

Note de recherche*

Justice prédictive, injustices (pré)visibles : la Thémis 2.0. est-elle un être chimérique?

par Alex ALEXIS**

La justice prédictive fait l'objet de vives controverses quant à ses avantages et ses risques. En effet, si elle est présumée être plus objective que la justice humaine, son absence d'humanité peut à l'inverse la transformer en une véritable « arme de destruction mathématique » dirigée contre les justiciables. Comment dès lors séparer le bon grain de l'ivraie, si tant est qu'une telle opération soit possible dans cet écosystème foisonnant et opaque qu'est la justice prédictive? S'appuyant sur les expériences sociojuridiques et les débats sur la justice prédictive en Europe, au Canada et aux États-Unis, l'idée centrale qui innerve ce texte est que la justice prédictive, dépendamment des contextes et des finalités qui lui sont assignés, peut autant être une Thémis 2.0. augmentée que diminuée. Les défis que pose cette justice prédictive offrent alors une occasion d'examiner à nouveaux

* Cette note de recherche n'a pas fait l'objet d'une évaluation par les pairs en double aveugle. Elle a néanmoins fait l'objet d'une révision par l'équipe de rédaction et la direction de la RDUS.

** Alex Alexis est chercheur doctoral contractuel à l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne (CNRS – Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne). Il enseigne à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et à l'École de droit de la Sorbonne. Une première version de cet article a été rédigée dans le cadre de l'école d'été organisée par le Laboratoire de Cyberjustice en 2022. L'auteur remercie spécialement Christlord Foreste (Université Panthéon-Sorbonne/Université de Montréal), sa collègue et complice pour son soutien infaillible, ses relectures et ses conseils avisés. Il remercie enfin les membres de l'équipe éditoriale de la RDUS pour leurs précieux commentaires et révisions, ayant contribué à améliorer le propos tant sur le plan formel que substantiel. L'article relève néanmoins de la seule responsabilité de l'auteur.

frais une question plus que centenaire : celle de l'ontologie du droit et du fonctionnement de la justice.

Predictive justice is the subject of much controversy as to its potential benefits and risks. While it is presumed to be more objective than human justice, its lack of humanity can, on the other hand, transform it into a veritable “weapon of math destruction” turned against those subject to justice. How then can one separate the wheat from the chaff, if such an operation is even possible in the teeming and opaque ecosystem that is predictive justice? Based on socio-legal experiences and debates on predictive justice in Europe, Canada and the United States, the central idea that underlies this paper is that predictive justice, depending on the contexts and purposes that are assigned to it, can be an augmented or diminished Themis 2.0. The challenges posed by predictive justice thus provide an opportunity to take a fresh look at a question that is more than a century old: that of the ontology of law and the functioning of justice.

La justicia predictiva es objeto de intensas controversias sobre sus beneficios y riesgos. De hecho, aunque se presume que es más objetiva que la justicia humana, su falta de humanidad puede, a la inversa, transformarla en una verdadera « arma de destrucción matemática » dirigida contra los justiciables. ¿Cómo podríamos entonces separar el trigo de la paja, suponiendo que tal operación fuese posible en el ecosistema amplio y confuso que es la justicia predictiva? Basándose en experiencias sociojurídicas y en los debates sobre justicia predictiva en Europa, Canadá y Estados Unidos, la idea central que subyace en este artículo es que la justicia predictiva, dependiendo de los contextos y propósitos que se le asignen, podría ser una Themis 2.0. aumentada o disminuida. Los desafíos que plantea esta justicia predictiva ofrecen entonces la oportunidad de examinar de nuevo una cuestión que tiene más de un siglo: aquella de la ontología del derecho y el funcionamiento de la justicia.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	169
I. Des maux de la justice moderne à la justice prédictive	171
II. La justice prédictive : un bilan provisoire mitigé	173
A) L'utilisation des algorithmes prédictifs à l'épreuve des domaines juridiques.....	174
B) Les enjeux juridiques de l'utilisation des algorithmes de justice prédictive.....	177
III. La justice prédictive à l'épreuve de la théorie du droit	181
Conclusion	186

Introduction

La perspective d'une justice prédictive redessine le monde juridique¹ tant sur le plan pratique que symbolique². Dans ce contexte, la balance, le glaive et le bandeau de la Thémis 2.0. – nouvelle allégorie du droit et de la justice algorithmiques – pourraient revêtir des significations et des fonctions multiples, voire contradictoires. Par justice prédictive, il faut entendre tout simplement « [le] recours à l'algorithme pour prédire le résultat possible d'un litige³ ». Cette approche probabiliste du droit est rendue possible par les progrès de l'intelligence artificielle⁴ (IA), notamment le déploiement d'algorithmes d'apprentissage automatique⁵ (*machine learning*) alimentés

¹ Boris BARRAUD, « Le droit en datas : comment l'intelligence artificielle redessine le monde juridique », (2019) 1 *Revue Lamy Droit de l'immatériel* 164.

² Sur la place du rituel et du symbolique dans l'ordre juridique, voir : Antoine GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, coll. « Opus », Paris, Odile Jacob, 1997; Nicolas W. VERMEYS et Karim BENYEKHFLEF, « Premiers éléments d'une méthodologie de réformation des processus judiciaires par la technologie », dans Daniel LE MÉTAYER (dir.), *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, coll. « Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit », Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 207.

³ Karim BENYEKHFLEF et Jie ZHU, « Intelligence artificielle et justice : justice prédictive, conflits de basse intensité et données massives », (2018) 30-3 *C.P.I.* 789, 794 : il s'agit d'une définition de travail utilisée ici à des fins pédagogiques et heuristiques, notamment le souci d'assurer une meilleure intelligibilité du propos. Mais il convient d'admettre, à la suite de Licoppe et Dumoulin, que la notion de « justice prédictive » ne représente qu'imparfaitement la diversité des initiatives regroupées sous cette notion : cf. Christian LICOPPE et Laurence DUMOULIN, « Le travail des juges et les algorithmes de traitement de la jurisprudence. Premières analyses d'une expérimentation de "justice prédictive" en France », (2019) 103-3 *Droit et société* 535, 553.

⁴ L'intelligence artificielle peut être définie comme un « ensemble de théories et de techniques dont le but est de faire accomplir des tâches par une machine qui simule l'intelligence humaine » : Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques 2021-2022*, 29^e éd., coll. « Lexiques », Paris, Dalloz, 2021, p. 584.

⁵ Un algorithme d'apprentissage automatique s'entend d'une « [s]uite finie et non ambiguë d'opérations ou d'instructions permettant de résoudre un problème ou d'obtenir un résultat à partir d'éléments fournis en entrée [pouvant faire] l'objet d'une exécution automatique » : *id.*, p. 58.

par des mégadonnées (*big data*) judiciaires de plus en plus accessibles (*open data*)⁶ et couplés à une puissance de calcul toujours plus grande.

La justice prédictive fascine autant qu'elle effraie. Elle fait l'objet de vives controverses quant à ses avantages et ses risques⁷. Il est vrai que les promesses de cette Thémis 2.0. s'avèrent pour le moins ambiguës. Elle propose de s'affranchir de son bandeau pour examiner à la loupe les moindres détails et corrélations entre faits et normes juridiques pertinentes, afin de parvenir à des prévisions satisfaisantes. Alors que ce bandeau est interprété comme étant un gage d'impartialité, la Thémis numérique débandée est présumée encore plus objective et impartiale, elle qui peut « voir sans sentir », étant dépourvue d'émotion, de conscience, de jugement. Or, si le défaut de ces facultés fait justement de Thémis 2.0. un redoutable « compétiteur » des acteurs juridiques humains sur le plan de l'objectivité, il peut à l'inverse transformer son glaive

⁶ Plus d'un utilise l'expression « *open data* des décisions de justice ». Il s'agit d'un mouvement visant à, pour reprendre une formule consacrée, « libérer les données » de la justice au motif d'une transparence accrue du service public (de justice) et d'une valorisation des masses de données judiciaires par les acteurs socioéconomiques. Dans plusieurs pays, cette ouverture à grande échelle des données judiciaires est organisée par le droit. Voir, par exemple : Pierre-Yves GAUTIER, « Open data des décisions de justice : quel enjeu pour la doctrine? », (2021) 65-HS1 *Légipresse* 81; Pieter HARTEL, Rolf WEGBERG et Mark VAN STAALDUINEN, « Investigating sentence severity with judicial open data », (2022) 29 *European Journal on Criminal Policy and Research* 579; Loïc CADIET, « Sur l'open data des décisions de justice », D. 2018.04.232; Raphaël DÉCHAUX, « L'évolution du service public par l'open data. Retour sur l'exigence de publication des décisions de justice », (2021) 125-1 *Rev. fr. dr. const.* E1; Beth Simone NOVECK, « Rights-Based and Tech-Driven: Open Data, Freedom of Information, and the Future of Government Transparency Essay », (2017) 19 *Yale Human Rights and Development Law Journal* 1; Pierre-Olivier SUR, « Open data des décisions de justice : l'enjeu pour l'avocat », (2021) 65-HS1 *Légipresse* 85; Paolo GIAMBIASI, « Les perspectives ouvertes par la mise à disposition du public des décisions de justice : quelle place et quelle régulation pour la justice prédictive? État des lieux et analyse à partir de certaines des propositions du rapport de la mission sur l'open data des décisions de justice », (2018) 60-1 *Ar. philo. dr.* 117.

⁷ Voir notamment le dossier spécial consacré à ce sujet par : ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT (dir.), *La justice prédictive*, Dalloz, 2018, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-archives-de-philosophie-du-droit-2018-1.html>>, mais aussi le très récent numéro « IA, le mythe du XXI^e siècle », (2023) 57 *Philosophie magazine*, en ligne : <<https://www.philomag.com/archives/hors-serie-ndeg57>>.

en une véritable « arme de destruction mathématique⁸ » dirigée contre les justiciables. Comment dès lors séparer le bon grain de l’ivraie, si tant est qu’une telle opération soit possible dans cet écosystème foisonnant et opaque qu’est la justice prédictive? La Thémis 2.0. est-elle alors nécessairement un être chimérique? Que peut-elle nous renseigner sur la nature ou sur l’évolution du droit et de la justice?

S’appuyant sur les expériences sociojuridiques et les débats sur la justice prédictive en Europe, au Canada et aux États-Unis, l’idée centrale qui innerve ce texte est que la justice prédictive, dépendamment des *contextes* et des *finalités* qui lui sont assignés, peut autant être une Thémis 2.0. augmentée que diminuée. Les défis que pose cette justice dite « prédictive » offrent alors une occasion d’examiner à nouveaux frais une question plus que centenaire : celle de l’ontologie du droit et du fonctionnement de la justice.

Le propos s’articule en trois temps. Il s’agira d’abord de contextualiser les promesses de la justice prédictive, qui se donne à voir comme étant une réponse possible aux maux de la justice moderne (partie I). Nous verrons ensuite que, se faisant secouriste d’une justice moderne à bout de souffle, la justice prédictive génère à son tour ses propres maux et nécessite d’être secourue (partie II). Les malentendus que génère ce paradoxe seront analysés à la lumière de quelques considérations de théorie du droit (partie III).

I. Des maux de la justice moderne... à la justice prédictive

Les bases du système judiciaire occidental contemporain ont été consolidées à une certaine époque de l’histoire politique et culturelle de l’Occident : la modernité. Cette période, amorcée dès le xv^e siècle, se caractérise entre autres par une vaste entreprise de centralisation et d’*unification* du monde, censée évoluer suivant un processus linéaire dicté par la *raison* individuelle et le *progrès* collectif. Sur le plan juridique, la modernité s’est traduite par une unification proactive du droit et une centralisation progressive de la justice sous les auspices de la figure de l’État-nation, qui émerge au xvi^e siècle avec un fort postulat d’unité (un État, une nation, une

⁸ Pour reprendre la formule de Cathy O’NEIL, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, New York, Crown, 2016.

langue, un droit, etc.)⁹. La longue histoire de la centralisation des systèmes judiciaires est sans aucun doute l'une des causes principales des problèmes de la justice contemporaine, tels que les délais prolongés, les coûts élevés, la complexité, etc. D'ailleurs, au xv^e siècle déjà, Jean Juvénal des Ursins, évêque de Reims, se plaignait auprès de Charles VII d'une justice trop chère, trop lente et confuse¹⁰.

Avec le temps, et sous l'effet de tendances globales telles que l'urbanisation, la croissance démographique ou encore la montée des inégalités, le système judiciaire sera soumis à des pressions supplémentaires. Aujourd'hui, le constat est d'ailleurs sans appel : la justice serait actuellement trop coûteuse, engorgée, désemparée. Comme par nécessité, les politiques, les acteurs judiciaires et les justiciables retrouvent de l'intérêt aux modèles de justice extraétatiques (coutumes locales, négociation, médiation, etc.), auxquels la modernité juridique a pourtant longtemps livré une bataille sans merci, au nom de l'unité du droit et de la justice. La résurgence des modes dits alternatifs de règlement des conflits au cœur même des systèmes judiciaires formels dès la seconde moitié du xx^e siècle est révélatrice de ce revirement¹¹, qui s'ignore en tant que tel. La « révolution numérique » est venue amplifier le domaine de ces justices alternatives, entre autres à travers les offres de justice prédictive¹².

La palette d'acteurs ayant recours aux algorithmes de justice prédictive s'est considérablement diversifiée ces dix dernières années : chercheurs-expérimentateurs, LegalTech, acteurs judiciaires et, dans une moindre

⁹ James Q. WHITMAN, « Western Legal Imperialism: Thinking about the Deep Historical Roots », (2009) 10-2 *Theoretical Inquiries in Law* 305; Patrick PIERRE-LOUIS, « Le système coutumier haïtien », dans Michel HECTOR et Laënnec HURBON (dir.), *Genèse de l'État haïtien (1804-1859)*, coll. « Horizons américains », Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2018, p. 207, n° 4.

¹⁰ Jacques KRYNEN, *L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France, XIII^e-XV^e siècle*, coll. « Bibliothèque des histoires », Paris, Gallimard, 1993, p. 267.

¹¹ Calvin MORRILL, « Institutional Change through Interstitial Emergence: The Growth of Alternative Dispute Resolution in U.S. Law, 1970-2000 », (2017) 4-1 *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies* 10.

¹² Antoine GARAPON et Jean LASSÈGUE, *Justice digitale : révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, Presses universitaires de France, 2018.

mesure, les justiciables¹³. L'utilisation de ces outils technologiques peut par conséquent avoir lieu *en dehors, en amont* ou *au cours* d'une procédure judiciaire ou administrative. Les logiciels JusticeBot au Québec¹⁴, Predictice en France¹⁵ ou encore COMPAS aux États-Unis¹⁶ témoignent en effet de la grande diversité des acteurs, des échelles, des objectifs et des valeurs enrôlés par ces technologies.

Par-delà cette diversité quasi irréductible, les technologies regroupées sous l'étiquette de justice prédictive visent à pallier les problèmes du système judiciaire : coût élevé, lenteur et complexité procéduraux, engorgement des tribunaux, manque de confiance en la justice, etc. Elles entendent par conséquent fournir aux justiciables un meilleur accès au droit et à la justice, qui conjuguerait célérité procédurale, accessibilité financière, traitement impartial, gestion efficiente des ressources et déconcentration du processus judiciaire. Le bilan semble pourtant à ce jour mitigé, tant la justice prédictive engendre-t-elle ses propres difficultés.

II. La justice prédictive : un bilan provisoire mitigé

Sans prétendre à l'exhaustivité, il convient de dresser un bilan sommaire de l'utilisation des algorithmes prédictifs dans divers domaines juridiques (section A), les avantages et les risques associés n'étant pas les mêmes d'un domaine juridique à l'autre. Par-delà ces différenciations, les

¹³ Karim BENYekhlef et Jie ZHU, « À l'intersection de l'ODR et de l'intelligence artificielle : la justice traditionnelle à la croisée des chemins », (2020) 25-3 *Lex Electronica* 34, 64.

¹⁴ Hannes WESTERMANN, Vern R. WALKER, Kevin D. ASHLEY et Karim BENYekhlef, *Using Factors to Predict and Analyze Landlord-Tenant Decisions to Increase Access to Justice*, coll. « ICAIL'19 », New York, Association for Computing Machinery, 17 juin 2019, p. 133. Voir également la description du projet sur le site du Laboratoire de cyberjustice, en ligne : <<https://www.cyberjustice.ca/projets/justicebot/>>.

¹⁵ Il s'agit d'une jeune entreprise française créée en 2016 visant à « [s]implifier la recherche et l'analyse juridique pour les professionnels du droit » : PREDICTICE, « Bienvenue chez Predictice », *Predictice*, 2016, en ligne : <<https://predictice.com/a-propos>>.

¹⁶ Boris BARRAUD, « Un algorithme capable de prédire les décisions des juges : vers une robotisation de la justice? », (2017) 1-1 *Les Cahiers de la Justice* 121.

défis juridiques auxquels ces nouvelles technologies font communément face méritent d'être précisés (section B).

A) L'utilisation des algorithmes prédictifs à l'épreuve des domaines juridiques

Les algorithmes de justice prédictive sont à ce jour mobilisés dans pratiquement toutes les branches du droit, que ce soit le droit public¹⁷ ou le droit privé, au civil comme au pénal.

La fiscalité est sans doute l'un des terrains de déploiement des plus spectaculaires de l'intelligence artificielle en droit public¹⁸. Les administrations fiscales commencent d'ailleurs à déléguer partiellement leur mission de conseil aux contribuables à des outils intelligents, à l'instar de ces dialogueurs développés par l'Office of the Revenue Commissioners, en Irlande. Plus significativement encore, en Amérique du Nord comme en Europe, elles ne se privent pas de recourir aux outils d'apprentissage automatique (*machine learning*) et à la fouille des données (*data mining*) des contribuables en vue de détecter d'éventuelles fraudes fiscales. Le secteur privé, plus particulièrement le marché du conseil fiscal aux entreprises ou aux particuliers, s'est également saisi de ces innovations technologiques afin d'augmenter son rendement. Si la plupart des outils développés ne sont en réalité que des plateformes de recherche évoluées (Checkpoint Edge,

¹⁷ Tomas VASQUEZ ROJAS, *Projet de recherche Algorithmes et administration publique – rapport sur l'inventaire d'outils*, Document de travail 29, Montréal, Laboratoire de cyberjustice, 2021, en ligne : <<https://www.cyberjustice.ca/publications/15894/>>; Sylvain LONGHAIS, *Document de lecture des données issues de l'inventaire sur les outils algorithmiques dans les administrations publiques*, Document de travail 30, Montréal, Laboratoire de cyberjustice, 2021, en ligne : <<https://www.cyberjustice.ca/publications/document-de-lecture-des-donnees-issues-de-linventaire-sur-les-outils-algorithmiques-dans-les-administrations-publiques/>>.

¹⁸ Maria AMPARO GRAU RUIZ, « Fiscal Transformations Due to AI and Robotization: Where Do Recent Changes in Tax Administrations, Procedures and Legal Systems Lead Us? », (2022) 19-4 *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 325; Rémi SLAMA, « L'intelligence artificielle en fiscalité, entre mythe et réalité », *Laboratoire de cyberjustice*, 29 mai 2022, en ligne : <<https://www.cyberjustice.ca/2022/05/29/lintelligence-artificielle-en-fiscalite-entre-mythe-et-realite/>>.

Taxnet Pro, etc.), certains, telle la jeune entreprise canadienne Blue J Legal, vont jusqu'à prédire statistiquement comment les tribunaux trancheraient un litige fiscal¹⁹.

En droit privé, l'utilisation de l'intelligence artificielle est surtout le fait d'acteurs privés, plus particulièrement de jeunes entreprises juridiques qui ciblent une clientèle principalement composée de professionnels du droit. En France, Case Law Analytics propose à ses clients « des modèles mathématiques qui s'appuient sur l'intelligence artificielle et sur une expertise juridique fine afin d'analyser rapidement les risques associés à un dossier contentieux ou un contrat²⁰ ». Aux États-Unis, la plateforme Lex Machina, du groupe LexisNexis, retient une approche à peu près similaire, tout en élargissant l'analyse aux comportements des juges et à l'expérience des avocats et des parties au litige²¹. Le fonctionnement de la plateforme Lex Machina peut être résumé ainsi²² : (1) un algorithme d'apprentissage automatique, dénommé « Lexpression », collecte et analyse quotidiennement des millions de pages d'information sur des litiges²³ afin d'en extraire des données structurées concernant diverses facettes de ces litiges, telles que les parties, les juges et les avocats impliqués; (2) un outil numérique (Attorney Data Engine) est ensuite utilisé pour corriger et ajouter les données

¹⁹ R. SLAMA, préc., note 18.

²⁰ Voir notamment la page : CASE LAW ANALYTICS, « Analysez votre risque juridique grâce à l'IA », *Case Law Analytics*, 2020, en ligne : <<https://www.caselawanalytics.com/>>. Parmi les huit domaines du droit couverts par l'outil (droit commercial, droit boursier, droit immobilier, droit public, droit de la famille, droit de la propriété intellectuelle, droit du préjudice corporel et droit social), la plupart relèvent du droit civil.

²¹ Voir notamment la page : LEX MACHINA, « About Lex Machina », *Lex Machina*, 2015, en ligne : <<https://lexmachina.com/about/>>.

²² Voir à ce sujet la page *Lex Machina*, qui explique schématiquement le fonctionnement de la plateforme : LEX MACHINA, « How it Works », *Lex Machina*, 2015, en ligne : <<https://lexmachina.com/how-it-works/>>.

²³ Ces données sont collectées à partir de bases de données publiques, telles que celles des juridictions fédérales (Public Access to Court Electronic Records ou PACER), de la Commission du commerce international des États-Unis (United States International Trade Commission – Electronic Document Information System ou USITC – EDIS), de l'Office américain des brevets et des marques (United States Patent and Trademark Office ou USPTO), ou encore celles des juridictions des États fédérés.

manquantes sur les avocats, ainsi que pour produire un enregistrement précis de leurs comparutions, tout en mentionnant les revendications, les conclusions formulées par ces derniers et les verdicts prononcés par les juges, y compris les dommages-intérêts accordés; (3) une procédure de vérification et d'annotation des données non traitées correctement par la machine est assurée par des juristes experts; (4) un outil d'analyse précis (Case List Analyzer) est mobilisé, *in fine*, pour fournir au client de l'information juridique pertinente (sur le raisonnement d'un juge, sur l'expérience de l'avocat de la partie adverse, sur les délais et les coûts de la procédure, ou encore sur les dommages-intérêts accordés) dans des cas similaires au sien. Combinées, ces différentes solutions techniques sont censées fournir au client justiciable les moyens d'une stratégie contentieuse fructueuse, car cette dernière est basée sur des données juridiques et des données factuelles « probantes ». Au Canada, la plateforme JusticeBot, développée par le Laboratoire de cyberjustice, vise à « orienter les propriétaires et locataires québécois quant à leurs droits et obligations en droit du logement », notamment en leur facilitant l'accès aux décisions du Tribunal administratif du logement les plus pertinentes au regard de leur cas²⁴.

Par ailleurs, il faut souligner que, contrairement à la tendance observable dans les administrations publiques ou encore les juridictions pénales, les algorithmes prédictifs sont à ce jour très peu utilisés au sein des juridictions civiles.

À la jonction du droit public et du droit privé, la matière pénale est, à bien des égards, l'un des domaines les plus controversés quant à la légitimité de l'utilisation de l'intelligence artificielle à des fins de prévision et, *a fortiori*, de décision. En effet, si, au civil, la justice prédictive se contente plutôt d'une quantification du risque juridique, la justice pénale n'hésite pas à s'en remettre aux outils intelligents pour déterminer dans quelle mesure un accusé

²⁴ La plateforme est accessible via le lien suivant : LABORATOIRE DE CYBERJUSTICE, TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU LOGEMENT et MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DE L'INNOVATION ET DE L'ÉNERGIE, « Bienvenue au JusticeBot. Qu'est-ce que le JusticeBot? » *JusticeBot*, en ligne : <<https://justicebot.ca/question/%231/>>. Voir aussi : H. WESTERMANN *et al.*, préc., note 14.

ou un délinquant représente un risque pour la société²⁵. Au Royaume-Uni, par exemple, la police de la ville de Durham utilise le logiciel Harm Assessment Risk Tool (HART) pour décider de la nécessité d'une détention provisoire avant procès. Aux États-Unis, plusieurs tribunaux ont recours au logiciel Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS) pour déterminer le risque de récidive des délinquants, avec le double objectif (affirmé) de limiter les menaces de récidive et de désengorger les prisons²⁶.

On l'aura compris, la diversité des situations juridiques dans lesquelles les acteurs ont recours à des algorithmes prédictifs étant considérable, l'intensité avec laquelle peut frapper le glaive de Thémis 2.0. varie en fonction du contexte (judiciaire ou extrajudiciaire), des domaines du droit concernés (public ou privé, civil ou pénal) et des finalités poursuivies (statistiques, suggestives, ou encore décisionnelles). Mais au-delà de ces subtiles nuances, l'utilisation en général des algorithmes prédictifs pose un ensemble de défis sociojuridiques relativement communs.

B) Les enjeux juridiques de l'utilisation des algorithmes de justice prédictive

Dans ses aspects strictement techniques, le fonctionnement de la justice prédictive nécessite des mégadonnées (*input*) à même d'alimenter et d'entraîner l'algorithme conçu (*code*) pour que ce dernier puisse être capable de réaliser des prédictions ou de proposer des solutions satisfaisantes (*output*). L'ensemble de ce parcours technique est parsemé d'embûches juridiques : de la disponibilité des mégadonnées *en amont* aux solutions proposées *en aval*, en passant par l'étape *intermédiaire* du travail algorithmique proprement dit.

Le fonctionnement des algorithmes de justice prédictive implique la disponibilité d'une masse importante de données diverses, parmi lesquelles on compte les corpus de décisions de justice pouvant contenir des renseignements personnels. En France comme au Canada, l'ouverture des

²⁵ K. BENYEKHLEF et J. ZHU, préc., note 13, 802.

²⁶ B. BARRAUD, préc., note 16, 15.

données judiciaires constitue la norme²⁷ et est relativement bien encadrée sur le plan juridique²⁸, même si les approches diffèrent significativement entre les deux pays, notamment quant à l'exigence de pseudonymisation préalable à l'ouverture des décisions de justice qui s'impose en France²⁹, mais pas au Canada. La justice prédictive se nourrit également de toutes sortes de données personnelles collectées en ligne, à travers les réseaux sociaux, les plateformes, etc. Or, les législations relatives à la protection des données personnelles, à l'instar du *Règlement général sur la protection des données*³⁰ en Europe, imposent des exigences de consentement, de limitation et de minimisation des collectes de données : ce qui s'oppose *a priori* à la constitution du *big data* nécessaire au fonctionnement des algorithmes prédictifs³¹. Une solution de juste milieu serait alors à rechercher entre la protection de la vie privée

²⁷ Flora DORNEL, « Les données personnelles à l'épreuve de l'open data des décisions de justice : entre principe de transparence de la justice et droit à la vie privée », (2020) 25-2 *Lex Electronica* 60.

²⁸ En France, le principe de l'*open data* des décisions de justice a été consacré par la *Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique*, J.O. 8 octobre 2016, p. 1, prévoyant l'ouverture par défaut des données des administrations et des collectivités publiques. Le cadre juridique a été par la suite précisé par la *Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, J.O. 24 mars 2019, p. 2, le *Décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 relatif à la mise à la disposition du public des décisions des juridictions judiciaires et administratives*, J.O. 30 juin 2020, p. 1, et le *Décret n° 2021-1276 du 30 septembre 2021 relatif aux traitements automatisés de données à caractère personnel dénommés « Décisions de la justice administrative » et « Judilibre »*, J.O. 1^{er} octobre 2021, p. 14. Au Canada, « la position de la Cour suprême est plutôt claire : sauf cas exceptionnels prévus par les textes, la transparence de la justice prime sur la vie privée des individus. Et l'introduction de l'électronique n'en change pas le principe » : *id.*, 64.

²⁹ Voir notamment : *Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique*, préc., note 28, art. 20 et 21. Ces articles précisent que la mise à disposition du public des décisions de justice doit être précédée d'une analyse du risque de réidentification des personnes.

³⁰ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil 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, et abrogeant la directive 95/46/CE (*Règlement général sur la protection des données*) (ci-après « RGPD »).

³¹ K. BENYEKHLEF et J. ZHU, préc., note 13, 812.

(informationnelle) et la promotion de l'innovation socioéconomique et juridique³².

Les défis juridiques que pose la justice prédictive sont loin de s'arrêter au stade préalable de la disponibilité des mégadonnées nécessaires au fonctionnement des algorithmes. À l'intersection du travail algorithmique (stade intermédiaire) et des résultats générés (stade final) se logent des questions de droit dont les enjeux ne sont pas moindres, car ils touchent aux principes fondamentaux du droit et de la justice. Ces principes concernent notamment la transparence, la contradiction, la justification ou encore la contestation. Les révélations de l'organisme de journalisme d'investigation ProPublica sur les biais racistes de l'algorithme COMPAS³³ – utilisé dans plusieurs institutions carcérales américaines pour déterminer le risque de récidive et la libération conditionnelle – illustrent en partie les injustices déjà (pré)visibles d'une justice prédictive encore mal maîtrisée.

Le respect du principe de transparence se heurte devant l'opacité de l'algorithme, dont on apprend par ailleurs, non sans surprise, que plus son mécanisme de fonctionnement perd en intelligibilité, plus ses prédictions gagnent en précision³⁴. Cette opacité de fonctionnement de l'algorithme rend ses prédictions inexplicables, ce qui peut être considéré comme socialement inacceptable dans une société démocratique de plus en plus soumise, à l'instar

³² Inspirée par la théorie des communs, une partie de la doctrine émet l'hypothèse d'une gestion collective des renseignements personnels qui pourrait s'inspirer des modèles juridiques des *res communes* ou de la fiducie; voir : *id.*; Fabien LECHEVALIER, « Réinventer la protection des renseignements personnels à la lumière des mécanismes d'auto-gouvernance des communs environnementaux », (2021) 26-2 *Lex Electronica* 88.

³³ En effet, « [the] analysis found that: Black defendants were often predicted to be at a higher risk of recidivism than they actually were while White defendants were often predicted to be less risky than they were » : Jeff LARSON, Surya MATTU, Laurent KIRCHNER et Julia ANGWIN, « How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm », *ProPublica*, 23 mars 2016, en ligne : <www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm?token=BqO_ITYNAMQwhj7daSusnn7aJDGaTW>.

³⁴ Brian SHEPPARD, « Warming up to inscrutability: How technology could challenge our concept of law », (2018) 68-1 *U. Toronto L.J.* 36, 57 et 58.

de ses juristes, à l'impératif de justification³⁵. À cela s'ajoute le fait qu'une contre-expertise algorithmique, supposément techniquement possible, puisse être empêchée par des intérêts propriétaires sur l'algorithme³⁶, ce qui revient à miner le principe du contradictoire. En droit européen, l'article 22 du RGPD consacre toutefois le droit pour toute personne concernée de ne pas faire l'objet d'une décision fondée *exclusivement* sur un traitement automatisé. Ce droit d'opposition peut être revendiqué pour contester des décisions fondées exclusivement sur des algorithmes prédictifs, tant dans le secteur public que le secteur privé. Le droit à la contestation est ainsi réaffirmé. Il reste alors la question d'une éventuelle responsabilité du fait de l'algorithme³⁷.

En outre, plusieurs auteurs ont pointé du doigt le risque d'un effet performatif dont la justice prédictive serait porteuse³⁸, et qui pourrait affecter tant le comportement du juge que celui du justiciable à l'égard de la justice. Il est en effet probable que la force prédictive des algorithmes vienne à dissuader le justiciable de porter sa cause devant un juge si les prédictions préalables de l'algorithme ne jouent pas en sa faveur, ce qui peut déboucher, de fait, sur une restriction de l'accès au juge. Mais ce risque est tempéré par la possibilité pour le justiciable de recourir à des modes alternatifs de résolution des conflits³⁹. S'agissant du juge, plus d'un redoute une influence décisive des prédictions de l'algorithme sur son office, à même de restreindre sa liberté

³⁵ Luc BOLTANSKI et Laurent THÉVENOT, *De la justification : les économies de la grandeur*, coll. « NRF essais », Paris, Gallimard, 1991. Par ailleurs, il est à noter que l'article 13(2)f) du RGPD impose une obligation de motivation au responsable de traitement, qui doit alors fournir à la personne concernée de l'information sur la logique sous-jacente du traitement informatisé dont ses données à caractère personnel font l'objet, ainsi que sur les conséquences de ce traitement.

³⁶ Comme illustré, à propos du logiciel COMPAS, dans la décision de la Cour suprême du Wisconsin dans *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016).

³⁷ Nicolas VERMEYS, « La responsabilité civile du fait des agents autonomes », (2018) 30-3 *C.P.I.* 851.

³⁸ Louis LARRET-CHAHINE, « Le droit isométrique : un nouveau paradigme juridique né de la justice prédictive », (2018) 60-1 *Ar. philo. dr.* 287; Sylvie LEBRETON-DERRIEN, « La justice prédictive. Introduction à une justice "simplement" virtuelle », (2018) 60-1 *Ar. philo. dr.* 3, 19; Ledy RIVAS ZANNOU, « Le couple justice et technologies : lune de miel ou lune de fiel? », (2019) 24-2 *Lex Electronica* 1.

³⁹ S. LEBRETON-DERRIEN, préc., note 38, 13 et 14; K. BENYEKHLEF et J. ZHU, préc., note 13, 789, 796 et 797.

d'appréciation. Mais peut-être s'agit-il d'un risque seulement théorique... Des études empiriques réalisées sur la posture des juges vis-à-vis des algorithmes prédictifs montrent plutôt que les juges demeurent très attachés à leur indépendance à l'égard de la technologie⁴⁰.

III. La justice prédictive à l'épreuve de la théorie du droit

À travers les développements qui précèdent, nous sommes curieusement passés de l'exposition des maux de la justice moderne à l'exploration des maux de la justice prédictive. Entre deux maux, faudrait-il choisir le moindre, comme le proposerait Aristote? C'est la voie opposée qui sera plutôt suivie ici, à l'instar de ce pessimiste d'Oscar Wilde, qui, entre deux maux, choisit les deux. Conjuguer la justice moderne et la justice prédictive peut en réalité être une solution beaucoup plus ludique qu'il ne le semble *a priori*, à condition de les intégrer dans un projet de connaissance commun, où elles pourront s'éclairer réciproquement et évoluer conjointement. Si la justice prédictive peine à satisfaire aux exigences du monde juridique, la difficulté ne tient pas uniquement, ni même principalement, à des limites technologiques, mais davantage à un prérequis : celui de la connaissance du droit, dans son mode d'être, sa pratique, ses fondements et ses finalités. Là réside la principale contribution que pourrait apporter la théorie (et les sciences sociales) du droit aux initiatives de justice prédictive. Il n'est cependant pas certain que la théorie du droit, divisée depuis plus d'un siècle entre diverses « écoles », soit actuellement en mesure de dresser un portrait « véridique⁴¹ », ni même consensuel, du droit, pris dans toutes ses ambiguïtés.

⁴⁰ Par exemple : C. LICOPPE et L. DUMOULIN, préc., note 3; Cyrus TATA, « Resolute Ambivalence: Why Judiciaries Do Not Institutionalize Their Decision Support Systems », (2000) 14-3 *International Review of Law, Computers & Technology* 297, 298.

⁴¹ Dans le sens où l'entend Bruno Latour, c'est-à-dire « est réel ce qui résiste à l'épreuve » : Bruno LATOUR, *Les Microbes. Guerre et paix*, suivi de *Irréductions*, Paris, La Découverte, 1984, p. 177; Bruno LATOUR et Steve WOOLGAR, *La Vie de laboratoire : la production des faits scientifiques*, Paris, La Découverte, 1988; Thomas PÉRILLEUX, « Épreuve (test, trial – prueba) », dans Agnès VANDELVEDE-ROUGALE et Pascal FUGIER, avec la collab. de Vincent DE GAULEJAC (dir.), *Dictionnaire de sociologie clinique*, coll. « Sociologie clinique », Toulouse, Érès, 2019, p. 259.

Or, la plupart des initiatives de justice prédictive engagent une certaine conception du droit et de la pratique jurisprudentielle qui l'accompagne. Cette conception, souvent associée au positivisme juridique, noue d'importantes affinités électives avec le positivisme scientifique, qui postule que seules sont valides les connaissances acquises suivant le modèle empirique-logique, très développé dans les sciences expérimentales⁴². Ce modèle exige d'abord l'observation objective du réel, censée produire des « données brutes » dégagées de tout jugement et à partir desquelles sera ensuite élaborée la connaissance conformément aux canons de la logique formelle, à l'instar du raisonnement mathématique et de la modélisation⁴³. Selon Violaine Lemay et Michelle Cumyn, le modèle empirique-logique séduit de nombreux juristes depuis le ^{xx}e siècle. Ces juristes appréhendent les règles de droit et les faits comme des données brutes, se prêtant à un traitement conforme aux canons de la logique formelle, notamment au moyen du syllogisme juridique⁴⁴. C'est ce modèle, qui vient s'appuyer sur les travaux des célèbres théoriciens du positivisme juridique, notamment Hans Kelsen et Herbert L.A. Hart, qui fonde généralement, en théorie du droit, le fonctionnement des algorithmes prédictifs⁴⁵.

Pourtant, le positivisme juridique, en tant que paradigme, n'est qu'une réponse parmi d'autres aux questions touchant à l'ontologie du droit (qu'est-ce que le droit? quelles sont ses frontières?) et au fonctionnement de la justice (comment le droit est-il appliqué, interprété? comment le juge raisonne-t-il? quels sont les facteurs qui déterminent ou influencent sa décision?). Il est depuis longtemps concurrencé par d'autres paradigmes (jusnaturalisme, réalisme, pragmatisme, etc.), si bien que la tentation est grande de se servir des algorithmes prédictifs comme moyen d'apprécier, enfin, la valeur et la « vérité » respectives de ces paradigmes concurrents.

⁴² Violaine LEMAY et Michelle CUMYN, « La recherche et l'enseignement en faculté de droit : le cœur juridique et la périphérie interdisciplinaire d'une discipline éprouvée », dans Georges AZZARIA (dir.), *Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 39, à la p. 50.

⁴³ *Id.*, aux p. 50 et 51.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*, aux p. 50-52.

À cet égard, l'article de Boris Barraud, ayant consacré des développements substantiels aux implications théoriques de la justice prédictive, mérite attention⁴⁶. L'auteur part des résultats produits par un algorithme dont l'objet est de deviner la solution retenue par le juge à partir d'un corpus de près de 600 affaires jugées par la Cour européenne des droits de l'Homme⁴⁷. En combinant les faits, les arguments des parties et le droit applicable, l'algorithme parvient, dans huit cas sur dix, à deviner la solution juridique retenue par les juges. Selon Boris Barraud, les 79 % de concordance entre les décisions réelles des juges et celles devinées par l'algorithme incitent à penser que les jugements sont le plus souvent la conséquence de véritables syllogismes juridiques, ce qui conforterait le positivisme juridique, notamment le normativisme kelsénien⁴⁸. Cependant, poursuit-il, les 21 % de divergence entre l'algorithme et les juges invitent à penser que, au-delà des seuls faits de l'espèce et du droit pertinent, d'autres considérations influencent parfois décisivement le choix des juges, ce qui conforterait la position du réalisme américain⁴⁹, y compris dans ses versions les plus radicales⁵⁰. L'auteur

⁴⁶ B. BARRAUD, préc., note 16.

⁴⁷ Ces résultats sont présentés dans : Nikolaos ALETRAS, Dimitrios TSARAPATSANIS, Daniel PREOȚIUC-PIETRO et Vasileios LAMPOS, « Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective », (2016) 2 *PeerJ Comput. Sci.* e93.

⁴⁸ Suivant la perspective du normativisme kelsénien, le juge est un organe exécutif se limitant à appliquer la loi du souverain au cas qui lui est soumis. Ainsi, il ne détient aucun pouvoir de création normative, dans la mesure où, pour reprendre la célèbre formule de Montesquieu, il n'est que la « bouche de la loi ». Les jugements qu'il rend en vertu de la loi sont des normes individuelles situées tout en bas de la pyramide des normes : B. BARRAUD, préc., note 16, 127 et 128.

⁴⁹ *Id.*, 131. Le réalisme américain est entendu ici comme un courant théorique qui privilégie le droit en action sur le droit des textes :

[S]i le droit se définit comme « la décision du souverain », ce souverain, pour les tenants du réalisme juridique, serait moins le parlement-législateur que le juge. Selon les réalistes, les lois ne feraient pas partie du droit positif; au mieux, elles seraient une source matérielle, soit une source d'inspiration, et seuls les jugements constitueraient le droit positif. Ils bannissent, quels que soient le contenu de la loi et les données de l'espèce, le recours au raisonnement de type déductif, syllogistique et linéaire. (*id.*, 123).

⁵⁰ À titre illustratif, Barraud cite le professeur Jerome Frank, qui, dit-il, est peut-être le tenant du réalisme américain le plus radical : « [c]e professeur dénonçait l'illusion

en tire des conclusions sur le plan de la théorie du droit : « entre les excès du réalisme américain et les insuffisances du normativisme kelsénien, [c'est] peut-être la voie du réalisme scandinave qui permet le mieux de rendre compte de la réalité du droit⁵¹ ».

Il faut cependant souligner que l'expérimentation algorithmique n'a pas été conçue pour prendre en compte les variables explicatives souvent mobilisées par les tenants du réalisme américain, telles que les croyances précises des juges ou leur conception différenciée de la justice sociale⁵². Par conséquent, les prédictions auxquelles l'algorithme est parvenu, si elles sont compatibles avec les postulats du positivisme juridique, ne suffisent pas à invalider *a contrario* la théorie concurrente du réalisme américain. En effet, en alimentant leur algorithme avec les données que constituent les faits de l'espèce, les arguments des parties et le droit pertinent, les expérimentateurs adhèrent – peut-être malgré eux – à une délimitation des frontières du droit et de ce qui constitue le matériau pertinent, voire suffisant, à la prise de décision judiciaire⁵³. C'est déjà faire preuve de théorie. Or, alors que leur démarche expérimentale semble davantage informée par certains postulats du positivisme juridique, les expérimentateurs n'en concluent pas moins que

du “jeu intellectuel” consistant à prétendre identifier des règles dans la loi alors que la pratique réelle des cours et tribunaux dépendrait de tout (*sic.*) autres données; à tel point qu'une décision de justice serait davantage influencée par le “petit déjeuner du juge” que par le contenu de la loi » (*id.*, note 13).

⁵¹ *Id.*, 133. Comme le souligne Boris Barraud, le réalisme américain et le réalisme scandinave reconnaissent tous les deux la liberté des juges par rapport aux lois. Mais contrairement au réalisme américain, qui postule que la légalité n'est pas un facteur déterminant dans le processus décisionnel judiciaire, le réalisme scandinave souligne l'attachement du juge à la loi. Pour le réalisme scandinave, la liberté du juge à l'égard de la législation fait l'objet d'un certain nombre de contraintes juridiques qui influencent le plus grandement sa décision et assurent par conséquent une certaine prévisibilité à la pratique jurisprudentielle, qui est donc loin d'être arbitraire, car non soumise au (seul) caprice du juge. Sur ces questions, voir aussi : Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, coll. « La pensée juridique », Paris, L.G.D.J., 2005.

⁵² Comme le reconnaît l'auteur lui-même : B. BARRAUD, préc., note 16, 130.

⁵³ N. ALETRAS *et al.*, préc., note 47.

les résultats obtenus tendent à valider la thèse du réalisme américain⁵⁴, ce qui semble révéler une certaine confusion de la part de ces expérimentateurs⁵⁵.

La morale de cette histoire est que les prédictions opérées par les algorithmes à partir des décisions judiciaires disponibles (et éventuellement d'autres données factuelles) engagent *déjà* une certaine conception de l'ontologie du droit et du fonctionnement de l'appareil judiciaire⁵⁶. Dans ces conditions, ces algorithmes ne constituent pas en soi la panacée pour évaluer *ipso facto* le mérite respectif des différentes appréhensions théoriques de l'univers juridique. En revanche, utilisés avec *réflexivité* et suivant des méthodes appropriées, ils peuvent aider à améliorer notre connaissance de ce qu'est le droit, et surtout de ce qu'il n'est pas, notamment en mettant à l'épreuve la théorisation qui sous-tend chaque dispositif algorithmique. C'est dire, autrement, que l'on ne saurait faire l'économie d'une réflexion théorique sur et à l'occasion des expérimentations de justice prédictive. En effet,

[d]ans ce domaine comme dans bien d'autres, l'évolution des techniques de traitement de données ne dispense pas leurs promoteurs de disposer de connaissances préalables sur les objets traités, ni d'hypothèses sur les variables explicatives des observations, et encore moins d'un cadre théorique pour donner un sens à ces données⁵⁷.

Par exemple, l'injection dans des algorithmes de justice prédictive d'une masse de décisions judiciaires indifférenciées interroge la théorie de la jurisprudence (hiérarchisation, sélection et diffusion limitée des décisions judiciaires en fonction de leurs juridictions émettrices et de leur intérêt juridique), qui a longtemps prévalu dans la plupart des systèmes de droit

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ Sur ce point, voir : B. BARRAUD, préc., note 16, 132.

⁵⁶ Ainsi, le fonctionnement de la plateforme Lex Machina décrit plus haut, qui semble élargir l'analyse des décisions judiciaires aux comportements des juges et à l'expérience des avocats, est informé par une certaine théorie du droit, proche du réalisme juridique, qui postule que ces données sont autant pertinentes que le droit applicable et les faits de l'espèce pour la prédictibilité des décisions judiciaires.

⁵⁷ Évelyne SERVERIN, « De l'informatique juridique aux services de justice prédictive, la longue route de l'accès du public aux décisions de justice dématérialisées », (2018) 60-1 *Arch. philo. dr.* 23, 42.

civil⁵⁸. En France notamment, les décisions des juridictions de fond n'ont traditionnellement pas de statut théorique, par opposition aux décisions des juridictions suprêmes, qui ont pour mission de contrôler la bonne application du droit et d'en fixer l'interprétation⁵⁹, ce qui questionne la valeur théorique et juridique des prédictions de l'algorithme.

On le comprendra, la justice prédictive peut apporter une contribution décisive à la connaissance du droit. En prétendant mimer ce qu'est (ou ce que devrait être) le droit et la justice, elle tend en effet un miroir quelque peu déformé au monde juridique, le forçant ainsi à mieux se *(re)présenter*. Les incertitudes et les inquiétudes que suscite la justice prédictive dans les milieux social et juridique favorisent ainsi un climat de réflexivité généralisé, donnant lieu à des élicitations diverses sur ce qu'est le droit, ainsi qu'à des hiérarchisations des valeurs en droit⁶⁰, ce qui est pour le moins essentiel, surtout en cette période d'incertitude sur le sens et l'avenir de nos institutions⁶¹.

Conclusion

Nous voilà arrivé au bout de quelques considérations – somme toute provisoires et évolutives – sur la justice prédictive, dont le point de départ a été la question de savoir si elle était, en fait, un être chimérique. Pour y répondre, nous avons non seulement pris appui sur les débats autour de la justice prédictive, mais aussi effectué quelques détours par l'histoire du droit et la théorie du droit, tout en étant conscient d'avoir emprunté d'importants raccourcis, qui laisseront sans doute dubitatifs historiens et théoriciens du droit. Nous en appelons donc à l'indulgence du lecteur.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ Luc BOLTANSKI, « L'inquiétude sur ce qui est : pratique, confirmation et critique comme modalités du traitement social de l'incertitude », (2009) 5-1 *Cahiers d'anthropologie sociale* 163; Laurent DOUSSET, *Pour une anthropologie de l'incertitude*, Paris, CNRS Éditions, 2018.

⁶¹ Jacques COMMAILLE, « "Réformer la justice" : quel régime de connaissance mobiliser en référence à une nouvelle théorie générale de la fonction de justice à construire? », (2020) 54-1 *RJTUM* 25.

Au fil de la réflexion, nous avons mis le doigt sur un ensemble de malentendus et de paradoxes au sujet de la justice prédictive, en la problématisant autrement. C'est ainsi que nous avons suggéré que tout se passe comme si l'institution étatique de la justice moderne récupérait le pouvoir des normativités sociospatialement *distribuées* (les fameuses « coutumes » que le droit étatique a, en Europe, fini par subjuguier) pour *redistribuer*, des siècles plus tard, sous l'effet ou sous prétexte d'engorgements, une part de ce pouvoir normatif à des algorithmes. Le mouvement « historique » et le déplacement conceptuel ainsi opérés sont révélateurs d'une certaine forme d'amnésie d'État : hier, l'*absorption* de la diversité juridique par le code (civil), aujourd'hui, la *délégation* du trop-plein juridique au code (algorithmique)⁶². Autrement dit, de l'État moniste et centralisateur chasseur ou capteur de « coutumes » alternatives, on est passé au XXI^e siècle à l'État pluraliste et tolérant, qui incite, voire parfois oblige, à des modes alternatifs de gestion de la société, d'où la prolifération des algorithmes de justice prédictive à l'extérieur, mais aussi à l'intérieur même de l'appareil étatique. Toutefois, ce regain d'intérêt soudain de l'État pour les « alternatives » n'est que partiel, car l'admiration dont il témoigne pour ces dernières est précisément dirigée vers un type particulier de normes et de procédures : celles qui, du point de vue de la rationalité gestionnaire de l'État, sont considérées comme intelligibles, maîtrisables, calculables – autrement dit, celles qui partagent un certain « air de famille » avec l'idéal de *prévisibilité* du droit étatique⁶³. On comprend alors pourquoi les algorithmes ont facilement trouvé écho auprès de la plupart des gardiens et des professionnels du droit, qui, parce qu'ils sont accoutumés

⁶² Du reste, la délégation normative, entendue comme le transfert de la compétence normative de l'État à d'autres acteurs ou entités, est l'une des tendances fortes du droit contemporain, même si cette tendance varie considérablement d'une région à l'autre. Sur ce sujet, voir : Vincent GAUTRAIS, « “Made in Canada” : Distinctions culturelles de la protection des renseignements personnels canadienne », (2021) 33-3 *C.P.I.* 1365, 1405 et 1406.

⁶³ On comprend alors en partie pourquoi les normativités des peuples autochtones, considérées à tort ou à raison comme étant radicalement différentes des normativités étatiques, ont toujours « paniqué » les États, qui, globalement, peinent à leur reconnaître une autonomie normative et politique par rapport à l'appareil juridico-politique de l'État.

à la « pensée d'État⁶⁴ », ont rapidement associé l'algorithme et le droit dans une nouvelle problématique qui finit par produire la réalité de la « justice prédictive⁶⁵ ».

Mais la justice prédictive n'est pas la justice (moderne). Si la première peut voler au secours de la seconde, elle n'en génère pas moins ses propres maux, ses lots de malaises. Et parce que, justement, elle n'est pas la justice telle qu'on la connaît ou qu'on pense la connaître – celle à laquelle la modernité a fini par nous attacher pour le meilleur ou pour le pire –, les inquiétudes et les contestations sociales dont la justice prédictive fait l'objet sont tout à fait compréhensibles d'un point de vue « démocratique ». Et toujours parce que, justement, elle n'est pas la justice moderne, et ce, en dépit des prétentions mimétiques et des bonnes intentions que certains voudraient bien lui prêter, la justice prédictive offre un point de comparaison-miroir permettant une meilleure connaissance de l'ontologie du droit et du fonctionnement de la justice. Une meilleure connaissance qui, idéalement, devrait nous permettre de savoir, ou plus exactement de décider, si nous pouvons raisonnablement déléguer la gestion du lien social, en tout ou en partie, à l'empire d'un tiers institué⁶⁶ fait de bits, de *bytes* et *tutti quanti*... un tiers incapable de s'incarner dans des êtres de chair, d'os et de cœur – autrement dit, dans tout ce que nous sommes...

In fine, la Thémis 2.0., dont on a conclu qu'elle était bien le symbole d'une amnésie d'État, est-elle de surcroît un être chimérique? Nous sommes enclin à répondre par la négative. La justice prédictive peut en effet être autant une Thémis augmentée que diminuée, dépendamment des contextes et des finalités poursuivis. S'en servir pour la résolution (extrajudiciaire) des

⁶⁴ Pierre BOURDIEU, « Esprits d'État. Genèse et structure du champ bureaucratique », (1993) 96-1 *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* 49.

⁶⁵ Sur ces genres d'opérations où les acteurs définissent les propriétés et la volonté des êtres et des choses qui peuplent le monde afin de faire advenir la réalité, naturelle ou sociale, voir les travaux du sociologue des sciences : Michel CALLON, « Éléments pour une sociologie de la traduction. La domestication des coquilles Saint-Jacques et des marins-pêcheurs dans la baie de Saint-Brieuc », (1986) 36-3 *L'Année sociologique* 169.

⁶⁶ François OST, *Le droit ou l'empire du tiers*, coll. « Les sens du droit », Paris, Dalloz, 2021; L. BOLTANSKI, préc., note 60.

« conflits de basse intensité », comme le suggèrent certains juristes⁶⁷ en vue de garantir un meilleur accès à la justice, ou encore aux fins d'une meilleure connaissance du droit, comme nous le suggérons ici, seraient quelques exemples d'utilisations raisonnables de l'outil. La justice prédictive peut, en revanche, être perçue comme une déesse de l'imposture lorsqu'elle prétend être déjà la transfiguration numérique (encore plus) parfaite d'un monde juridique dont elle ignore encore largement l'ontologie et la téléologie.

⁶⁷ K. BENYEKHLEF et J. ZHU, préc., note 13.