

LES ALGORITHMES RÊVENT-ILS D'UN DROIT FACTUALISÉ ?

LA DOCTRINE UNIVERSITAIRE FACE À L'EFFET FACTUALISANT DE LA JUSTICE ALGORITHMIQUE

Camille BORDERE

ATER au sein du Centre d'Études et de Recherches Comparatives sur les Constitutions, les Libertés et l'État (CERCCLÉ, EA 7436) de l'Université de Bordeaux

Résumé: Le discours doctrinal portant sur les bases de données jurisprudentielles à vocation exhaustive et les outils de justice prédictive développe, au renfort de son argumentaire de rejet, un argument très particulier: celui selon lequel ces outils contribueraient à une « facturation » du droit. À l'étude, cependant, le « droit » qui serait facturé est bien moins le droit *qu'il s'applique* et bien plus le droit *tel qu'il est pensé*. Cette « facturation » de la compréhension du droit est alors un argument à rebours par lequel le discours doctrinal s'inquiète bien plus pour lui-même que pour son droit et cherche à se prémunir des effets potentiels que ces outils pourraient avoir sur son office, sa production, sa structuration et sa raison d'être. Cet axe discursif apparaît donc à l'analyse comme un démarche d'auto-défense d'un discours doctrinal face à une menace *perçue*, à défaut d'être, à ce stade, *démontrée*.

Mots-clés: Doctrine – justice prédictive – *open data* – facturation

Abstract: *The French academic discourse on comprehensive, court decisions databases and legal analytics develops a very specific argument against these tools: they may “facturate” French law. Deeper consideration of this argument, however, reveals that “facturated law” is the law as it is thought rather than the law as it is applied. This “facturation” of the comprehension of law is thus a reversed argument through which French academic discourse worries for itself rather than for the law and tries to guard against its potential effect on its function, production, structuration and purpose. This line of discourse then appears as a self-defense process against a perceived, though not demonstrated, threat.*

Keywords: *Academic discourse – legal analytics – open data – facturation*

1. Certains objets juridiques fascinent parce qu'ils sont nouveaux, d'autres parce qu'ils sont anciens et ne cessent d'être réinventés. Notre objet, la justice algorithmique réunit ces deux caractéristiques pourtant contradictoires. Nouveau, il l'est puisqu'il englobe des outils qui n'existaient pas il y a encore dix ans. Ainsi, justice prédictive et base de données jurisprudentielles à vocation exhaustive ne font parler d'eux que depuis que la promulgation de la Loi pour une République Numérique du 7 octobre 2016 leur a octroyé une certaine consistance en droit français. Cette nouveauté constitue donc la première justification de la concentration doctrinale que l'on peut observer depuis 2017 autour de ces outils et qui constituera le socle de la présente étude¹.

2. Né en 2017, ce discours s'est maintenu jusqu'à aujourd'hui et s'incarne aujourd'hui dans 431 contributions écrites pouvant être classées en trois catégories : les contributions émanant du discours doctrinal académique (57 % du discours), celles émanant du discours praticien (39 %) et une troisième catégorie de contributions rédigées par les acteurs de la *Legaltech* (4 %). À la lecture de ce discours et en particulier de ses deux premiers sous-ensembles, une de ses caractéristiques saute aux yeux : son homogénéité tant de forme² que de fond. Elle est particulièrement visible lorsque l'on s'attache à ceux des arguments le plus fréquemment mobilisés au sein du discours. C'est ainsi le cas de l'argument reposant sur un apport en connaissance du droit est mobilisé à hauteur de 69 % du discours académique (DA) et 65 % du discours praticien (DP) ; de même pour l'argument très particulier lié à un effet « performatif » que ces outils auraient sur un juge qui les utiliserait (et ayant pour conséquence la remise en cause de son impartialité), mobilisé à hauteur de 71 % du DA et 59 % du DP. Cette mobilisation massive d'arguments somme toute très *classiques* laisse apparaître le second aspect, intemporel, de ce discours. En dehors des problématiques techniques spécifiques aux outils visés, leur traitement s'articule ainsi sur des fondations assez habituelles : les composantes de la sécurité juridique et le nécessaire respect des règles du procès équitable.

3. L'ambivalence propre à un traitement *classique* d'objets juridiques *non-nouveaux* se poursuit lorsque l'on se penche sur celui des arguments qui apparaît le plus théorique : l'effet « factuelisant » des outils de justice algorithmique, mobilisé à hauteur de 42 % du DA contre 15 % du DP. Si la mobilisation de cet axe argumentatif peut paraître faible, voire négligeable pour le DP, elle présente une caractéristique spécifique puisque cet effet « factuelisant » est relevé majo-

¹ Cette étude constitue un substrat du travail d'analyse plus globale de ce discours mené dans le cadre de nos travaux de recherche doctorale. Elle est donc construite sur le même corpus d'écrit (fixé à la date du 1^{er} juin 2022) et sur la même méthodologie semi-quantitative menée à partir d'une récolte et compilation de données issues de ce corpus. Dans le cadre de cet article, le choix a été fait de ne citer qu'une contribution à titre d'exemple pour ne pas en alourdir les notes ; il ne faut pas en déduire que ces contributions sont seules à évoquer l'idée pour lesquelles elles sont citées.

² Il est constitué essentiellement de contributions écrites courtes, c'est-à-dire d'articles de revue, de chapitres d'ouvrages collectifs, d'actes de colloque et autres billets de blog.

ritairement par le discours académique. Ainsi, sur les 127 contributions qui le mobilisent, 102 sont issues du DA contre 25 du DP, soit un rapport de 8 pour 2. Cet écart de mobilisation dépasse très largement le seuil de signifiante statistique, puisque pour cet argument, $p < 0,01$. La question de l'effet « factuelisant » des outils de justice algorithmique constitue le cœur de contributions qui émanent toutes du DA et qui ont « inventé » cet argument³ et, même si le DA n'est pas le seul sous-discours à le mobiliser, la manière dont le DP s'en saisit renforce la nature profondément *académique* de cet argument. Sur les vingt-cinq contributions qui évoquent cet effet, huit d'entre elles l'évoquent en lien direct avec les articles qui ont « créé » cet argument⁴ et quatre autres le font en lien avec la notion approuvée de « norme issue du nombre » développée par É. Buat-Ménard et P. Giambiasi⁵, de sorte que seules onze contributions exploitent de manière autonome cet effet « factuelisant » des outils de justice algorithmique au sein du DP. En d'autres termes, non seulement cet argument est d'origine et de *nature* académique, mais il le demeure lorsqu'il est mobilisé par le discours praticien.

4. Cet effet « factuelisant » n'est, par ailleurs, explicité et théorisé que par le discours académique⁶. Son sens minimal se passe d'explication : le « droit » deviendrait « factuel » – encore faut-il s'accorder sur ce que l'on entend par *droit*, par *factuel* et par le procédé qui conduit de l'un à l'autre. Or, le discours ne s'accorde sur aucune des parties de cette affirmation. Ainsi, le « droit » qui se factueliserait est

³ C'est le cas de E. JEULAND, « Justice prédictive : de la factualisation au droit potentiel », *RPPI*, 2017, p. 15-18 et H. CROZE, « Justice prédictive. La factualisation du droit. », *JCP*, 2017, p. 174-175.

⁴ Cinq en référence à l'article précité d'H. Croze (A. BASDEVANT, A. JEAN ET V. STORCHAN, « Mécanisme d'une justice algorithmisée », *Rapport pour la Fondation Jean Jaurès*, 2021, p. 4, C. BYK, « La réformation numérique de la justice : conflit ou dialogue de normativités ? », *RRJ*, n° 2, 2020, 682, p. 698, G. SAINATI, « Intelligence artificielle judiciaire, la tentation disciplinaire », Blog Mediapart, 10 mars 2019, <<https://blogs.mediapart.fr/gillessainati/blog/190319/intelligence-artificielle-judiciaire-la-tentation-disciplinaire>> et dans V. VIGNEAU, « Le passé ne manque pas d'avenir », *D.*, 2018, 1095, p. 1101 et « Faut-il encore des juges ? », *RJ com.*, n° 1, 2019, 1, p. 13) et trois en référence à l'article programmatique d'A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive », *La Semaine Juridique*, n° 12, 2017, p. 4751 (sa propre postface de l'ouvrage A. VAN DEN BRANDEN, *Les robots à l'assaut de la justice*, Bruylant, 2019, X. LEONETTI, *Smartsécurité et cyberjustice*, PUF, 2021, p. 126 et E. POINAS, *Le tribunal des algorithmes*, Berger Levrault, 2019, p. 111).

⁵ É. BUAT-MÉNARD ET P. GIAMBIASI, « La mémoire numérique des décisions judiciaires », *D.*, 2017, 1483, p. 1487. L'expression « norme issue du nombre » se retrouve dans Y. MENECEUR, « Intelligence artificielle et justice : le grand malentendu », Institut Sapiens, 13 octobre 2020, <<https://www.institutsapiens.fr/intelligence-artificielle-et-justice-le-grand-malentendu/>> et « Justice et intelligence artificielle : la confiance naîtra d'une réglementation internationale », *Dalloz IP/IT*, 2021, 247, p. 249, G. CANIVET, « Les facteurs de transformation du droit », *Enjeux Numériques*, n° 3, 2018, 38, p. 42 et O. TCHERKESSOFF, « Justice prédictive. La justice sans les hommes ? Le point de vue du magistrat », in Y. FLOUR ET P.-L. BOYER (dir.), *Transhumanisme : questions éthiques et enjeux juridiques*, Académie catholique de France, 2020, 153, p. 158.

⁶ À l'exception notable des articles d'A. Garapon (*op. cit.*) et d'É. Buat-Ménard et P. Giambiasi (*op. cit.*). Il n'est cependant pas anodin que le premier soit l'instigateur de l'ensemble du discours et que les seconds soient magistrats au sein de la Cour de cassation.

parfois le droit au sens strict. Ici, les normes juridiques demeurent mais que leur nature change puisque « l'algorithme juridique provoque une transformation de fond, jusque dans la fonction du jugement de la production du droit »⁷ et notamment en « pass[ant] de la causalité normative à la corrélation pratique »⁸, et là ce sont de nouvelles normes « issues du nombre »⁹ qui seraient créées au bénéfice d'une « nouvelle légalité numérique »¹⁰. Dans les deux cas, ce sont autant les normes elles-mêmes qui sont remises en cause que la manière de *concevoir* ces normes. Plus souvent, ce n'est pas tant le droit comme norme que le droit comme *raisonnement* qui est affecté : « cette factuelisation modifie le raisonnement juridique »¹¹ voire « l'altère »¹² en « privilégiant l'analyse des faits dans la réflexion »¹³, que ce raisonnement soit celui du juge¹⁴, de l'avocat¹⁵ ou du juriste en général¹⁶. Cette *dégradation* du raisonnement juridique reposerait alors sur deux éléments, tous les deux relatifs au « matériau » de base des outils : l'*open data* judiciaire.

5. Cet *open data* vise, à termes, à atteindre une exhaustivité dans la publication des décisions de justice. Il n'est alors pas anodin que d'un point de vue strictement quantitatif cet *open data* marque le début d'une véritable diffusion des décisions et arrêts de première instance et d'appel. C'est là le premier vice « factuelisant » des outils de justice algorithmique qui sont construits sur cet *open data* : alors que, jusqu'à présent, la publication des décisions reposait sur un critère « d'intérêt juridique »¹⁷, l'arrivée massive de décisions du fond inquiète

⁷ V. LEMAIRE, *Le droit public numérique à travers ses concepts émergence et transformation d'une terminologie juridique*, thèse dactylographiée, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2019, p. 298.

⁸ B. BARRAUD, « Le coup de data permanent : la loi des algorithmes », *RDLF*, 2017, chron. n° 35.

⁹ É. BUAT-MÉNARD et P. GIAMBIASI, *op. cit.*, p. 1487.

¹⁰ Y. MENECEUR, *L'intelligence artificielle en procès. Plaidoyer pour une réglementation internationale et européenne*, Bruylant, 2020, p. 111 citant la postface précitée d'A. Garapon.

¹¹ L. HUTTNER, « Données à caractère personnel – Décision automatisée et justice », *Répertoire IP/IT et Communication*, Dalloz, 2020, § 10.

¹² G. CANIVET, « Les facteurs de transformation du droit », *op. cit.*, p. 41.

¹³ S. TORRICELLI-CHIRIF, « Nouvelles technologies, nouvelle ère : vers une désintermédiation du droit ? », in H. SIMONIAN-GINESTE et S. TORRICELLI-CHIRIF (dir.), *Les professions (dé)réglementées. Bilan et perspectives juridiques*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2019, 299, p. 299-300.

¹⁴ Par exemple, G. SAINATI, *op. cit.* ou C.-A. VAZ-FERNANDEZ, *Big data et intelligence artificielle au service de la sécurité intérieure en France*, L'Harmattan, 2020, p. 80.

¹⁵ Dans, par exemple, F. GUÉRANGER, « Réflexions sur la justice prédictive », *Gaz. Pal.*, n° 13, 2018, 15, p. 16 ou J. LASSÈGUE et A. GARAPON, « Mythe de la délégation aux machines », in A. STROWEL et C. LAZARO (dir.), *Des véhicules autonomes à l'intelligence artificielle. Droit, politique et éthique*, Larcier, 2020, 207, p. 214.

¹⁶ Dans, par exemple, V. VIGNEAU, « Faut-il encore des juges ? », *op. cit.*, p. 13 ou A. GARAPON, *op. cit.*, p. 31.

¹⁷ Voir not. un arrêté du 11 avril 2005 organisant le service de documentation et d'études de la Cour de cassation précisant qu'il entretient une base de données intégrant les décisions et arrêts du fond lorsqu'ils présentent un « intérêt particulier » (art. 2).

parce qu'elle est susceptible de *noyer*¹⁸ la production juridictionnelle qui présentait jusqu'ici cet intérêt juridique, c'est-à-dire celle des juridictions suprêmes... Ou la jurisprudence au sens traditionnel, qualitatif du terme¹⁹. On souligne alors que les outils ne sont pas programmés pour prendre en compte le fait qu'« une décision de la Cour de cassation ou du Conseil d'État n'a pas la même importance qu'un jugement ou qu'un arrêt d'appel »²⁰ et qu'à ce titre, ils contribuent à remettre en cause « la hiérarchie des précédents juridictionnels »²¹. La perplexité confine à l'inquiétude de voir une « masse brute et informe »²² transformer ce qui était jusqu'à aujourd'hui qualifié de jurisprudence — en particulier lorsqu'est admise la part bien plus importante de données de fait incluses dans cette *masse*.

6. C'est là le second facteur de « facturation » des outils de justice algorithmique: s'ils sont certes programmés pour être explorés à partir de données juridiques, ils sont surtout conçus pour l'être à partir des données factuelles des litiges. Ce sont en effet ces données qui permettent aux bases de données de fournir à l'utilisateur les décisions les plus proches de son espèce, et c'est aussi grâce à elles que les outils de justice prédictive proposent des analyses statistiques et probabilistes; ainsi, dans le cadre d'un accident de circulation, les critères factuels de recherche seraient l'âge d'une victime, son genre, sa situation professionnelle ou le taux d'ITT appliqué à ses blessures. C'est là que se situe le second des éléments qui génèrent cet effet « facturant » des outils de justice algorithmique. Si les données de droit demeurent des données pertinentes de recherche et d'analyse, elles ne sont finalement nécessaires *que* pour restreindre le nombre de décision au sein desquelles sont ensuite recherchées ou synthétisées les données de fait. Toutes les données remplissent donc la même double fonction: permettre une recherche aussi précise que possible dans un ensemble de décisions puis affiner l'analyse automatisée de ce corpus des décisions jugées pertinentes. En leur faisant remplir la même fonction, les outils de justice algorithmique « aplaniraient » les différences de nature entre données de fait et éléments de droit: « produisant des statistiques quant aux solutions

¹⁸ L'expression est, par exemple, mobilisée dans O. RENAUDIE, « La jurisprudence administrative à l'ère du big et de l'*open data* », in AFDA (dir.), *Le droit administratif au défi du numérique*, Dalloz, 2019, 67, p. 79.

¹⁹ Cette transformation de la nature de la jurisprudence est au cœur du second rapport Cadiet (voir L. CADIET, C. CHAINAIS et J.-M. SOMMER, « La diffusion des données juridictionnelles et de la jurisprudence. Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes? », Rapport à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation, 2022), et est par ailleurs rappelée, par exemple, dans E. JOND-NECAND, « L'*open data* des décisions de justice par la Cour de cassation et ses incidences », in B. BÉVIÈRE-BOYER et D. DIBLE (dir.), *Numérique, droit et société* Dalloz, 2022, 261, p. 269-270.

²⁰ V. ORIF, « Voyage du juge depuis Hypérion: entre une intelligence artificielle conseillère et conquérante », in G. JULIA (dir.), *Sciences et Sens de l'Intelligence Artificielle*, Dalloz, 2020, 131, p. 141.

²¹ G. CANIVET, « Les facteurs de transformation du droit », *op. cit.*, p. 42 et, dans le même sens, É. BUAT-MÉNARD et P. GIAMBIASI, *op. cit.*, p. 1487.

²² L. CADIET, « Les promesses d'une justice dite prédictive reposant sur des décisions de justice déjà rendues sont à tempérer [...] En quelque sorte, c'est le rétrospectif qui fait le prédictif ! », *RPPI*, n° 1, 2018, 13, p. 17.

retenues face à des éléments juridiques et factuels donnés, elles ne séparent pas les uns des autres et les abordent tous tels des faits. »²³ Ce nivellement implique alors de mettre « sur le même plan » tous les éléments d'une décision « à partir du moment où ils déterminent la décision »²⁴ : « la règle de droit, la jurisprudence, le contexte, la personnalité du juge, le temps qu'il fait, l'heure de passage et les millions de décisions des banques de données. »²⁵ Or, horizontaliser les rapports entre fait et droit, c'est déjà *inverser* ces rapports²⁶ : c'est déséquilibrer²⁷, mélanger la *majeure* et la *mineure* du syllogisme²⁸. C'est aussi induire un changement profond de raisonnement des acteurs de la justice qui utiliseraient ces outils, en les incitant à adopter une logique purement factuelle de vérification de la correspondance des données de fait entre son espèce et celles révélées par l'outil, en particulier pour le juge²⁹. Son traditionnel raisonnement syllogistique déductif serait renversé, voire remplacé, par une « normativité technique et algorithmique »³⁰ imprégnée de faits et d'une jurisprudence mal connue — constat qui évite, cela dit, de s'interroger sur la pertinence réelle de la présentation de la prise décision judiciaire *au fond* par le biais de la figure du syllogisme quand, dans le même temps, on affirme que les jugements effectivement produits à ce niveau sont de nature essentiellement factuelle.

7. Les outils de justice algorithmique auraient donc un double effet « factuelisant » sur le *droit* qui contribuerait à en dégrader la nature pleinement juridique, soit en le dégradant par l'intérieur, soit en en dégradant sa place dans les raisonnements menés par les acteurs de la justice. Arrêtons-nous un instant sur ce constat. D'une part, on peut raisonnablement douter que ces outils, une fois déployés, seront en mesure de remettre en cause la nature juridique *du droit dans son ensemble*. D'autre part, que l'on parle de jurisprudence ou de raisonnement juridique, il faut garder à l'esprit qu'il s'agit dans tous les cas de *constructions*, particulièrement dans l'optique dans laquelle elles sont ici mobilisées. La notion de

²³ B. BARRAUD, « Les intelligences artificielles du droit », in B. BARRAUD (dir.), *L'intelligence artificielle dans toutes ses dimensions*, L'Harmattan, 2020, 195, p. 201.

²⁴ A. GARAPON, *op. cit.*, p. 31 ou A. ROUYÈRE, « Éléments de conclusion », in AFDA (dir.), *Le droit administratif au défi du numérique*, Dalloz, 2019, 225, p. 232.

²⁵ E. JEULAND, « Intelligence artificielle et justice : une approche interhumaniste », in A. BENSAMOUN et G. LOISEAU (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, LGDJ, 2019, 187, p. 196.

²⁶ A. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve du numérique : l'exemple des logiciels prédictifs », *Dalloz IP/IT*, 2020, 672, p. 680.

²⁷ A. ROCHER, « Considérations d'épistémologie juridique sur les legaltechs », *RTD com.*, 2022, 13, p. 23.

²⁸ Ce qui rend paradoxal l'argument avancé dans certaines contributions que le raisonnement judiciaire ne pourrait de toute façon pas être modélisé sous forme de syllogisme (voir V. VIGNEAU, « Le passé ne manque pas d'avenir. Libres propos d'un juge sur la justice prédictive », *op. cit.* et « Faudra-t-il encore des juges ? », *op. cit.*) ; à partir du moment où l'on admet que l'approche des outils est horizontalisante, nivelante, « factuelisante », on admet aussi qu'il ne s'agit pas de reproduire ou de modéliser un syllogisme.

²⁹ Tel que souligné, par exemple, dans L. SCILLATO DE RIBALSKY, *L'avocat face à la justice du XXI^e siècle*, thèse dactylographiée, Université Aix-Marseille, 2020, p. 319.

³⁰ J.-B. RACINE, « La résolution amiable des différends en ligne ou la figure de l'algorithme médiateur », *D.*, 2018, 1700, p. 1705.

jurisprudence n'épuise pas la description de la production juridictionnelle, tout comme le raisonnement syllogistique ne correspond, de manière *très* simplifiée, qu'au raisonnement de *certain*s juges — les juges suprêmes. En d'autres termes, ces notions mobilisées comme autant de boucliers ou de victimes aux outils de justice algorithmique gravitent dans un espace négatif, fait de tout ce que *ne sont pas* ces notions. Or, comment évaluer le degré de factualisation du raisonnement juridique des magistrats qui utiliseraient ces outils sans déterminer préalablement *quels magistrats* ont vocation à utiliser ces outils et sans déterminer précisément la nature du raisonnement qu'ils mènent *déjà*? Et si la notion de jurisprudence n'a pas vocation à recevoir d'autres décisions que celles des juridictions suprêmes, pourquoi la considérer « factualisée » par la diffusion d'une production des juridictions du fond... Qui a toujours existé?

8. En d'autres termes, ces notions, ces *construits*, ne sont pas directement affectés par cet effet « factualisant » des outils de justice algorithmique. Cela ne signifie cependant pas qu'il n'y ait pas *quelque chose* qui le soit; après tout, ces construits n'existent pas dans un vide conceptuel et culturel. Ils ne sont finalement que les sécrétions les plus identifiables d'un ensemble plus disparate et diffus d'idées, de notions et de préconceptions sur le droit qui créent, à elles-toutes, une *certaine compréhension* du phénomène juridique qui informe la réception du nouvel objet que constitue la justice algorithmique. Cette piste résonne de fait avec la sous-mobilisation de cet argument lié à l'effet « factualisant » des outils par le DP; cette compréhension du phénomène juridique mise en tension par les outils n'est pas nécessairement la leur. La dépendance statistique entre la mobilisation de cet argument et l'appartenance d'une contribution au discours académique rejoint ainsi la logique même de l'argument: c'est bien la manière dont le discours doctrinal académique comprend *le droit, ses raisonnements et ses notions* qui se trouve factualisée et c'est cette piste que nous entendons explorer au travers de ce papier. La factualisation dénoncée par ces auteurs est en effet une double remise en cause d'une manière tout *académique* et toute *française* non seulement de concevoir le phénomène juridique, mais encore de se positionner par rapport à lui. Ainsi, s'il défend avec autant de force cette idée d'une jurisprudence sélective et qualitative, c'est parce que c'est autour d'elle que le discours doctrinal français s'est historiquement construit. De même, si l'idée d'un raisonnement juridique syllogistique assurant une séparation étanche entre le fait et le droit est avancée à la fois comme une victime du déploiement des outils de justice algorithmique, c'est parce que c'est celle sur elle que le discours doctrinal est parvenu à déployer son magistère. Ces deux éléments inextricablement liés l'un à l'autre constituent deux des piliers de la tradition, de l'*univers* doctrinal français. Ce qui semble donc se jouer est véritablement un mouvement défensif d'un discours doctrinal dont l'univers culturel lui apparaît remis en cause par ces outils de justice algorithmique. En cela, peu importe qu'ils soient en mesure ou non d'effectivement saper ces

pilliers et détruire le temple doctrinal ; ils ne sont que le révélateur de tensions qui leur préexistent et leur survivront probablement.

9. Afin d'éclairer notre analyse de l'argument tiré d'un effet « factuelisant » des outils de justice algorithmique tel qu'il est mobilisé par ce discours³¹, nous prendrons d'abord le temps d'un petit détour historique qui nous permettra de cerner cet *univers doctrinal* que ces outils dégraderaient (I). Héritier tant des acquis révolutionnaires que de sa propre formalisation au tournant des XIX^e et XX^e siècles, cet univers doctrinal se trouve aujourd'hui confronté à la proposition des outils de justice algorithmique de se repenser (II) vis-à-vis d'une (re)découverte contrainte des « espaces négatifs » qui l'entourent.

I. Une culture doctrinale aux fondations centenaires

10. Nul besoin de rappeler l'importance quantitative et qualitative des débats relatifs au statut de la jurisprudence en France. Nul besoin non plus de rappeler d'où vient cet éternel débat, puisque là encore invoquer la centenaire défiance à l'égard du juge relève du passage obligé. Montesquieu, les Parlements de l'ancien régime, la Révolution et ses révolutionnaires qui souhaitaient voir disparaître le *mot même* de jurisprudence sont tous les ingrédients du malaise persistant et indépassable vis-à-vis du produit de l'activité juridictionnelle. Les conséquences sont connues, et l'on se limitera à en citer deux qui sont en fait les deux faces d'une même pièce : une conception restrictive de l'office et de la place du juge (A) et profondément légaliste du phénomène juridique (B).

A. La jurisprudence, l'éternelle pierre d'achoppement du discours doctrinal

11. Mentionner la négation de tout pouvoir créateur au juge implique, presque immédiatement, d'admettre que ce *mythe fondateur* est battu en brèche depuis plus d'un siècle de part et d'autre de la *summa divisio* droit privé/droit public. On pourrait même s'interroger sur la pertinence de ce mythe en droit administratif, quand le Conseil d'État a toujours fait œuvre créatrice pour « combler » les espaces béants qui ont longtemps existé entre les textes multiples, divers dans leurs origines et peu harmonieux dans leur contenu qui trouvaient à s'appliquer

³¹ Il ne sera pas ici question d'attribuer à des auteurs des propos qu'ils n'ont pas tenus ou des idées qu'ils n'entretiendraient pas, mais de se baser sur ce que ces auteurs ont écrits à propos des outils algorithmiques pour rechercher les tenants et les aboutissants d'un *discours*. Chaque auteur, l'autrice de ces lignes comprise, a été formé par des maîtres français à des méthodes et des cadres de pensée français et est à ce titre porteur, quel qu'en soit son degré de conscience, de certains présupposés et automatismes. Ces présupposés et automatismes constituent ce que l'on appelle communément *la culture juridique*, ici la culture juridique spécifique d'un groupe donné (les universitaires français, privatistes pour la plupart). Ce sont donc des éléments de cette culture tels qu'ils transparaissent du discours que nous étudierons.

dans le domaine administratif au XIX^e siècle³². Il n'est cependant pas anodin que la *spécificité* du droit administratif soit fréquemment et tout entière ramenée à cette audace originelle : « qui donc a fait et encore le droit administratif ? »³³, « la jurisprudence du Conseil d'État »³⁴.

12. C'est néanmoins plutôt du côté du discours privatiste que les affirmations de subordination totale du juge à la loi, et particulièrement au Code civil, ont connu une vraie postérité. Ainsi, sans jamais remettre en cause ni l'autorité de la loi ni celle du Code, des espaces de libertés ont progressivement été conceptualisés pour que le juge puisse adapter des dispositions jugées de moins en moins adaptées aux évolutions de la société post-industrielle – encore qu'il faille s'entendre sur la portée de cette reconceptualisation de l'office du juge. Quand bien même il a pu s'agir, pour ses auteurs, d'*autoriser* le juge à s'engager dans une pratique *nouvelle*, il faut admettre que la démarche tient plus de la *rationalisation* doctrinale d'une pratique *déjà* à l'œuvre. La justification est double : d'une part, s'assurer que ce juge libéré ne va pas pour autant statuer « au gré de sa fantaisie, et, pour ainsi dire, à son caprice » en posant les « lisnières » susceptibles de borner cette liberté nouvelle³⁵ ; d'autre part, *profiter* de cette liberté nouvelle pour repenser l'office même du discours doctrinal. Parce qu'il est perçu comme l'acteur au contact le plus direct des besoins de la société et parce que ses décisions nouvellement *libérées* apparaissent comme le tremplin d'une nouvelle appréhension du phénomène juridique, c'est vers lui que se tourne toute une doctrine emmenée par R. Saleilles puis F. Gény. C'est notamment ce dernier qui théorise cette forme de liberté « interstitielle » au juge, toutes les fois où la loi apparaît « obscure, que son auteur n'a[urait] pas imaginé la situation de fait qui doit être réglée », liberté qui disparaît à l'instant où la loi est « claire et précise »³⁶. Autre bénéfice de taille, le droit qu'il applique est considéré « vivant », dépoussiéré et empreint d'une conscience des enjeux sociaux, économiques et moraux de l'époque. Il est une fenêtre sur le « réel »³⁷ précieuse pour des auteurs qui voient l'arrivée des nouvelles sciences sociales avec un mélange d'intérêt et d'appréhension. L'étude doctrinale s'est donc, à mesure qu'elle se désintéressait

³² Ch. JAMIN et Ph. JESTAZ, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 114.

³³ B. PACTEAU, « La doctrine, auteurs, acteurs du droit administratif... », in M. HECQUARD-THÉRON (dir.), *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?* Actes du colloque des 28 & 29 octobre 2004, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2005, 83, p. 87.

³⁴ G. JÈZE, « Collaboration du Conseil d'État et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français », in *Le Conseil d'État : livre jubilaire, publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire, 4 Nivôse an VIII — 24 décembre 1949*, Sirey, 1952, 347, p. 347.

³⁵ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, t. 1, 2^e éd. (1919), LGDJ, 2016, p. 151.

³⁶ Ch. JAMIN et F. MELLERAY, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Dalloz, 2018, p. 12.

³⁷ P.-N. BARÉNOT, *Entre théorie et pratique : les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789-1914)*, thèse dactylographiée, Université de Bordeaux, 2014, p. 424.

du commentaire du Code, « décalée »³⁸ vers la jurisprudence la plus accessible à l'époque : celle des juridictions suprêmes³⁹.

13. Cette limitation de l'analyse de la jurisprudence à la seule production des juridictions suprêmes impose de nuancer cette évolution progressive de la place du juge dans l'ordre normatif. Le statut de la jurisprudence n'a, en tant que tel, pas évolué. D'un point de vue strictement juridique, la question n'est pas difficile à résoudre : si la question posée est celle de l'*habilitation* du juge à émettre des *normes générales* que l'on qualifierait de jurisprudence, alors il s'agit d'une « irrégularité juridique »⁴⁰ et rien de plus. Ce n'est que lorsque la question posée est celle de la « réalité des faits »⁴¹, celle qui justifie l'intérêt doctrinal pour le phénomène jurisprudentiel, que les tentatives se multiplient pour tenter de donner un statut à cette jurisprudence — et de ce point de vue, là encore, rien n'a changé. Ce qui prévaut, c'est une sorte de discours officiel d'acceptation tacite de l'importance de la jurisprudence qui continue de présenter le pouvoir créateur du juge comme seulement interstitiel⁴² et la jurisprudence comme « source secondaire » ou autorité. À cette acceptation tacite correspond une conception doctrinale au minimum ambiguë⁴³ et paradoxale⁴⁴ et au maximum schizophrénique⁴⁵ de la jurisprudence, objet de son étude par excellence mais dont la nature exacte fait détourner le regard. Rien de surprenant donc à ce que le premier des vices des outils de justice algorithmique soit celui de faire la part belle à ce *droit des juges*, quitte à remettre en cause en cause un siècle d'atermoiements sur la nature de la jurisprudence et, au passage, à reléguer bien derrière lui *la* source du droit : la loi.

B. La loi, un standard de compréhension du phénomène juridique

14. La toute-puissance de la loi n'a pas subi un tel changement ; elle a juste changé de forme. Au-delà de son passage d'un sens strict à un sens large, synonyme de droit écrit et formalisé, l'omniprésence de la loi est toujours perceptible

³⁸ Le plaidoyer le plus direct étant celui d'A. Esmein dans « La jurisprudence et la doctrine », *RTD civ.*, 1902, 5, p. 11.

³⁹ En tout cas à partir de ce « moment » de décalage – le désintérêt pour la production des juridictions du fond et particulièrement celle des juridictions d'appel n'était pas aussi marqué avant lui, notamment chez les praticiens. Voir à cet égard P.-N. BARÉNOT, *op. cit.*, p. 74 et suiv.

⁴⁰ F. TAP, *Recherche sur le précédent juridictionnel en France*, thèse dactylographiée, Université Toulouse 1 Capitole, 2019, p. 342.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Notamment dans les manuels d'introduction au droit, voir par exemple R. CABRILLAC, *Introduction générale du droit*, 10^e éd., Dalloz, 2013, p. 133-147.

⁴³ K. BELL, *French Legal Cultures*, CUP, 2008, p. 66, d'autant plus lors que l'on compare les approches civilistes et administrativistes, et encore plus si l'on considère le réel poids de la jurisprudence des cours suprêmes.

⁴⁴ G. SCALFI et E. ROMAGNOLI, « Rapport Général », in TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges (journées italiennes)*, *Economica*, vol. 31, 1980, 15, p. 15.

⁴⁵ Ch. JAMIN et Ph. JESTAZ, *op. cit.*, p. 138.

dans l'omniprésence de ses canons au sein même du travail doctrinal. Parce que la loi se caractérise par sa généralité, son abstraction et son impersonnalité, caractéristiques auxquelles s'est ajouté un certain idéal de cohérence et de rationalité issu de la codification napoléonienne, elle a imprimé chez les juristes qui ont connu l'époque de son apogée une conception du droit tout entière marquée par ces caractéristiques. À cet égard, si les auteurs de la fin du XIX^e et début du XX^e siècle ont créé de toutes pièces une École de l'Exégèse qui les aurait précédés pour mieux la rejeter pour son abstraction excessive⁴⁶, ils n'en sont pas moins les héritiers dans la mesure où ils ont été formés par ces Exégètes aux méthodes qu'eux-mêmes employaient pour décortiquer des textes dont la caractéristique principale était la généralité et l'abstraction. Lorsque l'étude doctrinale s'est déportée vers l'étude de la jurisprudence, les auteurs ont emporté avec eux ces méthodes et les ont appliquées à leur nouvel objet⁴⁷, synthétisant ainsi, à partir des acquis à peine dissimulés de leurs prédécesseurs, la *dogmatique juridique*.

15. Cette dogmatique juridique est alors autant un ensemble de méthodes qu'un projet à part entière. Côté pile, ce projet porté par la dogmatique juridique est à double tranchant. S'il assure aux auteurs de l'époque une maîtrise renouvelée de la *petite portion* du phénomène juridique qu'ils embrassent et s'il emporte *globalement* le discours doctrinal de droit privé, ce n'est ni sans opposition, ni sans victime. Pas sans opposition puisque des méthodes alternatives sont proposées en parallèle de l'affirmation progressive de cet effort de systématisation et de *légification* de la jurisprudence redécouverte... Ni sans victimes puisque ces oppositions n'ont guère conduit qu'à la marginalisation de leurs auteurs⁴⁸. Plus encore, ce projet dogmatique a aussi conduit à une satellisation définitive du « tiers praticien » puisque, côté face, il repose sur des « procédures de simplification, de

⁴⁶ Voir, à cet égard, l'entreprise de réhabilitation menée notamment par Ph. RÉMY, « Éloge de l'exégèse », *Droits*, n° 1, 1985, p. 113-123. Voir aussi, sur le contexte plus général de la construction de ce mythe de l'exégèse, P.-N. BARÉNOT et N. HAKIM, « La jurisprudence et la doctrine : retour sur une relation clef de la pensée juridique française contemporaine », *Quaderni fiorentini*, n° 41, 2012, p. 251-297 et, sur la pratique réelle des auteurs qui ont été ramenés à cette « école », Ch. JAMIN et Ph. JESTAZ, *op. cit.*, p. 72 et suiv.

⁴⁷ Ce qu'a particulièrement démontré É. Serverin, notamment dans ses travaux de thèse (*De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, Presses Universitaires de Lyon, 1985, p. 116 et suiv.).

⁴⁸ On pense ici plus spécifiquement à R. Demogue qui, à rebours des efforts systématisants de ses contemporains, revendique dans ses *Notions fondamentales du droit privé* de faire « rentrer dans le droit une certaine imprécision » et admet que la simplicité, si chère à ses contemporains, « n'est pas la loi du monde extérieur » (1^{re} éd. [1911], *La Mémoire du Droit*, 2001, p. 12 et 14). Ce choix à contre-courant de la démarche de ses contemporains lui vaut de voir son travail qualifié de « système de désintégration, de dissolution à outrance » par F. Gény (F. GÉNY, « R. Demogue. Les Notions fondamentales du droit privé. Essai critique, compte rendu », *NRHD*, 1911, 110, p. 122-123)... Et marginalisé. Voir, à son sujet, D. KENNEDY et M.-C. BELLEAU, « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », *RIEJ*, vol. 5, n° 1, p. 163-211 ou P.-N. BARÉNOT et N. HAKIM, *op. cit.*, p. 289 et suiv.

systématisation et de mise en cohérence » des données juridiques⁴⁹, jurisprudence comprise, permettant au discours d'en « dégager un enseignement qui, sans [lui], serait difficilement perceptible »⁵⁰ et de défendre les « principes essentiels du système juridique »⁵¹... Et qui mieux que les auteurs *académiques* pour avoir la hauteur de vue nécessaire pour « appréhender le système juridique dans son ensemble »⁵²? Qui mieux que « les représentants de la doctrine, les théoriciens du droit, les juristes d'école »⁵³ pour maîtriser ces méthodes dont le but finalement est d'aligner la jurisprudence sur les mêmes standards de généralité, d'abstraction et d'esthétique que la loi? Chassez la loi toute-puissante, elle revient au galop... Vers le seul discours doctrinal *académique*.

16. Là apparaît alors la seconde raison pour laquelle l'étude doctrinale se concentre sur la jurisprudence des cours suprêmes. En réalité, en faisant ce choix, la doctrine du début du xx^e siècle a simplifié son office. Dès lors que ce dernier consiste à tirer des décisions individuelles des enseignements généraux à intégrer à l'ordonnement juridique, lui-même créé à partir d'arrêts plus anciens, tout ce qui n'est pas pleinement juridique devait être écarté. Au-delà, donc, d'une difficulté d'accès parfaitement remédiable⁵⁴, la sélection de la jurisprudence pour son « intérêt juridique » n'avait aucune raison de cesser. D'une part parce qu'il n'y a jamais plus de droit dans une décision de justice que lorsque celle-ci est rendue par une juridiction *de droit*, et d'autre part parce que le censeur de cet « intérêt juridique » qui justifie non seulement la publication, mais aussi le traitement doctrinal de l'arrêt n'est autre que... Le discours doctrinal lui-même. La jurisprudence a été déterrée par un discours doctrinal qui depuis lors s'évertue à lui faire revêtir les mêmes habits de noblesse que la loi qu'elle a vocation à suppléer et à justifier ainsi sa propre existence. La jurisprudence a donc certes permis le développement du discours doctrinal, mais *in fine*, c'est aussi lui qui lui permet d'exister au sein de l'univers normatif.

17. Là se loge donc le second vice des outils de justice algorithmique: celui de ne pas permettre une telle démarche de « légification » des décisions auxquelles ils permettent d'accéder et de produire *eux-mêmes* une « analyse » de

⁴⁹ V. CROMBEZ, *La doctrine en droit français et en common law (étude comparative)*, thèse dactylographiée, Université Jean Moulin Lyon III, 1995, p. 70.

⁵⁰ F. ZÉNATI, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 251.

⁵¹ La définition se complète ainsi: la dogmatique serait « cet esprit de méthode et de généralisation, cet ordre et cet arrangement systématique, qui contribuent à la science et qui en rendent l'initiation plus puissante et efficace », Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, vol. 1, 2^e éd., Librairie générale, 1860, p. V-VII. Le fait que ce soit un auteur de l'ancienne garde qui apporte une définition de la dogmatique souligne à quel point les méthodes ont peu évolué avec l'intégration de la jurisprudence parmi les portions du droit analysées.

⁵² N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, *op. cit.*, p. 166

⁵³ R. SALEILLES, « Droit civil et droit comparé », *op. cit.*, p. 22.

⁵⁴ Un tel accès a été assuré, aux États-Unis dès les années 1970 par les recueils d'arrêts publiés notamment par la West Publishing Company – voir, à ce sujet, I. KAVASS, « Law Reporting: Comparisons between Western Europe and Common Law Countries », *IJLL*, vol. 5, n^o 1, 1977, p. 104120.

ces décisions qui ne visent pas à élever les apports juridiques des arrêts au niveau de normes générales, prêtes à être elles-mêmes réinterprétées. Qu'il soit question de donner accès à une *jurisprudence* issue des juridictions du fond ou qu'il soit question de produire des informations chiffrées sur cette masse, dans les deux cas, l'objet n'est pas de sécréter une norme générale, pleinement juridique, mais bien de révéler et de mobiliser les éléments factuels nombreux qui se logent dans chaque décision et les conditionnent.

II. Le géant aux pieds d'argile : les fondations doctrinales et l'érosion algorithmique

18. Certes, la justice algorithmique fonctionne à partir de présupposés différents de ceux à partir desquels la doctrine se saisit des questions juridiques. Est-ce cependant une raison suffisante pour justifier la levée de boucliers générale à l'encontre de ces outils ainsi que l'argument tiré d'un effet « factuelisant » exercé par ces outils ? Ça l'est, quand on garde à l'esprit que ces présupposés sont une construction et, surtout, un *choix* constamment réaffirmé face à des propositions contraires. Pensons à Ch. Jamin côté privatiste, et à sa démonstration que le choix de la dogmatique s'est fait contre celui d'une approche *réaliste*, et donc empirique et a-formaliste, du droit⁵⁵ et pensons à J. Rivero côté publiciste, et à ses « faiseurs de systèmes »⁵⁶ qui ont gagné face à l'empirisme jurisprudentiel voulu par un B. Chenot⁵⁷. Or, cette incompatibilité entre cette dogmatique française et un empirisme, quel que soit son nom, conduisant à la recherche des déterminants concrets des décisions, est aujourd'hui réveillée par les outils de justice algorithmique. Ainsi, les outils avancent et postulent l'utilité d'une étude du droit des juges dans leur dimension la moins connue : au travers de la production des juges du fond du fond (A) et au travers de l'analyse ignorant tant le principe même de la dogmatique que sa mise en œuvre par le discours doctrinal (B).

A. *Jurisprudence de droit, contentieux de fait*

19. Jusqu'à présent, la seule jurisprudence véritablement considérée et traitée par la doctrine est cette jurisprudence issue des juridictions suprêmes, limitée à ce qu'il y a de « plus abstrait, de plus général, ayant valeur pour s'appliquer à d'autres cas »⁵⁸. Il n'y avait cependant rien d'inévitable à ce qu'il faille attendre l'*open data* jurisprudentiel pour que se déploie une prise de conscience de l'intérêt d'analyser

⁵⁵ Ch. JAMIN, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée », *Droits*, 2010, n° 51, p. 137-159.

⁵⁶ J. RIVERO, « Apologie pour les faiseurs de système », *D.* 1951, p. 99-102.

⁵⁷ B. CHENOT, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *EDCE*, 1950, p. 7783.

⁵⁸ V. FORTIER, J.-L. BILON et S. AZZAM, *Acquisition et application des connaissances juridiques, modélisation par l'IA*, Éditions Hermès, 1997, p. 24-25.

la production des juridictions du fond; c'était là tout l'objet des recherches en informatique juridique des années 1960 à 1990⁵⁹ ainsi que d'un ensemble de courants à la postérité plus ou moins limitée⁶⁰. Or, comme l'exprime É. Serverin, alors que

« le développement de la micro-informatique, avec son cortège de bases de données, de logiciels de traitement des données, textuelles ou statistiques, et l'apparition de l'internet, avec l'accès rapide à des sources primaires, [auraient pu commander] de nouvelles méthodes, qui modifieraient à leur tour le visage des productions de recherche [...], ces développements n'ont pas fait dévier de leur ligne les méthodes de recherche sur la jurisprudence, solidement ancrées sur une théorie normative du droit et une recherche de la règle interprétée par les cours suprêmes »⁶¹.

La jurisprudence au sens strict n'a pas été supplantée par une jurisprudence au sens large pour la seule raison que la jurisprudence du fond *aurait pu*⁶² devenir très aisément accessible avec le développement des premières banques de données. Il est d'ailleurs frappant de constater qu'il ne reste pour ainsi dire rien de l'informatique juridique française dans le discours doctrinal français et, à plus forte raison, dans le discours relatif aux outils de justice algorithmique⁶³.

20. Les effets de cette absence, cependant, sont assez clairs dans un discours confronté à l'imminence d'un véritable *open data* jurisprudentiel. Les réactions oscillent ainsi entre le scepticisme, interrogatif⁶⁴ ou non⁶⁵, et le rejet de principe⁶⁶, et elles s'expriment pour un grand nombre d'entre elles sur le plan de

⁵⁹ Pour un retour sur ces recherches, voir C. BORDERE, « Que reste-t-il de la première jurimétrie? », *Jurimétrie*, n° 1, 2022, p. 27-52.

⁶⁰ On pense notamment à la sociologie du droit (courant Carbonnier ou Weber) ou au mouvement critique du droit mené par le CERCRID de Saint-Étienne.

⁶¹ É. SERVERIN, « De l'informatique juridique aux services de justice prédictive, la longue route de l'accès du public aux décisions de justice dématérialisées », *APD*, 2018, 23, p. 47.

⁶² Ce qui n'a pas été le cas, en France à tout le moins, pour des raisons qui tiennent à la fois à des choix politiques quant à la structure et à la gestion des bases de données et à des choix méthodologiques de globale désintérêt pour la production des juridictions du fond.

⁶³ Nous revenons sur les causes probables de cette absence dans C. BORDERE, *op. cit.*

⁶⁴ Afin de ne pas surcharger les notes suivantes, nous nous contenterons de donner un exemple de chaque type de réaction. Ainsi, on peut voir le discours s'interroger en ces termes: « Mais qu'apportera la diffusion de tous les arrêts de cour d'appel et de tous les jugements de première instance? [...] Le risque est grand d'être noyé sous une masse de décisions », Th. DOUVILLE et L. RASCHEL, « Numérique et diffusion de la diffusion. L'*open data* des décisions de justice », in C. BLÉRY et L. RASCHEL (dir.), *Vers une procédure civile 2.0*, Dalloz, 2018, 49, p. 51-52.

⁶⁵ « De nombreuses décisions ne présentent strictement aucun intérêt pour la connaissance du droit », L. CADIET, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁶ « Rendre plus accessibles des masses de données considérables n'améliorera donc en rien la connaissance des décisions de justice ou de l'état de droit pour les justiciables et usagers « ordinaires » qui n'entendent pas s'investir un minimum dans la prise en charge de leur propre situation », E. POINAS, *op. cit.*, p. 49. On note d'ailleurs que l'auteur est lui-même magistrat.

l'opposition entre le qualitatif et le quantitatif⁶⁷. Pour autant, si parasitage il y a effectivement, c'est précisément pour des raisons qui tiennent à l'inadaptation des méthodes doctrinales à la perspective d'une telle quantité contradictoire d'informations, à la fois dans leur contenu substantiel et dans leur contenu formel.

B. Dogmatique juridique et étude quantitative

21. La dogmatique juridique s'est construite pour contrer, ou masquer, les turbulences du droit afin de maintenir un certain contrôle sur le juge lorsqu'il se prononce sur des questions que la loi ne régirait pas suffisamment précisément⁶⁸. En secrétant, à partir de la jurisprudence, des principes généraux ensuite intégrés à l'ordre juridique existant, la dogmatique juridique fait du droit un univers parfaitement organisé et hiérarchisé qui résout lui-même les contradictions qui peuvent exister entre les règles qui le composent. Cette forme de poïétique systématisante est rendue d'autant plus facile qu'elle est exercée sur des décisions elles-mêmes peu contingentées par les faits du litige initial, et elle fonctionne bien tant qu'elle ne porte que sur elles... Ce qui n'est pas le cas avec la masse de millions de décisions que les outils de justice algorithmique ont vocation à révéler, d'un point de vue pratique comme d'un point de vue technique puisque faute d'homogénéité de forme ou de contenu. Quant aux contradictions que la doctrine se donne pour mission de dissimuler ou supprimer, elles deviendraient à la fois trop nombreuses et trop profondes pour être saisies et, surtout, résolues à partir de cette seule dogmatique.

22. Il n'est pas ici question de faire dans l'habituelle critique du positivisme juridique en affirmant qu'il s'agit là d'un de ses milliers de défauts, puisque la plupart des auteurs inscrits dans une perspective dogmatique ne *se réclame* pas du positivisme juridique et que leur analyse n'est pas positiviste⁶⁹. Ce n'est pas une certaine *théorie du droit* qui est en crise face aux outils de justice algorithmique mais une *méthode doctrinale* qui trouve dans cette masse, ce « magma jurisprudentiel »⁷⁰ ses limites, tout comme celle du début du XX^e siècle a pu trouver les siennes face

⁶⁷ « On ne peut pas non plus mettre sur un même plan la valeur du travail quantitatif d'une legaltech [...] et celle qualitative d'un éditeur juridique qui sélectionne les décisions les plus importantes afin de permettre à ses lecteurs d'en prendre connaissance », A. BOLZE, « Accès aux décisions judiciaires et legaltech », *Dalloz actualité*, 20 février 2019.

⁶⁸ C'était en tout cas le sens de la méthode prescrite par F. Gény face à la perspective de voir « la grande latitude octroyée à l'interprète » devenir « une arme puissante aux mains des juges » et, ainsi, présenter « un danger sérieux pour la sécurité des intérêts et l'égalité de justice due à tous » : « dégager, du fonds commun de la nature des choses, les règles objectives qui [...] guideront [l'interprétation] et la garantiront contre le subjectivisme de ses jugements » (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, *op. cit.*, p. 142 et p. 151).

⁶⁹ Il faudrait ici encore définir ce que l'on entend par « positivisme » et constater que lorsque le « positivisme » est utilisé comme argument à l'encontre d'une doctrine à l'office galvaudé et dans l'incapacité de se saisir de certains phénomènes, c'est en général dans un sens abâtardi qui se confond, justement, avec une dogmatique juridique teintée de légalisme.

⁷⁰ Ch. JAMIN et Ph. JESTAZ, *op. cit.*, p. 304.

à l'immobilité du Code civil ou, plus proche de nous, la méthode classique de la *common law* anglo-américaine est entrée en crise lorsque la publication des décisions de justice s'est dérégulée. La dogmatique juridique est née de la première crise, a évité jusqu'ici la seconde et subit aujourd'hui ses répliques.

23. Ces outils sont en effet porteurs de leur propre analyse basée sur une appréhension propre du droit, deux éléments qui sont à peu près l'inverse polaire de ceux qui sous-tendent les méthodes doctrinales classiques. C'est pour les outils de justice prédictive que le changement de paradigme méthodologique est le plus évident. L'objectif de ce type d'outil est de modéliser le résultat moyen des décisions prises par *tous* les juges, à partir de *tous* les déterminants contenus dans leurs décisions. Ces déterminants, quelle que soit leur nature, doivent ainsi pouvoir être mobilisés dès lors que leur présence ou leur absence a un impact quantifiable sur la prise de décision, qu'elle fasse grimper l'indemnisation ou baisser le taux de réussite de l'action en justice. Parce que ces algorithmes ne sont pas programmés pour donner une valeur distincte aux données de faits et aux données de droit, la distinction fondamentale du droit et du fait, virtuellement, disparaît. Si la règle de droit a pu être mobilisée dans les premiers temps de la recherche, elle n'importe plus au stade des résultats qui sont basés sur ces données factuelles qui font la similarité ou la dissemblance de deux espèces.

24. En somme, ces outils poursuivent l'objectif spécifique de révéler la « réalité » du droit et de son application de manière empirique, quantitative et statistico-probabiliste, pas celui d'extraire des règles générales et abstraites de la masse des décisions qu'ils traitent. C'est là que le bât blesse, d'une part parce que la révélation de la « réalité » du droit est supposée être la chasse gardée du discours doctrinal. Ce constat est d'autant plus vrai en ce qui concerne le droit jurisprudentiel puisqu'après tout « seule la doctrine peut ainsi établir la cohérence, donc l'existence même, de la jurisprudence »⁷¹. D'autre part parce que la narration qui sous-tend ces outils a de quoi provoquer des sueurs existentielles dans la mesure où elle postule, à mots couverts, que la seule connaissance *utile* aux justiciables, aux avocats voire au juge, « qu'il soit possible de former en Droit consiste dans la capacité à prédire l'interprétation et l'application probable qui sera faite des règles de droit »⁷². La conséquence est brutale : si les constructions doctrinales n'affectent pas la prise de décision du juge, alors elles n'ont pas à être mobilisées par l'outil ; si elles ne sont pas mobilisées par l'outil, c'est qu'elles ne constituent pas une *connaissance utile*. Par leur existence même, ces outils sous-entendraient que les méthodes doctrinales devraient se plier à des canons qui ne

⁷¹ M. DEGUERGUE, « Jurisprudence », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{re} éd., PUF, 2003, p. 883.

⁷² G. ZAMBRANO, « Précédents et prédictions jurisprudentielles à l'ère des *Big Data*: parier sur le résultat probable d'un procès », CCSD CNRS, 2015, p. 6, <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/AO-DROIT/hal-01496098v1>>.

sont pas les siens si elles entendent traiter cette masse contentieuse de manière pertinente. D'un extrême à l'autre, du « tout droit » de la dogmatique juridique au « tout fait » des outils algorithmiques, le pas est immense et ne fait que s'agrandir à mesure que cette dogmatique juridique et la restriction de la publication des décisions juridictionnelles éloignent non pas l'École du Palais, mais l'École du tribunal. Cette distance n'est pas nouvelle, elle est même un argument doctrinal et professionnel à part entière⁷³; elle est connue des praticiens, notamment des avocats, et le succès de Doctrine.fr malgré les polémiques qui entourent cet applicatif ainsi que le déploiement rapide de *Predictice* dans presque tous les Barreaux de France soulignent cet écart toujours grandissant.

25. Rien de tout ceci ne signifie que les outils de justice algorithmique soient en mesure d'accomplir leurs promesses. Ils ne sont pas opérationnels et ne le seront peut-être jamais vraiment. Dans ce contexte, le discours doctrinal français peut se rassurer : les moutons électriques ne vont pas de sitôt détruire *son* droit et prendre sa place. Une crainte, cependant, n'a pas besoin d'être rationnelle pour être ressentie et sa seule verbalisation en dit long sur les défis auquel le discours doctrinal français fait face. Ces défis, Ch. Jamin et Ph. Jestaz les résumaient ainsi en 2004 : le modèle doctrinal français,

« ayant acquis ses traits actuels aux environs des années 1920 [...] a parfaitement réussi. [...] [S]es constructions doctrinales sont par nature abstraites, mais il semble aujourd'hui que beaucoup d'entre elles aient atteint un degré de sophistication et d'abstraction inversement proportionnel à leur utilité [...]. En bref, une partie de la doctrine court le risque de tourner à vide, tandis qu'une autre cherche des voies nouvelles dans deux directions, d'ailleurs voisines (et qui lui valent des reproches analogues) : soit elle se rapproche de la pratique, mais au prix d'un étiolement du modèle professoral, soit elle se factualise. Se pose donc à nouveau la question du réalisme, mais dans des termes qui ne sont plus ceux des premières années du XX^e siècle »⁷⁴.

26. La justice algorithmique sera-t-elle le second wagon réaliste de la doctrine juridique française? Grimpera-t-elle dans celui-ci, ou l'ignorera-t-elle comme le premier? Tout comme il n'est pas possible de prédire un quelconque futur aux outils de justice algorithmique, il est impossible de prédire celui d'une doctrine juridique qui s'en désintéresse déjà. Quant au droit et à sa factuelisation, gageons que quelques algorithmes créés par des *start-ups* ambitieuses ne sauront guère remettre en cause sa nature profonde. Faire trembler le solide temple doctrinal français paraît déjà être un exploit suffisant.

⁷³ Voir, par exemple, la controverse entre Ch. BIGOT, « Réflexions d'un avocat sur la professionnalisation des études de droit », *D.* 2005, p. 1724-1725 et J.-F. CESARO, P.-Y. GAUTIER et F. LEDUC, « Peut-on cesser d'accabler les universités? », *D.* 2005, p. 2332-2333.

⁷⁴ Ch. JAMIN et Ph. JESTAZ, *op. cit.*, p. 304.