books, novembre 2017, p 17 et s.

17 M. Benesty, L'impartialité de certains juges mis à mal par l'intelligence artificielle, article publié le 25 mars 2016 sur le site Village de la justice : <https://www.village-justice.com/articles/impartialite-certains-juges-mise,21760.html>

proches dans le temps ou dans l'espace, ils sont corrélés. Mais cela ne signifie pas nécessairement que l'un a causé l'autre. Dans cet exemple, la société Supralegem compare notamment les pratiques des juges des tribunaux administratifs de Marseille, Paris, Nancy et Douai pour en déduire que certains sont plus favorables à l'administration que d'autres. Mais les dossiers arrivant devant chaque juridiction ne sont pas comparables entre eux. Le préfet des Bouches-du-Rhône n'a pas les mêmes pratiques que celui de la Meurthe-et-Moselle ou du Nord. Il n'y a donc aucune raison que le taux d'annulation soit le même à Marseille, Douai, Nancy ou Paris. De la même façon, il a été constaté que les juges qui statuent en comparution immédiate envoient 8,4 fois plus en prison que ceux qui statuent selon la procédure correctionnelle ordinaire¹⁸. Est-ce que c'est parce que cette procédure incite davantage à la sévérité, est-ce que c'est parce que les juges les plus répressifs se destinent plus fréquemment à ce type de procédure où est-ce que c'est, finalement, parce que le parquet oriente en comparution immédiate les auteurs de faits les plus grave ?

Démontrer une théorie avec seulement des statistiques peut être trompeur¹⁹. Pour être crédible, une telle théorie doit reposer sur des données significatives, avoir un pouvoir explicatif, ne serait-ce que pour savoir dans quel sens lire les corrélations, et permettre de déterminer une moyenne et un écart à la moyenne²⁰. Sans pouvoir déterminer les mécanismes de causalité qui peuvent conduire un juge à décider en fonction d'un certain nombre de données factuelles, les risques d'explications faussées s'avèrent élevés sur la base des seuls calculs probabiliste, parasités par la présence de corrélations fallacieuses, non discernables dans des masses importantes de données²¹.

Enfin, il nous faudra aussi nous interroger sur la neutralité de cette intelligence électronique.

En effet, l'ambition des systèmes d'intelligence électronique de produire des analyses exhaustives, objectives et fiables, dénuées de toute subjectivité humaine, peut nous faire croire que le produit de leur travail est dénué de biais. Cette capacité à traiter et organiser une masse d'informations avec laquelle l'intelligence humaine ne peut rivaliser pourrait nous faire croire qu'après des millénaires d'incertitude, l'acte de juger va enfin pouvoir s'appuyer sur la certitude d'un raisonnement scientifique, que la rigueur des mathématiques va remplacer l'arbitraire et la subjectivité des hommes²². Mais en réalité, la « datafication » a un effet trompeur. Elle repose souvent sur des indicateurs indirects quantitatifs résultant de choix plus ou moins arbitraires des concepteurs du logiciel, de sorte que le résultat qui en résulte ne peut être considéré comme neutre ou dénié de biais car il dépend en grande partie des valeurs attribuées aux différentes données collectées²³. Or l'analyse de la jurisprudence nécessite de faire des choix, notamment pour établir des liens d'équivalence entre les termes utilisés par les juges. Ainsi, il faut, par exemple décider d'inscrire dans le code de l'algorithme que les termes d'« ivresse », « alcoolisme » et « intempérance » sont équivalents²⁴. Ce choix d'amalgame ou de distinguer est nécessairement subjectif²⁵.

18 J.-B. Jacquin, *Des associations dénoncent les comparution immédiates*, Le monde, 20 février 2018

19 H. Krivine, *Distinguer causalité et corrélation*, <http://www.cndp.fr/entrepot/themadoc/probabilites/reperes/causalite-et-correlation.html>

20 H. Krivine, op. cit.

21 Y. Meneceur, op. cit.

22 L. Alexandre, O. Babeau, *Confions la justice à l'intelligence artificielle !* : Les Échos, 21 sept. 2016 ; https://www.lesechos.fr/21/09/2016/LesEchos/22281-042-ECH_confions-la-justice-a-l-intelligence-artificielle-.htm#.

23 S. Halpern op. cit.

24 S.-M. Ferrié, *Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable*, Procédures n° 4, Avril 2018, étude 4

25 S.-M. Ferrié op. cit.

Plusieurs juridictions américaines utilisent un algorithme d'évaluation des risques de récidive dénommé COMPAS. Un article paru en mars 2017 dans la Harvard Law Review²⁶ relate la situation d'un jeune homme condamné à une peine de six ans d'emprisonnement pour des faits qu'il niait, sur la base d'une évaluation faite par ce logiciel. Il a contesté cette décision devant la Cour suprême de l'État du Wisconsin en soutenant, d'une part, qu'il avait été condamné sans savoir précisément quelles informations avaient été utilisées par l'outil pour l'évaluer, et de quelle manière, d'autre part, que cette décision méconnaissait son droit à une sentence individualisée et non pas prononcée en fonction de son appartenance à un groupe socio-économique. La cour suprême a rejeté son recours au motif que COMPAS n'était qu'un outil au service des juges. Or, non seulement il s'avère que la méthodologie utilisée par ce logiciel, qui relève du secret des affaires, était inconnue des juges qui l'ont utilisée, mais en outre, une étude réalisée en mai 2016 par le site d'investigation américain ProPublica²⁷ a montré qu'il était particulièrement peu fiable puisque, sur un échantillon de 7 000 personnes, seules 20% des personnes dont COMPAS prévoyait qu'elles allaient commettre des crimes violents l'ont finalement fait dans les deux ans qui ont suivi. Cette enquête a révélé aussi de grandes disparités raciales : les prévenus noirs sont presque deux fois plus « notés » à tort comme de « futurs criminels » que les blancs, lesquels sont plus souvent étiquetés à tort en « risque faible ». Pour illustrer ces biais raciaux, ProPublica raconte encore l'histoire de deux délinquants dont elle retrace les parcours, une jeune femme noire de 18 ans, ayant déjà commis des délits quand elle était mineure, et un homme blanc de 41 ans ayant passé cinq ans en prison pour vol d'armes. Bien qu'arrêtés pour le même motif, un vol d'objets d'une valeur de 80 dollars, ils sont évalués très différemment : la jeune femme noire est considérée comme ayant un risque de 8 sur 10 de commettre un crime à l'avenir ; le risque est de 3 sur 10 pour l'homme blanc. Or, deux ans plus tard, la jeune fille n'avait fait l'objet d'aucune condamnation tandis que l'homme purgeait une peine de prison de huit ans pour un vol avec effraction.

Ni sans limites, enfin. Les promoteurs de la justice prédictive partent du postulat que l'application de la loi à un cas d'espèce peut être modélisée comme si le juge, simple bouche de la loi, n'était, finalement, qu'une machine à syllogisme. Il suffit d'énoncer la majeure, la règle de droit abstraite découlant de la loi, de préciser la mineure, la situation factuelle, pour en déduire mécaniquement, par comparaison avec d'autres situations factuelles jugées équivalentes par l'algorithme, la solution.

Mais peut-on, dans notre système de droit écrit, anticiper l'application de la loi à une situation de fait par un système permettant une comparaison automatique avec tous les cas précédemment jugés ?

Il faut, en réalité, bien percevoir qu'entre l'énoncé de la règle abstraite et son application concrète, il existe une distance qui ne peut être franchie qu'en énonçant une règle secondaire permettant à la norme générale d'épouser la situation de fait. Or c'est le rôle du juge que de dégager le sens concret de la norme abstraite pour la rendre applicable à cette situation. Comme l'écrivait le doyen Cornu, « *le juge est asservi par la loi à la création du droit, laquelle ne prendra corps véritablement que par l'apport du juge*²⁸. Certes, la répétition par une juridiction de solutions identiques à une même situation donnée aboutit

26 *State v. Loomis, Wisconsin Supreme Court Requires Warning Before Use of Algorithmic Risk Assessments in Sentencing*. Harvard Law Review, Mar 10, 2017, <https://harvardlawreview.org/2017/03/state-v-loomis/>

27 *Machine Bias*, by Julia Angwin, Jeff Larson, Surya Mattu and Lauren Kirchner, ProPublica, May 23, 2016 <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>

28 G. Cornu, « *Cours de doctorat 1970-1977. L'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil* », p 167

à forger une jurisprudence, et lorsque cette jurisprudence émane d'une juridiction supérieure, les magistrats des juridictions qui lui sont subordonnées ont tendance à la suivre pour éviter que leurs propres décisions ne soient ensuite infirmées à l'occasion des voies de recours. C'est ainsi que les décisions de la Cour de cassation, laquelle occupe une place unique au sommet de la hiérarchie judiciaire, ont un très fort retentissement et jouent un rôle éminent dans l'uniformité de la règle de droit, au point de devenir presque à leur tour des règles de droit générales et abstraites. La connaissance de cette jurisprudence permet donc d'anticiper les décisions à venir, de sorte qu'une fois la jurisprudence de la Cour de cassation fermement établie, elle a force de loi et peut donc constituer l'énoncé principal du syllogisme logique pouvant servir de base à un algorithme.

Mais trois objections principales surgissent alors:

1°/ En théorie, la jurisprudence, même émanant de la Cour de cassation, ne revêt pas, en France, un caractère obligatoire. En effet, tout juge est libre d'interpréter la loi comme il lui semble bon et il peut très bien, sans commettre la moindre faute, adopter sur un point de droit déterminé une doctrine différente de celle qui a été consacrée par Cour de cassation. Or ce juge est avant tout un homme ou une femme libre qui bénéficie d'une totale indépendance dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelle. Or, par construction, pour fonctionner, la justice prédictive doit pouvoir reposer sur un modèle reproductif parfait, dans lequel les juges, confrontés à des situations identiques, rendent des décisions identiques.

2°/ Comme le rappelle la Cour de cassation²⁹, le principe de sécurité juridique ne consacre pas un droit acquis à une jurisprudence figée et «*l'évolution de la jurisprudence relève de l'office du juge dans l'application du droit*»³⁰. Il est en effet indispensable de permettre au juge de faire évoluer sans entrave l'interprétation de la norme qu'il doit appliquer en fonction des lentes métamorphoses de la société et des valeurs qu'elle protège. C'est ainsi que, par un seul arrêt, la Cour de cassation peut opérer un revirement et remettre en cause une jurisprudence jusque-là suivie par les juridictions du fond. En ce cas, la masse des décisions antérieures perd toute valeur prédictive. C'est en cela que la seule analyse des décisions passées ne permet pas, faute de pouvoir anticiper les évolutions et les ruptures, d'évaluer les chances de succès d'une prétention en justice.

3°/ La mise en œuvre des règles de droit est subordonnée à l'opération de qualification consistant à faire entrer les faits dans une catégorie juridique. Elle est en principe contrôlée par la Cour de cassation. Cependant, certaines qualifications sont si imprégnées de fait qu'elles ne peuvent être contrôlées par elles faute de pouvoir dégager des critères généraux et abstraits qui permettraient ensuite de guider les juges du fond dans leur mission. C'est le cas, par exemple la mauvaise foi. C'est la raison pour laquelle l'application du droit ne peut être suffisamment anticipée pour que l'on puisse véritablement se passer des juges du fond. Or, l'interprétation des données de fait, permettant le passage du quantitatif au qualitatif, procède autant de la logique que de l'imagination diverse des juges qu'un ordinateur ne peut anticiper³¹, en particulier parce que, derrière l'apparente logique du raisonnement exprimé dans les jugements, peut se cacher de multiples considérations et arguments plus ou moins avouables³².

29 1^{re} Civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 07-14.932, Bull. 2009, I, n° 124

30 Cass. 1^{ère} Civ. 21 mars 2000, n° 98-11.982

31 F. Rouvière op. cit.

32 *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, P. Deumier (dir.) : Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013

On le voit, le droit est finalement une matière souple, vivante, qui s'apprécie *in concreto* et *in globo*, et évolue avec les méandres de la société, lesquelles ne peuvent être anticipées par un ordinateur, aussi puissant soit-il. En somme, il ne peut se réduire à une règle écrite qui rentrerait dans un degré élevé de détail suffisamment élevé pour être modélisée, sans perdre de son efficacité. C'est pourquoi le droit appliqué ne peut être déterminée que par le passage d'un juge doté du sens de la mesure et ne peut être entièrement contenu dans la formule d'un algorithme. Comme l'écrivait justement Jean Carbonnier, il nous faut encore des juges qui ne soient pas des « esclaves enchaînés par la logique » à la règle de droit abstraite et impersonnelle, « des machines à syllogisme », mais « des hommes et des femmes (...) jugeant autant avec leur connaissance des règles et de la logique, qu'avec leur intuition et leur sensibilité »³³.

33 J. Carbonnier, Droit Civil, t. I, 1986, p 23.