



FAUT-IL ENCORE DES JUGES ?¹

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT & COMMERCE

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 3 DECEMBRE 2018

PAR VINCENT VIGNEAU*

Comme me l'a appris l'un de mes maîtres, lorsqu'on doit parler d'un sujet que l'on ne maîtrise pas, plutôt que d'affirmer des vérités, il est préférable de raconter une histoire et d'invoquer l'opinion d'auteurs illustres et morts. Pourquoi une histoire ? D'abord, parce que tout le monde aime écouter une histoire, même si on sait qu'elle est imaginaire. Ensuite, et surtout, parce que le passé nous éclaire sur l'avenir. Pourquoi des auteurs morts ? Parce que ce sont les seuls dont on est sûr qu'ils ne changeront pas d'avis et ne viendront pas vous contredire ou démentir. Bref, ce sont les plus prévisibles.

Revenons donc à une histoire. Je vous propose de nous envoler en Prédectivie, un pays éloigné aux mœurs un peu étranges. Ce pays est gouverné par un prince qui se vante de lire dans l'avenir. Un jour, il apprend qu'il existe, dans une région reculée, un homme très savant dont on dit qu'il jouit des dons de clairvoyance et de prévision. Il sait sonder les âmes, discerner le vrai du faux et prévoir les réactions des hommes. Sentant le danger qu'il peut représenter, le prince ordonne de le faire comparaître devant lui pour le mettre à l'épreuve. Celui-ci lui dit : « Si tu devines ce que je vais décider, tu ressors libre de mon palais. Mais si tu as tort, tu es condamné à mort. » La question est donc de savoir si le sage peut prédire la décision du prince ; s'il la prévoit en lui répondant qu'il va le condamner, ce dernier devrait le laisser libre. À

l'inverse, s'il se trompe, il devrait le condamner. Cependant, si le prince relâche le sage parce qu'il avait l'intention de le condamner, il ne tient pas parole. En effet, puisqu'il décide de le relâcher, le sage a tort lorsqu'il a dit qu'il le condamnerait. Il devrait donc, dans ce cas, le condamner. Mais s'il le condamne, il ne tient pas parole non plus de relâcher comme il l'avait dit... Aussi, de nombreux prédictivistes se posent la question suivante : pourrait-on *enfin* se passer de ce prince qui prétend tout savoir, tout décider ? Et c'est ainsi que naît une révolution. Mais la vraie question posée par cette histoire est peut-être ailleurs. N'était-elle pas plutôt : A-t-on vraiment besoin de juges ?

C'est, du moins, ce que pensait Robespierre qui, lui, estimait que « *la justice n'a pas besoin de juristes* » et souhaitait au contraire « *bannir la jurisprudence de la langue française* ». Cette méfiance à l'égard des juges et de leur jurisprudence est ancienne et perdure de façon plus singulière en France que dans de nombreux autres pays occidentaux. En témoigne notamment le rapprochement que l'on peut faire du titre que vous avez choisi pour cette conférence « *Faut-il encore des juges ?* ». Un esprit mal intentionné pourrait en effet y déceler une résurgence de cette méfiance manifestée par les révolutionnaires à l'égard des magistrats.

Finalement, le sage répondit au prince : « *Mon sort est entre tes mains* ». En cela, il était certain de ne pas se tromper.

Depuis quelques mois, le débat qu'a connu la Prédectivie il y a de nombreux siècles se rouvre. 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

1 - Ce texte est issu d'une conférence organisée le 3 décembre 2018 par l'association Droit et commerce. Le style oral a été conservé.

* Vincent Vigneau est 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).

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 ». Un décret en Conseil d'État doit encore préciser les conditions de cette mise à disposition, qui vise à faciliter la réutilisation de ces données judiciaires².

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)³ 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 procédure⁴. 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 College of London ont mené une expérience à partir des termes employés dans les arrêts de la Cour européenne des droits 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 cas⁵. Ces outils de justice

prédictive permettraient, selon ses 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 différend.

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 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 dessiner un nouveau paysage institutionnel dans lequel, en favorisant les modes alternatifs de règlement des conflits, le recours au juge serait devenu subsidiaire. Ainsi peut-on citer la loi du 18 novembre 2016 qui a favorisé le recours à l'arbitrage en dehors de la sphère professionnelle en énonçant, à l'article 2061 du code civil que « Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée », ce qui signifie, *a contrario*, que la partie non-profes-

2 - Sur cette question, cf. le rapport « *L'open data des décisions de justice* » remis au garde des sceaux le 9 janvier 2017 par la mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice présidée par le professeur Loïc Cadet: http://www.justice.gouv.fr/publication/open_data_rapport.pdf.

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

4 - B. Dondero, « Justice prédictive : la fin de l'ala 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.

5 - 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>.

sionnelle peut recourir à l'arbitrage s'il l'accepte ou s'il en prend l'initiative, introduit la possibilité de divorcer par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire, institué la convention participative qui permet à des parties de s'engager à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige.

Dans cette même perspective aussi, le législateur, notamment à l'occasion de la réforme du droit des contrats résultant de l'ordonnance du 10 février 2016, a introduit, dans le but affirmé d'améliorer l'efficacité économique du droit français, des mécanismes nouveaux offrant aux contractants la faculté de prévenir ou de résoudre des différends sans nécessairement recourir à un juge, notamment en autorisant l'une des parties à agir unilatéralement pour « *se faire justice* » à elle-même, grâce à l'un des procédés mis à la disposition du créancier aux articles 1217 à 1224. Celui-ci peut en effet, dans l'hypothèse où son débiteur n'exécute pas son obligation, non seulement refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de la sienne (art. 1220), solliciter en justice l'exécution forcée en nature de l'obligation (art. 1222), la réduction du prix (art. 1223) ou la réparation des conséquences de l'inexécution (art. 1231 s.), mais aussi, de sa propre autorité, provoquer la résolution du contrat (art. 1224 s.). Le but en est, selon le rapport au Président de la République, de créer « *un cadre juridique clair, efficace et adapté aux enjeux d'une économie mondialisée et en perpétuelle évolution* ». Cet unilatéralisme, entendu comme la faculté donnée à un seul contractant de modifier le contrat, traverse toute la réforme, aussi bien au stade de la formation du contrat qu'à celui de son exécution, et constitue une exception importante au principe de l'intangibilité des contrats. Si, en principe, les parties, liées par le contrat, ne sauraient se défaire ou modifier unilatéralement celui-ci, tel n'est plus le cas lorsque l'une d'entre-elles n'exécute pas son engagement. Le non-respect par l'un de la force obligatoire du contrat autorise, en quelque sorte, l'autre à déroger à cette règle. Cette montée en puissance de l'unilatéralisme est certainement l'un des aspects les plus emblématiques de la réforme car jamais, depuis 1804, la volonté d'un seul contractant n'aura pu faire autant⁶.

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* »⁷. 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. Il est ainsi suggéré qu'il sera bientôt possible de réduire les recours judiciaires aux seules hypothèses où il ne sera pas possible de prédire la solution judiciaire. Dans leur rapport intitulé « *Amélioration et simplification de la procédure civile* » remis au garde des sceaux le 22 janvier 2018, Mme Agostini et le professeur Molfessis envisagent déjà la création d'une juridiction entièrement numérique dédiée au règlement des « petits » litiges, sans comparution par un juge personne physique. Cette proposition a été partiellement reprise dans le projet de loi de programmation sur la justice, actuellement en discussion devant le Parlement, qui prévoit la création d'une juridiction nationale pour les injonctions de payer, statuant sans audience lorsque l'opposition du débiteur se borne à demander des délais⁸.

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

6 - M. de Fontmichel, conférence sur la réforme du droit des obligations à la cour d'appel de Versailles le 6 juillet 2016.

7 - A. Garapon, op. cit.

8 - Projet d'article L. 211-12 du code de l'organisation judiciaire.

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 ?⁹

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. Prenons un exemple concret. Imaginons un tas de grains de blé. En enlevant ou en ajoutant un à un de ces grains, on procède à une diminution ou une augmentation simplement quantitative, qui n'entraîne pas de changement qualitatif, car la quantité prélevée ou ajoutée est négligeable dans la quantité totale. Pourtant, il vient un moment où, en ôtant un grain supplémentaire, on se rend compte qu'il n'y a plus de tas. Le changement a été insensible. Un changement important est intervenu et a abouti à un changement qualitatif, lorsque ce n'est plus simplement le nombre d'unités qui diffère, mais véritablement l'ordre de grandeur. Mais à quel moment cette transmutation s'est-elle faite ? Et si ce n'était pas un tas de grain de blé mais un tas de grains de sable, aurait-il fallu en enlever autant pour ne plus avoir de tas ? Ce paradoxe, qu'on appelle sorite, montre combien 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'appel¹⁰ 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, comme il n'est pas possible de dire précisément à partir de quel seuil un tas de grain n'est plus un tas de grain, qu'un délai n'est plus un bref délai ou n'est plus raisonnable. 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 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.

9 - 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.

10 - CAA Versailles, 5 mars 2018, n° 17VE00824 et 17VE00826.

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 provisoires¹¹. 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 va 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* »¹². 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 syllogisme¹³, 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.

On peut cependant se demander si ce qui paraît désormais être un truisme n'atteindra pas rapidement ses limites. Les avocats n'ont en effet pas attendu l'avènement des algorithmes pour acquérir une connaissance suffisamment fine de la jurisprudence pour être en mesure de prédire la solution judiciaire. Il en est ainsi dans de nombreux domaines où, en raison de la simplicité des questions de droit à résoudre ou de la spécialisation des juges, le jugement est connu d'avance. Pour autant, on constate que, même dans ces domaines, les parties n'hésitent pas à engager des actions que leur avocat sait irrémédiablement vouées à l'échec ou exercent des recours sans aucun espoir de réformation. Dans notre système où, contrairement à ce qui se passe dans d'autres pays, notamment ceux de Common Law ou en Allemagne, la partie perdante ne subit pas de lourdes conséquences financières du seul fait d'avoir perdu son procès, la faiblesse des chances de gagner ne semble pas véritablement dissuader les plaideurs d'agir. Il est dès lors permis de douter des vertus malthusiennes des systèmes de justice prédictive.

Mais on peut à tout le moins penser que l'utilisation des algorithmes favorisera 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

11 - 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.

12 - 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, doctr. 31.

13 - 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.

construire leurs stratégies de gestion des litiges¹⁴.

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 transformeront 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 individu¹⁵.

Y auront aussi recours de nouveaux acteurs sur le marché du droit, notamment les sociétés de financement de procès, comme la société Legalist qui propose de financer tous types d'actions en justice en échange de la moitié des sommes attribuées par la justice au plaignant¹⁶, ou des plateformes numériques. Le rapport Justice et numérique déposé en novembre 2017 par l'institut Montaigne fait état d'un robot de « justice prédictive » qui se propose de calculer les chances de succès d'une procédure devant certaines juridictions après avoir posé en ligne différentes questions à l'utilisateur en annonçant des prédictions fiables à 71 %. Il suggère, dans un second temps, au consultant en ligne,

une mise en relation avec un avocat partenaire de la plate-forme, pour le cas où il souhaiterait engager une procédure. Aux Pays-Bas, il existe trois *e-court privées* qui traitent des litiges entre les assureurs de santé et leurs assurés selon un mode arbitral et dont les décisions sont ensuite adressées aux juridictions étatiques pour homologation¹⁷.

On peut aussi imaginer que les assureurs de protection juridique envisageront d'inclure des clauses prévoyant qu'en deçà d'un certain taux de chance de réussite, calculé par un algorithme, ils n'apporteront pas leur concours à leur assuré. La question se posera certainement aussi de savoir si ces outils peuvent être utilisés lors de l'examen d'une demande d'aide juridictionnelle. Il résulte de l'article 7 de la loi du 10 juillet 1991 sur l'aide juridique, que l'aide juridictionnelle peut être refusée à une personne dont l'action apparaît, manifestement, irrecevable ou dénuée de fondement. Se posera certainement un jour la question de savoir s'il est opportun d'accorder l'aide juridictionnelle à un demandeur dont les chances de succès, calculées par un algorithme de justice prédictive, sont infimes. Mais il n'en demeure pas moins que, même s'il a 99 % de chances de perdre son procès, le justiciable en conserve toujours au moins une de le gagner et que rien ne peut l'empêcher de la tenter.

Ces robots de justice prédictive permettront certainement aussi d'automatiser des tâches répétitives de compilation de précédents jurisprudentiels, de calculs de moyennes, de vérification de formalités. En libérant ainsi les juristes de ces fonctions pour lesquelles ils n'offrent pas de véritable valeur ajoutée, ils permettront à ces derniers de se concentrer sur ce qui fait l'essence de leur métier, l'interprétation créative et l'adaptation de la loi aux situations humaines, ce qu'un robot ne sait pas encore faire¹⁸.

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

14 - 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>.

15 - 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.

16 - J. Marin, Legalist, « La start-up qui finance les plaintes des entreprises » : Le Monde 30 août 2016., voir, p.e., sur ce sujet, M. de Fontmichel, « Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français », Rev. sociétés 2012. 279.

17 - Y. Meneceur, « Quel avenir pour la « justice prédictive » ? », JCP ed. G, 2018, Étude 190.

18 - Sur cette question, v. B. Dondero et B. Lamon, « Juriste humains contre IA : l'analyse des contrats. À propos de l'étude Law Geek », JCP ed. G 2018 n° 47, 19 novembre 2018, 1201.

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 juridique¹⁹. 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 juridique²⁰.

19 - 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'État 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 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).

20 - 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 particu-

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

Ni sans danger, d'abord, car on peut craindre l'effet performatif²¹ des systèmes de justice prédictive qui n'ambitionnent pas seulement de décrire une pratique juridictionnelle mais aussi promettent de faire acte juridictionnel. Certes, le juge sera, en droit, toujours libre de s'écarter de la norme. Il est évident qu'un juge ne sera jamais tenu, formellement, de juger selon ce que le robot lui dicte. D'ailleurs, l'article 10 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés lui en fait expressément interdiction : *Aucune décision de justice impliquant une appréciation sur le comportement d'une personne ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité*²². Cette règle a été reprise à l'article 22 du Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (plus connu sous l'acronyme RGPD) qui dispose que *la personne concernée a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire*. Si ce même texte admet la possibilité pour les États d'y déroger à condition de prévoir « des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée », c'est à la condition que ces mesures permettent à cette dernière « d'obtenir une intervention humaine de la part du responsable du traitement, d'exprimer son point de vue et de contester la décision ». L'article 3 du projet de loi de programmation de la justice le prévoit aussi

lièrement 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.

21 - 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.

22 - Pour autant, rien n'interdit à un juge de recourir à un traitement automatisé, parmi d'autres éléments d'information, pour éclairer sa réflexion : CE, 4 février 2004, Caisse primaire d'assurance maladie de la Gironde, n° 240023.

pour les services de médiation et d'arbitrage en ligne²³.

De même, la Cour de cassation sanctionne les juges qui se réfèrent à un barème dépourvu de valeur légale en renonçant à leur pouvoir d'appréciation. Dans le but de favoriser une uniformisation de la détermination du coût moyen d'un enfant en fonction des revenus du débiteur, dans une circulaire du 12 avril 2010, le ministère de la justice a diffusé dans les juridictions une table de référence. Mais cet outil d'aide à la décision, diffusé par simple circulaire, n'a aucune valeur normative. Elle n'a donc qu'une portée indicative, les juges aux affaires familiales demeurant tenus d'apprécier *in concreto* les revenus et charges de chacun des parents. La Cour de cassation a par conséquent cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait fondé sa décision fixant le montant de la contribution d'un parent à l'entretien et à l'éducation de son enfant uniquement sur cette table de référence, sans prendre en considération les facultés contributives réelles des parents de l'enfant et des besoins de celui-ci²⁴.

Mais 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 ? À 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 autoréalisateur, 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*²⁵. 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.

L'utilisation des algorithmes peut aussi conduire à une remise en cause de la façon dont nous appréhendons les concepts de neutralité et d'impartialité. On sait que, selon la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, l'impartialité du juge est toujours présumée²⁶ et il appartient au plaideur qui la conteste de rapporter la preuve contraire. Or cette preuve est très difficile à rapporter car il est presque impossible de déterminer l'opinion de tel juge dans son for personnel, sauf, bien sûr, lorsqu'il a eu l'imprudence de faire connaître expressément son parti pris, par exemple en utilisant, dans la motivation de la décision, des termes injurieux²⁷ ou vexatoires à l'égard du justiciable ou de son conseil²⁸. C'est pour cette raison que s'est déve-

23 - « Les services [de conciliation ou de médiation ou tout autre mode de résolution amiable des litiges] ne peuvent avoir pour seul fondement un traitement algorithmique ou automatisé de données à caractère personnel. Lorsque ce service est proposé à l'aide d'un tel traitement, les parties doivent en être informées par une mention explicite et doivent expressément y consentir. Les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par le responsable de traitement à toute partie qui en fait la demande. Le responsable de traitement s'assure de la maîtrise du traitement et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la partie qui en fait la demande la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard ».

24 - Cass. 1^{re} Civ., 23 octobre 2013, pourvoi n° 12-25.301, Bull. 2013, I, n° 203.

25 - 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.

26 - Cass. 3^e Civ., 11 octobre 2006, pourvoi n° 05-14309 ; voir également Cass. civ 2^e, 8 juillet 2004, pourvoi n° 02-19.171, Bull. civ. II n° 360 dont il résulte que le seul fait qu'une juridiction ai déjà statué à propos de faits similaires n'est pas de nature à faire douter de son impartialité, Cass. civ. 2^e, 14 octobre 2004, pourvoi n° 02-18.708, Bull. civ. II n° 457, de même la circonstance que la même chambre soit appelée à statuer sur des contentieux répétitifs entre les mêmes parties.

27 - Propos excessifs, racistes ou révisionnistes, etc. par ex.: Civ. 2^e, 14 septembre 2006, Bull. 2006, II, n° 222, pourvoi n° 04-20.524.

28 - Propos méprisants sur les compétences professionnelles de l'avocat d'une partie : Civ. 3^{ème}, 4 juillet 2007, non publié, pourvoi n°06-13.738, également Soc. 23 octobre 2013, n° 12-16.840, Soc. 12 juin 2014, n° 13-16.236, Bull. Civ. V n° 141 ; D. 2014, act. dr. Du travail p 1332, JCP ed. G 2014, jur. N°1326, note C. Puigelier, 8 avril 2014, n°13-10.209, Bull. Civ. V n° 98.

loppée parallèlement une approche différente de la notion d'impartialité fondée sur des éléments objectifs, extérieurs à la personne en question. Selon cette conception, non seulement le juge doit être intrinsèquement impartial, mais encore, les circonstances dans lesquelles il intervient ne doivent pas être de nature à faire naître chez les parties un soupçon légitime de partialité. Elle se détermine ainsi, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, à partir d'éléments objectifs, extérieurs à la personne du juge et doit conduire à s'interroger « *si, indépendamment de sa conduite personnelle, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier* »²⁹. C'est ainsi que la Cour de cassation a été conduite à élaborer une jurisprudence fournie dont la ligne directrice peut être ainsi résumée : ne peut siéger dans une affaire le juge dont la connaissance qu'il a pu acquérir du litige à l'occasion de fonctions antérieures, ou les décisions qu'il a pu prendre précédemment dans la même affaire, est de nature à affecter sa liberté de jugement et donc à provoquer chez le plaideur la crainte légitime que la formation de jugement à laquelle il appartient n'offrira pas les garanties suffisantes d'impartialité. Le défaut d'impartialité d'une juridiction ne peut, en revanche, résulter du seul fait qu'un juge ou une formation de jugement ait rendu une ou plusieurs décisions défavorables à une partie ou favorables à son adversaire³⁰, voire soit appelée à connaître de contentieux répétitifs entre les mêmes parties³¹. Le fait que la position du juge sur une question de droit qui lui est soumise soit prévisible n'est pas non plus de nature à remettre en cause son impartialité³².

Il n'est donc pas possible, pour l'instant, de récuser un juge en raison de précédentes décisions rendues en faveur ou en défaveur d'une partie ou d'un groupe identifié de personnes présentant des caractéristiques similaires. Mais qu'en sera-t-il lorsqu'il sera possible de démontrer, par exemple dans le contentieux locatif, à partir d'une analyse actuarielle et sémantique de toutes les décisions rendues par tel juge depuis sa nomination, que celui-ci a donné raison au bailleur dans 90% des cas qu'il a jugé ? Il est à craindre ou espérer, selon le point de vue d'où l'on se place, que l'analyse des caractéristiques

personnelles des juges et de leurs décisions conduira à des stratégies de contournement, favorisera des prises à partie individuelles et suscitera des récusations.

Une société britannique d'analyse des données a mis au point un « moteur prédictif » alimenté par des algorithmes exploitant un jeu partiel de « *J'aime* » d'un utilisateur de Facebook, et capable de prévoir une série de variables parmi lesquelles le bien-être, l'intelligence et l'orientation politique, et de générer un profil de personnalité fondé sur cinq traits. Ainsi, des calculateurs peuvent analyser et trier d'énormes jeux de données disparates pour ensuite repérer des tendances de comportement dont les intéressés n'ont peut-être pas conscience eux-mêmes³³. Pour l'instant, ces systèmes d'intelligence électroniques 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 il auront à faire, pour évaluer leur 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 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 partiaux³⁴.

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 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 le but de démontrer la différence entre causalité et corrélation, le site internet

29 - CEDH, Piersak c/ Belgique, 1^{er} octobre 1982 – rec. 8692/79.

30 - Civ. 2^e, 27 mai 2004, Bull II n° 258.

31 - Civ. 2^e, 4 déc. 2004, Bull., n° 457.

32 - Civ. 1^{re} civ., 18 mai 2011, n° 89.

33 - 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.

34 - 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>.

Spurious Correlation,³⁵ créé par un étudiant en criminologie à Harvard, publie régulièrement des graphiques farfelus faisant apparaître que deux variables peuvent avoir le même mouvement dans le temps sans qu'il soit possible de démontrer que l'une avait influé sur l'autre, comme, par exemple, la consommation de margarine par personne et le taux de divorce dans l'État du Maine, le nombre de personnes noyées dans leur piscine et le nombre de films dans lesquels l'acteur Nicolas Cage apparaît ou la consommation de fromage et le nombre de personnes étranglées par leurs draps.

Une étude a établi que ceux qui pratiquaient régulièrement le jogging à l'âge de 60 ans avaient une probabilité de se trouver en bonne santé à l'âge de 70 ans plus grande que la population normale. On pourrait en conclure que la pratique du jogging est bonne pour la santé. C'est peut-être vrai, mais ce n'est pas une démonstration : la population qui pratique le jogging à 60 ans concentre ceux qui sont déjà en bonne santé. Cela signifie que ceux qui sont en bonne santé à 60 ans ont plus de chance de l'être encore 10 ans plus tard. Dans l'exemple tiré des décisions en matière d'obligation de quitter le territoire français, 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 ordinaire³⁶. 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, ou est-ce que c'est, finalement, parce que le parquet oriente en comparution immédiate les auteurs de faits les plus graves ?

35 - <http://www.tylervigen.com/spurious-correlations>.

36 - J.-B. Jacquin, « Des associations dénoncent les comparutions immédiates », *Le monde*, 20 février 2018.

Démontrer une théorie avec seulement des statistiques peut être trompeur³⁷. 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 moyenne³⁸. 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 données³⁹.

Enfin, si l'utilisation de l'intelligence électronique nous conduira certainement à remettre en cause nos critères d'appréciation de la neutralité des juges, 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 et de scories. 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 hommes⁴⁰. 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 découle ne peut être considéré comme neutre ou dénué de biais car il dépend en grande partie des valeurs attribuées aux différentes données collectées⁴¹. Par exemple, à l'automne 2016, un groupe de programmeurs a organisé un concours de beauté en ligne, jugé

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

38 - H. Krivine, *op. cit.*

39 - Y. Meneceur, *op. cit.*

40 - 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#>.

41 - S. Halpern, *op. cit.*

par un système d'intelligence artificielle. L'idée était que l'ordinateur serait capable d'analyser les photographies envoyées par des milliers de participantes du monde entier et d'identifier, selon des critères objectifs, celles représentant la beauté idéale. Or l'algorithme ne choisit que des femmes qui avaient la peau blanche. L'explication vient de ce que les concepteurs du système avait « entraîné » celui-ci à partir d'une base d'images principalement constituée de photographies de femmes ayant ce type de carnation, et aucune n'ayant la peau foncée⁴². Ainsi, non seulement le résultat de l'algorithme était biaisé par ces présupposés, mais en outre, il s'est révélé incapable de proposer une évolution des critères par rapport au passé. Il faut donc se défaire de l'idée selon laquelle l'algorithme serait un outil neutre. Les moteurs de recherche sur Internet nous présentent leurs résultats comme étant le produit d'une recherche objective des réponses les plus pertinentes. Or, ce sont les créateurs de ces moteurs qui décident quelles informations mettre en avant⁴³. Ceux-ci sont en grande majorité des hommes, blancs, de classes supérieures. Une recherche sur le moteur Google à partir des mots clés « leader », « chef », « dirigeant », « expert », « juge » sur Google, fait apparaître principalement des images d'hommes blancs. En revanche, la recherche « secrétaire », « employé administratif » ou « greffier » met en avant beaucoup plus de femmes. 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 équivalents⁴⁴. Ce choix d'amalgamer ou de distinguer est nécessairement subjectif⁴⁵.

En outre, le logiciel ne peut mettre sur le même plan toutes les décisions collectées car toutes ne se valent pas. Un arrêt rendu par une cour d'appel a plus d'importance qu'un jugement prononcé par une juridiction du premier degré, la jurisprudence récente prime le plus souvent sur la plus ancienne, une décision ren-

due par une formation spécialisée a plus de poids qu'un jugement rendu par une formation qui n'a pas l'habitude de connaître du contentieux en question. Un arrêt confirmé par la Cour de cassation s'impose avec plus de force par rapport à un arrêt qui a été cassé. Les concepteurs d'algorithme de justice prédictive doivent donc hiérarchiser les résultats de la recherche en fonction de coefficients censés refléter la force d'attraction et l'importance des différentes décisions de justice collectées. Or ces choix, de nature arbitraire, peuvent être biaisés par les valeurs, les préjugés et les intérêts de ces programmeurs, de ceux qui les financent, de leurs actionnaires ou de leurs clients.

Plusieurs juridictions américaines utilisent un algorithme d'évaluation des risques de récidive dénommé COMPAS. Un article paru en mars 2017 dans la *Harvard Law Review*⁴⁶ 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 ProPublica⁴⁷ a montré qu'il était particulièrement peu fiable puisque, sur un échantillon de 7000 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

42 - S. Halpern, op. cit.

43 - Safiya Umoja Noble, *Algorithms of Oppression*, cité par Emily Drabinski in *Ideologies of Boring Things : The Internet and Infrastructures of Race*, Los Angeles Review of Books, 13 février 2018.

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

45 - S.-M. Ferrié, op. cit.

46 - *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/>.

47 - *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>.

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, Brisha Borden, une jeune femme noire de 18 ans, ayant déjà commis des délits quand elle était mineure, et Vernon Prater, 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 : Brisha Borden 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 Vernon Prater. Or, deux ans plus tard, la jeune fille n'avait fait l'objet d'aucune condamnation tandis que Vernon Prater purgeait une peine de prison de huit ans pour un vol avec effraction.

Il faut aussi tenir compte de ce que les algorithmes qui nous sont proposés ne se bornent pas à traiter les requêtes qui leur sont adressées uniquement en fonction des critères de recherche sollicités par celui qui les sollicite. Ils tiennent compte aussi de données qu'ils détiennent sur l'utilisateur lui-même, sans que celui-ci n'en soit conscient. Ainsi, par exemple, les algorithmes de ciblage publicitaire de Google proposent aux femmes des offres d'emploi moins rémunérées qu'aux hommes⁴⁸. Les agences de voyage en ligne ou les sites marchands adaptent leur offre et modulent leurs prix en fonction de ce qu'ils pensent savoir sur le consommateur au regard des informations qu'ils détiennent sur eux et permettent de définir un profil de consommation : l'âge, le prénom, le lieu de résidence, les achats précédents, le mode de paiement en disent beaucoup plus que l'on ne le pense sur notre profil sociologique et nos habitudes de consommation⁴⁹. On sait, depuis les travaux du statisticien américain Morris DeGroot⁵⁰, que les individus tendent à se conformer progressivement aux opinions émises par leurs semblables, même s'ils n'ont aucune connaissance de leur véracité. Ce phénomène

est connu sous le nom d'homophilie, l'attrance de la similarité. Dans un article publié en 2000⁵¹, des chercheurs du CNRS expliquent qu'un individu moyen n'adapte ses jugements que si les opinions auxquelles il est confronté ne sont pas trop éloignées des siennes. Ainsi, on est conduit plutôt à se conformer à l'opinion dominante du groupe social auquel on appartient.

Pour en revenir à Google, ce moteur de recherche déduit des précédentes requêtes de l'utilisateur ce qu'il recherche pour déterminer les résultats. Ainsi, se créent des boucles rétroactives : la perception qu'a Google de ce que nous voulons détermine l'information que nous recevons et celle-ci influe à son tour sur notre comportement. Autrement dit, le moteur de recherche crée une bulle de filtrage⁵² dans laquelle il enferme l'utilisateur, déforme le miroir d'une manière qui exagère nos traits les plus saillants et transforme, à notre insu, notre univers d'information selon son interprétation de nos centres d'intérêt⁵³. Or, dans un système concurrentiel, les concepteurs des logiciels de justice prédictive qui seront mis sur le marché pourront être tentés, comme le font déjà les réseaux sociaux tels que Facebook ou Tweeter, d'augmenter la satisfaction de leurs utilisateurs en leur proposant des résultats conformes à ce qu'ils auront identifié comme étant leurs attentes, en privilégiant les informations favorables au renforcement de leurs idées et en évitant toute donnée dissonante. Ce phénomène de polarisation, qui vise à maintenir l'utilisateur dans sa zone de confort, favorisera le conformisme et réduira l'esprit critique.

C'est dire l'importance pour l'institution judiciaire de garder la maîtrise de ces outils. Permettre à des opérateurs extérieurs de proposer, sans contrôle, aux juges et aux auxiliaires de justice des outils prédictifs, c'est prendre le risque de voir ces acteurs pendre une part considérable dans le processus de décision judiciaire. C'est pourquoi l'État ne peut totalement abandonner au secteur privé le développement des algorithmes. Il doit, à tout le

48 - Rapport Villani, op. cit., p. 142.

49 - Une étude réalisée par des chercheurs du MIT a révélé, à l'occasion d'une étude portant sur les transactions des cartes bancaires d'1,1 million de personnes ne comportant aucun élément d'identification, que les coordonnées géographiques, les dates et les heures permettaient à elles seules d'identifier 90 % des individus : Y.-A. de Montjoye, L. Radaelli, V. Kumar Singh et A. Pentland, « Unique in the shopping mall: on the reidentifiability of credit card metadata », Science, 30 janvier 2015.

50 - Morris H. DeGroot, Reaching a Consensus, Journal of the American Statistical Association, 1974.

51 - Guillaume Deffuant, David Neau, Frederic Amblard et Gérard Weisbuch, *Mixing beliefs among interacting agents* <http://www.wlisc.clermont.cemagref.fr/imagesproject/finalreport/mixbel.pdf>.

52 - Eli Pariser, « *The Filter Bubble. What the Internet is Hiding from You* ».

53 - Penguin Press, 2011. E.g. Henry Farrel, « *The American Prospect* », sept. 2011, article traduit et paru dans la revue *Books* n° 31, avril 2012.

moins, non seulement imposer une normalisation destinée à assurer leur transparence, mais aussi obliger ainsi leurs concepteurs, nonobstant, le cas échéant, leurs droits de propriété intellectuelle, à afficher de façon explicite les critères qu'ils ont choisi pour leur fonctionnement pour permettre au juge de comprendre comment fonctionne l'outil d'évaluation et d'apprécier les pressions intérieures et extérieures qui ont pu influencer sur sa conception. *Dès lors que les outils prédictifs exercent une influence sur les débats judiciaires, l'impératif démocratique commande de pouvoir accéder à la provenance des données et à la construction des algorithmes qui échappent à la neutralité*⁵⁴. Comme l'article L. 311-3-1 du code des relations entre le public et l'administration le prévoit⁵⁵, lorsqu'une décision individuelle est prise sur le fondement d'un traitement algorithmique, les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre doivent être clairement communiquées.

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.

Cette approche *factualiste*⁵⁶ a sans doute été favorisée par la façon dont les juristes appré-

hendent désormais la jurisprudence. Avant l'apparition des bases de données électroniques, la recherche jurisprudentielle passait par la consultation de tables périodiques dans lesquelles étaient classées, par un système d'index arborescent utilisant des chaînages de mots clés, les références des décisions les plus importantes. Mais avant de procéder à cette recherche, il était indispensable d'identifier avec précision la question de droit posée à l'arrêt recherché pour pouvoir, ensuite, repérer le siège de la matière concernée dans la nomenclature des rubriques⁵⁷. Une fois l'arrêt trouvé, il était possible, par un raisonnement analogique ou *a contrario*, d'en déduire une solution pour une situation de fait différente. Il en résultait que la question du fait avait une place nécessairement limitée dans la mesure où la nécessité de généraliser les titres conduisait les rédacteurs des tables à supprimer un maximum d'éléments factuels lorsqu'ils ne présentaient pas d'intérêt particulier, ce qui obligeait le chercheur à un effort d'abstraction⁵⁸. Avec le développement des bases de données de jurisprudence, le juriste a rapidement abandonné ce système lent et parfois fastidieux pour préférer l'interrogation *full text* qui permet d'accéder, depuis une base exhaustive, non seulement à l'arrêt qui répond à la question de droit abstraite qu'il se pose, mais aussi à tous ceux dont les faits sont comparables à ceux dont il est saisi. C'est ainsi qu'à une recherche faite à partir du seul énoncé de la règle abstraite des quelques arrêts publiés en raison de leur importance par le bulletin de la Cour de cassation ou des revues juridiques, s'est souvent substituée une recherche d'inventaire de tous les arrêts publiés sur Legifrance, dont les faits sont semblables, et ce, qu'elle que soit leur importance normative. Il s'en est suivi une approche plus casuistique, cherchant à résoudre une question de droit par comparaison des précédents.

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

54 - L.-M. Augagneur, « D'où jugez-vous ? Un paradoxe entre justice prédictive et réforme de la motivation des décisions », JCP ed. G ° 13, 26 Mars 2018, 341.

55 - On peut ajouter l'article 39 de la loi informatique et liberté qui dispose que toute personne a le droit d'obtenir les informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé en cas de décision prise sur le fondement de celui-ci et produisant des effets juridiques à l'égard de l'intéressé. Ce texte précise toutefois que les informations communiquées à la personne concernée ne doivent pas porter atteinte au droit d'auteur.

56 - Par référence au concept de « factualisation du droit » développé par le professeur Hervé Croze pour décrire une approche dans laquelle on ne distingue plus l'ordre du droit de celui du fait et fait primer les éléments factuels dans la réflexion : H. Croze, « La factualisation du droit », JCP G 2017, act. 101, également qui décrit ce phénomène comme celui dans lequel tous les faits sont mis sur le même plan, dès lors qu'ils déterminent la décision : E. Jeuland, « Justice prédictive : de la factualisation au droit potentiel », Revue pratique de la prospective et de l'innovation n° 2, Octobre 2017, dossier 9.

57 - M.-A. Trapet, « Les Tables analytiques des arrêts de la Cour de cassation », Rapport annuel de la Cour de cassation 2002.

58 - M.-A. Trapet, op. cit.

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 la situation de fait dont il est saisi. 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*⁵⁹ ». Certes, la répétition par une juridiction de solutions identiques à une même situation donnée aboutit 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 quatre objections 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 un modeste juge d'instance 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 juridictionnelles. Comme l'a rappelé solennellement l'assemblée plénière de la Cour de cassation, il ne reçoit ni pression, ni instruction⁶⁰. Il juge en conscience, dans le respect de la règle de droit, et sans recevoir d'ordre de ses supérieurs hiérarchiques. Il n'est donc pas concevable de lui imposer des *guidelines* destinées à freiner sa liberté d'appréciation: celle-ci résulte autant de son indépendance que de la nature

même de sa mission, consistant à appliquer la règle de droit à une situation particulière. 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 cassation⁶¹, 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* »⁶². 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. C'est ainsi, par exemple, que la Cour de cassation affirme, au sujet de la faute délictuelle que « *si les tribunaux constatent souverainement les faits, il appartient à la Cour de cassation d'apprécier si ceux-ci présentent les caractères juridiques de la faute prévue par la loi et engagent la responsabilité de leur auteur* »⁶³. Cependant, certaines qualifications sont si imprégnées de faits qu'elles ne peuvent être contrôlées par la Cour de cassation 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 de la faute en matière de divorce ou de la mauvaise foi en matière de surendettement. 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 faits, permettant le passage du quantitatif au

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

60 - Ass. plén. 15 juin 2012, n° 10-85678 Bull. civ. A.P. n° 1.

61 - Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 07-14.932, Bull. 2009, I, n° 124.

62 - Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2000, n° 98-11.982.

63 - Cass. 2^e civ., 3 novembre 1955, D. 1955, p. 78 ; Cass. 2^e civ., 6 janvier 2000, n° 97-21.456 : Bull. 2000, II, n° 4.

qualitatif, procède autant de la logique que de l'imagination diverse des juges qu'un ordinateur ne peut anticiper⁶⁴, 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 avouables⁶⁵.

4°/ Enfin, dans bien des cas, le juge ne trouve dans aucun texte législatif ou réglementaire la solution au litige qui lui est soumis. Dans bien des hypothèses aussi, la loi nécessite d'être interprétée en raison soit de sa trop grande généralité, soit de son ambiguïté. Il se peut aussi que le sens littéral de la loi, en raison d'une rédaction imparfaite, aboutisse à un résultat aberrant. On peut citer, à titre d'exemple de loi absurde, l'article 78, 5° du décret du 11 novembre 1917 sur la police, la sûreté et l'exploitation des voies ferrées interdisant aux voyageurs de « monter ou de descendre ailleurs que dans les gares, stations, haltes et aux arrêts à ce destinés et lorsque le train est complètement arrêté » et qui semble interdire aux voyageurs de sortir des voitures « lorsque le train est complètement arrêté ». Or, le juge est tenu, en application de l'article 4 du code civil, de statuer, même en cas d'insuffisance ou d'obscurité de la loi. Il s'ensuit qu'il est souvent contraint d'élaborer lui-même une norme propre à trancher le litige. Autrement dit, l'absence de solution textuelle évidente au litige qui lui est soumis fonde le pouvoir, le devoir du juge de recourir à l'interprétation pour trouver une issue⁶⁶. Ainsi, en est-il non seulement lorsque la loi est muette, obscure ou ambiguë, mais aussi lorsque l'application de plusieurs textes contradictoires semble difficile à combiner ou que le texte ait besoin d'interprétation en raison de la survenance d'une modification de l'environnement réglementaire ou du besoin d'adapter à l'évolution des réalités économiques et sociales⁶⁷. Dans d'autres cas encore, la loi, bien que claire, se heurte à des principes supérieurs, par exemple la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou le droit de l'Union européenne, de sorte que le juge est tenu de

l'écartier⁶⁸. C'est ainsi que si la plupart des décisions de justice n'ont pour objet que de trancher des litiges individuels en fonction d'une règle de droit déjà énoncée, certaines ont une portée plus grande qui peut dépasser l'enjeu du litige qui oppose les parties lorsque le juge y affirme un rôle créateur de droit, en complétant le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi, en interprétant un texte nouveau, en affirmant les principes nécessaires à la validité et la cohérence du système juridique ou en approuvant une évolution nécessaire du droit pour tenir compte des évolutions de la société. Mais contrairement à la loi, la jurisprudence n'est pas une création spontanée, le fruit d'une seule décision ni d'un débat unique. Elle résulte d'un processus moins linéaire, de la répétition de jugements rendus dans différentes causes et dont la solution est approuvée par la juridiction suprême. Il s'agit d'un processus sédimentaire résultant d'un dialogue entre les juges, la doctrine et les parties. Faire passer la règle de l'expression abstraite à la réalité concrète, et lui donner ainsi son véritable visage⁶⁹, telle est la mission du juge, intermédiaire obligé de la mise en œuvre concrète du droit.

64 - F. Rouvière, op. cit.

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

66 - P. Deumier, *Les motifs des motifs des arrêts de la Cour de cassation*, in *Principes de justice*, Mélanges en l'honneur de J.-F. Burgelin, Dalloz, p. 125.

67 - P. Deumier, op. cit.

68 - Selon le Conseil constitutionnel, c'est aux juges judiciaires et administratifs qu'il revient de donner toute sa portée à l'article 55 de la Constitution – Cons. const., 3 septembre 1986, décision n°86-216 DC, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, considérant 6 : « la règle édictée par l'article 55 de la Constitution, dont le respect s'impose, même dans le silence de la loi, s'applique notamment à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés modifiée par le protocole de New-York du 31 janvier 1967, convention et protocole qui ont été introduits dans l'ordre juridique interne ; qu'il appartient aux divers organes de l'État de veiller à l'application de ces conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives » ; voir également Cons. const., 29 décembre 1989, décision n°89-268 DC, *Loi de finances pour 1990*, considérant 79. La Cour de cassation s'est en conséquence emparée du contrôle de conventionnalité dans le célèbre arrêt Jacques Vabre (Cass., Mixte, 24 mai 1975, Jacques Vabre, pourvoi n° 73-13.556) considéré par un éminent auteur comme faisant ainsi partie des « très grands arrêts » rendus par la Cour de cassation au XX^e siècle (Philippe Malaurie, *La Cour de cassation au XX^e siècle*, Rapport annuel de la Cour de cassation 1999 : « de tous les très grands arrêts rendus par la Cour de cassation pendant le siècle écoulé, les plus importants sont relatifs aux sources du droit, surtout l'arrêt Jacques Vabre qui, dès 1975 et avant le Conseil d'État, a affirmé la supériorité du droit communautaire sur le droit interne »). Le Conseil d'État a rejoint la Cour de cassation dans le mouvement de contrôle de la conformité de la loi aux engagements internationaux de la France dans son arrêt Nicolo du 20 octobre 1989 (CE, Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, arrêt n° 108243).

69 - Philippe Hebraud, « Le juge et la jurisprudence » mélanges P. Couzinet, Univ. Sc. Sociales Toulouse, 1974, p. 329.

C'est dire que toutes les lois ne se valent pas, car certaines doivent être interprétées et pas d'autres, et toutes les décisions de justice n'ont pas la même portée normative. Or, comment un algorithme peut-il prendre en compte cette complexité ? Devra-t-il considérer qu'un arrêt publié de la Cour de cassation vaut deux arrêts non publiés, que trois jugements de tribunaux de commerce disent davantage qu'un arrêt de cour d'appel ? Faudra-t-il maintenir dans la base des jugements infirmés en appel et des arrêts cassés par la Cour de cassation ? 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 de détail suffisamment élevé pour être modélisée, sans perdre de son efficacité. C'est pourquoi le droit appliqué ne peut être déterminé 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.

Pour conclure, je vous propose un petit retour dans le passé, pour vous montrer que la prévisibilité n'est pas toujours la condition d'une bonne justice. La légende du jugement de Salomon en est une bonne illustration. Vous connaissez certainement l'histoire⁷⁰. Je vous en rappelle brièvement les faits.

Nous sommes en Israël, vers l'an 970 avant Jésus-Christ. Deux parties s'opposent et vont voir le roi Salomon, lequel, à l'époque, disposait d'un pouvoir judiciaire, comme juge d'appel des juridictions ordinaires, mais également, en premier et dernier ressort, pour les affaires les plus graves ou pour celles qui éclataient à proximité de son palais. Ces deux parties sont deux femmes, de réputation légère, qui habitaient sous le même toit où elles ont accouché le même jour, toutes deux d'un garçon. Chacune, le soir, couchait son nouveau-né près d'elle. Mais voici qu'un matin, l'une d'elle ne trouve plus dans son lit qu'un petit cadavre. L'a-t-elle étouffé en dormant ? L'histoire ne le dit pas. Toujours est-il que cette femme croit reconnaître non son fils, mais celui de sa voisine et elle accuse celle-ci d'avoir, pendant la nuit, opéré une substitution, ce que l'autre nie énergiquement. Le roi entend la plaignante, puis l'autre femme – il applique le principe de la contradiction – demande qu'on lui amène

l'enfant puis ordonne « *qu'on le coupe en deux!* ». La défenderesse acquiesce, la demanderesse hurle et dit qu'elle préfère perdre son procès plutôt que de voir son fils coupé en deux. Le roi Salomon reconnaît en elle la véritable mère et ordonne à l'autre de lui remettre l'enfant.

Il est vrai que, de nos jours, une telle sentence pourrait choquer. Mais, dix siècles avant Jésus-Christ, les esprits étaient mieux préparés à ce type de décision judiciaire et il ne semble pas que les parties ou le public n'aient un instant douté qu'elle pouvait être mise à exécution. Mais ce que la tradition populaire a cru devoir à tort retenir l'exemple d'un juge qui préfère donner raison à tout le monde plutôt que de découvrir la vérité, il faut en réalité y voir le modèle du juge perspicace ayant su, à travers ce stratagème, discerner parmi les deux plaignantes celle qui témoignait d'une véritable sensibilité de mère. Était-ce la véritable mère ? Nous n'en savons rien mais ce que nous avons, c'est que c'était la plus sensible, la plus maternelle. Bref, certainement la meilleure mère. Le juge a procédé par présomption. La tradition populaire n'a pas saisi le sens véritable de la décision de Salomon car, comme les parties elles-mêmes, elles ont été trompées par la dissimulation du juge qui leur a fait croire qu'il envisageait de couper l'enfant, alors qu'il ne s'agissait que d'éprouver leurs sentiments maternels.

Il est certain qu'il n'aurait pas pu agir de cette façon si les deux femmes avaient pu bénéficier d'un algorithme. Il leur aurait appris que la sagesse et la bonté du roi Salomon ne pouvaient le conduire à couper en deux un enfant. Cette légende nous montre de façon éclatante que, comme l'écrivait justement 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* »⁷¹.

70 - Telle que racontée par J. Carbonnier dans « Flexible droit », p. 310.

71 - J. Carbonnier, *Droit Civil*, t. I, 1986, p. 23.