

INTERNATIONAL JOURNAL OF OPEN GOVERNMENTS

REVUE INTERNATIONALE DES GOUVERNEMENTS OUVERTS

Vol. 7 - 2018



ISSN 2553-6869

International Journal of Open Governments
Revue internationale des gouvernements ouverts

Direction :
Irène Bouhadana & William Gilles

ISSN : 2553-6869

IMODEV
49 rue Brancion 75015 Paris – France
www.imodev.org
ojs.imodev.org

*Les propos publiés dans cet article
n'engagent que leur auteur.*

*The statements published in this article
are the sole responsibility of the author.*

Droits d'utilisation et de réutilisation

Licence Creative Commons – Creative Commons License -



Attribution

Pas d'utilisation commerciale – Non Commercial

Pas de modification – No Derivatives

À PROPOS DE NOUS

La **Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)/ the International Journal of Open Governments** est une revue universitaire créée et dirigée par Irène Bouhadana et William Gilles au sein de l'IMODEV, l'Institut du Monde et du Développement pour la Bonne Gouvernance publique.

Irène Bouhadana, docteur en droit, est maître de conférences en droit du numérique et droit des gouvernements ouverts à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne où elle dirige le master Droit des données, des administrations numériques et des gouvernements ouverts au sein de l'École de droit de la Sorbonne. Elle est membre de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). Elle est aussi fondatrice et Secrétaire générale de l'IMODEV.

William Gilles, docteur en droit, est maître de conférences (HDR) en droit du numérique et en droit des gouvernements ouverts, habilité à diriger les recherches, à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne où il dirige le master Droit des données, des administrations numériques et des gouvernements ouverts. Il est membre de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). Il est aussi fondateur et Président de l'IMODEV. Enfin, il est avocat au barreau de Paris.

IMODEV est une organisation scientifique internationale, indépendante et à but non lucratif créée en 2009 qui agit pour la promotion de la bonne gouvernance publique dans le cadre de la société de l'information et du numérique. Ce réseau rassemble des experts et des chercheurs du monde entier qui par leurs travaux et leurs actions contribuent à une meilleure connaissance et appréhension de la société numérique au niveau local, national ou international en analysant d'une part, les actions des pouvoirs publics dans le cadre de la régulation de la société des données et de l'économie numérique et d'autre part, les modalités de mise en œuvre des politiques publiques numériques au sein des administrations publiques et des gouvernements ouverts.

IMODEV organise régulièrement des colloques sur ces thématiques, et notamment chaque année en novembre les *Journées universitaires sur les enjeux des gouvernements ouverts et du numérique / Academic days on open government and digital issues*, dont les sessions sont publiées en ligne [ISSN : 2553-6931].

IMODEV publie deux revues disponibles en open source (ojs.imodev.org) afin de promouvoir une science ouverte sous licence Creative commons **CC-BY-NC-ND** :

- 1) la *Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)/ International Journal of Open Governments* [ISSN 2553-6869] ;
- 2) la *Revue internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)/International Journal of Digital and Data Law* [ISSN 2553-6893].

ABOUT US

The **International Journal of Open Governments / Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)** is an academic journal created and edited by Irène Bouhadana and William Gilles at IMODEV, the Institut du monde et du développement pour la bonne gouvernance publique.

Irène Bouhadana, PhD in Law, is an Associate professor in digital law and open government law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, where she is the director of the master's degree in data law, digital administrations, and open governments at the Sorbonne Law School. She is a member of the Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). She is also the founder and Secretary General of IMODEV.

William Gilles, PhD in Law, is an Associate professor (HDR) in digital law and open government law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, where he is the director of the master's degree in data law, digital administration and open government. He is a member of the Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). He is also founder and President of IMODEV. He is an attorney at law at the Paris Bar.

IMODEV is an international, independent, non-profit scientific organization created in 2009 that promotes good public governance in the context of the information and digital society. This network brings together experts and researchers from around the world who, through their work and actions, contribute to a better knowledge and understanding of the digital society at the local, national or international level by analyzing, on the one hand, the actions of public authorities in the context of the regulation of the data society and the digital economy and, on the other hand, the ways in which digital public policies are implemented within public administrations and open governments.

IMODEV regularly organizes conferences and symposiums on these topics, and in particular every year in November the Academic days on open government and digital issues, whose sessions are published online [ISSN: 2553-6931].

IMODEV publishes two academic journals available in open source at ojs.imodev.org to promote open science under the Creative commons license **CC-BY-NC-ND**:

- 1) the *International Journal of Open Governments / la Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)* [ISSN 2553-6869] ;
- 2) the *International Journal of Digital and Data Law / la Revue internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)* [ISSN 2553-6893].

LE POUVOIR DEMOCRATIQUE ET LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE A L'ÈRE DES NOUVELLES TECHNOLOGIES : RECONSIDERATION THEORIQUE D'UN CONCEPT JURIDIQUE EN MUTATION

par **Serge SURIN**, Docteur de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, ATER en droit public à l'Université de Caen Normandie.

« Tant qu'il [internet] était limité au monde cultivé, blanc et occidental ou occidentalisé, il ne 'posait pas de problème' ; mais depuis sa généralisation, sa mondialisation, sa diffusion dans tous les quartiers pauvres du monde, l'inquiétude démocratique se répand »¹ (*Dominique Rousseau*).

Les nouvelles technologies sont venues bouleverser le concept même de démocratie. En effet, dès lors que les moyens techniques et l'internet en réseau permettent une collaboration de plus en plus accrue dans la prise de décision publique, le concept de démocratie devait être révisé. Ce constat conduit à une redéfinition totale de la notion de démocratie. Celle-ci fut jadis considérée comme un concept exclusif, dans le sens où elle excluait la masse des populations d'une société dans le processus de prise de décision publique. Désormais, « grâce » aux nouvelles technologies, on peut affirmer que la démocratie est davantage inclusive, au sens où elle tend à inclure toutes les populations qui, jadis, furent exclues de la prise de décision publique. Il s'agit là d'un changement de paradigme définitionnel de la démocratie parce que celle-ci ne consiste plus en le glissement d'un bulletin de vote dans une urne, ce qui n'est qu'un « acte d'acclamation »², elle suppose une participation directe et réelle du plus grand nombre de citoyens et de citoyennes, sinon chaque citoyen d'une société donnée, malgré certaines difficultés liées notamment aux problèmes techniques (pannes) de certaines plateformes collaboratives de décision publique face auxquelles le citoyen demeure souvent démuné³. Pour illustrer ce point, il

¹ D. ROUSSEAU, « Propos introductifs », in *La démocratie en un clic ? Réflexions autour de la notion d'e-démocratie*, J. ARLETTAZ et O. LE BOT (dir.), L'Harmattan, 2010, p. 8.

² D. ROUSSEAU, « L'équivoque référendaire », Intervention au Collège de France, 26 février 2014, p. 7 [<http://www.college-de-france.fr/site/pierre-rosanvallon/seminar-2014-02-26-10h00.htm>].

³ À titre d'illustration, le projet dit « Gouvernement ouvert », permettant à toute personne de pouvoir suggérer des propositions de mesures visant à la transparence de l'action publique, avait une date butoir fixée à fin avril 2017 pour l'une de ses campagnes de recueil de propositions. Un internaute s'est inscrit pour contribuer au projet, mais il n'a jamais reçu le courriel de validation de son inscription jusqu'à la fin de la date butoir, et personne n'a pu résoudre le problème, malgré ses relances. Cette

convient de s'intéresser à la nouvelle manière de faire la loi au Parlement français, bien que celle-ci ne soit pas sans susciter de virulentes critiques⁴. Au 5 mai 2017, pas moins de vingt-six projets de loi ont été soumis à « l'avis du public », processus accessible depuis le site internet de l'Assemblée nationale⁵. Ce phénomène, que Denis Baranger qualifie de « technologie législative moderne »⁶, paraît permettre à ce que Dominique Rousseau appelle « le peuple tout-un-chacun »⁷ de s'imposer dans le processus de prise de décision⁸. Cette nouvelle donne du travail normatif est, contrairement à ce que l'on pourrait penser, particulièrement apprécié et suivi des tribunaux dont le Conseil constitutionnel français. Celui-ci sans cesse à la recherche d'une légitimité populaire qu'il ne détient pas par le dogme de la *votation*, dogme qui domine encore le concept démocratique, se montre attentif aux échos de l'opinion publique⁹, au sens de Dicey du terme¹⁰, afin d'autoconstruire sa propre légitimité. Depuis sa décision du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association, cette tendance du juge constitutionnel français n'a jamais faibli, bien au contraire. Le Conseil constitutionnel a même découvert et développé ce qu'on peut qualifier d'un véritable pluralisme

expédience individuelle montre la limite des nouvelles technologies qui peuvent freiner l'envie d'agir d'une personne malgré elle.

⁴ A. SUIPIOT, par exemple, considère « Le renversement du règne de la loi au profit de la gouvernance par les nombres s'inscrit dans l'histoire longue du rêve et de l'harmonie par le calcul, dont le dernier avatar – la révolution numérique – domine l'imaginaire contemporain. Cet imaginaire cybernétique conduit à penser la normativité non plus en termes de législation mais en termes de programmation. On n'attend plus des hommes qu'ils agissent librement dans le cadre des bornes que la loi leur fixe, mais qu'ils réagissent en temps réel aux multiples signaux qui leur parviennent pour atteindre les objectifs qui leur sont assignés. » (*La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015, p. 23). Cependant, si cette critique de la révolution numérique est valide sur de nombreux points problématiques, elle doit être nuancée car cette « révolution » présente un vrai potentiel pour le fonctionnement d'un système démocratique inclusif (et non exclusif) vis-à-vis des citoyens composant l'État.

⁵ Projets de loi dont les études d'impact sont actuellement ouvertes aux contributions : [<http://etudesimpact.assemblee-nationale.fr/>].

⁶ D. BARANGER, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Gallimard, Coll. : « L'Esprit de la cité », Janvier 2018, (352 p.), p. 105.

⁷ D. ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Seuil, avril 2015, p. 139.

⁸ G. TEUBNER y voit même un phénomène conduisant à un droit constitutionnel sans Constitution étatique classique. Sur ce point, v. sa conférence : *La question constitutionnelle au-delà de l'État-nation : pour une approche sociologique du phénomène constitutionnel*, Collège de France, 19 avril 2017 [<http://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/guestlecture-2017-04-19-17h00.htm>].

⁹ À propos des manifestations au pied du Conseil constitutionnel contre la loi relative à l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, J.-L. DEBRE, ancien président du Conseil constitutionnel, contemplant celles-ci, voit en elles « la preuve de l'importance prise par notre institution [le Conseil constitutionnel], devenue un véritable lieu de pouvoir. » (J.-L. DEBRE, *Ce que je ne pouvais pas dire*, Robert Laffont, avril 2016, p. 200).

¹⁰ Pour A. V. DICEY, en effet, « Ce terme, quand on l'emploie en parlant de la législation, est simplement une manière abrégée de décrire la croyance ou la conviction prépondérante dans une société donnée que certaines lois sont bonnes et, par conséquent, devraient être maintenues, ou qu'elles sont mauvaises et devraient être modifiées ou abrogées. Et dire que, dans un pays en particulier, l'opinion publique gouverne la législation, cela signifie que les lois y sont maintenues ou abrogées d'accord avec l'opinion ou avec les désirs de ses habitants. » (A. V. DICEY, *Leçons sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre au cours du dix-neuvième siècle*, 1906 [BIU Cujas], p. 3).

délibératif dans la fabrication des normes qui l'a conduit à un pluralisme interprétatif qui accompagne ce phénomène. On y reviendra.

Dans le même esprit, le mécanisme de la participation du public dans l'élaboration des décisions publiques relatives à l'environnement est une nouveauté constitutionnelle qui s'inscrit dans le prolongement d'autres formes de mécanismes constitutionnels, non étudiés, de participation directe¹¹ des citoyens à l'élaboration législative. En effet, le corpus des textes formant le bloc de constitutionnalité contient plusieurs dispositions qui prônent une forme de participation du public dans la prise de décision normative¹². C'est dans l'objectif d'illustrer ce phénomène participatif du citoyen que le rapport de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, remise au Président de la République le 7 janvier 2015, prônant les *bienfaits* de la participation du public dans l'élaboration des normes, a pu conclure : « La concertation en amont dans la prise de décision contribue à améliorer l'acceptabilité des réformes en aval »¹³. Ce rapport propose également de « Faire apparaître l'empreinte normative de la loi et du règlement »¹⁴ de manière à indiquer les éléments constitutifs de son origine. Cette idée va dans le sens d'une meilleure clarté et sincérité du débat parlementaire qui, parfois, peut paraître manquante, alors qu'elle est nécessaire¹⁵.

¹¹ On va retrouver ce phénomène de la participation du public dans l'élaboration des normes dans les travaux préparatoires de certaines lois ou projets de loi, ou encore dans les travaux de certains organes chargés de réfléchir sur des projets de réforme. Ainsi, la Commission Jospin, lors de ses travaux en 2012, a parfaitement illustré ce phénomène qui a été présenté comme très novateur dans la manière de faire ; à titre d'exemple, un site internet a été dédié par la Commission à l'accueil de propositions venant d'individus de la société civile qui voulaient prendre part à la rénovation de la vie démocratique française ; et Lionel Jospin, lors de ses communications avec les journalistes, tout au long des phases d'avancement des travaux de la Commission, a particulièrement mis l'accent sur le fait d'avoir donné autant de place à la participation du public et donc au public lui-même dans la conception du rapport issu de la Commission qu'il présidait. On peut discuter du type de personnes qui a été en mesure de connaître, comprendre et contribuer réellement au rapport de la Commission, de l'ampleur de la publicité qui a été faite pour ce mécanisme, de la prise en compte réelle de propositions venant de citoyens non membres, hormis des personnes, intellectuellement, professionnellement ou affectivement, proches des membres de la Commission, etc. ; néanmoins, il n'empêche qu'il y a eu, du moins de manière formelle, une ouverture des travaux de ladite Commission au public.

¹² Outre l'article 7 de la Charte de l'environnement qui prône la participation du public, l'article 13 de la DDHC de 1789 qui évoque le consentement « préalable » à l'impôt, le *préalable* étant exclusivement associé – à tort et à raison – à la seule représentation nationale parlementaire et non aux individus de manière directe ; mais il n'est pas interdit de pousser la réflexion sur cette dernière disposition au regard d'une forme de participation directe du public à l'élaboration de son budget tant sur le plan local que national.

¹³ Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), Rapport au Président de la République : *Renouer la confiance publique*, présenté par Jean-Louis Nadal, janvier 2015, p. 62.

¹⁴ *Ibidem*, p. 77.

¹⁵ Du fait notamment de la présence sournoise de lobbyistes, entachant ainsi le débat parlementaire, voire même du débat au sein d'organes chargés de réfléchir sur un projet de réforme, tel un comité ou une commission, d'un manque de transparence.

Par ailleurs, les nouvelles technologies permettent de plus en plus aux citoyens de se rendre compte de la manière dont certaines autorités décident en leur nom. Sur ce point, les autorités juridictionnelles, notamment la juridiction administrative sont touchées de plein fouet par ce phénomène comme nous le montre la plateforme *Supra Legem*¹⁶. Celle-ci se présente comme un outil dont l'objectif est de permettre « à tout citoyen de vérifier s'il a accès à une justice impartiale. » En effet, cette application, qui reprend les décisions de la juridiction administrative déposées sur le site *Légifrance* par la Direction de l'information légale et administrative (DILA) depuis 2000 (celles datant d'avant cette année n'étant pas prises en compte du fait de disparités liées à l'absence de publication d'un nombre assez conséquent), utilise ce qu'on appelle des algorithmes prédictifs qui renvoient à la notion de justice prédictive¹⁷, laquelle préoccupe les magistrats tant de l'ordre administratif que l'ordre judiciaire¹⁸. Le site internet hébergeant cette application précise que les algorithmes prédictifs « analysent la jurisprudence administrative et extraient la thématique de la décision, la nature du demandeur, la nature du défendeur et le sens du dispositif » en vue de prévenir la décision qu'un même juge pourrait rendre dans une affaire portant sur une même thématique juridique.

La question ici n'est pas tant de savoir l'efficacité ou pas de cet outil (informatique) que de constater ce qu'il représente, à savoir un phénomène qui ouvre davantage les analyses jurisprudentielles des magistrats à la démocratie entendue comme processus d'ouverture permettant à tout un chacun de pouvoir y contribuer, notamment par ses critiques. Ce point sera illustré plus loin à travers l'étude des analyses algorithmiques des décisions des tribunaux administratifs.

Dans ce contexte, pour illustrer cette nouvelle manière de légiférer au regard d'un constitutionnalisme, et même d'un juge constitutionnel *dormant*, cette contribution partira, d'abord, d'un cadre précis, celui de la loi dite Lemaire portant sur le numérique (I). Ensuite, il sera démontré que cette nouvelle donne de la production normative place les principaux acteurs de l'État-nation, dont le juge constitutionnel, dans une situation assez embarrassante (II).

¹⁶ *Supra Legem*. Recherche, analyse et intelligence juridique : [<http://www.supralegem.fr/?q=&q=&p=>].

¹⁷ Le concept de *justice prédictive* renvoie à un « Ensemble d'instruments développés grâce à l'analyse de grande 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. » (L. CADIET (pdt), *L'open data des décisions de justice*, Rapport à Madame la Garde des Sceaux, Ministre de la justice, Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice, novembre 2017, (72 p.), « Glossaire », p. 14. V. également les tentatives de définition de B. DONDERO, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *Recueil Dalloz*, 2017, pp. 532 s.

¹⁸ Pour s'en convaincre, le 12 février 2018, a été organisé à la Cour de cassation un colloque portant sur « La justice prédictive » qui a réuni J.-M. SAUVE (Vice-Président du Conseil d'État) et B. LOUVEL (Premier Président de la Cour de cassation).

§ 1 – LA MUTATION DU CONCEPT DE DEMOCRATIE ILLUSTREE PAR LE PROCESSUS DE PRODUCTION DE LA LOI POUR UNE REPUBLIQUE NUMERIQUE

Si les nouvelles technologies ne permettent pas pour autant de parler de « démocratie en un clic », elles rapprochent incontestablement davantage les citoyens de l'État à la pratique démocratique. C'est ce, du moins en apparence, que l'on peut observer à travers le cadre d'élaboration de la loi pour une République numérique du 7 octobre 2016 (A) qui a permis de mettre en action la dimension participative que suppose le concept même de démocratie (B).

A) Le cadre rédactionnel des dispositions de la loi

La Ministre Axelle Lemaire qui fut en charge de la loi pour une République numérique portant son nom du 7 octobre 2016 a permis une large ouverture à la participation populaire de son processus d'adoption en même temps que cette loi a institutionnalisé la prise de décision publique par le recours aux outils informatiques modernes, tels des plateformes collaboratives. L'ouverture du processus de fabrication de cette loi¹⁹ a été une occasion bien accueillie par un nombre conséquent de citoyens. Cela est observable à travers trois chiffres clés. D'abord, le compte rendu du processus de production de cette loi fait état de 8 492 contributions venant aussi bien de simples individus que de personnes morales, publiques comme privées. Ensuite, 147 616 votes ont été émis sur différentes propositions issues de ces contributions du public, toutefois modérées et formalisées par les services ministériels. Enfin, 21 409 participants furent inscrits sur la plateforme qui a été érigée pour tenter cette expérience inouïe de la fabrication législative. Cependant, ces chiffres soulèvent certaines interrogations du point de vue juridique. Ils sont loin d'un échantillon représentatif de la population française, mais nul ne saurait ignorer qu'ils montrent un horizon beaucoup plus étendu du point de vue démocratique, au sens d'une plus grande participation de la société politique (ce qu'on appelle la société civile), que les 577 députés et 346 sénateurs qui prétendent représenter près de 67 millions de personnes composant la population française. Pour illustrer ces interrogations, il est possible de s'appuyer sur une affirmation d'Emmanuel Macron qui écrit qu'entre « l'Europe, les partis, les marchés, les sondages, la rue, il existe une confusion sur le

¹⁹ V. la plateforme collaborative de consultation qui a été dédiée à ce projet de loi pour une République numérique : (<https://www.republique-numerique.fr/project/projet-de-loi-numerique/consultation/consultation>). Il convient de constater que le gouvernement actuel a, peu ou prou, mis en œuvre la même méthode consultative citoyenne pour plusieurs de ses réformes dont le projet de loi dit *Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises* (PACTE), janvier-février 2018 [<https://www.pacte-entreprises.gouv.fr/>].

détenteur du pouvoir»²⁰. Force est de constater que cette confusion résulte également de la numérisation de la démocratie. Si cette loi Lemaire, du fait de son objectif et de sa finalité numérique, est l'illustration la plus emblématique de la force démocratique que portent les nouvelles technologies dans la production normative, elle s'inscrit dans une dynamique plus globale qui est en pleine mutation. Le nouveau mécanisme de l'étude d'impact créé par le législateur organique, à la suite de la réforme constitutionnelle de 2008, permet d'observer cette mutation démocratique. En effet, on l'a déjà rappelé, depuis 2009, jusqu'au 5 mai 2017, un nombre conséquent de projets de loi ont été soumis à «l'avis du public» depuis le site internet de l'Assemblée nationale en vue de compléter l'étude d'impact réalisée par le gouvernement.

Dans ce contexte, si l'on peut discuter du type de personnes qui soient en mesure de connaître, comprendre et contribuer réellement à la production normative, de l'ampleur de la publicité, notamment dans les médias, qui est faite autour de ce mécanisme, de la prise en compte réelle de propositions venant de citoyens non membres, hormis des personnes, intellectuellement, professionnellement ou affectivement, proches des membres de l'organe chargé d'édicter des normes ou de prendre des décisions publiques, etc., il n'empêche qu'il existe, désormais, du moins de manière formelle, une ouverture des processus préparatoires de la production normative au public.

B) Un cadre propice à la dimension participative du concept démocratique

La loi pour une République numérique, qui fit une large place à l'usage des nouvelles technologies, illustre parfaitement la participation active du public que celles-ci permettent à la production de la loi comme décision politique (1). Mais cette participation du public à l'élaboration de la loi n'est pas la seule vertu des nouvelles technologies ; celles-ci permettent également au public de contribuer à toutes formes de décisions publiques dont les décisions juridictionnelles (2) qui, pourtant, du moins *a priori*, pouvaient être vues comme étant à l'abri du phénomène numérique.

1) Une participation active du citoyen à la prise de décision politique

La mutation démocratique que permettent les nouvelles technologies est souvent qualifiée de manière à distinguer une démocratie parallèle par rapport à la démocratie telle qu'elle est en général appréhendée. On parle ainsi d'*e-démocratie*, de

²⁰ E. MACRON, *Révolution. C'est notre combat pour la France*, XO Editions, novembre 2016, p. 254.

cyberdémocratie, de démocratie numérique ou électronique, de nouvelle forme de démocratie, etc., comme s'il s'agissait d'une démocratie parallèle, hors-norme, voire illégitime. Mais certains auteurs ont démontré qu'il ne s'agit pas d'une nouvelle forme de démocratie ou d'une démocratie parallèle, mais d'une réunion de conditions permettant au concept démocratique de se tendre vers sa pleine réalisation. Ainsi, Jean-Philippe Derosier a pu démontrer que ce qu'on qualifie d'e-démocratie, comme une nouvelle forme ou un nouveau type de démocratie, ne représente que « des techniques de participation issues d'un seul gène : la démocratie »²¹. Dans le même sens, l'auteur a démontré que la démocratie qualifiée de participative du fait la participation du public qu'elle permet, par l'évènement de nouveaux outils et de nouvelles techniques, n'est, en réalité, qu'une formule pléonastique²², car, en effet, le peuple, qui se trouve à la base du concept de démocratie, tel qu'il avait été défini par Aristote, « est celui qui participe à la fois aux statuts de gouvernant et de gouverné »²³.

D'ailleurs, pour Oliviet Le Bot, dans la transformation démocratique qu'elle permet, « L'innovation technologique ne peut porter ses fruits que si une majorité des citoyens a accès à l'espace numérique »²⁴. Et, dans la mesure où l'accès à l'espace numérique ne peut suffire à la finalité politique participative du citoyen dans les prises de décisions publiques, on pourrait ajouter que cette finalité citoyenne n'est possible que si une majorité des citoyens ayant accès à l'espace numérique est politiquement formée pour s'imprégner pleinement de la possibilité politique participative qui lui est offerte. C'est en ce sens, d'ailleurs, que Jordane Arlettaz parle, non seulement « d'un citoyen engagé »²⁵, mais aussi d'un citoyen « éclairé »²⁶, donc politiquement « mieux formé et mieux informé »²⁷, car l'un ne vaut pas l'autre ; si l'on revêt l'habit d'un *engagé* sans être *éclairé*, le résultat attendu ne sera en définitive pas au rendez-vous.

²¹ J.-PH. DEROSIER, « Des techniques de participation issues d'un seul gène : la démocratie », in *Nouvelles questions sociales sur la démocratie*, A. DELCAMP, A.-M. LE POURRHET, B. MATHIEU et D. ROUSSEAU (dir.), Dalloz, Coll. : « Thèmes et commentaires », octobre 2010, pp. 107 s.

²² *Ibid.*, p. 109.

²³ ARISTOTE, *Politiques*, Livre III, Trad. J. AUBONNET, Les Belles Lettres, 1991, 1283b 43-45. Cité par J.-Ph. DEROSIER, *Ibidem*, p. 109 note 11.

²⁴ O. LE BOT, « Démocratie électronique et droits fondamentaux », in A. DELCAMP, A.-M. LE POURRHET, B. MATHIEU et D. ROUSSEAU (dir.), *Ibid.*, p. 103.

²⁵ J. ARLETTAZ, « E-démocratie et processus normatif », *Ibidem*, (pp. 95 s.), p. 97.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ O. LE BOT, *Op. cit.*, p. 102. On soulignera au passage que cette nécessité de formation du citoyen à la chose politique semble être saisie par la nouvelle organisation politique *La République en marche*, puisque, depuis fin octobre 2017, celle-ci a ouvert *Campus* qu'elle définit comme « un espace de formation » citoyenne ouvert non seulement à ses membres mais également à tout citoyen désireux de se former à des thématiques politiques. A ainsi été lancé dans la foulée de la création de cet espace sur internet un *microlearning* sur l'argent public, et d'autres thématiques sont d'ores et déjà annoncées. Nul ne sait le degré d'efficacité d'un tel outil dans la réalité, mais la problématique de la formation politique du plus grand nombre de citoyens à la chose publique est, du moins, saisie.

C'est dans l'objectif d'illustrer ce phénomène participatif du citoyen que le rapport de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, prônant les *bienfaits* de la participation du public dans l'élaboration des normes, a pu conclure : «La concertation en amont dans la prise de décision contribue à améliorer l'acceptabilité des réformes en aval»²⁸. Cette recommandation rejoint d'ailleurs une préoccupation fort compréhensible de Jordane Arlettaz qui estime que «limiter la démocratie au seul moment de l'adoption de la norme, dernière étape du parcours, sans associer les citoyens à la phase préparatoire de la décision, ramener la démocratie à une simple procédure de ratification, présentent le risque d'une déviance vers une démocratie référendaire voire plébiscitaire»²⁹. C'est justement à cette préoccupation que s'est attelée le processus de production de la loi Lemaire qui, comme une réponse, a convié l'ensemble des citoyens qui le voulaient et / ou qui le pouvaient à la table préparatoire des dispositions de cette loi. Mais seulement voilà. Jordane Arlettaz pointe en particulier «le risque d'une déviance vers une démocratie référendaire voire plébiscitaire». L'auteure met ici le doigt sur une participation en définitive inexistante du citoyen dans la production concrète et effective des normes. Mais, à supposer que le processus de la loi Lemaire, qui semble répondre à cette exigence *participatrice* du concept démocratique, soit demain généralisé, ne remettrait-elle pas en cause le mode de production des normes juridiquement prévu et conditionné dans la Constitution ? Et pour preuve, lors des débats parlementaires sur cette loi, André Chassaigne, député du groupe Gauche démocrate et républicaine, fit valoir :

«Nous regrettons aussi la disparition d'une disposition pourtant plébiscitée par nos concitoyens lors de la consultation préalable au projet de loi, à savoir la reconnaissance des biens communs informationnels face à l'appropriation et à l'exploitation marchandes»³⁰.

Cette interrogation, sur laquelle on reviendra, est assez embarrassante pour les acteurs de la démocratie, et en particulier pour le juge constitutionnel à plus d'un titre. En effet, l'auteur semble illustrer là une tendance à vouloir imposer aux parlementaires des dispositions issues de consultations en ligne comme si ces dispositions étaient le fruit d'une expression directe

²⁸ HATVP, *Renouer la confiance publique*, Rapport au Président de la République, *Op. cit.*, p. 62. Ce rapport propose également de « Faire apparaître l'empreinte normative de la loi et du règlement » (*Ibidem*, p. 77) de manière à indiquer à tous les éléments constitutifs de son origine.

²⁹ J. ARLETTAZ, *Op. cit.*, p. 97.

³⁰ Assemblée nationale, *Compte rendu intégral*, intervention d'André Chassaigne, Première séance du mardi 26 janvier 2016 [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2015-2016/20160110.asp#P708238>]. D'autant plus que certains attendent fermement que le gouvernement donne au moins « l'impression aux citoyens d'avoir été écoutés » (S. ROLLAND, « Loi Lemaire : la consultation publique, un outil de pression pour les citoyens », *La Tribune*, 30 septembre 2015).

du peuple, donc insusceptibles d'être remises en cause par les parlementaires.

Mais, avant de s'attaquer à cette dernière problématique, on peut, pour compléter la participation active du citoyen aux décisions politiques, observer la manière dont celui-ci «influence», du moins, les décisions des juges toujours à travers les possibilités qu'offrent les nouvelles technologies.

2) Une participation du citoyen à l'orientation des décisions juridictionnelles

Le rôle des nouvelles technologies dans la promotion de la démocratie est considérable. Plus qu'un processus visant à améliorer le simple accès au droit, les nouvelles technologies, couplées avec l'intelligence artificielle³¹ (IA), via les algorithmes, favorisent un nouveau concept citoyen où chaque individu de la société devient un acteur social dont la capacité n'est plus ignorée ou négligée dans les processus politiques de fabrication normative ou de prise de décisions. S'agissant des algorithmes, il est intéressant de s'y arrêter un instant. Un algorithme, selon les études informatiques connues, se définit comme une « Suite finie de règles et d'opérations permettant d'obtenir un résultat à partir d'éléments fournis en entrée »³². Il est précisé que « Cette suite peut être l'objet d'un processus automatisé d'exécution »³³. Il existe plusieurs types d'algorithmes. Ainsi, « Certains algorithmes, dits autoapprenants, voient leur comportement évoluer dans le temps selon les données fournies »³⁴. De ce point de vue, si l'on suit ces éléments relatifs à l'algorithme, une étude ou analyse algorithmique portant sur des décisions de justice consiste à conduire une recherche à partir de ces décisions issues d'une base de données et reliées à des mots clés en vue d'obtenir un certain résultat plus ou moins affiné sur le contenu de ces décisions (sens, constance, rigueur de raisonnement, fondements, magistrats, avocats, etc.). Le mécanisme des algorithmes vient indéniablement bouleverser le caractère jadis presque sacré du mode de fonctionnement interne de nos institutions, notamment celles dont la mission est de rendre la justice, au premier rang desquels se trouve le juge constitutionnel, puisque désormais chacun est conscient, ou susceptible de l'être, que la loi votée par le Parlement n'est porteuse de normativité juridique que lorsque le juge constitutionnel aura dit qu'elle revêt véritablement un tel caractère. Sur ce point, si les algorithmes ne sont pas encore testés sur les décisions du Conseil constitutionnel français, celles des

³¹ L'intelligence artificielle est considéré comme l'« Ensemble de théories et de techniques dont le but est de faire accomplir des tâches par une machine qui simule l'intelligence humaine. » (L. CADIEF (pdt), *Op. cit.* ; v. également Conseil d'État, *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« uberisation »*, Rapport annuel 2017, La Documentation française, 189 p.).

³² Conseil d'État, *Ibidem*. Cité in Loïc Cadiet (pdt), *Ibidem*.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

tribunaux administratifs chapeautés par le Conseil d'État, dont l'activité juridictionnelle reste d'ailleurs contestée³⁵, ont largement été *algorithmées*, au sens d'avoir été analysées à l'aide d'algorithmes³⁶. Par exemple, l'analyse algorithmique des décisions de certains juges individuels de certaines cours administratives d'appel (CAA) françaises a pu pointer la *partialité* de ces derniers.

Bien évidemment, il n'est ici pas tant question de savoir si les résultats que révèle l'analyse algorithmique sont fiables ou non fiables, ni si les algorithmes sont manipulés par des organismes privés³⁷, que l'incitation à la transparence de la vie publique qu'elle permet, en l'occurrence, le projecteur qu'elle représente sur l'activité juridictionnelle de certains magistrats en particulier. Il est plutôt question de la manière dont les algorithmes orientent l'activité des magistrats comme le Vice-Président du Conseil d'État le résume si bien :

« Après l'essor d'internet et de la dématérialisation, l'open data des décisions de justice, couplé au développement des algorithmes et de l'intelligence artificielle, soumettent en effet le juge à un défi nouveau : celui de la justice prédictive, qui doit s'inscrire au cœur de notre réflexion prospective, de nos projets et de notre vigilance »³⁸.

Ce phénomène a, bien entendu, suscité une mutation du comportement même des acteurs juridictionnels qui se trouvent obligés de montrer une plus grande transparence dans leur façon de faire en vue de répondre aux nouvelles exigences du public qui, désormais, questionne du fait qu'il en sait des choses, que ce qu'il sait soit exact ou inexact, là n'est pas la question encore une fois. Sur ce point, un rapport du Conseil d'État datant de 2012³⁹ avait-il conclu à l'obligation pour le juge administratif de combler les lacunes de ses interprétations normatives prétoriennes en indiquant directement dans ses décisions les sources de ces interprétations, notamment les travaux préparatoires ayant servi aux magistrats administratifs. L'on reviendra plus concrètement

³⁵ D. ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie*, *Op. cit.*, pp. 185 s. ; v. également le débat sur la réunification du système juridictionnel français, débat ouvert entre la Cour de cassation et le Conseil d'État in M.-C. MONTECLER, « Duel à distance sur le dualisme juridictionnel », *Dalloz Actualités*, 28 juillet 2017. En résumé de ce dernier texte, J.-M. SAUVE, Vice-Président du Conseil d'État, sans surprise, défend le dualisme juridictionnel français, quand B. LOUVEL, Premier Président de la Cour cassation plaide pour la réunification de notre système juridictionnel.

³⁶ Les décisions des tribunaux judiciaires n'en sont pas moins affectées par le phénomène des études algorithmiques ; mais étant donné que l'activité juridictionnelle de l'ordre administration est davantage l'objet de critiques, la focalisation sur celle-ci plutôt sur celle de l'ordre judiciaire s'explique.

³⁷ B. JOUVENOT, « Les algorithmes gouvernement, l'Etat est sans gouvernail », *LinkedIn*, 15 janvier 2018 [<https://www.linkedin.com/pulse/les-algorithmes-gouvernement-letat-est-sans-gouvernail-jouvenot/>].

³⁸ J.-M. SAUVE, Intervention au colloque précité sur « La justice prédictive », Cour de cassation, 12 février 2018.

³⁹ Conseil d'État, *Rapport du Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, présenté par Philippe Martin, avril 2012.

plus loin sur la manière dont les algorithmes bouleversent l'activité des juges administratifs en permettant une plus grande transparence des décisions de la juridiction administrative.

Mais cet aspect apparemment positif de l'avènement des nouvelles technologies sous toutes leurs formes n'est pas sans poser certaines questions relatives au concept même d'État-nation

§ 2 – UNE MUTATION DEMOCRATIQUE ASSEZ EMBARRASSANTE AU REGARD DU FONCTIONNEMENT CLASSIQUE DE L'ÉTAT-NATION

Si la mutation démocratique permise par l'émergence des nouvelles technologies pourrait, *a priori*, paraître comme étant au service de la légitimité interprétative du juge constitutionnel (A), elle se présente, en définitive, comme contraire à la démocratie au sens normativiste⁴⁰ du terme, et comme concurrençant, d'un autre côté, la légitimité même du Parlement et celle du juge constitutionnel pourtant chargé de protéger les principes de l'État-nation (B). En outre, les avancées démocratiques que permettent les nouvelles technologies, notamment à travers l'émergence des algorithmes, bouleversent tant les métiers du droit qu'elles suscitent une sérieuse inquiétude chez certains magistrats (C).

A) Une mutation *a priori* au service de la légitimité interprétative du juge constitutionnel

Du moins en apparence, et *a priori*, la mutation démocratique que permettent les nouvelles technologies paraissent s'inscrire au service de la légitimité interprétative du juge constitutionnel. Elles le sont, en effet, du fait que le Conseil constitutionnel français, par exemple, est l'organe du pouvoir politique (au sens large) qui, du point de vue purement juridique, met le peuple dans les conditions d'une participation réelle à la production des normes qui le concernent à travers sa jurisprudence visant notamment à protéger les droits et les libertés fondamentaux, tels le droit au travail ou droit à l'emploi, la liberté d'entreprendre, la liberté d'aller et venir, le respect de la vie privée, l'égalité devant la loi, l'accès au droit et à la justice, etc. Ce point ne paraît pas nécessiter de grands développements. Lorsque le Conseil constitutionnel invalide une disposition législative qui porte atteinte à un droit ou une liberté que la Constitution garantit, il refait le débat parlementaire devant lui en faisant naître un pluralisme délibératif par la convocation de tous les acteurs ayant contribué à l'élaboration de la loi (Conseil d'État, Conseil économique, social et environnemental, Cour des comptes, etc.), lesquels servent de support à la décision qu'il a finalement adoptée. Cette tâche du

⁴⁰ On entend par démocratie au sens normativiste celle dont les conditions d'exercice sont préalablement et précisément définies dans les normes constitutionnelles et infra-constitutionnelles qui encadrent le fonctionnement du système juridique considéré.

Conseil constitutionnel au regard du principe de participation du peuple à la confection des normes est rendue d'autant plus possible par le phénomène des nouvelles technologies qui y joue un rôle de facilitateur. Pour le mesurer, l'on pourra s'arrêter sur les propos d'un ancien président du Conseil constitutionnel manifestant sa joie de voir des citoyens manifester sous les fenêtres de l'institution («les manifestants dans la rue»⁴¹). Pour celui-ci, en effet, le comportement de ces manifestants montre un sentiment d'adhésion populaire dans les décisions que prend le Conseil constitutionnel, et, cela, grâce aux nouvelles technologies ; c'est en effet le développement de l'internet en réseau qui permet à tout un chacun de scruter l'agenda du juge constitutionnel, de suivre ses décisions et, surtout, de tenter d'influencer celles-ci, bien qu'il ne soit pas possible d'évaluer de manière concrète et certaine le degré de succès de cette influence. Ainsi, les nouvelles technologies, pourrait-on dire, créent une relation de confiance entre le juge constitutionnel et les justiciables, et c'est en cela que celles-là se présentent comme étant au service de la légitimité interprétative de celui-ci. Pourtant, on le verra, ces mêmes technologies font naître une situation particulièrement inconfortable du point de vue juridique, du moins si l'on s'en tient aux normes posées pour l'organisation et le fonctionnement mêmes de l'État, parce que le pouvoir du juge constitutionnel est désormais concurrencé dans des conditions juridiques dépourvues de clarté. Il en est d'ailleurs de même s'agissant du Parlement.

B) Une mutation concurrençant en définitive la légitimité du Parlement et celle du juge constitutionnel

Cette mutation démocratique pose des questions juridiques de niveau constitutionnel importantes. En effet, elle paraît remettre en cause, en *catimini*, la légitimité même du Parlement bicamériste (1) et, partant, celle du Conseil constitutionnel lui-même (2), bien qu'une prise de conscience du problème semble se diriger vers une solution (3).

1) Une mutation concurrençant la légitimité du Parlement

Le Parlement est juridiquement l'organe politique qui est chargé de doter l'État-nation⁴² de règles générales s'imposant à toutes et

⁴¹ J.-L. DEBRÉ, *Op. cit.*, p. 157.

⁴² L'État-nation s'entend ici au sens d'un pouvoir formellement constitué par une communauté humaine délimitée qui, souverainement, a fait le choix de se donner un cadre d'organisation et de fonctionnement exclusif de tout autre. Cet État-nation délimité suppose nécessairement des frontières, alors que les nouvelles technologies viennent justement briser ces frontières de manière *clandestine* en permettant tant à des nationaux qu'à des non nationaux de faire la loi, et alors même que le constituant de l'État-nation ne confie un tel pouvoir qu'aux seuls nationaux français.

à tous. Mais les nouvelles technologies bouleversent tant cette équation que certains peuvent affirmer que « les algorithmes [...] sont en train de se substituer aux États pour régenter nos comportements »⁴³. Ainsi, « Le numérique engendre un contexte inédit que l'arsenal juridique est bien en peine de couvrir, parce qu'il dépasse le cadre des frontières nationales, qu'il repose sur des algorithmes en plein développement »⁴⁴.

Ces bouleversements, qui affectent de manière si profonde les principes fondateurs de l'État-nation, paraissent d'autant plus choquants qu'ils sont appuyés par le législateur ordinaire et même par le pouvoir réglementaire au mépris du pouvoir constituant. En effet, l'article L132-1 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA), issu de l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du même Code, dispose :

« Lorsque l'administration est tenue de procéder à la consultation d'une commission consultative préalablement à l'édition d'un acte réglementaire, elle peut décider d'organiser une consultation ouverte permettant de recueillir, sur un site internet, les observations des personnes concernées.

[...]

Demeurent obligatoires les consultations d'autorités administratives indépendantes prévues par les textes législatifs et réglementaires, les procédures d'avis conforme, celles qui concernent l'exercice d'une liberté publique, constituent la garantie d'une *exigence constitutionnelle*, traduisent un pouvoir de proposition ou mettent en œuvre le principe de participation ». Ces dispositions s'intéressent davantage à l'exercice du pouvoir réglementaire ; bien qu'elles méritent bien des commentaires, il ne paraît pas opportun ici de se vouer à de tels commentaires.

Dans la même logique des textes susvisés, l'article R.132-5 du CRPA (décret n°2015-1342 du 23 octobre 2015) précise :

« La décision mentionnée à l'article R. 132-4 indique la date d'ouverture et de clôture de la consultation. [...].

Sa publication est assortie du projet d'acte concerné et d'une notice explicative précisant l'objet et le contenu de celui-ci ainsi que, en tant que de besoin, la ou les dates prévues pour l'entrée en vigueur des mesures envisagées ».

L'article R.132-9 (décret n°2015-1342 du 23 octobre 2015) du CRPA ajoute :

⁴³ B. JOUVENOT, « Les algorithmes gouvernement, l'Etat est sans gouvernail », *Op. cit.*

⁴⁴ *Ibidem.*

« Les consultations organisées sur un site internet sur des projets de loi font l'objet d'une publication sur le site mentionné à l'article R. 132-4 ».

Ces dispositions législatives et réglementaires posent un problème constitutionnel de fond au regard du pouvoir du Parlement. En effet, l'article 3 de la Constitution, après avoir posé le principe théorique selon lequel « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum » (al. 1^{er}), ajoute immédiatement qu'« Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. » Or, au regard de ces nouvelles dispositions législatives et réglementaires, on assiste à un Parlement qui se dépouille lui-même de sa fonction législative⁴⁵ en permettant, contrairement à l'article 3 de la Constitution, à une fraction du peuple de s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale par le biais de ces consultations dont on a tendance à imposer les résultats aux membres du Parlement lors des débats parlementaires⁴⁶. Et si l'on pousse la réflexion sur ce point, le problème paraît plus grave. Il est vrai que certains pourraient voir dans l'article 6 de la Déclaration de 1789, qui précise que « Tous les Citoyens ont le droit de concourir personnellement » à la formation de la loi, un fondement de cette participation d'une frange de la population à la fabrication de la loi. Mais, là encore, outre que l'article de 3 de Constitution de 1958 réserve cette participation aux seuls citoyens français, cette même Constitution a drastiquement encadré les modalités d'adoption des lois dans ses articles 11, 24, 34, 39 et 44. En effet, le référendum de l'article 11 doit respecter la condition de nationalité posée à l'article 3 ; l'alinéa 1^{er} de l'article 24 remet le vote de la loi dans les seules mains du Parlement ; l'article 34 qui définit le domaine de la loi se trouve sous un titre V qui ne concerne que les relations entre le gouvernement et le Parlement ; quant à l'initiative des lois, l'article 39 précise qu'elle est réservée au Premier ministre et aux membres du Parlement ; enfin, si la participation citoyenne à l'enrichissement de projets ou propositions de loi ressemble à une forme de droit d'amendement déguisé, l'article 44 de la Constitution ne reconnaît ce droit qu'aux membres du Parlement et au gouvernement, et le texte précise que ce droit ne s'exerce qu'en séance ou en commission et non pas sur des plateformes internet de consultation. Et si le Conseil constitutionnel a validé la loi sur la création sur internet au nom de la liberté de communication des pensées et des opinions

⁴⁵ Sur ce point, v. J. ATTALI, « En finir avec le paritarisme », *Blog « Conversation avec Jacques Attali »*, *L'Express*, 5 mars 2018 [<http://blogs.lexpress.fr/attali/2018/03/05/en-finir-avec-le-paritarisme/>]. Que l'on soit d'accord ou non avec l'auteur, il soulève un problème majeur en dénonçant un Parlement qui refuse de remplir sa mission, notamment en matière sociale, préférant se reposer sur des partenaires sociaux qui, malgré leur importance du point de vue démocratique, ne représentent en rien l'intérêt général.

⁴⁶ V. la déclaration du député André Chassaigne, *in* Assemblée nationale, *Compte rendu intégral*, *Op. cit.* [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2015-2016/20160110.asp#P708238>].

prévue par l'article 11 de la DDHC de 1789⁴⁷, il n'a pas pour autant libéré les modalités d'adoption des lois en permettant un partage du pouvoir législatif entre des citoyens consultés et le Parlement. Donc, de ce point de vue-là, il y a bien un problème juridique de plus haute importance avec cette démocratie numérique. Dans ce contexte, il convient de se demander, avec Jordane Arlettaz, si la révolution numérique est vraiment une révolution démocratique⁴⁸ dans la mesure où elle semble aller à l'encontre de la démocratie constitutionnelle au sens de la démocratie régulée par la Constitution de l'État-nation⁴⁹, et ce d'autant que l'analyse algorithmique que permettent les nouvelles technologies pose d'autres problèmes juridiques d'ailleurs soulevés par le pouvoir réglementaire⁵⁰ qui permet à chaque individu, objet d'une décision prise sur des considérations algorithmiques, de pouvoir demander des comptes à l'autorité dont émane ladite décision. On se souvient que la loi Lemaire n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel, ce qui n'a pas permis d'apprécier nombre de points problématiques de celle-ci, dont le traitement algorithmique d'une demande individuelle adressée à l'administration. Le Conseil a, cependant, pu, quoiqu'après coup, se prononcer sur ce nouveau mode informatique de prise de décisions publiques à l'occasion de l'examen de la loi relative à la protection des données personnelles et l'a complètement validé après avoir constaté que toutes les garanties ont été prises par le législateur pour pallier les dérives d'un tel traitement algorithmique⁵¹

Pour illustrer cette forme de méfiance que peut susciter et que suscite véritablement la démocratie qualifiée de numérique, des exemples concrets sont particulièrement frappants. Ainsi, dans une consultation en ligne lancée par le mouvement politique *La République en marche* (LREM) en janvier 2018, on peut y lire en préambule : « Après la réforme du dialogue social et du Code du travail, le Gouvernement a lancé le deuxième grand chantier de la transformation de notre modèle social : la réforme de la formation professionnelle et de l'apprentissage. À travers cette consultation, nous vous proposons d'enrichir le travail du Gouvernement et les débats parlementaires sur le projet de loi qui sera présenté au printemps 2018. Les résultats seront remis au Gouvernement et aux groupes LaREM au Parlement. » Si cette assertion est sincère, au sens où il ne relèverait pas d'un mensonge politique visant à tromper l'opinion, le constituant ne devrait-il

⁴⁷ V. C.C., 10 juin 2009, déc. 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 12.

⁴⁸ J. ARLETTAZ, « La révolution numérique est-elle une révolution démocratique ? », in *La démocratie en un clic ? Op. cit.*, pp. 33 s.

⁴⁹ Sur ce point, v. G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Trad. I.AUBERT, Classiques Garnier, Coll. : « Bibliothèque de la pensée juridique », Paris, juillet 2016, 326 p.

⁵⁰ V. Décret n° 2017-330 du 14 mars 2017 relatif aux droits des personnes faisant l'objet de décisions individuelles prises sur le fondement d'un traitement algorithmique.

⁵¹ V. C.C., 12 juin 2018, déc. 2018-765 DC, *Loi relative à la protection des données personnelles*, §§. 65-72.

pas se prononcer sur ce nouveau mode de fonctionnement de la démocratie ?

Néanmoins, ce mécanisme consultatif n'est pas une surprise compte tenu de l'intention du Président de la République, Emmanuel Macron, avant son élection. En effet, celui-ci affirmait : « je crois dans un nouveau partage démocratique. [...] Ce nouveau partage démocratique doit donner les moyens d'agir à tous ceux qui sont les mieux placés pour le faire »⁵². Dans le même esprit, il a ajouté : « L'idée que je me fais de la démocratie, ce ne sont pas des citoyens passifs qui délèguent à leurs responsables politiques la gestion de la nation. Une démocratie saine et moderne, c'est un régime composé de citoyens actifs, qui prennent leur part dans la transformation du pays »⁵³. L'auteur conclut : « Les citoyens eux-mêmes doivent désormais être considérés davantage comme des acteurs des politiques publiques que comme des administrés »⁵⁴. Cette conclusion est à rapprocher d'un constat similaire qu'avait dressé, quatre ans plus tôt, l'un des plus éminents conseillers d'Emmanuel Macron, Jean-Paul Delevoye : « on ne cherche pas à associer les citoyens à la réflexion sur un investissement, à l'élaboration d'une réforme, mais à leur vendre le 'produit' dont presque toutes les caractéristiques sont déjà fixées »⁵⁵. Ces déclarations politiques vont se concrétiser après l'élection d'Emmanuel Macron comme Président de la République.

En effet, dans une intervention vidéographique datant du 3 novembre 2017, le président de l'Assemblée nationale, François de Rugy, dans le cadre de la réforme de cette chambre du Parlement lancée par lui-même le 20 septembre 2017, évoque « une Assemblée nationale connectée, c'est-à-dire [même si] bien sûr l'Assemblée a un site internet, mais il faut que, demain, les citoyens, organisés ou individuellement, puissent intervenir dans le processus de fabrication de la loi ». Sur ce point, il convient de faire un parallèle avec les propos de Jean Foyer qui dénonçait une tendance à vouloir « couper les ongles du législateur »⁵⁶ bien que ce constat soit à prendre avec nuance et distance. Cette tendance ne faiblit pas, bien au contraire, tel que nous le montrent encore deux propositions de loi des sénateurs Joël Labbé et Henri Cabanel⁵⁷ qui veulent mettre en place, par la loi, « Une plateforme

⁵² E. MACRON, *Révolution. Op. cit.*, p. 259.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 260.

⁵⁵ J.-P. DELEVOYE, *Reprenons-nous !*, Tallandier, janvier 2012, p. 95.

⁵⁶ J. FOYER, « Pour la suppression du Conseil constitutionnel », *La Revue administrative*, 51^e année, n° 301, janvier-février 1998, (pp. 97-101), p. 97.

⁵⁷ M.-P. BOURGEOIS, « Deux propositions de loi en faveur d'un vrai statut de l'élu », *La Gazette des communes*, 7 février 2018

[<http://www.lagazettedescommunes.com/548678/deux-propositions-de-loi-en-faveur-dun-vrai-statut-de-lelu/>].

Consulter également : [<https://parlement-et-citoyens.fr/project/statut-de-l-elu-droits-et-devoirs/step/propositions-de-loi>] et [www.joellabbe.fr].

numérique pour enrichir la loi»⁵⁸ en tant qu'«outil pour relancer le dialogue entre élus et citoyens»⁵⁹. Les auteurs de ces textes veulent, en effet, «utiliser l'outil numérique pour permettre à tous de participer à la fabrique de la loi»⁶⁰, car ils considèrent que «Finalement les élus ne sont que des citoyens avec des mandats»⁶¹ et que «La consultation qui commence aujourd'hui va donc permettre à tous les Français de se prononcer sur les propositions de lois»⁶². Pour certains élus, c'est ainsi que l'on permettra «une relève démocratique». Pourtant, la seule consultation citoyenne prévue par la Constitution est celle du référendum dit d'initiative partagée de son article 11 dont l'imposant encadrement empêche quasiment tout aboutissement concret en dehors de la volonté du Parlement.

Cette ambiguïté face aux nouvelles formes de l'exercice démocratique n'est pourtant pas ignoré. Jean-Paul Delevoe, vantant un système fonctionnant en concorde avec la volonté des citoyens par la voie délibérative, affirme : «Cette tâche de la délibération ne sera-t-elle pas celle du Parlement? Certes, l'Assemblée et le Sénat sont des instances de délibération, mais ils sont en même temps des lieux où s'exerce le pouvoir, *dans les termes fixés par la Constitution*»⁶³. L'auteur ajoute :

«Cette réappropriation de l'avenir dépasse nécessairement le cadre de la représentation parlementaire. Elle doit s'opérer en deçà de celle-ci, et c'est autour d'elle que se positionnent, et peut-être se redistribueront ensuite les forces politiques»⁶⁴.

Ce constat politique, s'il apparaît juste, implique nécessairement une réforme constitutionnelle en vue de redistribuer l'exercice démocratique du pouvoir en bonne et due forme, car, pour l'instant, les prouesses que permettent les nouvelles technologies, aussi nobles qu'elles puissent paraître pour la vie démocratique, ne sont pas encadrées par la Constitution de l'État-nation qu'est la France. Tout est en train de se faire de manière assez pernicieuse dans le dos du constituant, ce qui pose un problème juridique de taille.

2) Une mutation concurrençant en définitive la légitimité du Conseil constitutionnel

L'on a évoqué plus haut les statistiques qui témoignent de la belle performance participative des citoyens dans la production normative à travers le cas particulier de la loi pour une République numérique, grâce aux moyens que permettent les

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ J.-P. DELEVOYE, *Op. cit.*, pp. 170-171.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 171-172.

nouvelles technologies. Mais cette performance pose également quelques problèmes juridiques non indéniables au regard de la légitimité, voire de l'existence même, du juge constitutionnel.

Dans la mesure où les personnes ayant contribué à la production des normes ne représentent en rien le peuple français de par leur nombre limité et du fait qu'ils n'ont pas été constitutionnellement habilités à produire ces normes conduit à une réflexion, cette fois au regard du juge constitutionnel, sur l'article 3 de la Constitution qui pose quatre principes clés. D'abord, la souveraineté nationale qui appartient au « peuple » via un exercice direct ou par le biais de ses représentants. Ensuite, le principe selon lequel aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale. En troisième lieu, le principe selon lequel le suffrage, qu'il soit direct ou indirect, qui s'exprime dans les conditions posées par la Constitution. Et, enfin, le fait que, sauf exception du privilège accordé aux ressortissants de l'Union européenne, ne sont considérés comme électeurs que des nationaux français majeurs jouissant de leurs droits civils et politiques, alors que tout le monde, Français ou pas, pouvait contribuer, voter et participer à la rédaction de la loi Lemaire.

Si l'on s'en tient à ces quatre principes, on observe que le processus participatif de la production de la loi Lemaire a opéré un partage du pouvoir législatif du Parlement avec une fraction du peuple français, et même non français d'une proportion non évaluée, dont l'habilitation n'est nullement prévue par la Constitution. Alors, dans ce contexte, pourquoi le juge constitutionnel ne pourrait pas annuler les dispositions de cette loi qui n'ont été élaborées que par une fraction clandestine du peuple français? Il s'agit là d'un problème juridique non négligeable au regard de la crédibilité même du Conseil constitutionnel. Et la réponse à cette interrogation n'est pas simple. Pour aborder celle-ci, il convient peut-être de se tourner vers la philosophie du droit, qui a une plus grande latitude dans ses analyses conceptuelles, et la construction réflexive des phénomènes sociaux. À ce titre, Gunther Teubner avance une réflexion qui, non sans risque et péril, peut être exploitée dans une analyse juridique. Pour celui-ci, en effet, un constitutionnalisme nouveau, une forme de constitution sociale, émerge à côté du constitutionnalisme classique des États-nations en général symbolisé et formalisé dans un document écrit et donc contraint au regard du concept du positivisme juridique. Dans ces conditions, la légitimité du Conseil constitutionnel est ébranlée par le fait même que la loi Lemaire a tellement fait consensus qu'elle ne lui a même pas été déférée. Pourtant, compte tenu des problèmes juridiques ci-dessus soulevés par le processus de production et par l'esprit même de cette loi, on aurait pu légitimement croire que l'opposition daignerait saisir le Conseil constitutionnel. Ainsi, le Conseil constitutionnel, qui est lui-même attendri par la participation du public à la prise de décisions, ce même public, on l'a vu, qui lui donne tant le sentiment que son

pouvoir est plus largement reconnu, n'a pas pu se prononcer sur cette forme de démocratie numérique *déviant* par rapport à la Constitution qu'il doit pourtant protéger.

Cependant, au-delà du seul cas du Conseil constitutionnel, il convient de faire état d'un autre phénomène que permettent les nouvelles technologies, celui de la mise sous contrôle de l'activité juridictionnelle dans son ensemble. On reviendra sur ce point après avoir évoqué une voie vers une solution au problème qui vient d'en être soulevé.

3) Vers une solution au problème ?

En effet, il semble que le problème constitutionnel posé par la démocratie dite numérique grâce aux nouvelles technologies n'est pas totalement ignoré, du moins par certains acteurs de la vie politique et de ce qu'on appelle la société civile. Dans un rapport datant de décembre 2017⁶⁵, un groupe de travail de l'Assemblée nationale a, en effet, dans sa toute première proposition de réforme, manifesté le souhait de voir inscrit dans la Constitution « un principe constitutionnel de participation citoyenne⁶⁶ ». Le rapport a conclu que « Les auditions menées par le groupe de travail ont montré que les citoyens n'entendaient pas limiter leur participation à la vie publique et aux décisions les concernant à l'élection de leurs représentants et aspirent désormais à un exercice démocratique continu⁶⁷ ». En effet, ce nouveau rapport entre citoyens et décisions publiques au sens le plus large s'inscrit dans le cadre d'« une démocratie réelle et continue⁶⁸ » qui « ne peut se penser sans un dialogue effectif entre les citoyens et leurs représentants⁶⁹ ». Ainsi, l'on peut constater que le concept de « démocratie continue » qu'a développé Dominique Rousseau⁷⁰ ou celui de « démocratie inachevée » de Pierre Rosanvallon⁷¹ sont sur le point de recevoir une mise en application dans le cadre juridique. Cette proposition, si elle viendrait à être concrétisée dans la réforme constitutionnelle qui s'annonce, ne sera qu'une application de l'autre volet de l'article 3 de la Constitution qui permet également l'exercice de la souveraineté par le peuple constituant l'État. Malgré les doutes, la proposition semble être en voie de concrétisation. En effet, il ressort de l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle en cours de discussion, quelques

⁶⁵ Assemblée nationale, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022*, Première conférence des réformes, Propositions des groupes de travail, décembre 2017

[<http://www2.assemblee-nationale.fr/qui/pour-une-nouvelle-assemblee-nationale-les-rendez-vous-des-reformes-2017-2022/democratie-numerique>].

⁶⁶ *Ibidem*, p. 298.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*, p. 299.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, LGDJ-Bruylant, Coll. : « La pensée juridique moderne », 1995, 165 p.

⁷¹ P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, septembre 2000, 456 p.

signes encourageants. Il y est déclaré : « Cette aspiration démocratique très forte s'est conjuguée avec une évolution aussi rapide que puissante de notre société. Nous pouvons compter sur des modes d'engagement citoyen inédits grâce au développement sans précédent de technologies de l'information et de la connaissance, qui sont également le vecteur d'une accélération considérable du temps politique. »⁷² En outre, l'article 14 du projet de loi constitutionnelle prévoit de modifier en profondeur le titre XI de la Constitution en créant une *Chambre de la société civile* qui se substituerait au Conseil économique, social et environnemental et dont l'une des missions principales serait d'examiner des pétitions citoyennes visant notamment à inciter les pouvoirs publics, le Parlement et le gouvernement, à l'action⁷³. Une fois que, on l'espère, ce problème juridique majeur de la démocratie numérique née des nouvelles technologies aura été résolu, bien que d'autres problèmes sous-jacents puissent inévitablement faire surface, l'on pourra plus sereinement discuter de cette démocratie numérique du point de vue juridique.

Mais il faut se garder d'un optimisme trop grand quant à cette perspective de la réforme constitutionnelle qui s'annonce. En effet, comme l'a fait remarquer Anne-Marie Le Pourhiet⁷⁴, pour l'instant, il n'existe rien de précis sur le contenu de cette réforme, compte tenu notamment de la marge de manœuvre plus ou moins réduite dont dispose le Président de la République. Il se pourrait qu'en définitive, comme l'on a pu constater dans la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, les nécessaires concessions à venir, à partir d'avril 2018, fassent vaciller bien des ambitions du Président Macron. Cela étant, là encore, il y a de quoi être optimiste compte tenu des déclarations de certains groupes d'opposition, notamment au Sénat, qui évoquent une main tendue au gouvernement en vue de faire avancer la réforme⁷⁵.

Enfin, comme déjà annoncé, il convient à présent de mettre en exergue les « bienfaits » des nouvelles technologies, pas seulement au niveau politique⁷⁶, mais plutôt en matière juridictionnelle, à

⁷² Exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace n° 911, AN, 19 mai 2018, p. 3 [<http://www.assemblee-nationale.fr/15/projets/pl0911.asp>]. V. aussi pp. 11 et 12 de ce texte.

⁷³ *Ibid.*, pp. 20-21.

⁷⁴ A.-M. LE POURHIET, « Quels scénarii envisager pour réformer la Constitution ? », Blog du Club des juristes, 9 mars 2018 [<http://www.leclubdesjuristes.com/scenarii-envisager-reformer-constitution/>].

⁷⁵ Sur ce point, v. B. RETAILLEAU et H. MARSEILLE, « Réforme constitutionnelle : « Le Sénat tend la main. Puisse le gouvernement la saisir sans chercher à nous tordre le bras », *Le Monde*, 18 juin 2018 [https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/06/18/reforme-constitutionnelle-les-francais-ont-droit-a-la-verite_5316854_3232.html].

⁷⁶ Sur ce point, v. A. VIDAL-NAQUET, « La transformation de l'écriture de la loi : l'exemple de la loi sur la République numérique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, octobre 2017, n° 57, pp. 59 s. L'auteure met l'accent en particulier sur l'immédiateté de la discussion et du vote citoyen dans le nouveau processus de fabrication de la loi, ce qui supprime l'éloignement géographique, les contraintes matérielles, spatiales, temporelles dans l'organisation du vote. Cette analyse renvoie, en définitive, à la question du vote électronique auquel tous les gouvernements, jusqu'à

condition, toutefois, de toujours veiller à en faire le meilleur usage possible afin de tenter une extinction des inquiétudes qu'elles génèrent.

C) L'inquiétante contribution des nouvelles technologies à la transparence de l'activité juridictionnelle

Les nouvelles technologies contribuent à la transparence de l'activité juridictionnelle, notamment par le biais de l'analyse algorithmique des décisions de justice (1), bien que cette justice dite prédictive soit critiquée. Elle est en effet critiquée parce qu'elle fait trembler certains magistrats dont les décisions individuelles sont désormais scrutées à la loupe, si bien qu'ils ne souhaitent plus désormais que leurs noms soient affichés dans le corps des décisions de justice qu'ils rendent (2).

1) L'analyse algorithmique des décisions des tribunaux

D'emblée, la question se pose de savoir comment un tel outil technologique peut permettre une meilleure impartialité des magistrats dans leurs fonctions juridictionnelles ?

Tout d'abord, la connaissance des résultats qu'il produit par le juge conduit nécessairement ce dernier à davantage se vouer à une analyse proprement juridique qui soit visible et vérifiable qu'une analyse dogmatique ou idéologique dans les décisions qu'il rend. Ensuite, et c'est là le point le plus important, le mécanisme attire d'autant plus l'attention des magistrats que les noms de ces derniers sont publiés par des commentateurs des résultats des analyses algorithmiques de leurs décisions, comme le montre le tableau ci-dessous issu d'une publication sur la plateforme *Medium France*⁷⁷ en avril 2016⁷⁸.

présent, semblent être plus que réticents. Mais il convient de noter que tant que ce nouveau mode de procéder dans l'élaboration de la loi n'aura pas été constitutionnalisé, aussi démocratique et citoyenne qu'il puisse paraître, il demeurera clandestin du point de vue juridique.

⁷⁷ *Medium France* est la version française de la plateforme de blogs *Medium* créée en 2012 par les fondateurs de Twitter et Blogger, EVAN WILLIAMS et BIZ STONE, dont le siège social se trouve à San Francisco et dont l'objectif est de diffuser le contenu de blogs en manque de visibilité et de lectorat. Selon A. C. MADRIGAL (« What is Medium ? », *The Atlantic Daily*, 23 août 2013), Evan Williams a annoncé que Medium est « une nouvelle plateforme sur internet où les gens partagent des idées et des histoires d'un volume plus important que 140 caractères et qui ne sont pas destinées qu'à des amis ».

⁷⁸ « L'impartialité de certains juges mise à mal par l'intelligence artificielle », *Medium France*, avril 2016. Cet article est aussi consultable sur *Village de la justice* où il a été publié en mars 2016 par M. BENESTY.

Chambre présidée par...	CAA	% 2012	% 2013	% 2014	% 2015	Nombre de décisions [2012-2015]
Guerrive	Marseille	78%	47%	43%	60%	455
Cherrier	Marseille	NA	NA	67%	63%	233
Krulic	Paris	NA	NA	60%	73%	199
Tandonnet Turot	Paris	90%	97%	98%	100%	228
Pellissier	Nancy	NA	93%	92%	96%	302
Mortellecq	Douai	92%	92%	92%	0%	419

Sélection des 3 juges ayant le taux de rejet le plus haut ou le plus bas parmi les 20% de juges administratifs d'appel qui émettent le plus de décisions relatives à l'OQTF [source : medium France].

Ainsi, si l'on suit ce tableau, en 2012, la chambre de la Cour administrative d'appel (CAA) de Douai présidée par le juge Mortellecq a rendu le plus grand nombre de décisions de rejet en matière d'obligation de quitter le territoire français (OQTF), soit 92%, par rapport à d'autres chambres d'autres Cours administratives d'appel présidées par d'autres magistrats. En 2013, 2014 et 2015, on constate la même chose pour la chambre présidée par le juge Tandonnet Turot à la CAA de Paris, soit respectivement 97%, 98% et 100% de décisions de rejet en matière d'OQTF. On pourrait conclure que ces chiffres ne signifient rien sur le fond au regard des magistrats ayant rendu les décisions analysées. Peut-être. Mais il serait étonnant que le juge Tandonnet Turot et les autres membres de la chambre qu'il préside, pourvu que ce tableau ait été porté à leur connaissance, ne se soient pas sentis interpellés par l'analyse qui en est faite. Pour autant, cette grille d'analyse pourra-t-elle faire changer d'orientation ou, du moins, de méthode aux juges mis en exergue dans les décisions que leurs chambres rendent? Difficile à dire. Cependant, une chose est sûre, comme dirait Guy Carcassonne, quand le citoyen sait, il parle, ronronne et interpelle celles et ceux qui prétendent agir en son nom⁷⁹, et cela n'est, à terme, pas sans effet sur le comportement des acteurs, même d'un point de vue purement symbolique. De ce point de vue-là, l'analyse algorithmique des décisions de justice ébranle les magistrats en interpellant leur éthique professionnelle de juriste devant décider de manière objective, indépendante et impartiale.

D'ailleurs, conscients du rôle non négligeable des nouvelles technologies, à travers cette justice prédictive exposée par des analyses algorithmiques, sur leurs activités, certains magistrats sont farouchement opposés au maintien de leur identité dans les textes des décisions qu'ils rendent.

⁷⁹ Propos de Guy Carcassonne, volontairement paraphrasés ici, lors du colloque du GEVIPAR à l'Assemblée nationale (8 décembre 2011) portant sur la reconnaissance d'un véritable statut de l'opposition parlementaire par le constituant de 2008 à l'article 51-1 de la Constitution. L'auteur parlait de l'opposition parlementaire qui, du fait de sa reconnaissance explicite par le constituant de 2008, pouvait davantage accéder aux informations relatives au budget, ce qui lui permet, du moins, de « savoir » et de « dire » (entendre par-là *dénoncer*) ce qui va mal.

2) *La problématique de l'affichage du nom des magistrats dans les décisions de justice*

« Le retrait du nom des professionnels de la justice : une question qui fâche »⁸⁰, c'est ainsi que Marine Babonneau et Thomas Coustet ont introduit le sentiment de magistrats, tant civilistes qu'administrativistes, quoi que nettement plus prononcé du côté du juge administratif, face à la montée en puissance des analyses algorithmiques des décisions de justice soumises à la publication et à la publicité à l'ère des informations de masse ou mégadonnées (ou *Big data*)⁸¹.

Cette réticence, et c'est un euphémisme, de certains magistrats, et même d'avocats, vis-à-vis de la justice prédictive issue d'analyses algorithmiques a été particulièrement mis en lumière par le rapport Cardiet⁸² remis à la Garde des sceaux le 9 janvier 2018.

Face à ce phénomène de justice *algorithmée*, deux groupes de professionnels de la justice s'affrontent. D'un côté, il y a ceux qui se prononcent pour la publication de l'identité des magistrats (et avocats et greffiers) concernés, et de l'autre, ceux qui sont contre. On retrouve, pour ceux en faveur de la publicité des décisions de justice avec l'identité des professionnels qui ont contribué à leur rendu (magistrats, avocats, greffiers), le Premier Président de la Cour de cassation, la Conférence nationale des premiers présidents de cours d'appel et le Conseil national des barreaux. S'agissant de ceux en défaveur de l'identité de ces professionnels dans les décisions de justice rendues publiques, on dénombre, sans surprise, le Vice-Président du Conseil d'État prétendant s'exprimer au nom de l'ensemble de la juridiction administrative, la Conférence nationale des procureurs généraux près les cours d'appel et la Conférence nationale des procureurs de la République⁸³. En résumé, ceux qui sont contre la pratique de publicité des noms des professionnels de la justice et donc qui se prononcent contre la transparence du rendu de celle-ci sont ceux qui se sentent davantage au service de l'État, au sens premier du terme, c'est-à-dire en tant que simples fonctionnaires exécutant les ordres au détriment du droit, et non au service de la justice objective, indépendante et impartiale⁸⁴. À ce propos, l'un des arguments du camp du maintien de l'identité des professionnels est justement fondé sur l'article 15 de la DDHC de 1789 qui précise que « La société a le droit de demander compte à tout

⁸⁰ M. BABONNEAU et T. COUSTET, « Open data des décisions de justice : le casse-tête judiciaire du 21e siècle », *Dalloz Actualités*, janvier 2018 [https://www.dalloz-actualite.fr/flash/open-data-des-decisions-de-justice-casse-tete-judiciaire-du-21e-siecle#.Wp_DuOciGM_].

⁸¹ Pour le résumé des positions de ces organismes, v. L. CADIEF (pdt), *L'open data des décisions de justice*, *Op. cit.*, p. 46.

⁸² *Ibidem*, pp. 43-52.

⁸³ *Ibid.*, pp. 48-49.

⁸⁴ À ce titre, on aurait pu croire qu'ils dissimuleraient davantage leur position pour éviter cette critique légitime de leur position de fonctionnaires aux ordres et non au service du droit et de la justice, mais cette préoccupation ne paraît décidément pas être judiciaire à leurs yeux.

agent public de son administration», ce qui implique que les autorités chargées de prendre une décision que celle-ci soit de nature juridictionnelle, politique ou administrative, doivent nécessairement pouvoir être identifiée ; c'est d'ailleurs sur ce principe même que reposent les recours gracieux et hiérarchiques particulièrement développés en droit administratif avant l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir⁸⁵. Cet argument est donc juridique et qui plus est de nature constitutionnelle. Cependant, dans le camp d'en face, les arguments, loin d'être fondés du point de vue juridique, se résument au fait que l'identité des professionnels de la justice dans les décisions aura pour conséquence de « faciliter les mises en cause, voire les attaques personnelles à l'encontre de magistrats par des justiciables insatisfaits et faire courir un risque en termes de sécurité personnelle »⁸⁶. Il semble être ignoré que la justice non idéologique et fondée en droit n'est contestée que devant les autorités détentrices du pouvoir normatif (constituant, législateur et pouvoir réglementaire). Et c'est là d'ailleurs tout le rôle pédagogique des conseils (avocats), y compris ceux dont le client vient d'être condamné à vingt ans de réclusion criminelle, lesquels ne peuvent qu'accompagner le justiciable dans l'exécution d'une décision de justice qui lui est défavorable mais fondée en droit et rendue dans les formes.

Le retrait des noms des professionnels de la justice, notamment des magistrats et des avocats⁸⁷ n'est pas souhaitable, car celui-ci aurait pour effet néfaste de tuer dans l'œuf les avancées démocratiques des algorithmes qui permettent à chacun de se faire une idée de la manière dont les décisions de justice sont rendues et le degré de transparence, d'indépendance, d'impartialité et d'objectivité de l'analyse juridique qui en est produite.

Les nouvelles technologies, en définitive, posent la question de l'éthique des métiers du droit dans une société démocratique, notamment au regard des justiciables. C'est dans ce contexte, par exemple, qu'a été élaborée une charte éthique du marché du droit⁸⁸ avec une attention accrue pour l'intérêt du justiciable qui se trouve désormais reconsidéré comme étant l'acteur principal du droit. Cette charge renvoie à ce que Dominique Rousseau qualifie d'« éthique de jugement »⁸⁹ qu'il appelle de ses vœux dans tous les tribunaux, laquelle, selon lui, se décline en quatre règles :

⁸⁵ Sur ce point, v. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Coll. : « Droit public », 13^e édition, Mars 2008, p. 226, n° 249 : « **B. – L'appréciation de la légalité de la décision à la date de son édicton.** – Il y a là une conséquence logique du fait que c'est à la décision que le procès est fait. Pour déterminer son sort, on doit la prendre en considération telle qu'elle a été édictée. C'est donc en fonction de la situation de fait existant et des règles juridiques applicables à la date de son édicton (c'est-à-dire, de sa signature) que sa légalité doit être appréciée ».

⁸⁶ L. CADIET (pdt), *Op. cit.*, p. 49.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 44 s.

⁸⁸ *Charte éthique pour un marché du droit et ses acteurs.*
[<https://www.charteethique.legal/charte-ethique>].

⁸⁹ D. ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie*, *Op. cit.*, pp. 193-195.

motivation des jugements, principe du contradictoire, publicité des débats judiciaires et collégialité pour le rendu des jugements. Ainsi, les magistrats devront, quoi qu'il en soit, d'une manière ou d'une autre, se soumettre à cette éthique dans l'interprétation et l'application du droit et dans le rendu de la justice en respectant scrupuleusement la procédure prévue et les droits des parties. Mais la solution ne peut être de se cacher pour rendre justice ; au contraire, il convient de s'affirmer en tant que magistrat rendant une justice assumée de manière impartiale et indépendante en vue d'attirer la confiance des justiciables dans leur appareil juridictionnel.

Enfin, il n'est pas ignoré que les analyses algorithmiques peuvent présenter des difficultés qu'il convient de maîtriser⁹⁰, mais elles ne doivent certainement pas être un prétexte pour des décideurs publics de se cacher derrière des décisions anonymes. De ce point de vue, les algorithmes que permettent les nouvelles technologies se présentent comme étant au service du droit, du bon fonctionnement de la justice et de la bonne gouvernance des systèmes démocratiques en général que le contraire.

Dans ce contexte, il ne faut pas craindre ces nouveaux outils, il convient, au contraire, de s'en imprégner au service de la démocratie. Dans le domaine juridique, les algorithmes des décisions de justice ne sont pas la seule problématique. La pratique des professionnels du droit est également affectée. Il convient donc de s'adapter au lieu de se méfier ou rejeter en bloc l'outil informatique⁹¹.

CONCLUSION

Si « toute démocratie suppose une participation »⁹², celle-ci est conditionnée par les normes juridiques qui l'encadrent, elle ne se fait pas n'importe comment. Ainsi, la Constitution française encadre précisément la manière dont il convient de consulter le peuple afin qu'il participe à la fabrication des normes qui le concernent et qui encadrent son action. Dans ce contexte, la participation du peuple *tout-un-chacun* à la production des normes que permet les nouvelles technologies paraît clandestine par rapport aux textes constitutionnels, au sens où cette participation peut être vue, ainsi que l'a souligné Jordane Arlettaz, comme une technique référendaire déguisée, voire *plébiscitaire*, sans en respecter le cadre juridique constitutionnel défini. Par conséquent, si le juge constitutionnel laisse faire pour des raisons politiques, il

⁹⁰ Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), *Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle. Synthèse du débat public animé par la CNIL dans le cadre de la mission de réflexion éthique confiée par la loi pour une république numérique*, présenté par Isabelle Falque-Pierrotin, décembre 2017.

⁹¹ V., par exemple, sur la question de la robotisation des contrats (forme, rédaction, clauses, etc.), A. MOREAUX, « Les Legaltechs en plein essor », *Affiches parisiennes*, 22 décembre 2017 [<http://www.affiches-parisiennes.com/les-legaltechs-en-plein-essor-7623.html>].

⁹² J.-PH. DEROSIER, *Op. cit.*, p. 114.

laisse dans le même temps délité les principes constitutionnels dont il a pourtant la garde. Dans ce contexte précis, il faut bien reconnaître, avec Gunther Teubner, que les normes constitutionnelles classiques des États-nation sont dépassées, qu'une nouvelle forme constitutionnelle émerge et qu'il convient de la codifier pour éviter l'anarchie ou la monocratie.

En effet, le cadre juridique actuel ne convient plus. Si le Conseil constitutionnel a pu fonder la liberté d'accès à internet qui est une garantie de la libre communication des pensées et des opinions sur l'article 11 de la DDHC de 1789⁹³ qui dispose que « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi », il n'érige pas pour autant cet outil en un mécanisme de substitution des modalités constitutionnelles prévues pour la fabrication des normes juridiques. Il est vrai que certains voient, à travers et dans la logique de cette décision du Conseil, internet comme un « espace de réalisation des libertés fondamentales »⁹⁴, un outil prenant « appui sur les principes constitutionnels »⁹⁵, ou encore, s'agissant du mode d'administration de cet outil par l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), comme un « pouvoir quasi constituant »⁹⁶. Mais le problème est que ce pouvoir de plus en plus constituant de l'outil informatique dépasse « largement le cadre limité des États-nation »⁹⁷, ce qui a conduit Gunther Teubner à y voir une constitution parallèle par rapport à celle des États-nation qui pose un problème juridique tant sur le fond que sur la forme au regard des régimes constitutionnels classiques. En effet, « la Constitution réserve aux seuls acteurs de la démocratie représentative le choix discrétionnaire de la consultation populaire »⁹⁸. Or, la loi Lemaire semble ouvrir le champ régi par la Constitution de 1958 en permettant à une fraction du peuple de prendre le pouvoir au détriment des acteurs de la démocratie représentative.

Enfin, précisons une fois de plus que la question dans cette analyse assez critique de la démocratie qualifiée de numérique

⁹³ C.C., 10 juin 2009, déc. 2009-580 DC, *Op. cit.*, cons. 12 : « Considérant qu'aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : " La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi " ; qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services ».

⁹⁴ I. FALQUE-PIERROTIN, « La Constitution et l'Internet », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 36 (Dossier : La liberté d'expression et de communication), juin 2012.

⁹⁵ D. ROUSSEAU, « Propos introductifs », in *La démocratie en un clic ? Op. cit.*

⁹⁶ J. ARLETTAZ, « La révolution numérique est-elle une révolution démocratique ? », *Op. cit.*, p. 42.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 40.

⁹⁸ *Ibidem*.

n'est pas de savoir si elle est une bonne chose ou pas au regard de la participation du plus grand nombre à la fabrication des normes juridiques, elle revêt incontestablement des éléments positifs pour le fonctionnement d'un État démocratique ; elle est plutôt de savoir si l'on n'est pas en train de détricoter le pouvoir constituant classique au profit d'un « constitutionnalisme sociétal »⁹⁹, un constitutionnalisme informatique ou digital dépourvu de tout cadre juridique précis, parallèle à celui des États-nation, et qui se trouve immaîtrisable du fait de son caractère non écrit et donc imprévisible.

⁹⁹ Gunther Teubner, *Op. cit.*

BIBLIOGRAPHIE

Livres

- ARISTOTE, *Politiques*, Livre III, Trad. J. AUBONNET, Les Belles Lettres, 1991.
- J. ARLETTAZ et O. LE BOT (dir.), *La démocratie en un clic ? Réflexions autour de la notion d'e-démocratie*, L'Harmattan, 2010.
- D. BARANGER, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Gallimard, Coll. : « L'Esprit de la cité », Janvier 2018.
- R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Coll. : « Droit public », 13^e édition, Mars 2008.
- J.-L. DEBRE, *Ce que je ne pouvais pas dire*, Robert Laffont, avril 2016.
- A. DELCAMP, A.-M. LE POURRHET, B. MATHIEU et D. ROUSSEAU (dir.), *Nouvelles questions sociales sur la démocratie*, Dalloz, Coll. : « Thèmes et commentaires », octobre 2010.
- J.-P. DELEVOYE, *Reprenons-nous !*, Tallandier, janvier 2012.
- A. V. DICEY, *Leçons sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre au cours du dix-neuvième siècle*, Trad. Gaston Jèze, Paris, V. Giard et E. Brière, 1906.
- E. MACRON, *Révolution. C'est notre combat pour la France*, XO Editions, novembre 2016.
- P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, septembre 2000.
- D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, LGDJ-Bruylant, Coll. : « La pensée juridique moderne », 1995.
- D. ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Seuil, avril 2015.
- A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015.
- G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Trad. Isabelle Aubert, Classiques Garnier, Coll. : « Bibliothèque de la pensée juridique », Paris, juillet 2016.

Articles, contributions, conférences, presse (papier et électronique)

- J. ATTALI, « En finir avec le paritarisme », *Blog « Conversation avec Jacques Attali »*, *L'Express*, 5 mars 2018 [<http://blogs.lexpress.fr/attali/2018/03/05/en-finir-avec-le-paritarisme/>] (consulté le 7 mars 2018).
- M. BABONNEAU et T. COUSTET, « Open data des décisions de justice : le casse-tête judiciaire du 21^e siècle », *Dalloz Actualités*, janvier 2018 [https://www.dalloz-actualite.fr/flash/open-data-des-decisions-de-justice-casse-tete-judiciaire-du-21e-siecle#.Wp_DuOciGM_] (consulté le 8 mars 2018).
- M. BENESTY, « L'impartialité de certains juges mise à mal par l'intelligence artificielle », *Village de la justice*, 24 mars 2016 [<https://www.village-justice.com/articles/impartialite-certains-juges-mise,21760.html>] (consulté le 11 mars 2018).
- M.-P. BOURGEOIS, « Deux propositions de loi en faveur d'un vrai statut de l'élu », *La Gazette des communes*, 7 février 2018 [<http://www.lagazettedescommunes.com/548678/deux-propositions-de-loi-en-faveur-dun-vrai-statut-de-lelu/>] (consulté le 20 février 2018).

B. RETAILLEAU et H. MARSEILLE, « Réforme constitutionnelle : « Le Sénat tend la main. Puisse le gouvernement la saisir sans chercher à nous tordre le bras », *Le Monde*, 18 juin 2018 [https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/06/18/reforme-constitutionnelle-les-francais-ont-droit-a-la-verite_5316854_3232.html] (consulté le 19 juin 2018).

B. DONDERO, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *Recueil Dalloz*, 2017.

I. FALQUE-PIERROTIN, « La Constitution et l'Internet », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 36 (Dossier : La liberté d'expression et de communication), juin 2012.

J. FOYER, « Pour la suppression du Conseil constitutionnel », *La Revue administrative*, 51^e année, n° 301, janvier-février 1998.

B. JOUVENOT, « Les algorithmes gouvernent, l'Etat est sans gouvernail », *LinkedIn*, 15 janvier 2018 [https://www.linkedin.com/pulse/les-algorithmes-gouvernent-letat-est-sans-gouvernail-jouvenot/] (consulté le 1^{er} mars 2018).

A.-M. LE POURHIET, « Quels scénarii envisager pour réformer la Constitution ? », *Blog du Club des juristes*, 9 mars 2018 [http://www.leclubdesjuristes.com/scenarii-envisager-reformer-constitution/] (consulté le 11 mars 2018).

A. C. MADRIGAL, « What is Medium ? », *The Atlantic Daily*, 23 août 2013 [https://www.theatlantic.com/technology/archive/2013/08/what-is-medium/278965/] (consulté le 11 mars 2018).

M.-C. MONTECLER, « Duel à distance sur le dualisme juridictionnel », *Dalloz Actualités*, 28 juillet 2017.

A. MOREAUX, « Les Legaltechs en plein essor », *Affiches parisiennes*, 22 décembre 2017 [http://www.affiches-parisiennes.com/les-legaltechs-en-plein-essor-7623.html] (consulté le 28 février 2018).

S. ROLLAND, « Loi Lemaire : la consultation publique, un outil de pression pour les citoyens », *La Tribune*, 30 septembre 2015.

D. ROUSSEAU, « L'équivoque référendaire », Intervention au Collège de France, 26 février 2014 [http://www.college-de-france.fr/site/pierre-roosanvallon/seminar-2014-02-26-10h00.htm] (consulté le 10 mars 2018).

J.-M. SAUVE, Intervention au colloque portant sur « La justice prédictive », Cour de cassation, 12 février 2018 [http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-justice-predictive] (consulté le 11 mars 2018).

G. TEUBNER, « La question constitutionnelle au-delà de l'État-nation : pour une approche sociologique du phénomène constitutionnel », Collège de France, 19 avril 2017 [http://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/guestlecturer-2017-04-19-17h00.htm] (consulté le 10 mars 2018).

A. VIDAL-NAQUET, « La transformation de l'écriture de la loi : l'exemple de la loi sur la République numérique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 57, octobre 2017.

Rapports publics, comptes rendus de débats parlementaires

Assemblée nationale, *Compte rendu intégral*, intervention d'André Chassaigne, Première séance du mardi 26 janvier 2016 [http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2015-2016/20160110.asp#P708238] (consulté le 11 mars 2018).

Assemblée nationale, *Pour une nouvelle Assemblée nationale. Les rendez-vous des réformes 2017-2022*, Première conférence des réformes, Propositions des groupes de travail, décembre 2017 [<http://www2.assemblee-nationale.fr/qui/pour-une-nouvelle-assemblee-nationale-les-rendez-vous-des-reformes-2017-2022/democratie-numerique>] (consulté le 1^{er} mars 2018).

L. CADIET (pdt), *L'open data des décisions de justice*, Rapport à Madame la Garde des Sceaux, Ministre de la justice, Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice, novembre 2017.

Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), *Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle. Synthèse du débat public animé par la CNIL dans le cadre de la mission de réflexion éthique confiée par la loi pour une république numérique*, présenté par Isabelle Falque-Pierrotin, décembre 2017.

Conseil d'État, *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« uberisation »*, Rapport annuel 2017, La Documentation française, 2017.

Conseil d'État, *Rapport du Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, présenté par Philippe Martin, avril 2012.

Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), Rapport au Président de la République : *Renouer la confiance publique*, présenté par Jean-Louis Nadal, janvier 2015.

Textes officiels / décisions de justice

C.C., 12 juin 2018, déc. 2018-765 DC, *Loi relative à la protection des données personnelles*.

C.C., 10 juin 2009, déc. 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

Constitution française du 4 octobre 1958, *Légifrance*, art. 3, 11, 24, 34, 39, 44.

E. PHILIPPE et N. BELLOUBET (prés.), *Exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace* n° 911, AN, 19 mai 2018 [<http://www.assemblee-nationale.fr/15/projets/pl0911.asp>] (consulté le 21 mai 2018).