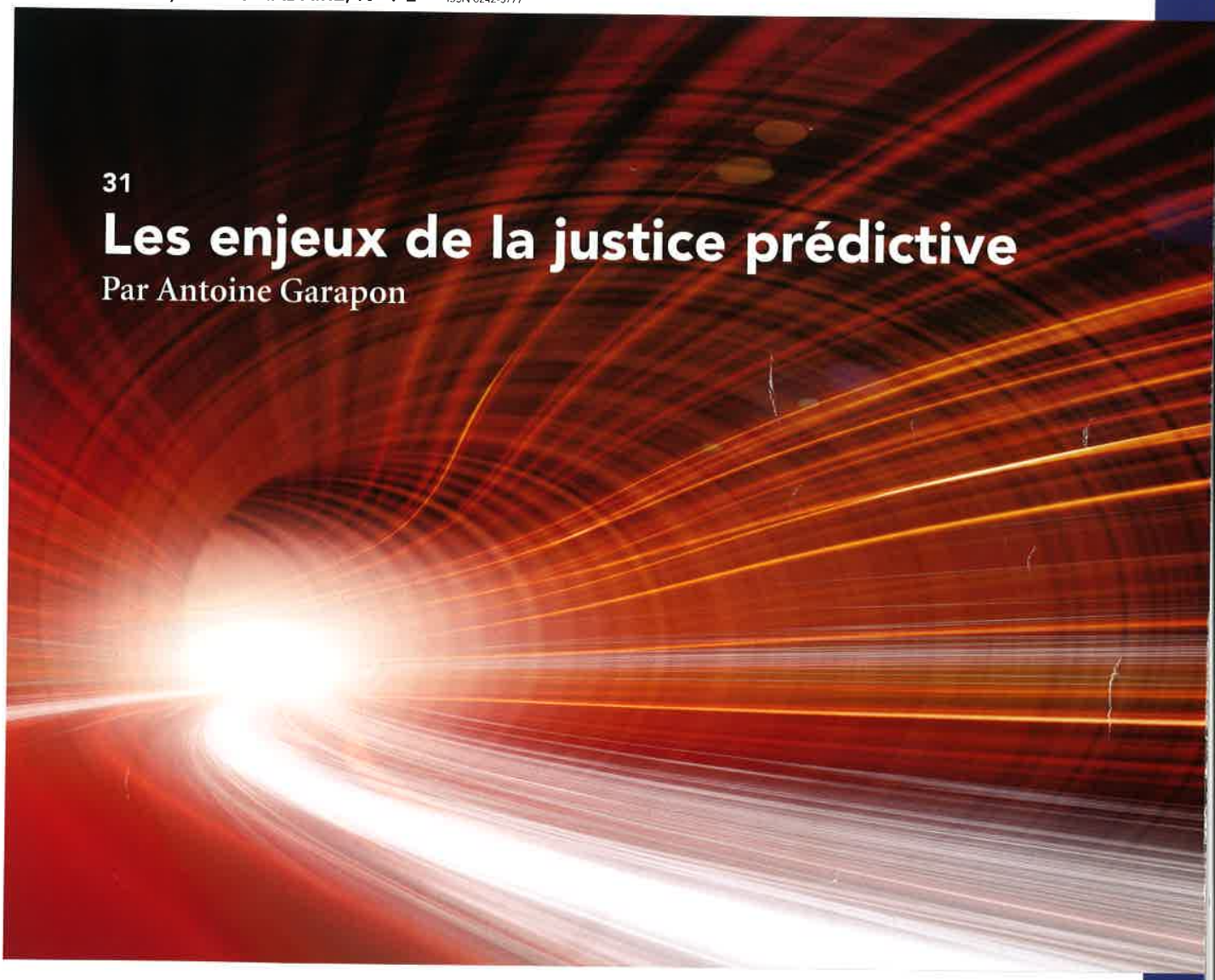
LA SEMAINE JURIDIQUE

ÉDITION GÉNÉRALE

9 JANVIER 2017, HEBDOMADAIRE, N° 1-2 ISSN 0242-5777



31

Les enjeux de la justice prédictive

Par Antoine Garapon

3 **Lutte contre la corruption** - Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, Aperçu rapide Jean-Marie Brigant

4 **Lutte contre le terrorisme** - Ordonnance du 1er décembre 2016 relative à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. Nouveautés et confirmations pour les avocats, Aperçu rapide David Lévy

1 **Édito** - Jacqueline Sauvage, sombres augures, par Pascale Robert-Diard

33 **Utilité commune** - De l'utilité commune et du bien commun, Mot de la semaine (avec Vidéo) par Frédéric Peltier

LexisNexis®

LA PERTINENCE DE LA SÉLECTION, LA FIABILITÉ DES ANALYSES

JUSTICE

Qu'est-ce que la justice prédictive ? C'est la justice promise par les legaltech et notamment les big data. Elle n'existe aujourd'hui qu'à l'état de projet, d'espoir voire de rêve mais elle mérite néanmoins la plus grande attention car les transformations en cours sont d'une profondeur insoupçonnable. Ce paradigm shift peut être décomposé en trois révolutions - sociologique, cognitive et symbolique - dont chacune doit être détaillée pour bien mesurer les défis que la justice prédictive lance à l'idée de justice.

31

Les enjeux de la justice prédictive

Étude rédigée par
ANTOINE GARAPON

Antoine Garapon est magistrat, secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice

Étude initialement publiée in RPPI 2016, étude 4

1. Une triple révolution

A. - Une mutation sociologique

1 - À la différence des précédentes grandes révolutions juridiques comme ont pu l'être celle du Code civil ou du constitutionnalisme, ce changement n'est pas le fait de juristes, ni du législateur qui semble subir cette mutation, ni des décideurs publics (qui furent à la manœuvre dans la grande réforme de la LOLF). Non, elle est portée par des jeunes businessmen, frais émoulus d'écoles de commerce, des mathématiciens et des geeks qui ont vu dans la justice un champ inexploité, le dernier peut-être, qu'ils ont décidé de labourer avec leurs propres modèles et leur logique très éloignée du droit. Après la santé (la nethealth), l'éducation (les mooks), l'urbanisme (les smart cities) ou la vie politique (les civic tech), la justice est bouleversée par la technologie.

2 - Les start-up qui se lancent dans les legaltech sont créées par des ingénieurs et des entrepreneurs (dont certains peuvent devenir avocats par la suite) dans une logique assumée de profit. D'où un premier choc culturel : la justice prédictive et les legaltech sont nées de la pénétration d'une logique capitalistique dans une profession

d'avocat qui refusait encore jusqu'il y a peu que leur rapport aux clients soit déterminé par l'argent[1].

3 - Les legaltech vont commencer par traquer les « disruptable gaps », c'est-à-dire les vides dans lesquels elles vont s'engouffrer pour secouer les pratiques d'un secteur aux méthodes archaïques, conservateur et obstrué par de nombreuses barrières imaginaires qui excitent leur appétit profanateur. Dans la droite ligne de la nouvelle culture numérique, ils veulent débarrasser le public de la « caste » des avocats. Ces derniers se réfugient derrière leur statut et leur déontologie, ce qui creuse encore plus le fossé entre les deux cultures...

4 - La dynamique des legaltech résulte d'une double concurrence : celle entre les start-up qui vont proposer des services toujours plus performants, toujours plus innovants, qui a pour effet d'intensifier la concurrence entre les avocats et d'accélérer leur évolution vers un modèle entrepreneurial. La logique capitalistique entrepreneuriale tend à supplanter la logique artisanale de la justice. D'ailleurs certaines law firms américaines ont vite compris qu'il leur fallait pour survivre, intégrer l'innovation technologique en leur sein.

5 - L'innovation technologique accélère aussi indirectement la réforme de la profession d'avocat en offrant de nouveaux services à leurs clients, notamment aux plus solvables, les entreprises et les banques[2]. Les start-up pratiquent également un entrisme intelligent, en fournissant gratuitement à certains comme les juges, les universités ou certaines ONG des instruments qu'elles facturent très cher aux avocats.

6 - L'innovation se dit toujours au service du droit mais elle est aussi au service du business car, à ses yeux, les deux sont inséparables ; il existe une convergence naturelle entre le marché, l'innovation et le développement social (la culture française est spontanément méfiante à l'égard de cette présomption que ce qui est bon pour le business est bon pour la justice). Par exemple, la start-up Legalist, lancée par une jeune étudiante de vingt ans débauchée par des magnats de la Silicon Valley de l'université d'Harvard où elle étudiait, propose de financer tous types d'actions en justice en échange de la moitié des sommes attribuées par la justice au plaignant. Elle attend des forts retours sur investissement mais ce faisant, elle propose aussi de redresser la mauvaise pratique américaine où les entreprises qui ont de l'argent multiplient les plaintes en justice pour exténuer financièrement leurs concurrents. Elle œuvre donc à la fois dans son intérêt et dans l'intérêt de la justice. D'ailleurs son premier client est un modeste boulanger en conflit avec un géant de l'assurance. Son secret ? Un algorithme capable de déterminer en quarante-huit heures les chances de succès et la durée probable des procédures à partir d'une base de données de quinze millions de dossiers sur les vingt-cinq dernières années[3].

7 - L'innovation est aussi au service de l'intelligence. L'objectif de cette nouvelle logique est d'optimiser le travail de tous les juristes, clients, avocats ou juges, afin de favoriser une « smartjustice ». L'adjectif « smart » a ici non seulement le sens d'intelligent mais aussi celui de malin, de celui qui va obtenir la meilleure rentabilité avec le minimum de moyens en utilisant les possibilités de la technologie ; il renvoie à la triple qualité de connecté, global et économe. L'optimisation devient une qualité cardinale dans un monde fini en voie de saturation.

B. - Une révolution cognitive

8 - Cette stratégie des acteurs de l'innovation de changer les pratiques par l'extérieur s'appuie sur un nouveau savoir lui aussi radicalement étranger au droit. La fonction prédictive n'est pas nouvelle en soi : elle est inscrite dans la nature même du droit qui est de rendre les rapports sociaux prévisibles. N'était-ce pas l'esprit même du Code civil que d'énoncer des règles claires de façon à permettre à tous d'anticiper l'issue de son procès ? Mais on sait depuis Gadamer qu'une règle n'est pas prédictive si l'on ne connaît pas la règle d'application de la règle. Or ces règles de second rang sont beaucoup plus difficiles à trouver et à formaliser que les premières. C'est pourquoi elles fournissent une marge d'appréciation aux juristes. Les avocats par exemple doivent mobiliser leur expérience et leur intuition pour fournir à leurs clients l'estimation la plus sérieuse et la plus fiable de l'issue de leur affaire. Puis sont venues les statistiques qui ont pu établir sur des grandes séries des caractéristiques générales plus rigoureuses.

9 - Par rapport à ces instruments de prédiction qui sont allés en s'affinant, comme on le voit, les legaltech opèrent un saut qualitatif majeur. S'ils ne touchent pas à la règle primaire, ces logiciels formalisent non seulement les règles d'application de la règle mais ils permettent de prévoir le traitement réservé par l'institution à des cas particuliers. Les big data prétendent conférer en effet une consistance non pas juridique mais mathématique à une réalité que les juristes ne pouvaient atteindre que par un savoir intuitif et que la statistique approchait de manière trop générale.

10 - Prenons l'exemple de ce que propose la start-up californienne Lex Machina[4] pour les dossiers de brevets. Elle est capable de pro-

1 V. à ce sujet *L. Karpik, Les avocats. Entre l'État, le public et le marché, XIXe -XXe siècles : Paris, Gallimard, 1995 ; M. Hénaff, Le prix de la vérité. Le don, l'argent et la philosophie : Paris, Seuil, 2002.*

2 Les grandes banques adoptent de plus en plus la technique des blockchains et les imposent à leurs avocats.

3 *J. Marin, Legalist, la start-up qui finance les plaintes des entreprises : Le Monde 30 août 2016.*

4 Il s'agit d'une start-up qui s'est spécialisée dans l'analyse prédictive dans les dossiers de propriété intellectuelle, aux enjeux particulièrement importants.
Ndlr : rachetée par LexisNexis en 2015.

« Les legaltech rendent transparent un niveau de réalité qui était jusqu'à présent inaccessible. C'est non seulement toute la production qui devient transparente mais aussi le détail, juge par juge, argument par argument, partie par partie. »

duire un savoir sur ces affaires que personne jusqu'ici – ni les juges, ni les avocats, ni la loi, ni les statistiques – ne pouvait atteindre. Un juge spécialisé va avoir à connaître au cours de sa carrière tout au plus plusieurs centaines d'affaires de brevets mais il ne pourra jamais emmagasiner avec une mémoire infaillible les détails de milliers d'affaires. Les big data le peuvent en proposant une connaissance littéralement surhumaine.

11 - Les data miners (c'est-à-dire ceux qui exploitent les données disponibles) distinguent trois catégories de données qu'ils vont isoler puis combiner :
- les données juridiques qui correspondent au premier niveau de certitude que nous avons identifié, mais qui seront enrichies par des méthodes de recherche qui fourniront un état extrêmement précis – aussi bien quantitatif que qualitatif – de la jurisprudence ;
- les « caractéristiques premières du litige », c'est-à-dire les éléments concrets et factuels repérables par la statistique comme le type d'entreprise, le profil du demandeur, etc. ;
- les éléments de contexte qui peuvent tenir aussi bien à l'état de santé moral ou physique du salarié s'il s'agit d'un litige du travail, au comportement et au passé des parties, aux décisions déjà rendues par les juges devant trancher.

12 - La combinaison de ces différents types de données va pouvoir créer des modèles prédictifs complexes qui vont être en mesure d'établir des probabilités considérablement affinées sur les chances de réussite du dossier et des fourchettes d'indemnisation. Enfin, et c'est peut-être le plus important, ils vont être en mesure d'indiquer les arguments les plus convaincants qui vont déterminer la décision.

13 - Dernier facteur de dynamisation de ce savoir : la réintégration permanente des observations des parties dans le modèle prédictif à l'issue de l'affaire de façon à le rendre plus performant. Ces machines sont donc dans la voie d'une amélioration constante et exponentielle de leurs performances. Toute activité a désormais un double effet : celui poursuivi par l'acteur, chaque fois différent, et celui d'enrichir la connaissance et donc la prévisibilité par l'exploitation de la trace laissée par ce dernier. Ainsi, tout jugement et tout acte dans un dossier produisent des effets procéduraux qui alimentent également une immense banque de données, permettant une prédiction chaque jour plus fiable du comportement de l'institution et une anticipation plus fine des jugements.

14 - 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. Pour les big data, le droit et la jurisprudence sont des faits au même titre que les caractéristiques du dossier ou le tempérament d'un juge. Alors que le droit était censé ordonner le réel en distinguant ce qui résulte d'une obligation légale et ce qui relève de la liberté, pour la justice prédictive, tous les faits – juridiques ou non – sont mis sur le même plan à partir du moment où ils déterminent la décision. Celle-ci est désormais considérée légitime par hypothèse (et n'est soumise à aucun examen critique au fond). La détermination de l'affaire n'est plus réfléchie par rapport au droit mais exclusivement à partir des données de fait, ce qui nous fait passer de la causalité juridique à la corrélation pratique. La réalité compte plus que les fictions ; le droit n'est qu'une information dont il faut tenir compte et rien d'autre. Tout le droit devient un fait et réciproquement n'importe quel fait, légitime ou non, devient normatif. Ce postulat nécessaire à la méthode prédictive est extrêmement révélateur de la lente substitution du registre cognitif au registre normatif à laquelle on assiste aujourd'hui.

15 - Les legaltech rendent transparent un niveau de réalité qui était jusqu'à présent inaccessible. C'est non seulement toute la production qui devient transparente mais aussi le détail, juge par juge, argument par argument, partie par partie. Si l'on peut risquer la comparaison, les big data révèlent comme l'inconscient des institutions juridiques, c'est-à-dire un niveau de réalité ignoré des acteurs mais qui n'en détermine pas moins le comportement ; d'un inconscient qui serait prouvé scientifiquement et qui s'imposerait avec l'autorité de la science aux individus. D'où la dimension sceptique voire antihumaniste de cette justice prédictive car, à l'image des sciences sociales et de la psychanalyse, elle enjambe le niveau conscient, intentionnel, en l'occurrence celui du droit. La justice prédictive fait effondrer le mythe d'une loi impartiale et aveugle, de juges « bouches de la loi », en en révélant les caprices. Le savoir utile pour pratiquer le droit est désormais double : le registre théorique fondamental s'est enrichi d'un autre savoir tout aussi théorique qui porte sur les pratiques. La seule difficulté est que l'un est juridique, l'autre non. Et ce n'est pas celui que l'on croit qui l'emporte...

16 - La justice prédictive bouleverse aussi la fonction ordonnatrice du temps car elle introduit ab initio si ce n'est la solution tout du moins une solution très probable. Le temps de la procédure n'est donc pas tout à fait le même puisqu'il a perdu son point de fuite. L'enjeu n'est plus la décision juridique mais la résolution sociale de l'affaire, en fait donc. Les différents acteurs de la justice doivent intégrer un paramètre supplémentaire dans leurs choix et intégrer un temps nouveau qui n'est ni le futur car il ne se produira jamais, ni le conditionnel parce qu'il n'est pas dans un monde matériel fut-il hypothétique ; un temps virtuel parce qu'il ne se produira jamais, qu'il n'existe pas à proprement parler et donc n'a ni présent, ni futur mais qui détermine le présent. On prévient ce qui est possible, on préempte ce qui est probable mais on fait une utilisation présente d'un savoir prédictif. La justice prédictive augmente le présent. Le raisonnement, plus stratégique d'ailleurs que judiciaire, est enrichi, « augmenté », par la connaissance d'une projection virtuelle de ce qu'auraient décidé cent juges.

C. - Une concurrence de formes symboliques

17 - L'importance prise par de nouveaux acteurs venus d'un tout autre horizon que le droit et par ce savoir non juridique qui surplombe le droit, annonce une troisième révolution. Les legaltech ne doivent pas être seulement appréhendés comme de simples facilitateurs pour les justiciables et les avocats, ou comme de nouveaux auxiliaires d'une fonction judiciaire qui demeurerait intacte ; ils nourrissent une ambition plus large, celle de devenir eux-mêmes une nouvelle forme de justice. Les legaltech réforment par petites touches diverses pratiques juridiques mais sont liés par une même dynamique. La grande unité qu'opère la technologie numérique, qui rend des mondes hétérogènes compatibles entre eux et qui fait communiquer le droit avec le non-droit par exemple, caresse l'espoir de supplanter la politique (et le droit) comme mode privilégié de regroupement des individus et d'organisation de la coexistence humaine. La justice prédictive rêve secrètement d'un monde où les rapports sociaux ne seraient plus mis en forme par la politique et le droit mais la technique elle-même.

18 - Ce qui nous incline à interpréter les legaltech dans ce sens, c'est le fait avéré qu'aujourd'hui, le public est plus rassuré par une vérité établie mathématiquement et scientifiquement que par une décision humaine, fût-elle entourée des garanties procédurales. Les candidats au divorce par exemple s'inclinent plus volontiers devant une statistique leur indiquant un certain montant de prestation compensatoire que devant une ordonnance d'un juge. Ils portent désormais leur croyance sur ce sentencing by numbers.

19 - Le jugement par des hommes, quels qu'ils soient, risque fort d'apparaître comme un pis-aller historique dont il a bien fallu se satisfaire en attendant de pouvoir bénéficier d'un référent véritablement scientifique. Le nouveau transcendant est constitué par cette régularité numérique qui permet à des hommes et à des femmes d'agir en balisant leur action. Ces algorithmes et leur utilisation révèlent donc à la fois une désymbolisation et une resymbolisation. Une désymbolisation dans le sens où le savoir algorithmique fait ressortir la fragile humanité des juges, les limites de la justice « juridique » et l'artificialité des fictions pourtant nécessaires à la vie du droit ; une resymbolisation en leur substituant la certitude scientifique.

20 - Le numérique doit ainsi être analysé comme une force de désintermédiation (qui déprime les médiations institutionnelles classiques) mais aussi comme une instance de réintermédiation. Cela se vérifie dans d'autres domaines où l'on voit la technique se substituer à la monnaie (bitcoins) ou au tiers terme garant, comme le montre la blockchain[5] qui se définit comme une « nouvelle machine de confiance » (« new engine of trust »). L'application de ces grilles prédictives laisse les nombres et les algorithmes juger à la place des juges.

21 - La technologie relève le droit de ses imperfections. Elle lui permet de trouver dans l'efficacité une légitimité qui lui permet de se passer de la souveraineté. Cette normativité cognitive nous délivre des vicissitudes de la démocratie et de l'indétermination qui la fonde. Mais le risque n'est-il pas de jeter l'enfant avec l'eau du bain et de faire dépérir toute forme de réflexivité ? Le procès était le fruit d'un rapport au temps, à l'espace et à un référent symbolique. Il déplaçait le conflit dans un temps et un espace particuliers adossés à un rituel qui était celui de la procédure et reformulait le litige en des termes nouveaux. Toute la démocratie reposait selon Lefort sur un débat sans cesse repris consacré au légitime et à l'illégitime, et donc sur le renoncement au confort des certitudes[6]. Celles-là même dont la justice prédictive veut nous faire faire l'économie.

2. De multiples interrogations

22 - L'apparition concomitante d'un savoir non-juridique qui coiffe le droit, de non-juristes qui prennent le pas sur les anciennes professions et d'une plateforme proposant de régler les relations entre les hommes de manière plus fiable et plus rationnelle que les institutions politiques, sont comme trois courants qui alimentent une même vague. Une telle lame de fond surprend le droit, déroute les juristes et insécurise les fondements de la justice car elle ne menace pas le champ juridique de disparition mais plutôt d'annexion. Elle fait de la connaissance du droit une qualité presque secondaire pour un juriste, elle transforme les praticiens du droit en auxiliaires des stratégies économiques et voit dans le jugement le signe d'un échec d'une régulation raisonnable et moderne des contentieux. Il s'agit d'une remise en cause radicale des formes actuelles du droit, des juristes et de la justice mais pas des valeurs sur lesquelles ces formes actuelles sont fondées.

23 - Les legaltech n'ambitionnent pas en effet de supplanter le droit mais de le rendre plus prévisible, ils ne souhaitent pas mettre au chômage les avocats mais leur permettre d'être meilleurs[7] et ne veulent pas affaiblir la confiance dans la justice mais l'augmenter. Tout cela, les legaltech prétendent l'accomplir plus scientifiquement en favorisant l'accès à l'information, en libérant les avocats des tâches répétitives et en réduisant la part d'arbitraire personnel des juges. C'est donc au nom de ces valeurs qu'il est possible de les critiquer et non pas par une remise en cause de leur existence même (posture qui a tôt fait de passer pour ringarde et antimoderne, pire, pour corporatiste). La question n'est donc pas d'être

5 La blockchain est une technique de certification d'une transaction produite directement par un logiciel qui dispense de passer par des professionnels du droit comme des notaires ou des dépôts légaux.

6 *C. Lefort, L'invention démocratique : Paris, Fayard, 1981.*

7 Ce thème est récurrent dans la littérature des legaltech : « be a better lawyer ».

« Les legaltech et la justice prédictive ont pour effet d'intensifier le jugement judiciaire. »

pour ou contre la justice prédictive car elle est là et bien là, et ne désertera pas de sitôt notre horizon parce qu'elle est adossée au marché, parce qu'elle est attendue par nos contemporains et surtout, parce qu'elle va dans le sens d'un progrès conjoint de la science et de la justice. Non, l'enjeu est aujourd'hui plutôt d'en proposer une critique constructive et argumentée.

A. - Une saturation de règles

24 - La justice prédictive, s'enorgueillit l'un des fondateurs d'une start-up, permettra à terme de faire disparaître l'incertitude que constitue l'issue d'un procès en déterminant la probabilité ou les caractéristiques déterminant l'issue d'un procès[8]. C'est à la fois une bonne et une mauvaise nouvelle. Bonne parce qu'elle va réduire l'arbitraire, mauvaise parce qu'elle va réduire la liberté. Le propre du droit, en effet, c'est d'énoncer des règles suffisamment précises pour orienter nos comportements mais aussi générales pour laisser une marge d'interprétation.

25 - Le savoir oblige et l'information fait naître une obligation chez celui qui la détient. Pour l'instant, le savoir réuni par les legaltech est assez rare, ce qui permet aux avocats les plus innovants de se distinguer de leurs confrères. Mais il va devenir à terme une obligation professionnelle, ce qui est déjà le cas aux États-Unis où il fait désormais partie des principes déontologiques des avocats affiliés à l'ABA.

26 - Il n'empêche que ce nouveau savoir agit parfois de manière indirecte. La justice prédictive pousse paradoxalement à transiger notamment lorsque le pronostic n'est pas bon. Il reste donc une place importante pour l'avocat non plus pour appliquer le droit mais pour trouver une solution à l'amiable. La justice prédictive permet ainsi d'assurer la continuité des relations qu'elles soient commerciales, familiales ou personnelles ; elle remplit la figure de la décision absente pour dépasser le conflit par soi-même, sans le secours des institutions. Une sorte d'élément pour une justice do it yourself.

B. - Un rabattement de l'expérience

27 - Les connaissances professionnelles de l'avocat moderne ou de l'huissier connecté ne sont plus exclusivement juridiques mais aussi informatiques. Ces dernières ont tendance à atrophier les premières : les jeunes huissiers par exemple n'ont plus la même dextérité que leurs anciens qui ont commencé à travailler avant l'arrivée de l'informatique ; en revanche, ils sont passés orfèvres dans l'art de remplir prestement des trames sur des ordinateurs. Et quand celui-ci plante, il vaut mieux savoir le rebooter plutôt que d'avoir à rechercher les articles du code... L'envahissement des socio-legal data risque de détrôner l'expérience, la sagesse pratique et l'intuition qui étaient pourtant centrales encore hier.

C. - Une restriction du contradictoire

28 - Si elle ne veut pas passer pour une justice divinatoire, aussi mystérieuse et intimidante que les oracles antiques, la justice prédictive doit rendre publics ses algorithmes et ne pas se réfugier derrière le secret de fabrication. Le nouveau paysage numérique a creusé une inégalité qui n'est pas sans rappeler la situation de nos pays avant la généralisation de la lecture et de l'écriture. Ce savoir est en effet réservé à une petite poignée de professionnels, aussi distingués que l'étaient les scribes dans l'Égypte ancienne, mais aussi peu démocratiques. Les quidams et les béotiens que nous sommes tous (du moins l'auteur de ces lignes) doivent avoir la possibilité de vérifier les moyens par lesquels la machine, les algorithmes en arrivent à une telle solution. Les juristes avertis devraient exiger de comparer les résultats obtenus par plusieurs méthodes qui révèlent des disparités un peu inquiétantes. Les grands principes de la justice, à commencer par le contradictoire, doivent avoir le dernier mot.

D. - Une pression sur le jugement

29 - Les legaltech et la justice prédictive ont pour effet d'intensifier le jugement judiciaire. Cette intensification vient tout d'abord de la complexité : plus de paramètres peuvent être pris en compte. On est entrés dans l'ère du droit contrefactuel, du what if law. Ce qui fait la pression sur un jugement, c'est bien sûr la gravité de l'enjeu et surtout ses conséquences humaines (plus encore que financières) mais c'est aussi le regard du public. Savoir que les médias sont présents, que quoi qu'il décidera le juge sera sévèrement critiqué (on songe aux affaires de terrorisme où remettre un suspect en liberté, c'est risquer la vie de ses concitoyens). Le juge redoute cette honte. Les big data, en prédisant ce que d'autres de ses collègues auraient décidé, mettent le juge sous pression ou le dédouanent de toute responsabilité.

30 - L'intensification du jugement – qui doit être distingué du jugement augmenté dont il est une conséquence – vient lorsque la mission première du juge qui est de rendre justice à des parties dans une affaire particulière est surchargée d'autres fonctions comme dire l'histoire, envoyer une information aux marchés en matière financière, etc. On peut rapprocher cette forme de pression du financement par un tiers : cela ne change pas formellement la décision mais il y a plusieurs parties qui se tiennent les unes les autres et dont il faut tenir compte.

31 - Cette pression risque de distraire le juge de sa propre expérience professionnelle, de l'empêcher de se laisser inspirer par son sens de la justice dans lequel entre une dimension intuitive et imaginative[9]. S'il y a une dimension que la justice prédictive ne peut pas prendre en considération, c'est bien celle du contexte dont on connaît l'im-

8 *L. Larret-Chahine, La justice prédictive : nouvel horizon juridique : Le petit juriste 11 juill. 2016.*

portance pour la justice. La simplicité d'une affaire et de son traitement va devenir un privilège. Un luxe alors qu'il était la condition naturelle et spontanée de toute justice auparavant.

E. - Un risque de performativité

32 - Un dernier risque – et non des moindres – est de voir cette justice prédictive se transformer en une nouvelle norme, une sorte de normativité seconde, de voir en quelque sorte la norme d'application se substituer à la règle de droit elle-même. C'est ce que les sociologues appellent l'effet de performativité : la norme réalise ce qu'elle énonce et qui, en l'espèce, pousse à une uniformisation des pratiques[10].

33 - Un juge peu courageux est tenté d'estimer que si la majorité de ses collègues tranche dans ce sens, le moins dangereux pour lui est de les suivre. C'est l'effet « moutonnier » de la justice prédictive qui pousse au conformisme et réclame plus aux juges qui estiment qu'ils doivent aller à contre-courant, c'est-à-dire qui veulent faire leur métier tout simplement ! Cela sera également plus difficile pour les avocats plaidant des solutions alternatives, ou voulant faire changer une jurisprudence. Le fait est que les modèles prédictifs sont de véritables radiographies de la production des juges avec les risques de contrôle que cela comporte. Peut-on imaginer faire des observations à un juge au motif qu'il aurait statué dans une certaine direction plus souvent que ses collègues, et qu'il ne serait donc pas dans la norme ? Une expérience auprès des juges de San Francisco a tout de suite repéré ceux qui avaient refusé d'appliquer les modèles. Qu'est-ce qui empêcherait un plaideur de contester l'impartialité de son juge si les big data lui indiquent qu'il a fort peu de chances de le convaincre alors que son collègue de la porte d'à côté serait plus ouvert à ses arguments ?

34 - Ces normes de jugement, même si elles normalisent les juges, n'en confèrent pas moins un rôle très grand à la jurisprudence, trop peut-être en y faisant entrer de surcroît des facteurs aléatoires (comme le nombre et le profil des affaires déjà jugées) au détriment du législateur qui est plus légitime. D'autant que cette normativité seconde est très conservatrice comme le montre la pratique de l'evidence based sentencing. Il s'agit de la pratique américaine qui consiste à décider des peines en fonction du score attribué au prévenu en fonction de son risque de récidive. La peine n'est plus décidée en fonction de la gravité de l'infraction mais uniquement ajustée à la prévisibilité statistique de la réitération d'une infraction.

35 - Ce système reproduit les stigmas sociaux dans un pays où les Afro-Américains sont déjà condamnés à des peines plus longues en moyenne de 20 % que les Blancs. Cette discrimination était déjà en germe dans toutes les mesures qui adoucissent les peines et qui profitent plus à ceux qui sont déjà dotés socialement. Vous avez plus de chances d'être remis en liberté ou en liberté conditionnelle si vous avez un emploi, un domicile et une famille. Cela revient à punir quelqu'un pour sa pauvreté, et le « surcondamner » pour les difficultés qu'il a eues dans son existence avant de commettre un délit. Cela veut dire que le jugement qui doit manifester l'égalité de tous devant la loi marque au contraire la différence.

36 - Les legaltech qui doivent permettre d'intégrer le futur dans le présent vont finir paradoxalement par conférer un poids plus grand au présent au détriment du futur. La justice prédictive risque donc de fixer le présent, de le consacrer en quelque sorte et de donner plus de force aux préjugés sociaux. Elle rend la norme sociale encore plus pesante. Cette reconduction scientifiquement justifiée des préjugés sociaux montre à quel point ce type de savoir risque d'obturer toute tentative de changement : elle renforce la culture, l'idéologie dans le sens de Ricœur[11], au détriment de l'utopie.

37 - Ce savoir prédictif est non seulement performatif mais il est aussi très conservateur ; il pèse en faveur d'un renoncement à la liberté de juger, il risque de dénaturer la saveur du moment du jugement qui doit tenir à l'écart le poids de la société et de ses mécanismes comme celui du bouc émissaire ou celui du poids de la norme sociale. Ne faut-il pas reconnaître un nouveau principe fondamental du procès, un principe de candeur du juge qui devrait avoir à cœur de réserver aux plaideurs un regard neuf, vierge de tout préjugé et libre de toute pression prédictive ?

38 - **Conclusion.** - La justice prédictive nous fascine, peut-être parce qu'on lui prête le pouvoir de réaliser les rêves les plus vieux du droit : un droit sans l'État[12], un droit tellement positif qu'il se confond avec la machine et avec la technique, un droit qui s'applique tout seul et n'a besoin d'aucune administration, ni d'aucun tiers de justice, un droit totalement hors sol et entièrement positif, ne dépendant plus des coutumes ni de la culture, un droit qui coïnciderait totalement avec la science. Mais cette justice serait-elle encore humaine ? ■

9 *M. Nussbaum, L'art d'être juste, trad. de l'anglais par Solange Chavel : Paris, Climats, 2015.*

10 *J. Dupré et J. Lévy-Véhel, Les bénéfices de la justice prédictive : Village de la justice, 19 févr. 2016.*

11 *P. Ricœur, L'idéologie et l'utopie, trad. de l'anglais par M. Revault d'Allonnes et J. Roman : Paris, Seuil, 1997.*

12 Dans un sens tout à fait différent, on l'aura compris, que celui que lui donne *L. Cohen Tanugi, Le droit sans l'État : Paris, PUF, 2016, 3e éd.*