

Le développement des outils algorithmiques prédictifs à l'épreuve de la Question Prioritaire de Constitutionnalité*

Matthieu GAYE-PALETES**

Suscitant les éloges ou les critiques, le thème de la justice prédictive a su éveiller au sein de la communauté juridique tant la curiosité que la méfiance. Conçue par certains comme une avancée technologique facilitant le travail des praticiens et des chercheurs, ouvrant la voie à une sous-traitance informatique des tâches les plus fastidieuses, elle est, à l'inverse, envisagée par d'autres comme une concurrente d'un des plus nobles et complexes offices du magistrat, celui de juger. C'est alors à grand renfort de métaphores que l'on critique l'instauration d'un « juge-robot »¹ ou d'une justice « bouton » totalement automatisée. Pourtant, la doctrine est majoritairement unanime sur le fantasme qui se cache concrètement derrière les termes de « justice prédictive ». L'état actuel des avancées technologiques dans le domaine juridique n'est pas encore à la hauteur des grandes annonces exprimées par les *Legaltechs* qui les commercialisent. Si la justice prédictive est, à n'en pas douter une ambition pour certaines entreprises telles que Lex Machina aux États-Unis ou Predictice en France², la concrétisation d'outils algorithmiques prédictifs n'en est encore qu'à ses balbutiements.

Dès lors, partant d'une définition sommaire de la justice prédictive, elle se constituerait d'un « ensemble d'instruments développés grâce à l'analyse de grandes masses de données de justice qui proposent, notamment à partir d'un calcul de probabilités, de prévoir autant qu'il est possible l'issue d'un litige. »³ Autrement dit, c'est une branche de l'informatique, qui vise à appliquer l'intelligence artificielle à la sphère juridique en ayant pour but de donner le résultat

* À jour au 4 juin 2020. Mes remerciements à Mme. Marie-Céline Pallas pour sa relecture et ses remarques.

** Doctorant à l'Université Toulouse 1 Capitole, A.T.E.R à l'Institut d'Études Politiques de Toulouse.

¹ Not. F. ROUVIERE, « Le raisonnement par algorithmes : le fantasme du juge-robot », *RTD civ.*, 2018, p. 530. ; Le terme est repris par les députés dans la proposition de résolution n°2912, du 11 mai 2020, visant à encadrer la justice prédictive et empêcher que l'intelligence artificielle prenne les décisions de justice en lieu et place des juges, craignant l'avancée « vers une société de “juges-robots” ».

² On retrouve également des revendications plus modestes en France par *Case Law Analytics* ou *LegalMetrics* qui proposent une quantification de l'aléa judiciaire et d'aide à la prise de décision judiciaire.

³ L'open data des décisions de justice, rapport du Garde des sceaux, nov. 2017, p. 14, disponible sur http://www.justice.gouv.fr/publication/open_data_rapport.pdf

probable d'un litige futur à partir de l'analyse algorithmique des données juridiques antérieures. Cela ne correspond par conséquent qu'à une application particulière de l'intelligence artificielle au domaine du droit⁴. D'autres usages se retrouvent pourtant au quotidien dans l'activité du juriste, que ce soit sous forme de moteurs de recherche (tels que la start-up Doctrine), d'aide à la décision publique (Post-bac) ou encore d'aide à la rédaction (telle que Kira). La prédiction algorithmique des décisions de justice n'est donc pas l'apanage de l'utilisation des données juridiques, bien au contraire⁵.

Alors qu'elle devient largement médiatisée, nous ne sommes toutefois qu'au début de cette pratique dont l'essor en France peut être daté à l'entrée en vigueur de la Loi « République numérique » le 7 octobre 2016 ouvrant à son article 21 l'accès aux données jurisprudentielles⁶. Ces données, formant le big data juridique, bien qu'elles créées un « chaos informationnel quasi insurmontable pour l'humain »⁷, ont donné la possibilité d'un développement dans l'hexagone d'entreprises prédictives s'appropriant le modèle de leurs consœurs américaines. En effet, le fonctionnement des algorithmes, reposant, en grande partie, sur un processus de *machine learning*⁸, est dépendant de cette masse d'informations pour construire des corrélations entre les données. Le logiciel, afin d'établir les statistiques d'où découle la solution du litige, doit traiter un grand échantillon d'éléments jurisprudentiels, qui, formatés en mots-clés pouvant être identifiables et utilisables par le logiciel, constitueront la donnée, matière première des outils algorithmiques prédictifs. La jurisprudence représente en somme un réservoir d'informations

⁴ v. aussi C. JAMIN & J. PERLEMAN, *Les enjeux éthiques de la justice prédictive*, Livre blanc de Sciences po, Wolters Kluwer, 2019, p. 11 *sq.* ; Une définition dans un sens large est proposée où « la justice prédictive correspond davantage à une tendance technologique, s'appuyant sur la prolifération des données numériques et le développement de nouvelles méthodes d'extraction de connaissance liées à l'intelligence artificielle, pour réaliser des estimations chiffrées dans divers domaines intéressant le milieu judiciaire. » Ils précisent cependant qu'« en France, elle recouvre un ensemble de techniques visant à anticiper l'issue d'une décision de justice par l'analyse d'un corpus de décisions similaires, réalisée au moyen de techniques mathématiques et informatiques. » Ce postulat apparaît néanmoins trop restrictif puisqu'elle limite les sources des algorithmes aux seules décisions de justice excluant ainsi toutes les données périphériques à celles-ci telles que les communiqués de presse, les actes des autorités administratives, etc. ; Pour d'autres définitions de la justice prédictive, v. not. A. GARAPON & J. LASSEGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, PUF, 2018 ; F. ROUVIERE, « La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal », *RTD civ.*, 2017, p. 527 *sq.* ; B. DONDERO, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.*, 2017, p. 532 *sq.*

⁵ L'Observatoire de la *Legaltech* en France recense environ 150 structures au sein desquelles seul 3% déclarent faire de la justice prédictive, 6% utiliser du *machine learning* et 13% se servir de l'intelligence artificielle, v. P. JANUEL, « Les réticences du milieu judiciaire face aux *legaltechs* », *Dalloz Actualité*, 23 juillet 2019.

⁶ L'article 21 de la Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour « une République numérique » introduit un article L.111-13 au Code de l'organisation judiciaire disposant à son 1^{er} alinéa que « [s]ous réserve des dispositions particulières qui régissent l'accès aux décisions de justice et leur publicité, les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit sous forme électronique. »

⁷ W. AZOULAY, « Des machines et des hommes. La guerre n'aura pas lieu », *Droit et société*, 2019/3, n° 103, p. 603 *sq.*

⁸ Le *machine learning* peut se définir comme « situations where a machine has been “trained” through exposure to a large quantity of data and infers a rule from the patterns it observes. » in J.A. KROLL, J. HUEY, S. BAROCAS, E.W. FELTEN, J.R. REIDENBERG, D.G. ROBINSON & H. YU, « Accountable Algorithms », *University of Pennsylvania law review*, vol. 165, 2016, p. 42. L'apprentissage peut être soit fermé, en étiquetant les exemples pour indiquer à l'algorithme le modèle à construire et les éléments pertinents, soit ouvert (ce que l'on nomme le *deep learning*) en ne fournissant à l'algorithme qu'une série d'exemples pour qu'il reconstruise lui-même le modèle.

essentielles sur la formation des décisions passées⁹. S'ajoutent à cela les données matérielles entourant la décision telles que le nom de la juridiction, sa localisation géographique ou l'identité des juges. A ce titre, face au risque de profilage des juges, la Loi n° 2019-222, du 23 mars 2019, est venue modifier l'article L.111-13 du Code de l'organisation judiciaire pour encadrer l'usage de ces données d'identification à des fins prédictives. Néanmoins, le logiciel, basé sur un processus d'auto-apprentissage, ne se restreint pas aux éléments passés. Ainsi le modèle statistique créé par l'algorithme, s'adaptera aux différentes solutions futures qui lui seront présentées pour affiner les résultats suivants en fonction. En découle une idée de modélisation évolutive du raisonnement algorithmique pour proposer une solution à des litiges similaires encore pendants qui lui seraient apportés¹⁰. Cependant, même si les chiffres présentés varient grandement selon les études et les algorithmes¹¹, l'on est encore loin de la production d'une décision de justice unique par ordinateur. Ce n'est d'ailleurs pas le but actuel des *legaltechs* qui se cantonneraient « plutôt [à] construire une approximation fiable et utile afin de rendre compte des données disponibles »¹². Ces entreprises privilégient à l'heure actuelle la promotion de leurs outils statistiques plus que la capacité de leur logiciel à trancher une affaire¹³. Le résultat fourni s'apparente à une série de statistiques quant aux pourcentages de réussite d'affaires similaires, aux moyens invoqués les plus efficaces ou aux délais moyens de traitement d'un recours. Le « saut prédictif » est laissé entre les mains de l'utilisateur qui reste maître de l'interprétation et de l'usage des données statistiques¹⁴.

Ainsi, les résultats proposés par les *legaltechs* viennent renforcer ce sentiment d'inachèvement du volet prédictif expliquant que le terme de « justice prédictive » soit largement décrié¹⁵ par une doctrine oscillant entre « justice prévisionnelle » ou « justice quantitative », voire s'arrêtant

⁹ Le contenu est largement puisé dans les bases de données jurisprudentielles nationales telles que *CONSTIT*, *JADE*, *CAPP*, *JORF*, etc. Cependant, cela n'est pas limitatif et des *legaltechs* intègrent déjà les déclarations, communiqués de presse ou tables analytiques proposés par les différentes institutions nationales.

¹⁰ Si les entreprises prédictives fournissent principalement une série de statistiques, *Case Law Analytics* « se risque[nt] à faire des prédictions sur les différents scénarios possibles, par la voix de cent juges virtuels, après avoir modélisé la diversité des jugements possibles, quantifiant ainsi l'irréductible aléa, à partir d'une base de décisions pouvant être plus restreinte », in S. LEBRETON-DERRIEN, « Introduction à une justice "simplement" virtuelle », *Archives de philosophie du droit*, n° 60, 2018, p. 5.

¹¹ Un groupe d'étude exposait un résultat de 75% de réussite pour prédire des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'application de 3 articles de la Convention EDH. Le résultat laisse donc encore place à une marge d'erreur très large puisque le logiciel produit un résultat erroné une fois sur quatre. V. L'étude sur la CEDH de : V.N. ALETRAS, D. TSARAPATSANIS, D. PREOTIUC-PIETRO & V. LAMPOS, « Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights : a natural language processing perspective », *PeerJ Computer Science*, oct. 2016, <https://peerj.com/articles/cs-93> ; à l'inverse, la société *SupraLegem* allègue être en mesure de prévoir les décisions de recours contre une obligation faite à un étranger de quitter le territoire français en fonction de certains juges et juridictions avec une précision comprise entre 90 et 99%, v. V. VIGNEAU, « Le passé ne manque pas d'avenir », *Rec. Dalloz*, n°20, 2018, p. 1100.

¹² W. AZOULAY, « Des machines et des hommes. La guerre n'aura pas lieu », *Droit et société*, 2019/3, n° 103, p. 604.

¹³ Néanmoins l'utilité de telles statistiques n'est nullement remise en cause, au contraire le « fait de disposer de données statistiques sur les décisions de justice est indéniablement précieux », in V. DONDERO (B.), « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.*, 2017, § 50.

¹⁴ S. LEBRETON-DERRIEN (S.), art. cité., p. 5.

¹⁵ En ce sens, les Professeurs DUMOULIN et LICOPPE critiquent l'usage de ce terme qui aurait un effet déformant et performatif, v. L. DUMOULIN & C. LICOPPE, « Le travail des juges et les algorithmes de traitement de la jurisprudence. Premières analyses d'une expérimentation de "justice prédictive" en France. », *Droit et société*, 2019/3, n° 103, p. 553.

à un terme plus neutre de « justice algorithmique »¹⁶. Malgré tout, l'existence de ces logiciels statistiques et leur usage toujours plus fréquent par les praticiens du droit demeurent indiscutables¹⁷. Annoncés comme un outil au service du praticien, les logiciels actuels permettent d'optimiser les stratégies contentieuses que ce soit en quantifiant l'aléa judiciaire, en facilitant l'élaboration des mémoires par la sélection des précédents pertinents ou en présentant les moyens les plus efficaces lors de recours similaires¹⁸. S'il ne nous revient ni de le souhaiter ni de le regretter, le fait est que les outils algorithmiques développés par les *legaltechs* prennent une part toujours plus grande dans les cabinets juridiques et les tribunaux à mesure qu'ils se perfectionnent¹⁹. Se cantonnant à l'origine à des contentieux très techniques, facilement quantifiables, à l'aide d'algorithmes moins perfectionnés, les entreprises, telles que Predictice, ambitionnent dorénavant le développement d'algorithmes d'aide à la décision pour des contentieux plus complexes.

En ce sens c'est dans ce cadre que se pose la question du recours aux algorithmes en matière de contentieux constitutionnel, tout particulièrement dans le cas de la Question Prioritaire de Constitutionnalité. Ce type de contentieux n'est pourtant pas, de prime abord, un domaine intéressant directement les entreprises prédictives. Ces dernières, bien qu'elles aspirent à englober l'ensemble des champs du droit, sont encore concentrées principalement sur des domaines avec un potentiel économique certain tels que les litiges fiscaux ou de propriété intellectuelle. Cela s'explique pour partie en ce qu'ils constituent un marché viable pour le développement économique d'une structure. Dans ce contexte, le domaine constitutionnel, bien qu'ouvert aux justiciables depuis la Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, reste un contentieux numériquement trop restreint pour être économiquement attractif pour ces entreprises. De ce fait, la quantification des résultats d'une procédure constitutionnelle, qu'elle soit *a priori* ou *a posteriori*, ne constitue pas un secteur économique propice à l'intervention et au développement des *legaltechs*. Pourtant, à l'inverse, le contrôle de constitutionnalité de la loi intéresse la logique prédictive en raison de son impact potentiel sur les jurisprudences au fond. En effet, la programmation des algorithmes s'affine et améliore ses résultats par une reproduction toujours plus précise des facteurs influençant la prise de décision juridictionnelle. Les logiciels prédictifs ne se limitent pas à un simple calcul du nombre d'apparitions d'un mot

¹⁶ S. LEBRETON-DERRIEN, art. cité., p. 4.

¹⁷ Le décret n° 2020-356 du 27 mars 2020 mettant en place l'algorithme *Datajust*, qui vise à établir des barèmes d'indemnisation des dommages corporels par le traitement statistique des décisions de justice, vient conforter la vision d'un usage de l'intelligence artificielle en droit qui se démocratise.

¹⁸ *Predictice* ira encore plus loin en défendant que leur logiciel permet « pour les avocats qui plaident [...] de révéler des tendances cachées dans la masse des décisions de justice. » C'est donc une réelle plus-value qu'entendent apporter ses entreprises qui jouerait notamment sur la compétitivité de l'avocat. Il est proposé au praticien d'utiliser ses mécanismes d'abord pour réduire les coûts et par la suite augmenter les bénéfices, en ce sens V. le « guide de la justice prédictive » proposé sur demande par l'entreprise *Predictice*, p. 17.

¹⁹ Certains échecs sont à noter dans l'expérimentation de logiciel d'aide à la décision auprès des magistrats. En ce sens, l'analyse de l'expérimentation qui fut menée par *Prévicompute* avec deux Cours d'appel, v. L. DUMOULIN & C. LICOPPE, « Le travail des juges et les algorithmes de traitement de la jurisprudence. Premières analyses d'une expérimentation de "justice prédictive" en France. », *Droit et société*, 2019/3, n°103, p. 535-554.

ou d'une expression, ni même à une statistique ne faisant qu'additionner les occurrences d'une disposition législative dans un type de contentieux. Ils établissent des corrélations entre les divers éléments distingués dans une décision pour définir le ratio d'influence qu'un élément de fait ou de droit a sur une décision de justice. De même, à partir de l'usage répété de certaines formules ou de certaines dispositions, les *legaltechs* tendent à vouloir mettre en exergue les facteurs sous-jacents qui modèlent la décision²⁰. Ainsi, comme les logiciels recherchent à prendre en compte les facteurs influant directement la solution de ces litiges pour pouvoir, en les systématisant, prédire quels seront les pourcentages de réussite d'une affaire future, le litige constitutionnel jouera indirectement par son effet sur le litige au fond qui l'a vu naître en faisant disparaître une de ses bases légales.

Dans le cadre du contrôle de conformité de la loi, il est nécessaire de distinguer la procédure *a priori* de l'article 61 et *a posteriori* de l'article 61-1 de la Constitution. En effet, il peut être admis que le contentieux constitutionnel, au moins dans son volet *a priori*, n'a qu'un impact très modéré, voire nul, sur les décisions de justice au fond. Bien qu'il corresponde à un mécanisme mettant en balance des intérêts politiques et économiques considérables, la décision en elle-même n'a d'effet que pour le projet ou la proposition de loi en question. Les dispositions législatives n'étant pas encore entrées en vigueur, elles n'ont eu aucun effet que ce soit sur les autorités publiques ou les citoyens. L'inconstitutionnalité n'aura donc aucune conséquence pratique pour un juge ordinaire puisque la loi ne disposait encore d'aucune application concrète. En cela, le contentieux *a priori* n'est en tant que tel ni un contentieux économiquement attrayant pour les entreprises prédictives, ni un contentieux dont les effets sur les litiges pourront être utilisés par les algorithmes. *A contrario*, la procédure de Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) instaurée par la révision constitutionnelle de 2008 présente un enjeu pour les *legaltechs* de par son influence potentielle sur les décisions des juges ordinaires.

En ouvrant la possibilité à tout justiciable de contester, lors d'une instance au fond, la constitutionnalité de la loi devant le Conseil constitutionnel, le constituant dérivé a créé un moyen nouveau lors d'un litige. En premier lieu, le recours *a posteriori* crée un lien entre le juge constitutionnel et le juge ordinaire. La QPC, en étant un litige incident, ne peut être totalement autonome vis-à-vis du recours principal. Elle offre donc aux praticiens un moyen concret à l'appui de leur argumentaire. En second lieu, si la résolution du contentieux de la conformité de la loi au texte constitutionnel demeure réservée au Conseil constitutionnel, ses décisions auront des effets pratiques pour les citoyens en modifiant l'ordonnement juridique du pays. La loi étant déjà appliquée, son abrogation impactera le litige à l'origine du déclenchement de

²⁰ Réponse de Jacques LEVY VEHEL, cofondateur de *Case Law Analytics*, dans un entretien pour le site *Décideurs* disponible sur <https://www.magazine-decideurs.com/news/jacques-levy-vehel-jerome-dupre-case-law-analytics-le-droit-devient-un-objet-mathematique>

la procédure QPC par la disparition d'une de ses bases légales²¹. Ainsi, la décision QPC pourra même conditionner les recours au fond si les poursuites reposaient entièrement sur la loi contestée. Par ailleurs, l'effet de l'inconstitutionnalité étant *erga omnes*, les instances tierces pendantes à la date de la décision d'inconstitutionnalité pourront être impactées. D'autant plus que les juges ordinaires, liés par cette décision, ne pourront passer outre l'abrogation d'une loi déclarée inconstitutionnelle applicable au litige en cours d'examen. Cela est renforcé par la jurisprudence du Conseil d'État considérant l'abrogation d'une loi comme un moyen à soulever d'office par le juge²².

De ce fait, les résultats qui seront produits par des algorithmes prédictifs ont intérêt à appréhender cette voie de recours comme un élément impactant la décision de justice. À défaut, les statistiques quant à l'échec ou à la réussite d'une poursuite pourraient s'avérer intégralement faussées par le succès d'une procédure QPC qui n'aurait pu être prévu par l'algorithme. Cette menace est à l'heure actuelle moindre en raison du faible nombre de recours *a posteriori* ayant abouti et ayant un effet immédiat sur les litiges en cours²³. Cependant, la mise à l'écart de ce recours emporte un risque, certes minime, mais bien réel sur l'aléa juridique puisque le succès de la procédure peut être tout simplement annihilé par une décision d'abrogation²⁴.

Plutôt que d'abandonner la QPC au pourcentage « d'imprévisible » auquel doit faire face tout algorithme de ce type, il semble opportun d'observer les modalités de sa prise en compte. L'enjeu sera double, pour les entreprises de justice prédictive, c'est un gain de précision qui est attendu, alors que pour la question prioritaire de constitutionnalité, c'est un regain de visibilité auprès des praticiens utilisant régulièrement les logiciels prédictifs. Or, ces considérations se heurtent aux multiples spécificités de ce litige constitutionnel qui, si elles ne sont pas insurmontables individuellement, posent un véritable défi lorsqu'on observe cette voie de recours comme un tout²⁵. Le contrôle *a posteriori* rassemble un ensemble de particularités tant procédurales que matérielles qui nécessite des adaptations pour être appréhendé et systématisé par un logiciel informatique. Si l'on ne peut préjuger de l'avenir de cette intégration, il est possible d'en questionner le présent pour entrevoir les points de frictions qui pourraient être liés à la prise en considération de la QPC par la « justice prédictive ». En conséquence,

²¹ Cela doit être nuancé par l'article 62 de la Constitution qui permet au Conseil constitutionnel de moduler les effets de ses décisions dans le temps, pouvant ainsi priver un requérant de l'effet immédiat d'une QPC à son litige.

²² E. GEFFRAY, « Les suites tirées par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel, Conclusions sur CE Ass., n° 329290 du 13 mai 2011, *M'Rida* », *RFDA*, 2011, p. 789.

²³ Selon les statistiques proposées par le Conseil constitutionnel cela équivaudrait à 223 décisions QPC de non-conformité totale ou partielle sans effet différé depuis sa création jusqu'au 3 juin 2020. S'ajouter à cela 85 décisions de non-conformité avec effet différé.

²⁴ Le risque est d'autant plus grand qu'une procédure peut se retrouver contrecarrée par une QPC soulevée dans une autre instance en cours.

²⁵ De nombreux développements pourront à titre individuel s'appliquer à d'autres procédures telles que le contrôle de conventionnalité de la loi, le recours pour excès de pouvoir ou les renvois préjudiciels entre juge administratif et judiciaire. L'emphase est cependant mise sur la QPC qui regroupe l'ensemble des spécificités parcellaires dans une seule procédure rendant son intégration d'autant plus complexe.

l'ensemble des remarques à venir n'ont aucun caractère péremptoire et ne préjugent en rien de leur dépassement par un perfectionnement futur des algorithmes. La seule visée est, bien plus humblement, de décrire, eu égard aux fonctionnements actuels des outils algorithmiques prédictifs, les éléments d'inadéquation entre le logiciel et le recours constitutionnel permettant d'ouvrir la réflexion quant aux solutions qui vont être à envisager.

Ce faisant, il est pris le parti de scinder la procédure de QPC pour l'analyser d'abord comme un moyen contentieux au service de l'avocat lors d'un litige au fond (I). Cette observation permettra d'envisager une vision globale des spécificités procédurales qui font de la Question Prioritaire de Constitutionnalité un moyen spécifique du contentieux rompant avec le fonctionnement des logiciels prédictifs. La prédiction du soulèvement d'une QPC donne alors les premiers éléments problématiques auxquels viennent s'ajouter ceux liés à la prédiction de la décision QPC en elle-même. Ainsi, c'est de l'intérieur même du litige constitutionnel que se placera la focale afin de s'intéresser aux particularités de la prise de décision par l'organe constitutionnel qui nécessite des aménagements par les *legaltechs* (II).

I. L'INADÉQUATION DES PROCÉDÉS ALGORITHMIQUES À LA PROCÉDURE DE QPC

C'est dans sa procédure que résident les premiers obstacles à une élaboration statistique précise des résultats d'un contentieux constitutionnel. La QPC offre en effet un moyen efficace pour le requérant de supprimer toute base légale aux poursuites en invalidant la loi sur laquelle celles-ci reposent. Or, pour fonctionner, l'algorithme prédictif doit à l'inverse s'appuyer sur des données valides à partir desquelles seront extrapolées les solutions futures. La procédure ouverte par la révision de 2008 remet justement en cause la validité d'une de ces données, la loi, en rendant possible sa disparition de l'ordonnement juridique (A). La procédure QPC, en ce sens, va donc à l'encontre de la logique même de l'algorithme, d'autant plus que cette procédure d'exception d'inconstitutionnalité se couple d'une nécessité de renvoi préjudiciel. L'émergence d'une QPC entraîne la création d'un second litige, accolé au premier, dont la potentialité de création pose des questions quant à son intégration à l'algorithme prédictif (B).

A. L'invalidation d'une norme juridique : une potentialité non prévue par les processus prédictifs

Envisagée en tant que contentieux, la QPC se présente sous les traits d'une procédure par voie d'exception²⁶. En ce sens, bien qu'elle ouvre un nouveau litige, résolu de manière quasi autonome, elle demeure liée à un procès dit « principal » durant lequel elle doit être soulevée. Elle n'est par cela que partiellement indépendante puisqu'elle repose sur l'existence d'un litige *a quo*. Découle de cela, qu'appréhendée sous l'œil du praticien, la QPC est un moyen utilisable durant un procès au même titre que les autres. Il n'en reste pas moins un moyen particulier en ce qu'il peut porter atteinte à la validité d'une norme juridique. Là où les autres arguments visent directement à la résolution du litige au fond, les moyens d'exception tels que l'inconstitutionnalité ou l'illégalité impactent indirectement le litige. Leur usage premier répond toujours à une volonté d'emporter l'adhésion du juge pour le procès principal, mais cela passe par la résolution d'un conflit incident. Rapporté à la Question de constitutionnalité, le problème de la conformité de la loi à la Constitution reste secondaire et répond essentiellement à un besoin stratégique des parties. La spécificité s'illustre alors dans l'effet premier de la procédure qui sera d'abroger une norme législative privant ainsi de base légale les conclusions de la partie adverse²⁷. Toutefois, l'article 62 alinéa 2 de la Constitution prévoit une abrogation de la disposition en cas de décision d'inconstitutionnalité qui transcende l'affaire au fond en faisant disparaître purement et simplement la loi de l'ordonnement juridique.

Or, la loi est une des données utilisées par les algorithmes prédictifs pour établir des statistiques concernant une affaire. En effet, les calculs de l'Intelligence Artificielle s'élaboreront en partant de données extraites des ressources juridiques (lois, décisions de justice, etc.). Ces ressources ne sont toutefois pas utilisées telles quelles, de manière brute, par le logiciel, mais seront préalablement morcelées en divers éléments reconnaissables par l'algorithme. Trois types de données sont isolées par les personnes traitant le big data juridique. D'abord les données juridiques (les textes, les principes, etc.), viennent ensuite les caractéristiques factuelles de l'affaire (les renseignements sur les parties, la nature du conflit, etc.) et enfin les éléments de contexte²⁸. À partir de ces composants, l'algorithme aura la

²⁶ Bien qu'il soit contesté la qualification « d'exception d'inconstitutionnalité » à la QPC, car le juge devant lequel elle est soulevée ne peut y répondre directement (V. F. HAMON & M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 33^e éd., L.G.D.J., 2012, p. 834), le terme de « voie d'exception » sera entendu ici au sens d'une « technique procédurale par laquelle une partie à un procès oppose à son adversaire la non-conformité à la Constitution de la loi invoquée contre lui », v. A. LE DIVELLEC & M. DE VILLIERS, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Sirey, 2017, p. 163. Ainsi l'on retient l'idée d'un moyen mettant en cause la conformité d'une norme par rapport une autre qui lui est supérieure.

²⁷ Des cas de modulation des effets dans le temps restent cependant possibles. L'article 62 alinéa 2 de la Constitution dans sa rédaction issue de la Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 prévoit une abrogation à « compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. » Toutefois, le Conseil constitutionnel a rapidement déclaré dans une décision QPC n° 2010-108, du 25 mars 2011, que « si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration [...] », considérant 5.

²⁸ V. A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive », *La semaine juridique*, éd. Générale, Lexis Nexis, n° 1-2, 2017, p. 49. La même distinction se retrouve dans la définition du « *legal analytic* » introduite dans le guide pratique diffusé par l'entreprise *Predictice*, disponible sur le site www.predictice.com.

possibilité d'établir des statistiques quant aux décisions prises dans un domaine précis, mais également quant aux moyens les plus souvent invoqués, ceux ayant le plus fort taux de réussite, etc. Ces éléments servent ainsi de matière première au logiciel qui doivent lui être fournis pour son fonctionnement. L'action humaine reste alors nécessaire et fondamentale à ce stade, puisque c'est une main humaine qui intégrera préalablement dans l'algorithme un ensemble de données qui serviront de base pour l'apprentissage et conditionneront l'ensemble de son fonctionnement²⁹. La loi s'apparente donc à l'une des données que l'on peut extraire de la jurisprudence et qui sera utilisée en tant que vecteur ayant influencé les décisions passées.

Toutefois, s'ajoute une exigence de véridicité de la donnée pour qu'elle puisse être utilisée utilement par l'algorithme. Dans tout logiciel, pour lui permettre de résoudre un problème, il est nécessaire d'abord que le programme créé soit viable et ensuite que les éléments fournis à la base du raisonnement soient véridiques, sans quoi, le résultat ne pourra être qu'erroné. Les prémisses conditionnent en partie le résultat de l'algorithme. En ce sens, bien qu'appliquant sans aucune erreur l'ensemble des instructions qui le composent, la solution n'en sera pas moins fautive si les données sur lesquelles le logiciel se fonde sont erronées. Cette exigence pèse sur les *legaltechs* qui doivent fonder leurs statistiques sur des données fiables au risque de voir l'ensemble de leurs résultats inutilisables. Cette vérification de la véridicité des données est de la responsabilité première des programmeurs. L'algorithme fournira, pour sa part, un résultat, quelles que soient les données qui lui sont intégrées sans vérification préalable de leur existence réelle. C'est en somme l'utilité même du logiciel qui est en jeu, puisque toute erreur dans la véridicité de la donnée nuit au résultat et donc à sa diffusion et à son usage par les praticiens. En pratique, cela s'illustre par le fait qu'un logiciel fondera tous ses raisonnements sur des éléments tirés des bases de données juridiques en présupposant l'exactitude du contenu publié par ces dernières. Autrement dit, la loi utilisée dans une affaire doit être considérée comme valide, comme ayant effectivement été appliquée par le juge dans le litige, et comme ayant conduit aux conséquences énoncées dans la décision. De plus, cette véridicité est généralisée puisqu'il est considéré qu'une donnée utilisable à un instant *N* le sera pour un usage

²⁹ Que ce soit des processus de *Machine learning* ou de *Deep learning*, ils restent tous deux alimentés au commencement par des ingénieurs et développeurs qui d'abord, élaborent le programme qui sera appliqué par l'algorithme et ensuite sélectionnent et fournissent les données significatives qui serviront à l'algorithme pour élaborer ses modèles d'application. Se pose alors la question, particulièrement en droit, des biais qui pourraient s'immiscer dès l'élaboration de l'algorithme et des garanties qui permettraient d'établir une réelle éthique algorithmique, V. E. MOURIESSE, « Quelle transparence pour les algorithmes de justice prédictive ? », in *La justice prédictive, Archives de philosophie du droit*, T. 60, Dalloz, 2018, p. 130. V. également, L. GODEFROY, « Éthique et droit de l'intelligence artificielle », *Rec Dalloz*, 2020, p. 231. Dans le même sens, des auteurs avertissent contre la prétendue neutralité de ces outils « résultant de choix plus ou moins arbitraires des concepteurs du logiciel, de sorte que le résultat ne peut être considéré comme dénué de biais, car il dépend en grande partie des valeurs attribuées aux différentes données collectées », V. VIGNEAU, « Le passé ne manque pas d'avenir », *Rec. Dalloz*, n° 20, 2018, p. 1100. V. également, W. AZOULAY, « Des machines et des hommes. La guerre n'aura pas lieu », *Droit et société*, 2019/3, n° 103, p. 606 ; C'est pour cela que des auteurs considèrent que l'homme demeure central aux deux points du processus, « au cours de l'entrée des données d'une affaire et de leur qualification juridique et au moment de la sortie des résultats pour leur interprétation », in L. GODEFROY, « La performativité de la justice "prédictive" : un pharmakon ? », *D.*, 2018. p. 1979.

à $N+1$. En découle que si une loi est valide en 2016, hors changement de circonstances, elle sera présumée l'être en 2020.

La QPC intervient pourtant à ce niveau, non pas en reniant la véridicité des cas passés, mais en empêchant d'en extrapoler une validité future. En effet, deux cas de figure peuvent se présenter pour une norme législative. D'un côté, elle peut avoir été contrôlée par le juge constitutionnel lors d'une procédure QPC. Dans ce cas, la déclaration de conformité ou d'inconstitutionnalité sera actée par le logiciel qui intégrera toutes les conséquences qui en découlent. Cela ne pose en soit pas de problème et n'a pour seul effet que de rendre caduque des précédents se fondant sur les normes déclarées inconstitutionnelles. À l'inverse, une norme qui n'a jamais été contrôlée devant le Conseil constitutionnel n'est, elle, que présumée conforme. Le simple fait qu'une loi soit entrée en vigueur ne préjugeant pas de sa régularité ou non à la constitution, une quelconque déclaration implicite de conformité ne peut en être postulée³⁰. En conséquence, le contrôle *a posteriori* fait planer une menace constante sur toutes les normes législatives non contrôlées qui ont, dans une certaine mesure, une conformité non résolue à la constitution. Se crée donc une potentialité d'invalidation de la norme qui coïncide mal avec l'exigence de véridicité de l'algorithme. Dès lors, comment peut-on établir des statistiques fiables lorsqu'un élément central au calcul peut potentiellement être retiré ? Trois choix hypothétiques s'offrent alors aux *legaltechs*.

Le premier serait de ne pas utiliser une donnée non définitive telle que la loi. Théoriquement envisageable, il apparaît cependant parfaitement inopportun d'écarter une telle donnée *a priori* centrale dans nos systèmes de *civil law*. Écarter un élément aussi essentiel dans la résolution d'un litige en se fondant sur sa potentielle disparition semble disproportionné et engendrerait un blocage des outils algorithmiques prédictifs³¹. La deuxième possibilité s'orienterait vers une résolution pure et simple de la question. Il faudrait alors que les algorithmes prédictifs évaluent à l'avance la question de la conformité constitutionnelle des lois. L'option n'est pas impossible, mais nécessiterait pour l'algorithme de résoudre l'intégralité des conflits hypothétiques qui pourraient opposer la loi aux normes constitutionnelles. Pour chaque article de loi existant, il faudrait prédire le résultat des conflits de conformité l'opposant à chacun des articles de l'ensemble des textes de référence du contrôle de constitutionnalité. Or, l'évaluation de la potentialité de non-conformité est illusoire en l'état actuel des techniques prédictives. Le calcul de l'ensemble de ces potentiels conflits serait imprécis, mais de surcroît les litiges prévisibles par le logiciel n'englobent pas l'intégralité des litiges inédits, découlant du

³⁰ Cela suppose de distinguer dans un système juridique la validité formelle d'une norme qui serait « en vigueur » de sa régularité avec les autres normes du système qui lui sont supérieures. Dans un système où il existe un contrôle *a posteriori*, une norme irrégulière sera en vigueur tant qu'elle n'aura pas été déclarée invalide par un juge habilité. V. X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008, p. 84-88.

³¹ Le même raisonnement peut se transposer sur ce point à la procédure d'exception d'illégalité qui vise à écarter un acte réglementaire durant une instance. Bien que l'application de ce moyen s'avère progressivement plus restrictive en fonction du type d'acte et que la possibilité d'un recours pour excès de pouvoir permette d'épurer au préalable les actes réglementaires illégaux, son existence demeure et fait de l'acte réglementaire un élément théoriquement non utilisable.

pouvoir d'interprétation du juge constitutionnel, qu'il est impossible à l'algorithme d'imaginer. Le logiciel ne peut *a contrario* qu'établir des statistiques *a minima* en prenant en compte des déclarations de conformité déjà réalisées par le Conseil constitutionnel. En d'autres termes l'algorithme pourrait uniquement intégrer les lois dont la conformité a été résolue et qui ne pourront plus être contrôlées de nouveau³². Ce faisant, l'algorithme prédictif échoue pour l'instant à surmonter la potentielle non-conformité des lois non contrôlées.

En définitive, vu qu'il n'apparaît pas opportun d'écarter la loi, mais que le calcul de la validité de la donnée n'est pas non plus accessible aux algorithmes prédictifs, c'est une troisième voie, par défaut, que peuvent emprunter les entreprises prédictives. Dans cette dernière, il est pris le parti, pour éviter tout blocage du développement algorithmique, d'écarter la question en utilisant la loi comme une donnée valide. Il suffit pour s'en convaincre d'observer les entreprises prédictives pour voir qu'elles continuent à utiliser les textes de lois en assumant le risque de leur non-conformité future. Si cela est compréhensible au regard de la faible probabilité d'avoir une inconstitutionnalité si l'on s'en tient au nombre total de textes législatifs³³, il demeure que l'objet même de la QPC entache encore un peu plus la précision des statistiques prédictives. Il est fort à parier qu'un développement plus précis de ces outils amènera à s'intéresser à la question des procédures d'exception remettant en cause la validité d'une norme.

B. Une logique statistique n'intégrant pas les renvois préjudiciels

Replacée dans le cadre du litige au fond, la QPC en tant que moyen d'inconstitutionnalité par voie d'exception obéit à une procédure spécifique qui attribue sa résolution à un organe exclusif. Malgré le fait qu'elle puisse être soulevée devant toute instance, quelle que soit la juridiction³⁴, la compétence pour la trancher est quant à elle réservée au seul Conseil constitutionnel. Sa procédure se rapproche ainsi d'une question préjudicielle³⁵ bien qu'à

³² Là encore il est nécessaire de nuancer compte tenu de l'acceptation par le Conseil constitutionnel d'un nouvel examen de texte qui aurait déjà été expressément déclaré constitutionnel. Le changement de circonstances de fait ou de droit vient limiter la portée de l'autorité de la chose jugée et donc restreindre leur usage statistique. V. sur ces changements : M. DISANT, « L'appréhension du temps par la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 54, janvier 2017, disponible sur <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-apprehension-du-temps-par-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel>.

³³ Selon les *Indicateurs de suivi de l'activité normative* de 2019 disponibles sur le site de Légifrance, 838 lois ont été publiées entre 2002 et 2018 (hors application de l'article 53 de la Constitution) ce qui équivaut à un total de 28689 articles. Or, seules 752 QPC ont été traitées jusqu'au 2 juin 2020 avec seulement 223 décisions de non-conformité qu'elles soient totales ou partielles. Toutes les statistiques sont disponibles sur le site de Légifrance et du Conseil constitutionnel. V. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique>.

³⁴ Article 23-1 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant Loi organique sur le Conseil constitutionnel. Une exception demeure, la QPC ne peut être soulevée devant une Cour d'assises.

³⁵ La question de savoir si la QPC est, ou non, une question préjudicielle importe peu à l'étude et ne sera pas résolue ici. Le parallèle n'est utilisé que pour sa similarité procédurale imposant au juge principal un sursis à statuer pour

la différence du renvoi aux institutions européennes, mais également des renvois internes entre ordre administratif et judiciaire, le juge n'a pas la compétence de soulever d'office un motif d'inconstitutionnalité de la loi. Il revient donc aux parties au litige d'avancer l'inconstitutionnalité de la norme et il ne pèse sur le juge ordinaire qu'une obligation de surseoir à statuer jusqu'à ce que le Conseil ait rendu sa décision.

Cette incompétence des juges ordinaires se matérialise par une suspension de litige au fond et une transmission, d'abord aux cours suprêmes de l'ordre juridictionnel impliqué, si tous les critères posés par l'Ordonnance modifiée du 7 novembre 1958 sont remplis³⁶, puis d'un renvoi à la juridiction constitutionnelle. De ce fait s'ouvre un second litige, incident, n'opposant plus directement les deux parties du procès au fond, mais opposant la loi face à la constitution. Le nouveau contentieux s'objectivise et s'autonomise du procès principal. Si les parties demeurent, ce conflit parvient quant à lui à un nouveau juge, traitant d'un litige distinct de celui d'origine, et qui ne prendra que peu en compte les éléments factuels tirés du procès *a quo*. En faisant une analogie avec les termes de LAFERRIERE concernant le contrôle de légalité, c'est un « procès fait à un acte »³⁷ qui s'ouvre avec ses moyens et ses finalités propres. L'autonomisation du procès constitutionnel s'illustre d'ailleurs dès le dépôt du moyen QPC qui doit être produit dans un mémoire écrit, distinct des autres conclusions.

Cette spécificité procédurale impacte directement la précision des solutions proposées par tout algorithme visant à prédire une décision future. Si l'on reprend l'objectif même de ces logiciels, il s'agit à partir des données factuelles autour d'un litige concret d'en prédire la solution probable ou, *a minima*, d'établir ses taux de réussite et d'échec³⁸. Pour l'avocat, l'intérêt repose ainsi sur la faculté de l'algorithme à imiter le raisonnement d'un juge qui sera en charge de l'affaire. Substantiellement, le logiciel serait programmé pour tirer des jurisprudences antérieures et des données connexes, les arguments ayant, du point de vue du magistrat, emporté la conviction et fondé la décision de justice. Sa programmation est donc basée sur la création au sein des décisions de justice d'une causalité entre les divers motifs utilisés et la décision prise. Observer, pour une décision donnée, les éléments qui ont justifié la solution, pour reconstruire d'abord une forme de corrélation entre ces éléments et pour ensuite la

renvoyer la question à la juridiction compétente. V. sur ce sujet X. MAGNON, « La QPC est-elle une question préjudicielle ? » in Dossier Actualité des questions préjudicielles, *AJDA*, n° 5-2015, p. 254-259.

³⁶ L'article 23-2 de l'Ordonnance, créé par la Loi organique du 10 décembre 2009, énonce trois conditions à remplir pour la transmission aux cours suprêmes : que la disposition contestée soit applicable au litige, qu'elle n'est pas déjà été déclarée conforme et qu'elle ne soit pas dépourvue de caractère sérieux.

³⁷ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault et Cie, t. 2, 1896, p. 560. En ce sens, l'analogie fut prolongée par Santolini qui voit dans la question prioritaire de constitutionnalité un recours pour excès de pouvoir au niveau constitutionnel, « une sorte de REP législatif » in T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, Collection de droit public comparé et européen, p. 75.

³⁸ C'est en ce sens que certaines *legaltechs* françaises font la promotion de leurs outils qui n'ont comme visée exclusive que la résolution d'un litige. *Predictice* indique sur son site qu'elle veut estimer « le taux de succès d'une action contentieuse » pour optimiser une « stratégie en fonction des juridictions. »

généraliser aux affaires à venir³⁹. L'angle de vue adopté est alors celui du juge qui doit résoudre le cas, pour permettre, par la systématisation des précédents raisonnements, de fournir, notamment aux avocats, les moyens les plus efficaces à mettre en avant dans leurs mémoires.

Or, la question préjudicielle que constitue la QPC, malmène ce fonctionnement puisqu'elle apparaît comme un moyen qui fait naître un nouveau litige. En découle l'impératif pour un logiciel prédictif de calculer l'opportunité de ce nouveau procès. Toutefois, construire une statistique sur l'émergence d'un litige, *a fortiori* constitutionnel, diffère grandement d'en prédire sa solution. L'application à la QPC rencontre alors deux écueils. En premier lieu, à la différence des autres moyens à la disposition des avocats, la QPC repose pour une grande partie sur la stratégie et l'intuition du praticien qu'il est difficile de quantifier⁴⁰. Concernant les autres moyens soulevables dans un litige, l'opportunité de leur utilisation peut être entrevue en fonction de sa potentialité de réussite dans la solution d'une affaire. Ainsi, face à une série de faits conflictuels, le logiciel peut, par analogie, avoir accès à l'intégralité des affaires traitant de cas similaires. Cela lui permet d'établir des statistiques de réussite ou d'échec et plus spécifiquement de tirer les moyens les plus probants en fonction de leur pourcentage de mobilisation et de réussite dans les procédures passées. L'algorithme prédictif pourra, en conséquence, au vu des données jurisprudentielles qu'il détient, définir que pour des faits similaires, tel ou tel argument a emporté l'adhésion des juges dans X% des affaires que l'algorithme identifie comme identique. C'est grâce à cela, qu'il sera possible de fournir aux praticiens un ensemble de conseils sur la stratégie de défense ou d'attaque à mettre en œuvre en fonction des taux de réussite qui l'a couronné précédemment devant un juge ou une juridiction déterminée⁴¹. Si ce raisonnement ne pose aujourd'hui qu'un problème de précision quant à la pondération de l'influence d'un argument spécifique sur une décision en particulier, le cas de la QPC est plus singulier.

L'opportunité de soulever ou non une QPC ne reposera qu'en partie sur son efficacité passée dans la décision au fond. Pour une disposition législative donnée, applicable aux faits de l'espèce, l'analyse des litiges au fond antérieurs dans laquelle une QPC fut utilisée ne pourra

³⁹ L'algorithme fonctionne sur un mécanisme « empirique » qui vise à imiter les résultats de l'action humaine sans reproduire le raisonnement ni le comprendre. Ainsi, l'intelligence artificielle ne cherche pas à modéliser ou comprendre le raisonnement du juge mais seulement à en reproduire la décision finale. « Ce parti pris implique que ces algorithmes ne reposent pas sur la modélisation du processus intellectuel d'un humain, mais sur le processus d'apprentissage par lequel la machine détermine "elle-même" ses propres règles de décisions en se fondant sur de nombreux exemples, qui lui tiennent lieu d'expérience et qu'elle tentera de mimer au mieux. » in L. PECAUT-RIVOLIER & S. ROBIN, « Justice et intelligence artificielle, préparer demain - épisode I », *Dalloz Actualité*, 14 avril 2020, disponible sur <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/justice-et-intelligence-artificielle-preparer-demain-episode-i>.

⁴⁰ En ce sens, V. dans le cadre de l'appel à projets « QPC 2020 », le rapport à paraître de P. DEUMIER & M. DISANT, *La QPC en actions : usages et stratégies des avocats* qui développe les stratégies et les éléments qui influencent l'usage de la Question Prioritaire des Constitutionnalité par les avocats.

⁴¹ Godefroy fait cependant remarquer que l'algorithme ne discrimine pas les décisions minoritaires puisqu'il propose, dans son exemple centré sur le juge, l'intégralité des options possibles, même celles minoritaires. Ainsi il fournirait au juge et à l'avocat des informations probantes pour construire une justification efficace à partir d'option minoritaire, V. L. GODEFROY, *op. cit.*

qu'offrir des résultats quant à l'inopportunité d'en soulever une pour le litige en cours⁴². En effet, il peut être énoncé qu'une question d'inconstitutionnalité similaire a déjà fait l'objet d'un rejet et donc qu'il n'est pas opportun de la soulever derechef. Cependant, l'analyse inverse pose problème. Si une question prioritaire aboutit à une déclaration d'inconstitutionnalité, la norme en litige disparaît de l'ordre juridique français entravant par suite tout recours identique. Ainsi, le moyen de l'inconstitutionnalité ne peut être considéré opportun au vu des recours antérieurs, puisque s'il est opportun, c'est qu'aucun précédent victorieux n'existe. À défaut, si un moyen d'inconstitutionnalité aboutit, sa possibilité d'intervenir à nouveau sur le même texte s'annihile puisque la loi est abrogée⁴³. Cela s'explique par le mécanisme de l'algorithme basé sur un modèle de récurrence et d'analogie nécessitant d'identifier des séries de contentieux pour fonctionner. Bien que ces séries soient très rares même pour les autres moyens au fond, puisqu'il n'existe presque jamais deux jurisprudences identiques, l'algorithme reconstruit tout de même un semblant d'identité entre les décisions par une indexation en mots-clefs les plus précis possible. Cette reconstruction est quant à elle impossible en QPC car l'abrogation de la loi en cas d'inconstitutionnalité empêche toute série de contentieux⁴⁴. Une QPC pour être opportune doit obligatoirement porter sur une question nouvelle et donc n'appartenir à aucune série. En définitive, l'opportunité pour l'avocat de soulever un moyen QPC devant une juridiction ordinaire ne repose pas directement sur l'observation des moyens QPC utilisés dans les litiges au fond similaires.

En second lieu, la difficulté d'établir des statistiques quant à l'émergence d'une QPC est directement impactée par le fait que cette procédure crée un litige incident autonome. Ne pouvant se fonder sur l'analyse des recours antérieurs, l'opportunité de soulever une QPC s'évaluera en fonction du taux de réussite de ce recours devant le juge constitutionnel. Toutefois, les arguments pertinents dans le litige constitutionnel n'ont pas de lien logique avec le litige au fond. Les données qui sont fournies à l'algorithme concernant les faits d'une affaire

⁴² Ces informations restent utiles aux avocats pour rechercher si la question qu'ils entendent soulever est nouvelle. De même, les logiciels statistiques actuels ne sont pas dénués de pertinence en ce qu'ils permettent de profiler certaines juridictions. Ainsi, *Predictice* dans son *Guide de la justice prédictive* promeut notamment cette capacité de profilage en énonçant que « l'avocat peut désormais bénéficier d'informations fondées sur l'ensemble des cas similaires recensés, juge par juge, entreprise par entreprise et juridiction par juridiction. » Dans le domaine de la constitutionnalité, cela peut avoir un intérêt en permettant d'établir des statistiques sur le nombre d'acceptation ou de refus de transmission selon les juridictions et les motifs qui les ont entraînés. Ces ressources peuvent s'avérer utiles dans le choix de soulever un tel moyen, mais également dans les critères à consolider lors d'une telle demande en fonction de la rigidité d'analyse de la juridiction.

⁴³ C'est en ce sens que Romain Boucq énonce l'impasse statistique que représente la QPC qui « lorsqu'elles [la QPC ou les Questions préjudicielles] seraient recevables et validées, on obtiendrait donc 100 % de réussite... mais la nature même de la procédure rend sa possibilité de réitération nulle (0 %). » in R. BOUCQ, « La justice prédictive en question », in *Le droit en débats*, Dalloz, 14 juin 2017 disponible sur <https://www.dalloz-actualite.fr/chronique/justice-predictive-en-question>.

⁴⁴ Cette impossibilité est spécifique aux États unitaires. Dans des formes régionales ou fédérales, il est possible de reconstruire des séries contentieuses au niveau constitutionnel lorsqu'existe des dispositions législatives locales et nationales identiques. V. not. la sentence du Tribunal constitutionnel espagnol 41/2015, du 2 mars (BOE num. 85, du 9 avril 2015) censurant une Loi des Îles Baléares en réitérant la solution d'une sentence antérieure, TC, 63/2011, du 16 mai (BOE num. 139, du 11 juin 2011), qui censurait une Loi de Castille-La-Manche rédigée en termes identiques.

ne contiennent pas, par elles-mêmes, les éléments nécessaires aux moyens d'inconstitutionnalité. Le procès constitutionnel s'organisera autour d'arguments qui ne peuvent être inférés des données du fond. Les deux litiges n'ont ni la même portée ni le même objet. L'algorithme n'aura pas la capacité de fournir à partir des données du litige principal des éléments permettant d'élaborer un dossier QPC en dehors de la loi attaquable.

Le seul lien qui demeure entre les deux procès n'importe qu'aux phases de filtrage devant les cours ordinaires et suprêmes lorsqu'elles vérifient l'application de la norme au litige⁴⁵. Passée cette étape, tous les éléments factuels laisseront place à des moyens en adéquation avec le contrôle abstrait qui sera réalisé. Dès lors, il semble complexe d'établir des statistiques dans l'objectif de prévoir l'opportunité de soulever l'éventualité d'inconstitutionnalité d'une loi. Les logiciels prédictifs sont conçus pour apporter des éléments de résolution d'un contentieux juridique et non pour estimer la probabilité d'émergence d'un tel contentieux. De manière simplifiée, l'outil algorithmique propose des solutions, mais ne décèle pas les problèmes. Du reste, une telle probabilité repose également sur des caractéristiques extrajuridiques liées au temps, aux coûts ou à l'urgence de la procédure. Le risque qu'une question prioritaire, même en faveur de la partie qui l'a soulevé, ne lui profite pas rend d'autant plus réfléchie la décision de la soulever.

En tout état de cause, la procédure de QPC pour être pleinement appréhendée doit être envisagée comme un nouveau litige que les algorithmes n'ont pas vocation à identifier. Pourtant, à défaut, il sera plus difficile d'abord de fournir aux praticiens des statistiques complètes et précises sur un litige en cours, ensuite de proposer l'inconstitutionnalité d'une norme comme un moyen opportun dans la résolution du litige. Une démocratisation des technologies actuelles de « justice prédictive » pourrait entraîner une diminution d'usage de la procédure QPC même dans des cas où elle pourrait être justifiée. Ces limites procédurales sont accentuées si l'on ajoute l'observation du litige QPC en lui-même rendant difficile d'obtenir un résultat précis sur l'aboutissement d'un tel moyen.

II. DES LIMITES TECHNIQUES RENFORCÉES LORS DE LA RESOLUTION DU LITIGE QPC

À défaut de ne pouvoir parfaitement intégrer le moyen QPC dans un calcul prédictif partant du litige au fond, il pourrait être intéressant de déplacer l'emphase sur le procès QPC en lui-

⁴⁵ Ce lien étant d'ailleurs souplement interprété par le Conseil d'État qui accepte dans un arrêt du 28 mai 2010, n°337840, *Balta et Opra* qu'une disposition, indissociable à une autre applicable au litige, l'est également. V. en ce sens S.-J. LIEBER, D. BOTTEGHI & V. DAUMAS, « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'État », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, Oct. 2010.

même. L'avocat aurait un réel intérêt, avant d'employer un moyen QPC, d'avoir recours à un logiciel prédictif pour consulter ses probabilités de réussite. L'algorithme pourrait ainsi s'approprier la question de constitutionnalité comme procès indépendant. Cela nécessiterait cependant des aménagements, imposés, tant par l'usage qui peut être fait des jurisprudences du Conseil constitutionnel (A) qui diffèrent des précédents tels qu'ils se présentent devant les juges ordinaires, que par les spécificités du contrôle abstrait exercé dans le procès constitutionnel (B).

A. L'usage précédentiel pour l'analyse des jurisprudences du Conseil constitutionnel

De manière similaire aux procédures des juges ordinaires, l'algorithme prédictif établissant des probabilités sur les instances constitutionnelles se basera sur les jurisprudences antérieures. De prime abord, le mécanisme semble pouvoir se transposer à l'identique aux décisions constitutionnelles. À partir des décisions déjà rendues par le Conseil constitutionnel, le logiciel pourrait rechercher des solutions proximales ou tout du moins établir des statistiques thématiques. Toutefois, les décisions rendues par le Conseil, bien qu'elles ne se différencient pas d'autres décisions de justice dans leur forme, appellent plusieurs réserves quant à leur utilisation.

Pour commencer, l'usage de la jurisprudence constitutionnelle est affecté par le faible nombre de décisions. En se référant aux chiffres mis à disposition par le Conseil constitutionnel, depuis 1958, 1595 décisions ont été rendues dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois⁴⁶. Ce chiffre se révèle extrêmement restreint pour établir avec précision des probabilités quant aux futures instances. L'analyse prédictive tire sa plus-value par sa possibilité d'analyser méthodiquement une masse considérable de données pour en tirer des modèles récurrents. Or, la fiabilité de ces modèles et l'utilité des analyses statistiques découlent de la qualité de l'échantillon de décisions qui en constituera à la base. Le domaine envisagé doit contenir un panel représentatif de l'ensemble le plus complet de situations possibles pour qu'un praticien puisse, par comparaison avec son affaire en cours, y trouver une solution proximale. Ainsi, un nombre trop faible de décisions pourrait porter préjudice au fonctionnement algorithmique. Jérôme DUPRÉ, cofondateur de Case Law Analytics, estime que « la quantification de l'aléa judiciaire nécessite tout au plus quelques milliers de données par domaine du droit concerné. »⁴⁷ Le chiffre est globalement assez faible, mais s'avère bien trop

⁴⁶ V. le tableau statistique proposé par le Conseil constitutionnel à jour au 4 juin 2020

⁴⁷ J. DUPRÉ, « Du droit saisi par l'IA à l'IA saisissant le droit, éléments de réflexion », *Archives de philosophie du droit*, n° 60, 2018, p. 107. Toutefois, la qualité des solutions de l'algorithme repose sur d'autres éléments que la seule quantité puisqu'elle « dépend de la représentativité des données initiales, de l'adéquation du modèle au problème posé et de la

élevé au vu du nombre de décisions constitutionnelles. D'autant plus que le « domaine du droit » évoqué se réfère à des catégories de litiges très spécifiques telles que les « pensions alimentaires, prestations compensatoires, rupture brutale des relations commerciales établies », ⁴⁸ etc. Si des résultats intéressants peuvent être atteints à partir de l'étude de quelques centaines de décisions d'application d'un article de la Convention européenne des droits de l'homme, la quantité nécessaire demeure largement supérieure à ce qu'il est possible de trouver dans la jurisprudence constitutionnelle ⁴⁹. L'algorithme devrait fonctionner sur la base d'une vingtaine de décisions selon les catégories qui seraient établies pour fournir la résolution d'une QPC. Pour pallier ce manque, les *legaltechs* devront donc perfectionner leur logiciel pour permettre d'établir des modèles utilisables à partir de données restreintes ⁵⁰.

On peut ensuite insister sur la manière dont seront utilisées les jurisprudences du Conseil. En effet, construire des statistiques sur la base de jurisprudences passées pour qu'elles soient utilisées pour les instances futures renvoie à une vision précédentielle du droit. Cela donne une certaine force normative à la jurisprudence en sous-tendant que « les cas semblables jugés antérieurement par une juridiction, ont une influence sur la manière dont seront jugés les cas futurs. » ⁵¹ Du reste, la façon dont seront effectuées les recherches par le praticien renforce ce présupposé. L'avocat sera amené à entrer avec le plus de précision possible les mots-clés des faits qui constituent le litige pour que, par comparaison aux faits antérieurs, on puisse lui proposer les solutions appliquées et les justifications qui s'y accolent. C'est donc dès l'origine, un système de comparaison de faits et non une recherche par comparaison de normes juridiques. Il est demandé au logiciel d'établir des statistiques à partir des faits d'une affaire en se basant sur des faits similaires pour établir, dans un second temps uniquement, des corrélations avec les règles appliquées.

quantité (variance) de bruit résiduel », in P. BESSE, C. CASTETS-RENARD & A. GARIVIER, « Loyauté des Décisions Algorithmiques : Contribution au débat public initié par la CNIL », *Éthique et Numérique*, 2017, p. 15.

⁴⁸ J. DUPRE, *Ibid.*

⁴⁹ N. ALETRAS, D. TSARAPATSANIS, D. PREOTIUC-PIETRO & V. LAMPOS, *art. cit.* Dans l'étude en question, les chercheurs se sont fondés sur l'interprétation des articles 3, 6 et 9, notamment car ils fournissaient le plus large panel de données à la disposition de l'algorithme. Selon leur recensement, il s'agissait d'une moyenne de 250 décisions par article de la Convention (avec l'article 6 qui ne contenait que 80 décisions). Là encore, le chiffre semble trop élevé comparé aux nombres de QPC, voire même au nombre de décisions constitutionnelles dans leur ensemble depuis 1958. Rares sont les dispositions d'une des normes de référence du contrôle de constitutionnalité qui excèdent les 50 décisions d'application.

⁵⁰ Paradoxalement, Meneceur démontre l'ambivalence de la justice prédictive qui repose d'un côté sur un grand nombre de jurisprudences pour fonctionner, mais qui voit d'un autre côté sa « marge d'erreur s'accroissant avec la progression exponentielle des biais contenus dans les corrélations entre ces masses de données. » in Y. MENECEUR, « Quel avenir pour la justice prédictive ? Enjeux et limites des algorithmes d'anticipation des décisions de justice », *JCP G*, n° 14, 2018.

⁵¹ E. SERVERIN, « De l'informatique juridique aux services de justice prédictive, la longue route de l'accès du public aux décisions de justice dématérialisées », *Archives de philosophie du droit*, n° 60, 2018, p. 43. L'auteur soulève ainsi le risque de voir l'algorithme donner une force normative égale à l'ensemble des précédents sans intégrer de hiérarchie aux décisions de justice, ce qui entrerait en conflit avec notre modèle jurisprudentiel français actuel.

La jurisprudence constitutionnelle se révèle alors délicate à manipuler en partant des faits sous une logique précédentielle. D'abord, parce qu'il n'existe, en la matière, que peu de cas qui puissent être qualifiés d'« analogues ». Si l'on considère la loi comme constitutive d'un « fait » d'une affaire, celle-ci ne peut, normalement, pas être contrôlée deux fois pour les mêmes motifs devant la juridiction constitutionnelle. En somme, il n'existe que très rarement de précédents directs puisqu'il sera exceptionnel qu'une même disposition soit recontrôlée par le Conseil constitutionnel⁵². Il ne sera ainsi pas possible de demander à l'algorithme, en entrant une disposition législative, quel sera le pourcentage de chance d'inconstitutionnalité ou non.

On ne peut en conclure que les jurisprudences du Conseil constitutionnel sont inutilisables et que le juge ne se fonde pas sur ses décisions précédentes⁵³. En revanche, la manière dont sera pensé l'algorithme peut être adaptée. Des points de convergences se retrouvent dans la jurisprudence du Conseil, renforcés par le fait que les normes de référence sont relativement stables. Par conséquent, les statistiques pourraient être construites à partir de deux autres angles. Selon le premier, l'analyse se concentrerait sur les normes de référence et conduirait à établir une série de statistiques quant aux différentes solutions qui en ont été tirées. Pourrait être ainsi analysé le nombre de décisions d'inconstitutionnalité fondées sur l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen avec des catégorisations plus ou moins détaillées selon le type de loi contrôlé, les domaines régis, le type de décision, etc. De telles connaissances pourraient avoir un intérêt certain puisqu'elles permettraient, en plus de livrer un panorama pour la doctrine des articles les plus utilisés, de fournir aux avocats les interprétations d'une disposition qui ont entraîné le plus d'inconstitutionnalité. Cela fournit autant d'éléments susceptibles d'être mobilisés pour rédiger un mémoire. Dans le second cas, l'analyse se concentrerait sur les moyens utilisés dans le cadre d'une QPC. Bien que les dispositions attaquées varient d'une QPC à une autre, les motifs d'inconstitutionnalité sont à l'inverse récurrents. Rien n'empêche d'établir des statistiques en partant des griefs qui sont soulevés devant le juge pour montrer le nombre de fois où ils furent acceptés ou rejetés. En outre, il serait également possible en liant les deux fonctionnalités d'obtenir les normes de référence en lien avec ce grief, ainsi que d'autres motifs d'inconstitutionnalité liés à cette norme.

En dépit de ces possibilités, la prédiction telle qu'elle est proposée par les *legaltechs* ne pourrait aboutir par ces approches. En effet, à défaut de dispositions législatives ayant une

⁵² Une nuance peut être apportée par la reconnaissance des « cas analogues » par le Conseil constitutionnel, considérant que l'autorité d'une décision peut s'étendre aux dispositions d'une loi qui « bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution. » *in* CC, déc. n°2013-682 DC du 19 décembre 2013, considérant 36. Cette possibilité, bien que notable, n'en reste pas moins une exception.

⁵³ Bien au contraire, le Professeur DISANT mettait en avant l'impact des décisions passées « du Conseil constitutionnel [qui] ont vocation à guider avec la plus forte probabilité les solutions qu'il prononcera à l'avenir. », *in* M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, L.G.D.J., Tome 135, p. 534.

formulation analogue, toute requête devient nouvelle⁵⁴. Autrement dit, bien que la norme de référence ou le régime juridique en découlant puissent être des éléments connus, leur application à une disposition en litige s'avère, quant à elle, toujours nouvelle. Quand bien même l'algorithme serait en mesure d'établir des statistiques précises quant au nombre de décisions qui ont déjà été annulées pour violation de l'article 1^{er} de la DDHC, il n'a pas la capacité d'en déduire que cet article s'appliquera à une disposition qui n'a jamais été contrôlée par le juge constitutionnel. Cela s'explique par le fait que la subsomption d'un fait précis dans une catégorie juridique entre dans la compétence discrétionnaire du juge.

Le traitement de la jurisprudence constitutionnelle se limiterait en définitive à une présentation statistique des différentes interprétations fournies par le juge constitutionnel de ses normes de référence. L'utilité d'un tel outil n'est pas contestable, mais il se rapproche davantage d'un moteur de recherche spécialisé que d'une véritable quantification des solutions d'un litige telle qu'elle est mise en avant par les entreprises prédictives⁵⁵. L'apport pour la construction d'une argumentation en serait amoindri, notamment en ne permettant pas aux praticiens de l'utiliser pour avoir un aperçu global des motifs les plus pertinents déjà utilisés dans les cas analogues. Il faudrait, dans le cadre de la QPC, utiliser l'algorithme en ayant déjà déterminé les moyens opérants et en cherchant à identifier les jurisprudences les plus pertinentes pour les appuyer.

B. L'adaptation aux concepts constitutionnels

Tout en élargissant les domaines d'expertise de leurs algorithmes, les *legaltechs*, qu'elles soient américaines ou françaises se sont dirigées en premier lieu vers les champs les plus techniques du droit. Par un souci tant économique que technologique, c'est d'abord dans le contentieux des affaires, du travail ou de la fiscalité que les *legaltechs* ont bâti leurs cœurs de marché. Ces domaines permettaient, entre autres, d'assurer aux algorithmes une plus grande précision dans les résultats s'alimentant d'un contentieux répétitif, quantifiable et largement étrenné par les tribunaux.

⁵⁴ Dans le cadre d'éléments nouveaux, les nombres perdent leur utilité, car ils ne peuvent être compris qu'en rapport avec des faits qui ne correspondent plus au cas actuel. C'est en ce sens que le professeur Lasserre interroge la signification des statistiques en cas d'éléments nouveaux, mettant en exergue qu'en droit, « l'application n'existe pas, mais uniquement l'interprétation, cette dernière étant toujours contextuelle. » in V. LASSERRE, « Justice prédictive et transhumanisme », *Archives de philosophie du droit*, n° 60, 2018, p. 317. C'est en ce sens que la QPC pose le plus de questions puisque le contexte est à chaque fois différent.

⁵⁵ C'est d'ailleurs dans ces termes que se présente la *legaltech* « Doctrine » qui vise à fournir un moteur de recherche juridique présentant notamment un contenu jurisprudentiel organisé et relié en fonction du domaine, de mots-clefs ou des recherches précédemment effectuées par l'utilisateur.

Dès lors, les logiciels prédictifs ont été modélisés sur ces litiges concrets où, en plus de prédire la décision de justice, les praticiens y trouvent un intérêt dans la quantification des dommages et l'élaboration de barèmes précis tirés des précédents⁵⁶. Dans le cas d'un litige abstrait, où seront en conflit deux cadres normatifs, tel qu'il s'illustre dans le contrôle constitutionnel, l'efficacité de tels procédés prédictifs se trouve nuancée. Le litige ne se fonde plus sur des questions chiffrées, mais laissera place à des interrogations linguistiques sur la délimitation de principes généraux⁵⁷. C'est un problème d'interprétation d'un cadre de signification qui se pose, plus précisément, du respect par la norme législative de l'habilitation constitutionnelle. Il est ainsi aisé de constater que la part d'incertitude s'avère plus élevée dans le contentieux constitutionnel que dans d'autres domaines. Cela s'explique principalement par les notions qui seront maniées par le juge constitutionnel. Les normes de référence du contrôle de constitutionnalité font la part belle à l'interprétation du juge en usant de concepts, notamment par exemple au sein de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC), volontairement abstraits. Des principes tels que la séparation des pouvoirs énoncée à l'article 16 ou la volonté générale dont l'article 6 fait de la loi le support de son expression, sont chargés d'idéologie et éveillent encore aujourd'hui beaucoup de discussions quant à leur portée⁵⁸. Le Conseil constitutionnel dispose ainsi d'un pouvoir discrétionnaire dans leur interprétation qui complexifie les prédictions basées sur les technologiques actuelles. Ces difficultés s'illustrent lors d'une interprétation créatrice de la Constitution amenant le Conseil à reconnaître un droit nouveau⁵⁹. On peut citer, en guise d'exemple, la reconnaissance du droit à la vie privée qui était totalement absent des textes constitutionnels, qui fut rattaché dans un premier temps aux libertés individuelles⁶⁰ pour être enfin expressément relié à l'article 2 de la DDHC⁶¹. Le concept de « liberté » tel qu'il est énoncé par l'article 2 de la DDHC fut interprété de telle sorte qu'il « implique le respect de la vie privée »⁶². Ce pouvoir d'interprétation du Conseil constitutionnel découlant de la formulation des textes de référence du contrôle de

⁵⁶ Le rapport de juillet 2019 de la Mission de recherche Droit et Justice, retranscrivant l'interview avec un enquêté, met en avant l'intérêt des barèmes dans la justice prédictive en raison d'algorithmes qui peuvent facilement traiter ces informations chiffrées. Il fait toutefois une séparation nette avec les barèmes antérieurs qui reposaient sur une élaboration par les juges de ce qu'ils considéraient comme juste et non sur une représentation médiane de l'ensemble de la jurisprudence passée, V. L. GODEFROY, F. LEBARON & J. LEVY-VEHEL (dir.), *Comment le numérique transforme le droit et la justice vers de nouveaux usages et un bouleversement de la prise de décision : anticiper les évolutions pour les accompagner et les maîtriser*, Rapport final de recherche de la Mission de recherche Droit et Justice, 2019, p. 120.

⁵⁷ Cela explique en partie le désintérêt pour ce type de contentieux puisque la justice prédictive s'oriente principalement vers les jurisprudences « de fond ». En ce sens « seules intéressent leurs appréciations au fond et plus précisément celles qui mènent à des évaluations chiffrées. » in P. DEUMIER, « La justice prédictive et les sources du droit : la jurisprudence du fond », *Archives de philosophie du droit*, n° 60, 2018, p. 53. L'auteur insiste sur ces données factuelles qui seraient plus faciles à traiter et seraient corrélées à une forte demande économique.

⁵⁸ V. not. le dossier « la séparation des pouvoirs », *Titre VII*, Conseil constitutionnel, n° 3, Octobre 2019 ; également, P. BRUNET, « Que reste-t-il de la volonté générale ? : Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs - Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, Le Seuil, 2005, p. 5-20.

⁵⁹ Le pouvoir créateur du juge constitutionnel est aujourd'hui assez largement admis. En ce sens, V. not. M.-C. PONTHEAUX, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française : Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris, Economica, 1994.

⁶⁰ CC., décis. n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

⁶¹ CC., décis. n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle.

⁶² *Ibid.*

constitutionnalité est un problème de taille pour les *legaltechs* souhaitant intégrer le contentieux QPC.

Pourtant, en l'état actuel des choses, un ensemble de statistiques peut être proposé quant aux interprétations déjà exprimées par le Conseil, mais cela reste limité par les informations que fournissent les décisions constitutionnelles. D'un côté, au vu de leur style rédactionnel, marqué par *l'imperatoria brevitatis*⁶³, les décisions ne fournissent qu'une motivation laconique, avare d'informations sur les sources et la portée des interprétations des dispositions constitutionnelles. Le Conseil, en ne se référant jamais explicitement à sa jurisprudence et n'énonçant parfois pas clairement la disposition constitutionnelle à la base de ses décisions⁶⁴, complique l'interprétation unifiée de ses sources⁶⁵. Les algorithmes devraient alors faire œuvre de doctrine en systématisant les diverses décisions pour en reconstruire les interprétations du juge. Néanmoins cet exercice n'est ni dans les compétences techniques des logiciels ni dans les objectifs des programmeurs. Les algorithmes visent à reproduire des solutions par systématisation et non à expliquer l'interprétation que le juge donne d'un texte. Or, étant donné l'impossibilité d'établir de précédents directs, c'est sur ces interprétations des normes de référence que le logiciel prédictif devrait se pencher.

D'un autre côté, l'incomplétude, voire l'inexactitude de la motivation présentée dans les décisions rendent difficile d'en extraire le raisonnement réel ayant mené à la décision. Les motifs des décisions de justice reposent sur un « contexte de justification » du choix opéré par le juge⁶⁶. Il n'est guère besoin que les motifs exposés soient ceux qui ont réellement conduit à la décision, mais seulement qu'ils fournissent une justification acceptable par les tiers. Ainsi, les motivations dans la décision sont une reconstruction rationalisée du raisonnement réel du juge. Les motivations des juges constitutionnels reposent par suite sur des éléments supplémentaires

⁶³ En ce sens v. W. MASTOR, « La motivation des décisions des cours constitutionnelles », in *La motivation en droit public*, S. CAUDAL (dir.), Dalloz, Thèmes & commentaires, 2013, p. 241 - 253.

⁶⁴ La décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, Loi de finances pour 1974, peut être citée en exemple où le Conseil énonce sans davantage de précisions que « ladite disposition porte atteinte au principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution [...] », considérant 2.

⁶⁵ Guy Canivet alors membre du Conseil constitutionnel exposait clairement que les décisions du Conseil n'avaient pas de visée explicative. « Le Conseil ne justifie pas, ou très rarement, l'interprétation qu'il donne à la Constitution. Il ne le fait pas davantage sur l'évolution de sa jurisprudence. [...] Le Conseil n'élucide pas non plus la nature de son contrôle. Il ne justifie pas le choix de la norme de référence. Il ne décompose pas la partie déductive de son raisonnement. Enfin, le Conseil ne livre que les motifs purement juridiques de sa décision sous une apparence déductive. » in G. CANIVET, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », in *La motivation en droit public*, S. CAUDAL (dir.), Dalloz, Thèmes & commentaires, 2013, p. 237.

⁶⁶ Repris dans le cadre de la création juridictionnelle, Goltzberg énonce « qu'en contexte de justification, le juge est censé présenter sa décision comme découlant d'une source. Le juge n'est pas tenu d'expliquer le mouvement qui l'a conduit empiriquement à sa décision (contexte de découverte). Il doit en revanche motiver sa décision en se fondant sur une base légale (contexte de justification) » in S. GOLTZBERG, *Les sources du droit*, Paris, PUF, coll. Que-sais-je ?, 2^e éd., 2018, p. 14. Appliqué à la question prédictive, l'algorithme se trouve dans l'ambivalence de devoir reconstruire le « contexte de découverte », pour établir une prédiction, à partir uniquement de motivations prises dans le « contexte de justification ».

tirés du contexte politique, idéologique et institutionnel⁶⁷. Si l'on peut minimiser l'impact de ces facteurs externes dans les jugements sur des domaines très techniques du droit, il est incontestable que la QPC interroge des problèmes politiques et sociétaux⁶⁸. Même si la question de constitutionnalité a amené une juridicisation du contentieux constitutionnel, ce dernier reste encore, en raison de la nature même des normes en conflit, en partie politique et s'imprégnera du contexte dans lequel est rendue la décision. L'interprétation constitutionnelle sera donc soumise à l'adaptation au contexte et vouée à évoluer avec celui-ci. En conséquence, pour prédire une décision QPC, une entreprise prédictive devra prédire l'interprétation de textes constitutionnels ne reposant que pour partie sur les interprétations passées dont elles disposent. L'algorithme aurait ainsi à intégrer un certain nombre de facteurs qui, d'abord ne se trouvent pas expressément exposés dans le texte de la décision, ensuite sont voués à changer parfois brutalement. Certaines *legaltechs* tendraient à pallier le caractère évolutif de la jurisprudence en détectant des éléments contenus dans les jurisprudences permettant d'identifier les tendances sous-jacentes. Ils espèrent alors rendre possible la prévision des revirements de jurisprudence en se fondant sur des « signaux faibles » contenus dans les décisions⁶⁹. Cela n'enlève toutefois pas le problème des éléments qui, comme dans le contentieux constitutionnel, influent sur la décision sans apparaître expressément. Cela limite toute volonté de reproduire, même *a minima*, les solutions produites par le raisonnement du juge constitutionnel.

L'intégralité de ces éléments ne revient pas à dire que la solution constitutionnelle est irrationnelle, ni même qu'elle est dominée exclusivement par des facteurs extérieurs et inconscients. Il peut seulement être constaté que la motivation s'opère après une rationalisation juridique pour mouler la décision de justice aux exigences du raisonnement syllogistique. De même, un logiciel de prédiction pourrait parfaitement produire des statistiques en se fondant uniquement sur les interprétations fournies par la jurisprudence. Il lui serait possible, en pratiquant une analyse du langage présent dans les décisions, d'établir des corrélations sur la rédaction probable des décisions constitutionnelles. Si cela est théoriquement faisable, il n'en reste pas moins encore au stade d'ébauche au vu des analyses automatiques du langage. Du reste, les corrélations qui seront faites perdront un élément de précision puisqu'il ne sera pas possible pour l'algorithme d'évaluer correctement le poids de telle ou telle interprétation dans la décision d'espèce si celle-ci repose sur un élément qui n'est pas affiché dans la jurisprudence.

⁶⁷ En ce sens, la motivation « ne retranscrit pas “toutes les opérations de l'esprit qui ont conduit le juge au dispositif adopté par lui” », in T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, p. 5, cité in Note de bas n° 23, S.-M. FERRIE, « Intelligence artificielle, - les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable », *Procédures*, n°4, avril 2018.

⁶⁸ Not. Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autre* (concernant le mariage entre personnes de même sexe) ; Décision n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012, *M. Mathieu E.* (concernant l'accès aux origines pour les enfants nés sous X) ; Sur une question impliquant davantage de considérations politiques, not. Décision n° 2017-651 QPC du 31 mai 2017, *Association En marche!* (concernant le temps de parole télévisé durant les campagnes présidentielles).

⁶⁹ *Case Law Analytics* travaillerait sur « différentes techniques comme celle du faisceau de signaux faibles souvent révélateur de tendances plus larges » pour évaluer les revirements de jurisprudence et les intégrer à leur logiciel prédictif in J. LEVY-VEHEL, entretien pour le site « Décideurs », *art. cit.*

Les *legaltechs* devront, si elles souhaitent se généraliser, s'adapter, ou au moins s'interroger sur les questions de constitutionnalité qui aujourd'hui leur échappent encore. Cela passera sans doute par une prise en compte de données bien plus large que les seules jurisprudences, en incluant l'ensemble des documents mis à disposition pour comprendre la décision de justice. Sur ce point, le Conseil constitutionnel n'est pas avare d'informations fournies en mettant en ligne les communiqués de presse, dossiers documentaires, références doctrinales voire même des tables analytiques détaillant la classification des concepts qu'il utilise⁷⁰. Il reste à savoir si les entreprises prédictives auront la capacité technique de les étudier et d'en faire ressortir des corrélations qui ne sont ni avouées ni exprimées par les juges, *a fortiori* dans le contrôle QPC.

⁷⁰ D'autant plus que certains auteurs appréhendent cette « doctrine seconde » du Conseil constitutionnel comme une forme de « méta-motivation », c'est-à-dire qu'elles « motivent ainsi la motivation de la décision » in X. MAGNON, « Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013, p. 206-211.