

FAITES ENTRER LES ALGORITHMES! REGARDS CRITIQUES SUR LA “ JUSTICE PRÉDICTIVE ”

Stéphanie Lacour, Daniela Piana

► **To cite this version:**

Stéphanie Lacour, Daniela Piana. FAITES ENTRER LES ALGORITHMES! REGARDS CRITIQUES SUR LA “ JUSTICE PRÉDICTIVE ”. Cités: Philosophie, politique, Histoire, Presses Universitaires de France- PUF, 2019. hal-03045897

HAL Id: hal-03045897

<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03045897>

Submitted on 18 Dec 2020

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.

Faites entrer les algorithmes !

Regards critiques sur les scénarii de la « justice prédictive »

Stéphanie Lacour et Daniela Piana

Longtemps épargnée, au cœur de son activité, par la montée en puissance des technologies de l'information et de la communication¹, la justice a été progressivement rattrapée par les promesses du numérique et des *big data*. L'emphase portée aujourd'hui sur les potentialités d'outils technologiques combinant de nouvelles capacités computationnelles venant des *data sciences*, d'une part, et la disponibilité de données venant domaine juridico-judiciaire, d'autre part, est à cet égard une nouveauté. L'intérêt même que de nombreux acteurs de la justice expriment pour les algorithmes justifie un exercice critique d'analyse des décalages entre les discours fabriqués à leur sujet et les dimensions réelles des possibilités qu'ils ouvrent. Les promoteurs de cette justice augmentée n'hésitent pas, en effet, à déployer des discours spectaculaires sur l'émancipation des professionnels du droit et vont jusqu'à prédire à terme, une évolution de la justice *via* un remplacement des formes de rationalité intrinsèques du procès par des procédés computationnels. Leurs discours suscitent autant d'espoirs que d'inquiétudes chez les justiciables et les professionnels du droit.

Ces sentiments mitigés trouvent tout particulièrement à s'exprimer dans le champ étroit des outils algorithmiques d'aide à la décision, que l'on regroupe généralement sous la dénomination de justice prédictive. En France, plusieurs entreprises se sont positionnées sur ce créneau, dont les sociétés *Prédiclice*, *Juri Predis*, *LexisNexis* (avec l'application *Jurisdata Analytics*), *Predilex* ou encore *Case Law Analytics*². Leur apparition date du milieu des années 2010 et leur déploiement, tout comme leur médiatisation, sont en grande partie liés, sur notre territoire, à l'adoption en 2016 de la Loi pour une République numérique³. Certaines dispositions de ce texte, en effet, esquissent un accès totalement ouvert aux décisions de justice. Or cette ouverture est perçue comme la première étape d'une réforme de la justice intégrant pleinement les potentialités algorithmiques et permettant le déploiement à grande échelle des solutions de justice prédictive (I). Si l'on ne peut que constater la pertinence des critiques sur lesquelles cette volonté de réforme s'appuie, il demeure toutefois souhaitable de soumettre les mesures envisagées pour répondre à ces critiques – en l'occurrence la justice prédictive – à l'analyse, ce que nous tenterons de faire dans une seconde partie (II).

¹ Même s'il faut souligner que le déploiement de l'informatique dans les tribunaux est tout à la fois un objectif de longue date et une source permanente de déception. En ce sens, W. Ackermann, B. Bastard, *Innovation et gestion dans l'institution judiciaire*, Paris, LGDJ, 1993 ou, plus récemment, S. Gaboriau, « Justice en Europe : état d'urgence démocratique », *Délibérée*, vol. 3, no. 1, 2018, pp. 64-70.

² Il s'agit le plus souvent de startups, même si l'une d'entre elles est un service d'une entreprise d'édition juridique centenaire en France <https://www.lexisnexis.fr/a-propos-de/Le-groupe>

³ Loi n° 2016-1321 du 7 oct. 2016 pour une République numérique, JO 8 oct. 2016.

I- L'accès ouvert aux décisions de justice, prémisse d'une justice algorithmisée

La garde des sceaux Nicole Belloubet le soulignait encore récemment, « *partie intégrante de l'accès au droit et à la justice, la mise à disposition numérique des décisions de justice [...] constituera très certainement un domaine privilégié de déploiement de l'intelligence artificielle* »⁴. Les articles 20 et 21 de la loi pour une République numérique actent, de fait, le principe de la mise à disposition du public à titre gratuit, en *open data*, de l'ensemble des décisions de justice, judiciaires et administratives. Ces dispositions découlent d'amendements déposés par le gouvernement au cours de l'examen du projet de loi, qui étaient justifiés par le fait que « *l'ouverture de ce type de données doit en effet permettre l'avènement de nouvelles applications, qui apporteront certainement une meilleure connaissance, une possibilité de comparaison des décisions prises sur des contentieux similaires et, donc, une meilleure prévisibilité du droit applicable, avec une anticipation des risques contentieux, qui sont potentiellement très utiles pour les justiciables, comme pour les entreprises* »⁵. Il n'est pas certain pour autant que l'ampleur des conséquences de cette ouverture ait été réellement perçue.

Dans son rapport de 2017, le professeur Loïc Cadet⁶ souligne ainsi que « *l'open data des décisions de justice représente une augmentation considérable du nombre de décisions diffusées en ligne [... le quel] sera sans commune mesure avec celui des décisions actuellement mises à la disposition du public* »⁷. C'est l'ouverture d'une gigantesque masse de décisions de justice, et donc de données, qui est attendue de la mise en œuvre de cette loi. Plus de quatre millions de décisions ont ainsi été rendues par les juridictions françaises pour la seule année 2017⁸. Or, comme le soulignaient déjà au tournant des années 1980 les spécialistes français de l'informatique juridique, une partie de l'aide qu'il est possible d'attendre des algorithmes dans le domaine de la justice passe, précisément, par l'exploitation de cette masse de décisions. En effet, contrairement à ce que certains auteurs, tenants de l'analyse logique du raisonnement juridique avaient, dans un premier temps, imaginé, il est impossible de reproduire grâce à des algorithmes le raisonnement que mène un juge quand il applique une règle de droit⁹. Une telle impossibilité découle, selon Jean-Louis Billon, du fait que « *la fonction essentielle [ndrl des juges du fond] n'est pas seulement l'interprétation et l'application de la règle de droit mais aussi et surtout la qualification des faits, leur interprétation juridique* », laquelle, contrairement au raisonnement syllogistique, ne peut en aucun cas être modélisée simplement sous la forme

⁴ Governing the Game Changer – Impacts of artificial intelligence development on human rights, democracy and the rule of law, High level Conference», *co-organised by the Finnish Presidency of the Council of Europe Committee of Ministers and the Council of Europe in Helsinki, 26-27 February 2019.*

⁵ Débats du 27 avril 2016, https://www.senat.fr/seances/s201604/s20160427/s20160427_mono.html

⁶ L'open data des décisions de justice - Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice, Rapports publics - La Documentation française, janvier 2018.

⁷ Volume que le même rapport évalue, pour l'année 2016, pour l'ordre judiciaire, à 10 313 décisions rendues par la Cour de cassation ainsi que 3047 décisions de cours d'appel et, pour l'ordre administratif à 2 649 décisions du Conseil d'État et un peu moins de 17 112 arrêts des cours administratives d'appel.

⁸ Selon les chiffres clés de la Justice qui sont publiés chaque année par le ministère de la justice, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_Chiffres%20CI%E9s%202018.pdf

⁹ Si tant est qu'un tel raisonnement soit réellement celui des magistrats, ce que la plupart des théoriciens modernes du droit critiquent, V. en ce sens, P. Brunet, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, vol. 39, no. 1, 2004, pp. 197-217

d'une règle d'implication inférant un résultat d'une proposition donnée du type *modus ponendo ponens*¹⁰.

Les algorithmes relèvent de calculs qui ne sont absolument pas comparables à la dialectique qu'un juge respecte pour parvenir à des décisions et dont la rédaction de ces dernières porte la trace. Ils ne s'inspirent pas plus, on l'imagine bien malgré le fait qu'on les présente souvent comme relevant de l'intelligence artificielle, du contexte historique, sociopolitique ou économique des normes applicables. Pour reprendre la définition qu'en donnent les informaticiens, les algorithmes sont simplement des « *procédés qui permettent de résoudre un problème sans avoir besoin d'inventer une solution à chaque fois* »¹¹. Leur but est de proposer une procédure automatisée de décision qui associe le plus souvent possible la bonne réponse aux données à partir desquelles on les interroge, quelle que soit la décision espérée¹². Dans le domaine qui nous intéresse, leurs concepteurs utilisent donc des bases de données de décisions de justice pour entraîner les algorithmes à associer des réponses à des questions juridiques. Sur la base de cet entraînement, ils sont théoriquement en mesure, par la suite, face à une question donnée, de donner avec un taux de fiabilité satisfaisant la ou les réponses qu'auraient données les décisions sur la base desquelles ils ont été entraînés.

Ce faisant, les traitements algorithmiques opèrent une factualisation du droit¹³, discrétisant les données sur lesquelles sont entraînés leurs calculs en les rendant quantifiables. Or cette opération a pour effet de dissocier les données traitées du sens et des propriétés que leur confèrent leurs contextes. Les données traitées par les algorithmes ne relèvent ni des faits ni du droit, une distinction importante pour les juristes mais inopérante pour eux. Elles ne relèvent ni de l'interprétation individuelle ni du social, voire du politique, autant de catégories qui font sens pour le citoyen mais pas pour la machine. Comme le relèvent Antoine Garapon et Jean Lassègue¹⁴, « *la LegalTech comme l'intelligence artificielle procèdent, dans leur démarche même, d'un double rabattement : du politique sur la nature, et de la nature sur sa dimension calculable* ». Les traitements algorithmiques, dans leur principe même, opèrent en cela une révolution symbolique, en traitant le langage des décisions de justice, imprégné de références culturelles et de significations juridiques, limité par les circonstances et qualifications précises du cas qui était soumis aux juges, comme une suite de nombres. Cette dernière, pour être calculable, est nécessairement a-signifiante, a-symbolique. A l'issue des traitements que lui impose l'algorithme, on lui fait produire des corrélations¹⁵.

¹⁰ J.-L. Billon, « L'aide informatisée à la décision judiciaire », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 42 N°2, Avril-juin 1990. Etudes de droit contemporain. pp. 855-861.

¹¹ S. Abiteboul, G. Dowek, « Le temps des algorithmes », Ed. Le Pommier, 2017

¹² Qui peut aussi bien être celle de reconnaître un chat, par exemple, que celle d'évaluer le montant d'une indemnité de réparation d'un dommage quelconque.

¹³ E. Jeuland, « Justice prédictive : de la factualisation au droit potentiel », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n°2, octobre 2017, p.1.

¹⁴ A. Garapon et J. Lassègue, *Justice digitale*, PUF, 2018, p. 124.

¹⁵ Corrélations qu'il convient de soigneusement distinguer de mécanismes de causalité, lesquels sont centraux, aujourd'hui, dans la façon dont sont adoptées les décisions de justice. F. Rouvière, *La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal*, RTD Civ. 2017, p. 527 et s.

On mesure, au travers de ces quelques remarques, l'ampleur des différences qui existent entre le traitement algorithmique des décisions de justice et la manière dont ces dernières sont, aujourd'hui, prises par des juges humains. C'est précisément sur l'ensemble de ces bases, parce qu'ils traitent mathématiquement et très rapidement une matière a-symbolique et strictement contenue dans l'ensemble des décisions de justice déjà rendues par le passé, que les algorithmes sont présentés par leurs promoteurs comme potentiellement capables de répondre aux grandes critiques qui sont adressées de manière récurrentes à la Justice.¹⁶ Ces critiques – dénonçant complexité, lenteur, opacité et imprévisibilité de la justice - ne sont ni isolées ni récentes. En restant au niveau européen, la création, en 2002, de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice répondait déjà au souci « *d'améliorer l'efficacité et la qualité de la justice dans les Etats membres du Conseil de l'Europe* »¹⁷ et la définition de ses domaines-clé illustre, *a contrario*, l'ampleur des critiques qui sont formulées à l'encontre des services publics de la justice des Etats membres de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

A des degrés divers selon les différents pays d'Europe, la justice est dénoncée comme présentant des défauts que les algorithmes et leurs promoteurs, du fait même des qualités de leurs outils, pourraient contribuer à régler. Il n'est évidemment pas de notre propos d'émettre sur ces solutions un quelconque jugement moral. Pour autant, au regard des enjeux associés à ces questions, ceux d'Etats de droit et de leur justice, laquelle est, comme le rappelait en 2010 l'ancienne garde des sceaux Mme Guigou, « *un service public essentiel au bien vivre ensemble* »¹⁸, il nous paraît indispensable de ne pas prendre ces qualités pour autant d'acquis, ni d'oublier que c'est sur leur combinaison et les équilibres qu'elle implique que repose, en réalité, la légitimité de nos systèmes démocratiques.

II- L'évaluation ex-ante de la justice algorithmique, une précaution nécessaire

Les qualités attendues des solutions algorithmiques dans le domaine de la justice prédictive sont-elles aujourd'hui surévaluées ? La technique, en son état actuel de développement, manque encore de fiabilité et les meilleurs résultats obtenus par les algorithmes de justice prédictive dans un cadre académique frôlent à peine les 80 %¹⁹, ce qui est en effet largement insuffisant au regard des enjeux attachés à la décision de justice. Comme cela a pu être souligné par ailleurs, « *si aucune erreur n'est acceptable, l'erreur judiciaire produite par un algorithme [...] paraît plus insoutenable qu'une erreur humaine* »²⁰. Le développement et la commercialisation de systèmes algorithmiques d'aide à la décision dans le domaine de la justice sont néanmoins une réalité, tout comme l'est la volonté politique de promouvoir ce

¹⁶ V. Ainsj, Nicole Belloubet, le 6 octobre 2017 « *Notre justice est en proie à de grandes difficultés. Elle n'est plus comprise, elle a perdu la confiance des citoyens, par sa lenteur, par sa complexité, par son retard et son inadaptation aux exigences du monde moderne* », <https://www.gouvernement.fr/argumentaire/lancement-des-grands-chantiers-de-la-justice>.

¹⁷ Commission Européenne Pour l'Efficacité de la Justice (CEPEJ), *Systèmes judiciaires européens. Efficacité et qualité de la justice. Les études de la CEPEJ n° 20*. Conseil de l'Europe, 2015, 572 p.

¹⁸ E. Guigou, « La Justice, service public », *Après-demain*, vol. n° 15, nf, no. 3, 2010, pp. 8-11.

¹⁹ N. Aletras, D. Tsarapatsanis, D. Preotiuc-Pietro, et al. « Predicting judicial decisions of the ECHR: a Natural Language Processing perspective », *PeerJ in Computer Science*, 2016.

²⁰ J.-B. Duclercq, *Les algorithmes en procès*, RFDA 2018, p. 131 et s.

secteur et les entreprises innovantes qui le représentent pour répondre aux constats alarmants et renouvelés qui poussent les citoyens à la défiance à l'égard de nos systèmes de justice. Il convient donc de prendre cette hypothèse, et les promesses de la justice algorithmique au sérieux, point par point, pour tenter de se forger une opinion sur les conséquences prévisibles de ces orientations si elles donnent réellement lieu à une mise en application à grande échelle.

Concernant l'opacité de la justice, tout d'abord, quels sont les arguments de la justice algorithmique ? Contrairement à la procédure judiciaire, qui est extrêmement complexe, un algorithme, et donc un calcul, se présente comme étant totalement neutre et transparent. Il est possible d'en expliquer simplement le principe mathématique. En outre, il est évident que personne n'est en mesure, sur la base de ses capacités physiques et intellectuelles seules, d'intégrer les informations que vont délivrer, à terme, les millions de décisions de justice rendues chaque année²¹. Les algorithmes vont donc permettre aux citoyens d'accéder réellement aux informations pertinentes contenues dans ces décisions, ce qui serait impossible sans une aide technologique. En effectuant ce travail, les traitements algorithmiques vont permettre aux citoyens de connaître non seulement la loi, mais aussi ses règles d'interprétation. Or, qu'on les nomme règles d'application, comme le philosophe Hans Georg Gadamer²² ou règles secondaires, comme le théoricien du droit Herbert Hart²³, il faut reconnaître que les règles posées par le droit ne sont réellement prévisibles que si l'on connaît ces règles d'interprétation, lesquelles peuvent être trouvées, pour partie, dans les décisions des juges.

Ces arguments sont séduisants mais peuvent, nous semble-t-il, être discutés. Ainsi, contrairement à l'image que véhicule l'addition des décisions en *open access* et des algorithmes, l'ouverture des données – ici les décisions de justice – n'est pas synonyme de transparence des traitements qui sont opérées sur ces dernières. En pratique, même, selon la CEPEJ²⁴, la transparence des algorithmes relève plus du discours que de la réalité. Comme le souligne l'étude publiée par le Conseil de l'Europe en 2017, « *la solution consistant à demander la divulgation publique d'algorithmes entiers ou de leur code source est utopique dans ce contexte, les entreprises privées considérant leurs algorithmes comme des logiciels propriétaires stratégiques, et les protégeant donc en conséquence* »²⁵. On ne peut d'ailleurs manquer d'être étonné, en lisant le sous-titre de cette étude, par le fatalisme du conseil de l'Europe face à ce positionnement pour le moins critiquable, d'un strict point de vue juridique, des acteurs économiques du secteur.

Même dans l'hypothèse, qui nous paraît souhaitable, où la transparence serait réellement poursuivie, il ne faut pas oublier que l'accès au code source des algorithmes, seul, ne garantirait

²¹ Technologies de l'information, Entretien par Loïc Cadiet, Revue pratique de la prospective et de l'innovation n°1, avril 2018.

²² H. G. Gadamer, Vérité et méthode: les grandes lignes d'une herméneutique philosophique, Paris, Seuil, 1976.

²³ H. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 1^{re} éd. 1961; E. Picavet, « Entre l'obéissance et la conformité : l'apport de la théorie de Hart à la compréhension des phénomènes juridiques », *Kelsen et Hart. La norme et la conduite*. Presses Universitaires de France, 2000, pp. 92-123.

²⁴ Charte éthique européenne de la CEPEJ sur l'utilisation de l'intelligence artificielle (IA) dans les systèmes judiciaires et leur environnement, décembre 2018.

²⁵ Conseil de l'Europe, Etude « Algorithmes et droits humains. Etude sur les dimensions des droits humains dans les techniques de traitement automatisé des données (en particulier les algorithmes) et éventuelles implications réglementaires », (MSI-NET), DGI(2017)12.

aucune connaissance réelle des critères sur lesquels ces derniers aboutissent à une réponse. Il est même probable que ces critères demeurent en partie inconnus pour les concepteurs des algorithmes eux-mêmes, c'est précisément là tout l'intérêt du *machine learning*²⁶. Les différents rapports et travaux académiques qui pointent du doigt la nécessité de mettre en œuvre des politiques de transparence des algorithmes nous semblent donc manquer, sur le plan juridique comme sur le plan technologique, de réalisme. Affirmer que les algorithmes concourent, *de facto*, à la transparence de la justice est un leurre. Sur le plan théorique, enfin, si l'on accepte le principe de la justice algorithmique, il faut comprendre que ce qui sera, en fin de cause, théoriquement mis à disposition des citoyens, ne sera pas le contenu des règles d'interprétation, mais plutôt leur résultat. La différence est sensible.

Pour autant, peut-on reconnaître aux systèmes algorithmiques que, s'ils tiennent, à terme, leurs promesses, ils pourraient effectivement permettre aux citoyens d'obtenir une réponse aux questions concrètes concernant l'issue de leurs litiges. Ce faisant, c'est, théoriquement, la possibilité d'un choix plus éclairé quant aux options dont ils disposent qui leur est ainsi offerte. Par ailleurs, comme on peut le lire dans nombre d'articles, il devrait être possible d'éduquer les professionnels du droit comme les citoyens pour qu'ils sachent « lire » le code, de leur rendre cette langue intelligible. Au-delà des réserves que peut inspirer cette dernière affirmation – tout le monde n'a pas nécessairement envie d'être ré-alphabétisé pour permettre au secteur privé et aux algorithmes d'investir le service public de la justice –, il est toutefois indispensable de comprendre, comme le montrent certains auteurs²⁷, que ce langage est celui d'un tiers, un tiers algébrique, qui a vocation à se substituer, au moins pour partie, aux institutions de justice que nous connaissons aujourd'hui. On peut douter de la réalité des améliorations que ce tiers apporterait en matière de transparence de la justice. Il n'en demeure pas moins que celle-ci n'est pas totalement satisfaisante aujourd'hui, ce qui mène logiquement les pouvoirs publics à envisager d'autres pistes. D'autant que sur la seconde critique adressée au fonctionnement actuel de la justice, les promoteurs des solutions algorithmiques présentent également des arguments convaincants.

Ainsi, selon l'un des fondateurs de l'entreprise *Predictice*, par exemple, les algorithmes qui fonctionnent sur le principe de l'apprentissage automatique et plus spécifiquement du traitement automatique des langues, seraient-ils « *capables de lire et de comprendre le sens*²⁸ à une vitesse de 2 millions de décisions de justice par seconde avec une fiabilité 96% »²⁹. Leur aide pourrait donc accélérer le traitement des litiges et permettre de répondre à une critique récurrente adressée aux systèmes juridiques existants partout en Europe : leur lenteur³⁰. Au-delà même du temps gagné grâce à ces capacités intrinsèques, en délivrant une information sur les risques pris par les justiciables, les algorithmes donneraient également les informations susceptibles de les convaincre de s'orienter, le cas échéant, vers des mesures alternatives de

²⁶ T. Reigeluth, « L'algorithmique a ses comportements que le comportement ne connaît pas », *Multitudes*, 2016/1 (n° 62), p. 112-123.

²⁷ A. Garapon et J. Lassègue, *op.cit.* p. 137

²⁸ Nous soulignons pour illustrer le caractère profondément anthropomorphique de cette affirmation.

²⁹ L. Larret-Chahine, « Le droit isométrique : un nouveau paradigme juridique né de la justice prédictive », *Arch. phil. droit* n° 60, 2018, pp. 287-295.

³⁰ Un Centre pour la gestion du temps judiciaire (SATURN) a ainsi été créé en 2007, sous l'égide de la CEPEJ, <https://rm.coe.int/commission-europeenne-pour-l-efficacite-de-la-justice-cepej-mandat-du-/168077c984>.

règlement des différends³¹ (si leurs chances de gains en justice sont très faibles, par exemple), ce qui permettrait de désengorger les tribunaux et, par conséquent, d'accélérer le traitement des affaires qui seraient soumises à ces derniers.

Là encore, l'argument est très fort. Il n'en demeure pas moins que la décision de justice rendue par des juges humains ne peut en aucun cas être réduite à un simple calcul. En outre, même si on admettait que pour certaines décisions, un tel calcul est possible, il ne le serait, en toute hypothèse, pas sur des contentieux complexes où plusieurs normes ou principes entrent en conflit, où les faits ne sont pas facilement établis, *etc.* Et il faut souligner que si seules les affaires complexes relèvent, demain, de juges humains, le temps gagné risque d'être, en pratique, relativement faible. Les chiffres avancés par la CEPEJ en 2018 semblent ainsi indiquer que si le nombre d'affaires portées devant les juridictions civiles des Etats membres durant la période 2010-2016 a baissé, le nombre moyen d'affaires résolues dans les tribunaux es, lui aussi, plus limité³². Ecarter des tribunaux certaines affaires ne rend donc pas le traitement des autres, *de facto* et à proportion, plus rapide. On peut, à cet égard, redouter, en France, que le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, pendant devant le Conseil Constitutionnel, n'ait acté, dès ses premiers articles³³, des mesures dont les effets en matière de qualité de la justice n'ont peut-être pas été suffisamment évalués.

Il ne faut pas oublier, enfin, que celui qui décide du code dispose de fait également du pouvoir de dire le droit dans le domaine ainsi codé³⁴. Décider que tel type de contentieux ne relève plus nécessairement du juge, mais de la conciliation ou de la médiation, voire d'une MARD qui intègre les algorithmes, par exemple, est une décision qui est profondément normative. Dans ce dernier cas, que se passera-t-il si quelqu'un souhaite contester le résultat de l'application des algorithmes ? Devra-t-il porter l'argumentation de son appel contre celui qui a appliqué les algorithmes, contre leur seul résultat ou bien contre le calcul lui-même ou ceux qui ont décidé de leur contenu ? Qui aura le pouvoir de décider, le dernier mot, et par voie de conséquence, le pouvoir de dire le droit ? Autant de questions qui ne sont, en l'état, pas tranchées, alors même que la justice algorithmique suscite un engouement qui se traduit par des réformes dont les conséquences risquent d'être difficilement réversibles.

Encore une fois, notre propos n'est pas de contester tout intérêt au traitement algorithmique, ni en général ni même dans le champ de l'aide à la décision judiciaire. En l'occurrence, malgré les interrogations, nombreuses, qui demeurent, il est probable que le déploiement de solutions algorithmique, en amont de la saisine d'un juge ou même pour aider ce dernier à trancher, pourrait permettre, à terme, d'accélérer l'adoption d'une décision dans un

³¹ Ci-après MARD

³² Etudes de la CEPEJ, n°26, « Systèmes judiciaires européens. Efficacité et qualité de la justice », Octobre 2018, p. 336.

³³ V. en ce sens, l'article 2, II du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice adopté le 23 janvier 2019 par l'assemblée nationale, qui rend obligatoire, avant tout saisine du TGI et lorsque la demande tend au paiement d'une somme n'excédant pas un certain montant ou est relative à un conflit de voisinage (le montant en question devra être fixé par un décret en Conseil d'Etat, mais il pourrait être fixé à 5000 euros si l'on suit les recommandations du troisième rapport rendu dans le cadre des chantiers de la justice, pour harmoniser les seuils) soit une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, soit une tentative de médiation.

³⁴ L. Lessig, "Code is Law – On Liberty in Cyberspace", janvier 2000, Harvard Magazine <https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law.html>

certain nombre d'affaires. Pour autant, cette décision relèvera-t-elle encore de ce que nous attendons, collectivement, d'une décision de justice et plus largement de l'application du droit dans un Etat de droit ? Comment, notamment, garantir que la décision adoptée avec l'aide d'un traitement algorithmique puisse, à l'image de toutes celles que peuvent rendre des juges, humains et par conséquent présumés faillibles³⁵, être valablement contestée ? Cette dernière question permet de faire le lien avec la troisième critique qui est généralement formulée à l'encore de nos systèmes de justice, à savoir le fait qu'ils sont sources d'insécurité, voire d'arbitraire.

Contrairement à la justice humaine, en effet, la justice algorithmique est présentée comme synonyme de sécurité, car les algorithmes sont entraînés sur une base figée dans le passé, qui serait, une fois analysée et traitée, une matérialisation de la vérité judiciaire sur une question donnée. En outre, en réduisant, pour et par le calcul, la complexité des décisions, l'algorithmique contribuerait, techniquement, à sécuriser le processus judiciaire. Par ailleurs, il faut reconnaître que contrairement à un juge humain l'algorithme n'ajoute rien aux données, il n'a pas faim, ne s'endort pas, n'est pas influencé par des préjugés et ne peut pas faire l'objet de pressions, quelles qu'elles soient. Dans l'analyse des situations qui lui seront soumises, l'algorithme va théoriquement éliminer toute forme de subjectivité. Toutes ces qualités permettent de le présenter comme une garantie contre l'arbitraire que l'on reproche parfois aux juges humains. On retrouve, en filigrane de tous ces arguments, la prétention des algorithmes à une forme de neutralité et de fiabilité qui seraient des caractéristiques propres de la pensée abstraite, scientifique ou technique. Une telle conception des chiffres et des techniques, qui conçoit les statistiques comme autant de vérités mathématiques et la probabilité comme certitude, n'est pas inconnue de la science du droit, comme l'a relevé Valérie Lasserre³⁶. Elle fait pourtant, elle-même, l'objet de contestations sérieuses. Ainsi, selon Lorraine Daston³⁷, « *il n'y a, en soi, aucune raison a priori de croire que l'élimination de tout ce qui est singulier fraierait un chemin vers le « réellement réel* ». Par ailleurs, les qualités d'impartialité et d'impersonnalité des résultats et des procédures chiffrées qui sont mises en œuvre dans le cadre des traitements algorithmiques impliquent une réduction de la complexité dans les situations qui sont soumises au traitement. Cette réduction n'est toutefois pas, ici, le résultat de la décision judiciaire mais au contraire un préalable, une condition *sine qua non* du traitement des données, ce qui représente une différence majeure.

Enfin, même s'ils éliminent théoriquement la subjectivité du traitement qu'ils opèrent, les résultats des traitements algorithmiques vont inévitablement s'inscrire dans des phénomènes de dépendance au sentier puisqu'ils fonctionnent que sur la base de décisions déjà advenues du fait de la justice humaine. C'est même le propre du traitement opéré sur une base de données que de fixer le temps dans le passé, donc d'exalter cette dépendance. De nombreux auteurs relèvent ainsi, au-delà même de l'argument temporel, que les algorithmes reproduisent les biais

³⁵ D. Ludet, « Infaillibles, les juges ? », « Après-demain », 2017/1, n°41, NF, pp. 34-37.

³⁶ V. Lasserre, Justice prédictive et transhumanisme », Arch. phil. droit n° 60, 2018, pp. 311-320.

³⁷ L. Daston, « Les valeurs de la science », in D. Fassin et al., La question morale, PUF hors collection, 2013, pp. 342 – 358. V. également T. M. Porter, « Objectivity as standardization : The rhetoric of impersonality in measurement, statistics, and cost-benefit analysis », Annals of Scholarship, 9, 1992, pp. 19-60.

dont témoignent les bases de données sur lesquelles ils ont entraînés³⁸. Ce constat est visible dans tous les domaines du traitement algorithmique, dont les systèmes d'aide à la décision judiciaire. A ces constats, il faut enfin ajouter qu'une telle conception de la décision de justice comme dérivant d'une accumulation presque aveugle de décisions ayant toutes, à part égale, une portée normative, n'est pas celle des droits continentaux³⁹. A cet égard, on peut, comme le fait Evelyne Serverin, relever qu'en définissant le droit comme une prévision de ce que fera le juge renvoie bien davantage au modèle du système des précédents qu'au modèle jurisprudentiel, dans lequel nous évoluons⁴⁰. Bien entendu, il est possible de ré-entraîner les algorithmes et même, sans doute de les programmer pour corriger les biais mis en évidence dans les décisions de justice rendues par les hommes. Mais pour autant, quels que soient ces biais et quelles que soient les solutions apportées, ils devraient, pour être admis au nombre des règles qui guident la solution de litiges, être soumis au principe du contradictoire. Dans le cas contraire, ces biais ou leurs corrections viendraient remplacer la discussion démocratique sur le droit souhaitable. Certains acteurs du secteur des *LegalTech* ne cachent pas qu'il s'agit de l'un de leurs objectifs, qui appellent rien moins qu'à un nouveau paradigme juridique né de la justice prédictive⁴¹.

Pour chacune des critiques, on le voit, adressées aux systèmes de justice tels qu'ils existent aujourd'hui, les algorithmes apportent des réponses. La fiabilité de ces réponses tout comme l'ampleur des ruptures que l'adoption de solutions algorithmiques représente réellement pour nos systèmes judiciaires comme pour notre droit mérite toutefois d'être discutée. A ces débats, points par points, s'ajoute selon nous, pour conclure, celui que la justice ne peut en aucun cas esquiver dans un Etat de droit. Sa qualité dépend en effet bien plus de l'équilibre que son système opère entre toutes les caractéristiques attendues - rapidité, transparence, sécurité, etc. – que du point de savoir si l'une de ces caractéristiques est concrètement atteinte. La rapidité, par exemple, n'a pas de sens si elle se fait au détriment de la sécurité et cette dernière dérive sans doute autant de la nécessaire prise en considération du contexte de chaque affaire que du respect pour les décisions adoptées antérieurement dans des cas similaires. Comme le souligne Jean-Baptiste Duclercq⁴², si l'on n'y prend garde, il se pourrait que « *là où la subjectivité du pouvoir d'interprétation des règles par les magistrats humains présente un risque de partialité, consciente ou non, l'objectivité de la mécanique d'exécution des instructions par les algorithmes présente un risque d'impartialité aveugle* », lequel n'est pas moins dangereux.

L'une des caractéristiques majeures de la justice algorithmique telle qu'elle se donne à voir aujourd'hui, tient au fait que sa mise en œuvre est étroitement associée à l'implication, dans le service public de la justice, de nouveaux acteurs et de nouvelles logiques matérielles comme intellectuelles. Son déploiement pourrait, si l'on n'y prend garde, transformer du tout

³⁸ V. B. Barraud, « Un algorithme capable de prédire les décisions des juges : vers une robotisation de la justice ? », Les cahiers de la justice 2017, pp. 121-139.

³⁹ B. Dondero, Justice Prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? Rec. Dalloz. 2017, p. 532 et s.

⁴⁰ E. Serverin, « De l'informatique juridique aux services de justice prédictive, la longue route de l'accès du public aux décisions de justice dématérialisées », Arch. phil. droit n° 60, 2018, pp. 23-47.

⁴¹ L. Larret-Chahine, op.cit.

⁴² J.-B. Duclercq, Les algorithmes en procès, RFDA 2018, p. 131 et s.

au tout notre manière de penser ce service si central pour nos sociétés et la paix sociale chère à Paul Ricœur⁴³.

⁴³ P. Ricoeur, « Le Juste », Editions Esprit, Le Seuil, 1995, avant-propos p. 10.