



VALENTINA CAPASSO

Intelligence artificielle et « quantifications jurisprudentielles »*

L'autrice s'interroge sur les perspectives actuelles, et donc sur les usages, déjà possibles, des outils de l'intelligence artificielle « faible » ou « modérée », pour détecter la formation et la mise à jour des cas dans lesquelles la jurisprudence s'« auto-limite », à travers la « quantification » du pouvoir discrétionnaire du juge.

The author examines the current prospects, and therefore the possible uses, of 'weak' or 'moderate' artificial intelligence tools, to detect the formation and updating of cases in which case law is 'self-limiting', through the 'quantification' of the judge's discretionary power.

Sommaire : 1. L'état actuel de l'exploitation des données judiciaires en Italie : l'herbe est toujours plus verte ailleurs ? – 2. Les « quantifications jurisprudentielles », expressions de l'exigence ressentie d'une règle délimitant le pouvoir discrétionnaire du juge : entre intelligence artificielle faible et sources du droit – 2.1 Une application évidente en droit civil : les *tabelle di Milano* pour l'indemnisation du dommage corporel – 2.2 Entre droit substantiel et processuel : la sanction de l'art. 96, alinéa 3, c.p.c. pour abus du procès et la nécessité constitutionnelle de sa quantification... prévisible – 2.3 De l'autolimitation à l'imposition de règles contraignantes en matière processuelle ? – 3. Conclusions

1. L'état actuel de l'exploitation des données judiciaires en Italie : l'herbe est toujours plus verte ailleurs ?

Si en France l'option pour l'*open data* des décisions de justice a été introduite soudainement, sans un objectif politique clair¹, en Italie il manque encore les conditions mêmes d'une exploitation systématique des données *jurisprudentielles*. Bien que les derniers *Open data measuring Reports* publiés sur le portail officiel des données européennes montrent l'Italie à côté de la France, parmi les pays soi-disant *trend-setters*², l'accès ouvert aux données *judiciaires* au sens large reste toujours problématique.

J'ai dit « donnée judiciaire au sens large » parce que je ne parle pas que des décisions de justice, mais aussi – et avant tout – des informations susceptibles d'être utilisées pour finalités de statistique judiciaire et, par conséquent, d'organisation et d'administration de la justice. Le pouvoir public est certainement conscient du problème : en 2021, le Ministère de la Justice avait souligné, dans son rapport sur le sujet, que l'état avancé de la digitalisation des

* Colloque « En faveur d'un procès civil artificiellement intelligent : une approche comparative », Naples, 12 mai 2023.

¹ P. DEUMIER, *L'effet de l'open data sur la jurisprudence des juges du fond*, in *cette Revue*, pp. 684 et suiv.

² Plus précisément, si la France reste stable entre 2021 e 2022, l'Italie a quitté la liste des *fast-trackers*, où elle était placée en 2021, pour rejoindre celle des *trend-setters* en 2022 ; les Rapports cités sont publiés dans la section Maturité des données ouvertes, in <https://data.europa.eu>.

procédures a permis, dans le temps, l'accumulation d'une « énorme richesse de connaissances potentielles sur les procédures, constituée non seulement de bases de données, mais aussi des documents textuels déposés par les parties et issus de l'autorité judiciaire », qui pourtant n'est exploitée que de manière minimale³. Le même rapport annonçait la pluralité des mesures envisagées à cet égard, et qui ont été confirmées dans le PNRR, c'est-à-dire le Plan National pour la Relance et la Résilience, le programme avec lequel le gouvernement entend gérer les fonds européens pour la reprise économique du pays après la pandémie Covid ; mesures qui comprennent, entre autres⁴, la mise en fonction du *Data Lake Justice*.

Pourtant, encore en février 2023, un chercheur du Centre national pour la recherche dénonçait le manque de données ouvertes et mises à jour concernant, par exemple, « le nombre de magistrats professionnels et honoraires, d'employés des greffes et de personnel administratif » employés dans chaque Tribunal, bien que « 30 ans de numérisation [aie]nt permis une croissance exponentielle des données potentiellement exploitables »⁵ et que les études d'analyse économique du droit ont déjà dévoilé la corrélation entre magistrats et personnel administratif disponibles et productivité des juridictions⁶.

³ MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Ricognizione della digitalizzazione del processo civile e penale e della transizione digitale*, in www.giustizia.it, février 2021, p. 7. Le Rapport souligne notamment que « le potentiel inhérent à l'exploitation des connaissances exprimées par ces documents et textes pour améliorer l'efficacité, la qualité et l'efficacité des services fournis à la communauté est incommensurable. Les systèmes documentaires du procès télématique, dématérialisés ou totalement numérisés sous forme native, sont encore trop souvent utilisés sous leur forme analogique dans le cadre des flux administratifs, plutôt que comme sources de connaissance au service du Magistrat et des parties ».

⁴ Les objectifs identifiés par le Rapport concernent : l'anonymisation des arrêts et jugements ; l'automatisation de l'identification de la relation victime-agresseur dans les décisions judiciaires ; la gestion et l'analyse des données relatives au contentieux ; le contrôle de gestion des procès ; l'enquête statistique avancée sur les procédures civiles et pénales : voy. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Ricognizione della digitalizzazione*, précité, p. 53.

⁵ F. CONTINI, *Una base dati condivisa per un dibattito informato sulla giustizia*, in www.questionegiustizia.it, 23 février 2023. Selon l'auteur, « la situation qui doit être observée aujourd'hui en ce qui concerne les données pertinentes pour l'organisation est pire qu'il y a dix ans. Compte tenu de la durée du procès, soit le principal enjeu du PNRR, les seules données publiées par le ministère par rapport à chaque Tribunal et à périodicité constante sont relatives aux flux des procès civils (répartis en macro et micro-matières) et procès pénales divisées selon le juge compétent [...] et la méthode de définition. Ces données de flux permettent d'évaluer les relations entre les procédures entrantes et sortantes, et donc de comprendre si un Tribunal accumule ou réduit son stock et de calculer le temps de définition. Ils permettent de mesurer le degré d'atteinte des objectifs du PNRR, et plus généralement l'efficacité du système. Cependant, ils ne suffisent pas pour effectuer les évaluations organisationnelles les plus élémentaires visant à estimer l'efficacité du système et de chaque Tribunal. Ils ne permettent pas d'identifier si l'amélioration ou la détérioration des temps de définition ou de l'indice de remplacement sont associées à une variation des ressources employées. Ils ne permettent pas non plus de vérifier analytiquement l'impact de l'office du procès sur les délais et les retards. | Afin de répondre à ces questions fondamentales, il faut au moins connaître, pour chaque Tribunal, le nombre de magistrats professionnels et honoraires, d'employés des greffes et de personnel administratif. Les données devraient être mises à jour chaque année, être officielles et publiées dans un format éditable, comme c'est désormais le cas des données sur les flux des procès publiées par le ministère » ; mais, apparemment, ce n'est pas le cas.

⁶ Voy., entre autres, A. DE OLIVEIRA GOMES - T. DE AQUINO GUIMARAES - L. AKUTSU, *The Relationship between Judicial Staff and Court Performance: Evidence from Brazilian State Courts*, in *Int'l J. Court Adm.*, octobre 2016, pp. 12 et suiv.

Il en va de même pour l'*open data* des décisions judiciaires : bien que le Centre de documentation électronique (CED) de notre Cour de cassation ait été précurseur dans la création d'une banque de donnée de jurisprudence (depuis 2003 appelée ItalgireWeb)⁷, l'accès ouvert aux arrêts de la Cour reste limité à un petit pourcentage, tandis que les banques de données plus complètes sont payantes : cela vaut déjà pour ItalgireWeb (bien qu'il soit fourni gratuitement aux magistrats), mais aussi, et évidemment, pour les banques de données offertes par les privés.

Par contre, il est vrai que, suite au recrutement massif de personnel affecté au soi-disant office du procès⁸, le projet de création d'une archive de jurisprudence du fond – annoncé déjà en 2014, mais pas réellement abouti – a été repris⁹. Mais les lignes directives dictées par le Conseil supérieur de la Magistrature, dans l'effort de garantir que l'archive soit nourrie par les différents Tribunaux et Cours d'appel moyennant une sélection tendanciellement uniforme, visent évidemment à une archive de type qualitatif, et non quantitatif¹⁰ : cela explique, par exemple, la directive selon laquelle les jugements visant une question nouvelle ou en tout cas une solution inédite ne doivent être maintenus dans l'archive que jusqu'au moment où la même solution soit affirmée par la Cour de cassation (on dirait, même une seule fois)¹¹. Une solution contestable déjà sur le plan théorique (comme elle s'appuie sur une conception hiérarchique de la juridiction)¹², mais qui n'apparaît pas plus convaincante sur celui pratique,

⁷ Mais le premier logiciel de recherche du CED de la Cour de cassation, duquel ItalgireWeb découle, est en réalité né dans les années 70, sous le nom d'ItalgireFind.

⁸ Il s'agit de la « version italienne » des juristes assistants ; mais les modalités de sélection (concours publique), la durée et les débouchés professionnels sont très différents. Pour un aperçu des différences voy. F. AULETTA, *L'Ufficio del processo*, in cette *Revue*, 2021, pp. 241 et suiv. Sur ce sujet, voy. aussi S. BOCCAGNA, *Il nuovo ufficio del processo e l'efficienza della giustizia, tra buone intenzioni e nodi irrisolti*, *ivi.*, pp. 261 et suiv., et F. DE SANTIS DI NICOLA, *Addetti al nuovo "ufficio del processo" (artt. 11 ss. D.L. n. 80 del 2021) vs. assistant-lawyers presso la Cancelleria della Corte europea dei diritti dell'uomo: due modelli a confronto*, *ivi.*, pp. 265 et suiv.

Sur le lien entre office du procès et numérisation de la justice, voy. F. BARBIERI, *Il "nuovo" ufficio per il processo: un modello organizzativo aperto all'intelligenza artificiale*, in www.giustiziainsieme.it, 14 juin 2022.

⁹ M. CICCARELLI, *Le banche dati di giurisprudenza e l'ufficio per il processo*, in www.questionegiustizia.it, 8 mars 2022.

¹⁰ CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Delibera del 31 ottobre 2017. Linee guida volte alla individuazione delle modalità di ricostituzione di una banca dati della giurisprudenza di merito*, in www.csm.it, pp. 5 et suiv.

¹¹ On lit dans la *Delibera del 31 ottobre 2017*, précitée, p. 2, que, comme « la jurisprudence au fond est d'autant plus pertinente qu'elle est nouvelle et encore qui conserve généralement sa pertinence jusqu'à une décision de la Cour de cassation qui la met en œuvre, il apparaît également nécessaire d'introduire un mécanisme d'effacement automatique des jugements de fond après l'intervention de la Cour ».

¹² Bien que l'art. 65, alinéa 1, ord. giud., confie à la Cour de cassation, la fonction d'« assure[r] une observation exacte et une interprétation uniforme du droit, [et] l'unité du droit national objectif » (soi-disant fonction *nomofilattica*, qui vient du grec et signifie « protection de la norme »), l'art. 107, alinéa 3, Const. prévoit que « [l]es magistrats ne se distinguent les uns des autres que par la diversité des fonctions » : ce qui empêche de reconnaître une hiérarchie au sens strict entre Cour de cassation et juges du fond.

D'autre côté, compte tenu de la durée (déraisonnable) du procès, la Cour est souvent appelée à se prononcer sur l'interprétation des dispositions de loi nouvelles que des années après leur introduction : ce qui a amené le législateur de la réforme de 2022 à prévoir, à l'art. 363-bis c.p.c., le renvoi préjudiciel à la Cour de cassation (inspiré à la saisine pour avis

comme l'élimination des jugements « confirmés » par la Haute Juridiction détermine une perte absolue de potentiel d'information également sur le degré de diffusion la solution, utile, si rien d'autre, pour prédire si elle sera effectivement suivie ou pourra être contestée à l'avenir.

Cela étant dit concernant l'état général du système, il faut en tout cas mentionner l'existence de plusieurs projets locaux qui ont été entamés dans les dernières années par des Tribunaux et Cours d'appel, souvent en partenariat avec l'Université ; mais, bien que vertueux et sources potentielles d'inspiration, pour l'instant ils ne sont pas coordonnés entre eux et risquent donc d'accroître l'écart de qualité du service rendus dans les différentes réalités sur le territoire¹³.

On peut également signaler des projets sectoriels, tel que Prodigit, projet idée par le Conseil de la présidence de la justice fiscale, en partenariat avec le Ministère de l'Économie, qui vise, entre autres, à sélectionner environ 1 million de jugements afin de créer un logiciel de justice prédictive. Encore une fois, il y a des doutes de fond à résoudre (tel que les critères de sélection, et la légitimité d'une opération de sélection accomplie avec la participation, entre autres, du Ministère, qui est également l'un des sujets impliqués dans le contentieux).

Or, comme il ne s'agit que d'un projet annoncé, il n'est pas possible de l'évaluer ; mais, compte tenu des résultats que des projets pareils ont eu jusque-là, ainsi que de la constatation partagée qu'« en réalité, les IA fortes de la littérature de science-fiction », c'est-à-dire celles « capables de contextualiser et de résoudre de manière autonome des problèmes spécialisés très différents les uns des autres »¹⁴, « n'existent pas encore »¹⁵, tout au moins dans le domaine de la justice, il est difficile d'échapper à la conclusion que « l'état actuel de développement des techniques d'apprentissage automatique ne permet pas aujourd'hui d'obtenir des résultats fiables en matière de prédiction des décisions judiciaires »¹⁶.

Il suffit de rappeler ici l'étude de l'University College of London¹⁷, qui a montré que si le modèle de *machine learning* employé dans l'analyse d'un certain nombre de décisions de la Cour européenne des droits de l'homme a été capable de « deviner » la solution effectivement retenue dans 79% de cas, l'IA, dans ce cas-là, « n'a pu indiquer qu'une probabilité sur la base des seules occurrences de matériel lexical » employé par le juge, et non par le requérant.

française). Bien que le renvoi ait déjà eu quelque succès, dans la majorité des cas, la jurisprudence de fond, et donc de sa connaissance, reste essentielle.

¹³ C'est bien la conclusion à laquelle parvient S. SILVESTRI, *Giustizia digitale e giudizio. La lunga strada dell'innovazione alla prova della Costituzione*, in www.questionegiustizia.it, 13 octobre 2022, après avoir listé une série d'initiatives.

¹⁴ C. BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo? I lavori in corso alla Commissione europea per l'efficacia della giustizia (Cepej) del Consiglio d'Europa*, in *Quest. giust.*, 4/2018, p. 190.

¹⁵ E. BASSOLI, *Algoritmica giuridica. Intelligenza Artificiale e Diritto*, Padova, 2022, p. 273. Pour le même constat, voy. L. RICHIER, *Jurisprudence et intelligence artificielle : un compromis entre lutte et complémentarité*, in *cette Revue*, p. 669.

¹⁶ E. BASSOLI, *Algoritmica giuridica*, précité, p. 282.

¹⁷ N. ALETRAS - D. TSARAPATSANIS - D. PREOTIUC-PIETRO - V. LAMPOS, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, in *PeerJ Computer Science*, 2016, 2, e93.

Autrement dit, le système a tout simplement établi « une forte probabilité de correspondance entre des groupes de mots et une décision déjà formalisée et ne pouvant donner lieu qu'à un nombre limité d'issues possibles ». D'où la conclusion qu'on ne peut pas parler « de reproduction du raisonnement des juges européens ni, surtout, prédire un résultat », sur la base, par exemple, des données brutes fournies par le recours¹⁸.

2. Les « quantifications jurisprudentielles », expressions de l'exigence ressentie d'une règle délimitant le pouvoir discrétionnaire du juge : entre intelligence artificielle faible et sources du droit

C'est pour cela qu'à mon avis il vaut mieux concentrer la réflexion sur les perspectives actuelles, et donc sur les usages, déjà possibles, des outils de l'intelligence artificielle « faible » ou « modérée », c'est-à-dire celle qui est « capables de fournir des performances spécifiques qualitativement équivalentes et quantitativement supérieures aux intelligences humaines »¹⁹. Ainsi, compte tenu que, déjà en 1970, il était suggéré que les différends qui nécessitent une décision de caractère quantitatif peuvent être résolus par des machines mieux que par le juge²⁰, j'aimerais bien m'interroger sur ce sujet, mais d'un point de vue spécifique : l'utilité de l'intelligence artificielle pour détecter la formation et la mise à jour des cas dans lesquelles la jurisprudence s'« auto-limite », à travers la « quantification » du pouvoir discrétionnaire du juge.

Il s'agit d'un phénomène qui, dans ses expressions les plus évidentes, a déjà suscité l'attention de la jurisprudence elle-même, ainsi que de la doctrine, et qui a même été objet de tentatives épisodiques de systématisation ; je me propose donc de démontrer – en premier lieu – qu'il s'agit d'un phénomène de nature transversale, qui laisse envisager de nouvelles applications

¹⁸ E. BASSOLI, *Algoritmica giuridica*, précité, pp. 279 et suiv.

Ce qui confirme ce que j'ai remarqué ailleurs [V. CAPASSO, *(De)codificare la giurisprudenza? Dalla predizione (del giudizio) alla protezione (dei giudicabili)*, in *i-lex*, 2019, pp. 62 et suiv.], en soulignant que la connaissance du pourcentage des cas où les tribunaux ont affirmé une certaine solution ne permet pas aux parties d'estimer leurs chances de succès. L'idée contraire semble encourir le même malentendu qui est souvent encouru – dans la domaine des preuves techniques et scientifiques – lorsqu'on essaie de subsumer un événement réel donné dans une loi statistique : ainsi, comme l'affirmation qu'un certain substance provoque l'apparition d'une pathologie spécifique dans 5% des cas, n'est pas valable d'exclure ou de prouver la causalité devant le tribunal (car, d'une part, la faible incidence n'exclue pas que, dans espèce, on soit en présence d'un de ces cas ; d'autre part, il est également possible que la pathologie, réellement survenue chez un sujet exposée, ait une étiologie différente), le fait de savoir qu'une certaine question a été tranchée dans un sens, par exemple, par 70 % des tribunaux, ne garantit certainement pas que, dans le cas d'espèce, le juge n'appartient pas aux 30% qui adhèrent à la solution contraire.

¹⁹ C. BARBARO, *Usa dell'intelligenza artificiale*, précité, p. 190.

²⁰ M. LUPOI, *Giuscibernetica, informatica giuridica. Problemi per il giurista*, in *Quaderni: Raccolta di saggi sulla giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1970, c. 775. Plus récemment, voy. A. CARRATTA, *Decisione robotica e valori del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 512, qui envisage l'automatisation, en plus de cas répétitifs et simples, avec des faits plus ou moins uniformes, les cas dans lesquels au juge est requise une activité de calcul telle que l'indemnisation d'un dommage à la santé pour lequel sont applicables le soi-disant *tabelle di Milano* (dont on dira d'ici peu) ou des litiges relatifs à l'indemnité visant à compenser la durée déraisonnable du procès.

(mais qui pose aussi des problèmes lorsque le phénomène quitte le domaine du fond des affaires pour affecter les règles de procédure) ; en deuxième lieu, que l'étude et la maîtrise du phénomène requiert une analyse quantitative des données judiciaires qui va au-delà de celle que les opérateurs, bien que motivés, peuvent assurer ; finalement, que l'usage de l'IA afin de tirer une règle de la jurisprudence pour limiter la jurisprudence elle-même, dans le cas envisagé, échappe aux critiques normalement adressées aux outils de justice prédictive. Dans ce but, je vais mentionner trois exemples.

2.1 Une application évidente en droit civil : les *tabelle di Milano* pour l'indemnisation du dommage corporel

Le premier cas, très intéressant aussi sous le profil des rapports entre Cour de cassation et juges du fond, est celui de la « barémisation spontanée » qui a intéressée l'indemnisation du dommage corporel, dont la quantification est laissée par la loi à l'équité du juge²¹ ; barémisation spontanée qui a conduit à l'adoption presque généralisée des critères listés par les soi-disant *tabelle di Milano*, édités par l'Observatoire de justice civile de Milan.

Il faut signaler que leur pertinence est encore aujourd'hui discutée, et qu'ils partagent le champ avec d'autres systèmes de calcul (notamment, les *tabelle di Roma* créés par le Tribunal de Rome) ; mais ce qu'il importe de souligner ici c'est que déjà en 2011 la Cour de cassation leur a reconnu une efficacité presque *normative*.

Plus en détail, un arrêt de la 3^{ème} Chambre²², après avoir remarqué que, dans les tribunaux, la notion d'équité était appliquée de façon très différente, bien que selon des critères qui étaient « le résultat des efforts spontanés, louables et souvent très fatigants des juges du fond »,

²¹ Il s'agit d'un problème qui se pose également en France, où, d'ailleurs, l'art. 1 du Décret n° 2020-356 du 27 mars 2020 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « DataJust », a autorisé le garde des sceaux, ministre de la justice, « à mettre en œuvre, pour une durée de deux ans, un traitement automatisé de données à caractère personnel, dénommé « DataJust », ayant pour finalité le développement d'un algorithme devant servir à : | 1° La réalisation d'évaluations rétrospectives et prospectives des politiques publiques en matière de responsabilité civile ou administrative ; | 2° L'élaboration d'un référentiel indicatif d'indemnisation des préjudices corporels ; | 3° L'information des parties et l'aide à l'évaluation du montant de l'indemnisation à laquelle les victimes peuvent prétendre afin de favoriser un règlement amiable des litiges ; | 4° L'information ou la documentation des juges appelés à statuer sur des demandes d'indemnisation des préjudices corporels ».

Pourtant, le projet (sur lequel voy. G. DE PASQUALE, *La giustizia predittiva in Francia : il trattamento DataJust*, in www.judicium.it, 26 novembre 2020) a été abandonné par la suite.

²² Cass., 7 juin 2011, n. 12408, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2274, note A. DIANA; in *Corr. giur.*, 2011, p. 1075, note M. FRANZONI, *Tabelle nazionali per sentenza, o no?*; in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, p. 1058, note C. SGANGA, *Una nuova equità? Le tabelle di Milano e la Cassazione tra ius dicere e ius dare*; in *Giur. it.*, 2012, p. 1307, note D. SPERA, *I criteri di liquidazione del danno non patrimoniale e le questioni aperte dai recenti orientamenti di legittimità*; in *Danno resp.*, 2011, p. 939, note M. HAZAN, *L'equa riparazione del danno (tra r.c. auto e diritto comune)*, e di G. PONZANELLI, *Le tabelle milanesi, l'inerzia del legislatore e la supplenza giurisprudenziale*. Voy. aussi Cass., 30 juin 2011, n. 14402, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2274, note A. DIANA; in *Corr. giur.*, 2011, p. 1081, note M. FRANZONI, *Tabelle nazionali*, précité; in *Danno resp.*, 2011, p. 962, note G.M.D. ARNONE, *Umanità e tecnica nel risarcimento del danno alla persona*.

« tous placés à un niveau d'égale dignité conceptuelle », a souligné la nécessité d'en sélectionner un, qui aurait dû être applicable au niveau national.

Dans son choix, la Cour a décidé d'écarter le critère de la moyenne arithmétique, en faveur des *tabelle di Milano*, sur la base de trois raisons : d'abord, parce que la moyenne aurait dû s'effectuer arbitrairement entre des valeurs aux poids très différents, issu d'un nombre inconnu de décisions antérieures auxquelles chaque office judiciaire s'était référé pour établir ses barèmes ; en deuxième lieu, parce qu'«une moyenne n'est possible qu'entre valeurs arithmétiques », tandis que cela n'était pas toujours le cas par rapport aux barèmes utilisés par les différents tribunaux. Enfin, et surtout, parce que la Cour a jugé inopportun «d'opposer son propre choix à celui déjà fait par les juges du fond de pas moins de soixante tribunaux, même de grande dimension (comme, par exemple, Naples) qui, au-delà de la diversité des conditions économiques et sociales des différents contextes territoriaux, ont basé le calcul moyen sur les valeurs de référence pour la liquidation des dommages personnels adoptées par le Tribunal de Milan, auxquels une sorte de vocation nationale [était] donc déjà reconnue dans la pratique». D'où l'affirmation que les *tabelle di Milano* auraient dû constituer, dans le futur, « la valeur à considérer comme "juste", c'est-à-dire la valeur susceptible de garantir l'égalité de traitement et à appliquer dans tous les cas où le cas concret ne présente pas de circonstances propices à augmenter ou diminuer sa taille ». Il découle, de cette affirmation, l'obligation, pour le juge, de justifier tout départ de ces critères, et la possibilité, pour le justiciable, d'interjeter pourvoi en cassation pour violation de loi (non plus pour défaut de base légale/vice de motivation) : une conséquence très importante, surtout parce que, depuis la réforme du Code de procédure civile de 2012, l'art. 360 c.p.c., qui liste les moyens de pourvoi, selon l'interprétation de la Cour de cassation ne permet plus de critiquer le jugement pour insuffisance de motivation²³.

Or, il est vrai que, depuis l'arrêt de 2011 que j'ai mentionné il y a peu, la jurisprudence n'a pas toujours été uniforme, même en ce qui concerne la nature du vice qui affecte le jugement qui ne fait pas aucune référence aux *tabelle di Milano*, ou en tout cas qui s'en écarte sans fournir de justification adéquate (violation de loi ou vice de motivation ?) ; mais cela n'empêche pas

²³ Le texte de l'art. 360, n. 5, c.p.c. avant 2012 admettait le pourvoi en cassation pour dénoncer le manque, l'insuffisance et/ou le caractère contradictoire de la motivation ; aujourd'hui, en revanche, le vice de motivation est disparu du *texte* de loi, et on ne peut que se pourvoir du manque de motivation, c'est-à-dire du manque du « minimum constitutionnel » assuré par l'art. 111, alinéa 6, Const. (voy. L. PASSANANTE, *Le sezioni unite riducono al « minimo costituzionale » il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 187 et suiv.). Dans ce sens-là, Cass., sez. un., 7 avril 2014, nn. 8053 e 8054, in *Guida dir.* 2014, 25, 14, note G. FINOCCHIARO, *Sull'attuazione della riforma delle impugnazioni civili pochi punti fermi e tante incognite*; in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1594, note F. Porcelli, *Sul vizio di « omesso esame circa un fatto decisivo »*; in *Corr. giur.* 2014, 1241, note C. GLENDI, *At ille murem peperit (nuovamente a proposito di un altro « non grande arresto » delle Sezioni Unite)*; in *Giur. it.* 2014, 1901, note A. TURCHI, *Applicabili in materia tributaria le nuove disposizioni sul ricorso per cassazione*; in *Dir. prat. trib.* 2014, 460, note S. DALLA BONTÀ, *Le sezioni unite enunciano l'applicabilità del riformulato art. 360, 1° comma, n. 5, c.p.c. e del meccanismo della c.d. doppia conforme al ricorso per cassazione in materia tributaria*.

d'affirmer que ces *tabelle*, faute d'une intervention du législateur, restent aujourd'hui les principaux barèmes adoptés par la jurisprudence²⁴.

Or, si dans le cas spécifique il reste critiquable que le législateur n'ait pas prévu des barèmes d'utilisation générale, il est vrai que, lorsqu'il s'agit de fixer la règle de fond, cette opération n'est pas toujours possible, en raison de l'imprévisibilité de toutes les différentes hypothèses qui peuvent donner lieu au contentieux ; et, d'ailleurs, l'utilisation de catégories générales, dispositions de principe, termes flous, notions indéterminées en droit civil est bien connue, et assez bien tolérée, même à la lumière des projets de codification internationale²⁵.

Pourtant, s'il est possible que dans ce cas spécifique la jurisprudence ait spontanément fixé le problème (et on peut s'en douter)²⁶, il n'est pas fixé à jamais, comme le besoin de mise à jour des barèmes reste constante ; d'un autre côté, il y a bien d'autres domaines qui posent des difficultés pareilles, et sans qu'il y ait aucune tentative réelle de barémisation (il suffit de penser à tout autre cas d'indemnisation, telle que celle du dommage qui suit à la violation du règlement général sur la protection des données, où – tout au moins en Italie – au calcul de la pension alimentaire)²⁷. Ces considérations rendent évidente l'utilité de l'IA afin de détecter toute modification des équilibres créés jusque-là et – plus généralement – tout autre cas dans lequel il s'agit de faire usage d'un pouvoir discrétionnaire de quantification, afin de fournir à la jurisprudence tout au moins des lignes directrices (d'ailleurs, produites par la jurisprudence elle-même), dans l'attente et l'espoir que, dans le temps, le législateur les fixe. C'est, en d'autres termes, un aspect – bien que minimal – de l'impact potentiel de l'IA dans le champ des sources du droit²⁸ ; mais j'y reviendrai dans les conclusions.

²⁴ La doctrine estime qu'elles sont aujourd'hui adoptées par 80% des tribunaux italiens : P. MARIOTTI, *Nomofilachia, prevedibilità delle sentenze e Tabelle del Tribunale di Milano*, in Aa.Vv., *Le tabelle del Tribunale di Milano per la liquidazione del danno non patrimoniale. Profili giurisprudenziali, assicurativi e comparatistici*, Santarcangelo di Romagna, 2020, p. 15.

²⁵ Voy., entre autres, S. Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*², Milano, 2016, *passim*.

²⁶ Le point critiques sont synthétisés par C. SGANGA, *Una nuova equità?*, précité, p. 1066 : d'une côté, l'idée d'une extension au niveau national, par voie autoritaire, des barèmes élaborés par un seul Tribunal reste contestable (mais, sur ce point, on peut répliquer que les autres Tribunaux ont été quasi unanimes à s'y soumettre spontanément) ; d'autre côté (e la notation reste encore valable, au vu des fréquents conflits de jurisprudence même au sein de la Cour de cassation) il faut signaler qu'exactement une semaine après la même section de la Cour avait confirmé le principe selon lequel la quantification du dommage « reste confié à l'appréciation discrétionnaires et équitables du juge », et, par conséquent, « ne peut pas être remise en question [...] si elle est suffisamment motivée ».

²⁷ Sur ce dernier sujet, voy. E. SERTORI, *Prospettive di applicazione degli strumenti informatici per il calcolo degli assegni nelle controversie familiari*, in www.judicium.it, 10 mai 2023.

²⁸ J'ai déjà souligné cet impact par rapport à l'évolution chinoise des dernières années : voy. V. CAPASSO, *L'intelligenza artificiale come vettore di legal transplant: la suprema Corte del popolo dal « caso » al « precedente »*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, pp. 157 et suiv.

2.2 Entre droit substantiel et processuel : la sanction de l'art. 96, alinéa 3, c.p.c. pour abus du procès et la nécessité constitutionnelle de sa quantification... prévisible.

Si, comme j'ai dit il y a peu, l'attribution d'une marge d'appréciation au juge dans le champ du droit substantiel est de moins en moins surprenante, davantage de résistances surgissent lorsque le pouvoir discrétionnaire est reconnu au juge (explicitement ou implicitement) par la loi processuelle.

On peut d'abord penser au cas de l'art. 96, alinéa 3, c.p.c.

L'article 96, dans ses deux premiers alinéas, permet au juge, sur requête de la partie gagnante, de condamner l'autre partie, qui aurait tenu une conduite contraire à la bonne foi, au paiement d'une somme à titre de dommage et intérêts, en plus qu'au remboursement des frais de justice. Il s'agit, dans les deux cas, d'une somme liquidée à titre de responsabilité extracontractuelle ; par conséquent, il faut que le comportement illicite, ainsi que la mauvaise foi ou la faute grave de la partie succombant soient prouvés par le demandeur. Et, comme il s'agit d'une preuve assez difficile à fournir, les deux alinéas ne sont pas fréquemment appliqués.

C'est pour cela qu'en 2006 le législateur avait introduit un 4^{ème} alinéa à l'art. 385, selon lequel, lorsqu'elle statuait sur les frais, la Cour de cassation pouvait, même d'office, condamner la partie perdante au paiement, en faveur de l'autre partie, d'une somme équitablement déterminée, n'excédant pas le double des barèmes relatifs aux frais d'avocat, si elle estimait que le pourvoi avait été interjeté ou que la partie défenderesse avait résisté à la suite d'une faute grave.

En 2009, cette disposition a été abrogée, car elle a été généralisée moyennant l'ajout d'un 3^{ème} alinea à l'art. 96, qui fait partie des dispositions communes à toutes les juridictions. Cet alinéa autorise le juge « en tout cas » (c'est-à-dire, indépendamment de l'application des alinéas 1 ou 2), à mettre à la charge de la partie succombant, même d'office, une somme équitablement déterminée. Le texte – différemment de celui de l'art. 385, alinéa 4, abrogé – ne prévoit pas ni ses conditions d'application, ni les limites du pouvoir du juge dans la quantification de la somme ; ce qui – d'un côté – rend difficile de comprendre la nature de la condamnation (dommage et intérêts ou sanction civile ?)²⁹ et – d'autre côté – donne

²⁹ En effet, bien que la solution ne soit pas partagée par tout le monde, la majorité de la jurisprudence – y compris celle de la Cour constitutionnelle – admet que la condamnation ne vise pas seulement à indemniser les préjudices causés à la partie gagnante, mais aussi à sanctionner le comportement processuel abusif. Voy. Corte cost., 23 juin 2016, n. 152, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1548, note F. AULETTA, *L'ibridazione dell'"agire in giudizio": "tutela dei propri diritti", "autonoma iniziativa [...] di interesse generale" e principi costituzionali di equilibrio del bilancio e di sussidiarietà*; in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 498, note M.F. GHIRGA, *Sulla "ragionevolezza" dell'art. 96, comma 3°, c.p.c.*; in *Nuova giur. civ.*, 2016, p. 1642, note V. VISCONTI, *La Corte costituzionale e l'art. 96, comma 3°, cod. proc. civ.*; in *Danno e resp.*, 2017, p. 409, note R. BREDI, *La Corte costituzionale salva l'art. 96, comma 3, c.p.c. e ne riconosce la natura di misura essenzialmente sanzionatoria con finalità deflattiva*; in *Corr. giur.*, 2016, p. 1586, note C. ASPRELLA, *L'art. 96, comma 3, c.p.c. tra danni punitivi e funzione indennitaria*.

potentiellement au juge un pouvoir discrétionnaire presque absolu, dont la compatibilité avec la Constitution peut être discutée.

En tout cas, le manque de précision du texte de loi risque d'entrer en conflit avec la Constitution : c'est pour cela que le Tribunal de Verona³⁰ a soulevé une question prioritaire de constitutionnalité parce que le fait que l'art. 96, alinéa 3, dont la fonction sanctionnatrice a été reconnue par la Cour constitutionnelle elle-même, n'indique pas le montant minimum et maximum de la somme que le juge peut mettre à la charge de la partie succombant serait contraire à l'art. 25 de la Constitution qui veut que les sanctions (pénales) soient établies par la loi, et à l'art. 23, qui prévoit une pareille réserve de loi lorsqu'il s'agit de prévoir des prestations personnelles, même patrimoniales.

Cela n'a pas été l'avis de la Cour constitutionnelle, qui a d'abord écarté le grief fondé sur la violation de l'art. 25, qui doit être limité aux sanctions pénales. Par contre, bien qu'elle ait reconnu la pertinence de l'art. 23, la Cour a estimé qu'en général il rentre dans le pouvoir discrétionnaire du législateur de confier au juge la tâche de déterminer la somme à imputer à la partie perdante sur la base d'un critère équitable, parce qu'il peut bien faire confiance à la jurisprudence, notamment à celle de la Cour de cassation, et à son « activité maïeutique », de laquelle découle le droit vivant, c'est-à-dire l'interprétation courante du texte³¹.

Dans l'espèce, la Cour a constaté que la jurisprudence de la Cour de cassation a, même récemment, précisé qu'en se référant à l'équité, le 3^{ème} alinéa de l'art. 96 c.p.c. renvoie au critère de proportionnalité selon les tarifs qui régissent les frais d'avocat et donc la somme prévue par cette disposition doit être comparée « à la mesure de la rémunération due par rapport à la valeur de l'affaire »³². Encore, poursuit la Cour, « [c]e critère, dérivé par voie d'interprétation de la jurisprudence, est d'ailleurs cohérent et homogène tant par rapport à celui initialement prévu par le 4^e alinéa de l'art. 385 c.p.c. (qui prévoyait la limite du double des tarifs maximaux), et à celle actuellement établie par le 1^{er} alinéa de l'art. 26 code proc. adm. (qui prévoit également le plafonnement au double des frais de contentieux payés selon les tarifs professionnels). | On peut donc dire que la somme pour laquelle le juge peut verser la partie perdante au profit de la partie victorieuse a une base légale suffisante et donc – sans préjudice du pouvoir discrétionnaire du législateur de mieux calibrer, en augmentant ou en diminuant, sa quantification – la prescription de la réserve relative de la loi conformément à l'art. 23 de la Constitution reste, dans l'espèce, respectée »³³.

³⁰ Trib. Verona, 23 gennaio 2018.

³¹ Sur la notion de « droit vivant », voy. G. ZAGREBELSKY *La doctrine du "droit vivant"*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1986, II, pp. 55 et suiv.

³² Ici, la Cour constitutionnelle rappelle Cass., 11 octobre 2018, nn°. 25177 et 25176, in *Foro it.*, 2019, I, c. 554.

³³ Corte cost., 6 juin 2019, n. 139, in *Giur. it.*, 2020, p. 578, note M.F. GHIRGA, *Corte costituzionale e "sanzioni" processuali*; in *Corr. giur.*, 2020, p. 1112, note N.C. SACCONI, *La Corte costituzionale e i criteri di quantificazione della condanna alla somma equitativamente determinata ex art. 96, comma 3, c.p.c.*

Tout le monde n'a pas été convaincu par l'arrêt de la Cour constitutionnelle : plus en détail, on a remarqué – à mon avis, très correctement – qu'une fois la sanction exclue du champ de la responsabilité civile, le critère de quantification adopté par le droit vivant (qui est lié aux frais judiciaires) n'est pas justifié. En d'autres termes, comme l'art. 96, alinéa 3, sanctionne le comportement abusif de la partie succombant, on ne voit pas aucun lien entre la nature et la gravité de l'abus et les frais de procédure, qui sont liés à la valeur de la demande.

En tout cas, ce qu'il faut souligner par rapport à la thématique dont on discute aujourd'hui, c'est, encore une fois, le besoin, manifesté par la jurisprudence elle-même, de limiter le pouvoir qui lui est accordé par la loi. Ce n'est pas par hasard si les *tabelle di Milano* s'occupent aussi de la quantification opérée suivant l'art. 96, alinéa 3. Mais c'est exactement dans ce domaine que la doctrine a avancé des critiques d'ordre essentiellement méthodologique, ce qui ouvre des perspectives d'utilisation de l'IA.

En premier lieu, il est contesté à l'Observatoire de justice civile de Milan d'avoir gardé, pour la version 2021, les mêmes *tabelle* élaborées à l'occasion de la version 2018, sans tenir compte des décisions les plus récentes de la Cour de cassation ; d'un autre côté, déjà la version 2018 a été élaborée suite à l'examen de très peu de précédents (que 90), la plupart desquels issus du Tribunal de Milan³⁴. Mais, si ces critiques apparaissent fondées, on peut très aisément comprendre ici l'utilité de l'IA : d'un côté, comme elle permettrait de repérer et analyser un plus grand nombre d'arrêts et jugements ; d'autre côté, parce qu'elle pourrait, en même temps, rendre la mise à jour des barèmes beaucoup plus prompte.

On rajoutera que, s'il est vrai que, dans le cas de l'indemnisation du dommage corporel, il n'est souvent question que de quantification³⁵, l'article 96, comme j'ai déjà souligné, pose aussi des problèmes lorsqu'il s'agit d'établir ses conditions d'application : c'est-à-dire, lorsqu'il s'agit d'établir s'il y a eu un abus du procès. Ainsi, si la doctrine a déjà évoqué la technique allemande des *Fallgruppen* (c'est-à-dire la concrétisation des dispositions générales moyennant la systématisation de cas semblables, afin de dégager des règles applicables uniformément aux cas semblables)³⁶ par rapport aux *tabelle di Milano* dans la matière de la quantification³⁷, je trouve que la même technique serait mieux utilisée pour détecter les conditions d'application de la sanction.

³⁴ M. LIGUORI, *Lite temeraria ed abuso del processo: le criticabili Tabelle di Milano per la liquidazione di una somma equitativamente determinata ex art. 96, c. 3, c.p.c.*, in *ridare.it*, 30 mars 2021.

La méthodologie utilisée pour l'élaboration des *tabelle in parte qua* est expliquée par P. MARIOTTI - P. MASINI, *La Tabella del danno da abuso del processo ex art. 96 c.p.c., comma 3: struttura della Tabella, criteri liquidativi, profili assicurativi e prime applicazioni giurisprudenziali*, in AA.VV., *Le tabelle del Tribunale di Milano*, précité, pp. 109 et suiv.

³⁵ Pour cette notation, voy. C. NAPOLITANO, *Le Tabelle di Milano quale parametro di conformità per la valutazione equitativa del danno biologico*, in *Danno resp.*, 2021, p. 96.

³⁶ Technique bien connue aux chercheurs de droit civil : voy., *inter alia*, S. PATTI, *Ragionevolezza*, précité, pp. 35 et suiv.

³⁷ F. RUGGIERO, *Art. 96, comma 3°, cod. proc. civ. : il grande malinteso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 68, se réfère expressément aux *Fallgruppen* en discutant des *tabelle di Milano*.

Cela vaut en général – pour dégager les catégories de conduite qui peuvent être qualifiées d’abusives – lorsqu’il s’agit d’évaluer le comportement d’un demandeur occasionnel, mais vaut *a fortiori* par rapport aux usagers sériels (les soi-disant *frequent claimants*). Par exemple, j’ai appris que le Tribunal de Verona a appliqué la sanction prévue par l’art. 96, alinéa 3, en application du principe de l’interdiction de se contredire au détriment d’autrui (jusque-là limité au comportement tenu dans le cours du même procès)³⁸, parce que, dans le cas décidé par le Tribunal, l’une des parties avait utilisé une thèse juridique contraire à celle qu’elle avait adoptée par le passé³⁹. Et, pourvu que, dans ce cas-là, il faudrait plutôt s’interroger sur le sujet tenu au paiement de la somme (comme on dirait que la sanction devrait plutôt frapper l’avocat), il est évident qu’une telle conduite – lorsqu’on l’estime susceptible de constituer abus du procès – serait bien plus facile à découvrir dans un système d’*open data*.

2.3 De l’autolimitation à l’imposition de règles contraignantes en matière processuelle ?

Si le concept même d’abus du procès peut être considéré comme une catégorie générale découlant, à son tour, de celle de la bonne foi (donc, une catégorie générale de deuxième degré), l’une des raisons de la difficulté d’admettre son application dans le procès civil, et en tout cas d’en comprendre le contenu, tient à l’inconciliabilité tendancielle entre catégories générales et règles procédurales.

En fait, « [s]i l’on compare le nombre d’essais consacrés aux clauses générales en droit civil avec celui des contributions qui ont eu par objet le même sujet par rapport au droit processuel civil on arrive à la conclusion que le problème des clauses générales relève avant tout du droit matériel et est d’une moindre pertinence en droit procédural »⁴⁰. Ce qui s’explique en raison, d’un côté, du technicisme de la matière et des exigences inhérentes à la procédure (qui doit donner des règles précises pour rythmer les diverses phases du procès) et, d’un autre côté, de

³⁸ Notamment, afin d’exclure que le recourant, qui a donc choisi son juge, puisse dans un deuxième temps appeler le jugement pour défaut de juridiction : exclusion aujourd’hui (suite à la réforme de 2022) codifiée à l’art. 37 c.p.c., mais déjà affirmé par la Cour de cassation en 2016. Voy. Cass., sez. un., 20 octobre 2016, n. 21260, in *Foro it.*, 2017, I, c. 966, note G.G. POLI, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione: le sezioni unite dall’abuso del processo al difetto di interesse ad appellare dell’attore soccombente nel merito*, et A. TRAVI, *Abuso del processo e questione di giurisdizione: una soluzione conclusiva?*, e F. AULETTA, *La Corte di cassazione afferma il principio di coerenza nella difesa della parte: non si può più contestare il potere del giudice dal quale si è già preteso (invano) di ottenere ragione*; in *Giur. it.*, 2017, p. 457, note P.M. VIPIANA PERPETUA, *Venire contra factum proprium in tema di giurisdizione: il nodo della soccombenza*; in *Corr. giur.*, 2017, p. 257, note C. ASPRELLA, *Abuso del processo, cumulo di diritti connessi e impugnazione di rito del soccombente di merito*, et C. CONSOLO, *Osservazione sistematica sulla n. 21260. Il “vecchio” rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiarissimi e non tutti antichi) corollari: inter multos l’inammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inanità dell’inerziale richiamo della figura dell’abuso del processo*; in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 793, note G. RUFFINI, *Interesse ad impugnare, soccombenza ed acquiescenza*; in *Giusto proc. civ.*, 2017, 777, note M. FURNACIARI, *L’impugnazione in punto di giurisdizione da parte dell’attore soccombente nel merito (e, più in generale, la richiesta di una pronuncia sfavorevole)*; in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1357, note M.M. CELLINI, *Ancora sulla rilevanza in appello del difetto di giurisdizione nel processo amministrativo*.

³⁹ Trib. Verona, 28 février 2014, cité par P. MARIOTTI - P. MASINI, *La Tabella del danno da abuso del processo*, précité, p. 103.

⁴⁰ S. PATTI, *Le clausole generali nel diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 25.

la réserve de loi en matière processuelle qui découle des articles 101, 108 et – aujourd’hui – 111 de la Constitution, et qui devrait interdire au législateur de déléguer au juge la détermination des règles du procès⁴¹.

Pourtant, il y a des endroits où la loi n’arrive pas, soit parce que l’activité demandée au juge impose de recourir à sa prudence (c’est le cas, par exemple, de l’évaluation concernant l’admissibilité des modes de preuve, lorsque la loi ne les admet que s’ils sont « indispensables », ou « nécessaires ») ; soit, tout simplement, parce que la pratique ne cesse pas de démontrer qu’il n’est pas possible de tout prévoir. Autrement dit, parce que la pratique montre l’existence d’une lacune.

Tel a été (et est toujours) le cas de la notification des actes de procédure qui n’aboutit pas pour des raisons non imputables au notifiant. A défaut de règle précise, la jurisprudence de la Cour de cassation a longtemps affirmé que, dans ce cas-là, le notifiant doit se réactiver dans un « délai raisonnablement limité »⁴² ; mais le recours à ce concept, celui de la « raisonabilité », avait eu pour résultat de laisser au juge du fond une grande marge d’appréciation, fondamentalement sans appel. En fait, comme raisonabilité va toujours de pair avec discrétion, et la Cour normalement refuse de juger sur l’application des pouvoirs discrétionnaires du juge du fond, le résultat d’une telle jurisprudence était qu’on ne pouvait pas se pourvoir pour contester l’appréciation du juge sur la rapidité de la deuxième notification.

⁴¹ Il est discuté si la réserve de loi portée par l’art. 111 Const. (dans le texte résultant de la réforme portée par la loi. const. 23 novembre 1999, n. 2) soit absolue – G. COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo civile»*. *Le garanzie*, in M.G. CIVININI - C.M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano, 2001, pp. 259 et suiv.; Id., «Giusto processo» e procedure concorsuali, in *Foro it.*, 2001, I, cc. 3451 et suiv.; A. PROTO PISANI, *Relazione conclusiva*, in M.G. CIVININI - C.M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo*, précité, pp. 319 s.; Id., *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, cc. 241 et suiv.; M. CECCHETTI, voce *Giusto processo (Diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, pp. 612 et suiv.; M. MENGOLZI, *Giusto processo e processo amministrativo*, Milano, 2009, p. 90) – ou relative (M. BOVE, *Art. 111 Cost. e «giusto processo civile»*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 497; L.P. COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, in *Nuova giur. civ.*, 2001, II, pp. 12-15; Id., *Il «giusto processo» civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 744-747; G. VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del «nuovo» art. 111 cost.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, pp. 1188 s., note 7.; Id., *Riserva di legge ex art. 111, comma 1º, cost. e rito camerale uniforme*, *ivi*, 2012, pp. 557 s.).

Mais pour l’affirmation qu’une réserve de loi dans le domaine du procès civil était déjà comprise dans les art. 101 et 108 Const., même avant la réforme de l’art. 111, voy. F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999, pp. 85 et suiv.

⁴² Selon le principe énoncé par Cass., sez. un., 24 juillet 2009, n. 17352, « [d]ans le cas où la notification d’un acte de procédure à accomplir dans un délai péremptoire n’est pas conclue positivement en raison de circonstances non imputables au demandeur, ce dernier, le cas échéant, a le droit et la charge de demander le recouvrement de la procédure de notification, et la notification qui en résulte, aux fins du respect du délai, prendra effet à compter de la date de l’activation initiale de la procédure, à condition que la reprise de celle-ci ait eu lieu dans un délai raisonnablement limité, portant également en tenant compte des délais nécessaires selon la diligence commune pour prendre connaissance de l’issue négative de la notification et acquérir les informations complémentaires nécessaires en conséquence ».

C'est vraisemblablement pour cette raison qu'en 2016 la Cour de cassation⁴³ a estimé nécessaire fixer un délai maximum une fois pour toutes, en précisant qu'il faut que – sauf cas exceptionnels, à justifier – le notifiant entame une nouvelle procédure de notification dans la moitié du délai initial. Bien évidemment, face à une règle précise telle que celle donnée par la Cour, il est aujourd'hui possible de se pourvoir pour cassation lorsque le juge du fond a refusé de reconnaître la réactivité de la deuxième notification, si la procédure a été entamée dans le délai cité.

Mais l'arrêt de 2016 suscite au moins 2 perplexités, qui sont strictement liées.

En premier lieu, comme la limitation (et non plus « autolimitation ») a finalement introduit une règle de procédure contraignante pour les parties (alors qu'en Italie, comme j'ai déjà rappelé, le procès, pour être équitable, doit être réglé par la loi), on peut douter de la légitimité de l'opération et, en tout cas, de l'opportunité du choix de la Cour de ne pas moduler les effets de l'arrêt, sous couverture qu'il ne constituait pas « revirement de jurisprudence ». En effet, l'arrêt de 2016 ne pose même pas le problème de la modulation ; néanmoins, on peut penser que le raisonnement implicite ait été le même que celui conduit par un arrêt successif, rendu en 2018⁴⁴, dans lequel la Cour estime que les Sections unies n'avaient eu pour but que de « définir les contours du critère du « délai raisonnable » précédemment énoncé » ; ce qui n'aurait pas donné lieu à une hypothèse de revirement de jurisprudence, qui requiert – selon la jurisprudence de la Cour de cassation – un changement de jurisprudence opérant de manière inattendue et soudaine sur l'orientation antérieure consolidée, qui à son tour justifie l'exigence de protéger la confiance légitime sur l'application consolidée de la règle précédemment énoncée⁴⁵.

Il s'agit d'un raisonnement *formellement* correct – comme il est vrai que le cas d'espèce ne rentrait pas dans la notion d'*overruling* envisagée par la jurisprudence – mais qui ne peut pas être partagé. En fait – pour revenir à la deuxième perplexité – il faut souligner que le délai choisi a été établi par la Cour sans donner des vraies raisons.

Si dans le cas des *tabelle di Milano* la Cour n'a fait qu'affirmer la solution déjà partagée par la plupart des Tribunaux nationaux, et si dans l'interprétation de l'art. 96, alinéa 3, il y a des clairs indices normatifs qui suggèrent de fixer la limite supérieure de la somme au double des frais de justice, dans ce cas-là la Cour n'a fait que mentionner 2 précédents où la deuxième procédure de notification (entamée une semaine après la communication de non-aboutissement de la première) avait été jugée opportune⁴⁶ avant de conclure que « du système,

⁴³ Cass., sez. un., 15 juillet 2016, n. 14594, in *Giur. it.*, 2017, p. 860, note E. BERTILLO, *Le Sezioni unite e la riattivazione della notificazione non andata a buon fine*; in *Ilprocessocivile.it*, 1^o giugno 2016, note R. GIORDANO, *Le Sezioni Unite precisano il termine entro il quale deve essere rinnovata la notifica non andata a buon fine*.

⁴⁴ Cass., 5 avril 2018, n. 8445,

⁴⁵ Cass. 11 juillet 2011 n. 15144.

⁴⁶ Il s'agit de Cass., 30 septembre 2011, n. 19986, et de Cass., 19 novembre 2014, n. 24641.

une limite maximale du temps nécessaire pour reprendre et terminer la procédure de notification relatif aux recours peut également être déduite [...]. Ce délai peut être fixé à un montant égal à la moitié du temps indiqué pour chaque type de recours par l'art. 325 c.p.c. [...] Si ces termes sont jugés appropriés par le législateur pour mener à bien un ensemble beaucoup plus complexe et exigeant d'activités nécessaires pour concevoir, rédiger et notifier un acte de recours à partir du moment où la disposition à attaquer a été publiée, on peut raisonnablement en déduire que l'espace de temps relatif à la solution des problèmes dérivant des difficultés de notification ne peut à lui seul dépasser la moitié d'entre eux, sauf preuve rigoureuse du contraire (par exemple, relatif à des difficultés très particulières pour trouver l'adresse d'un nouveau cabinet d'avocat) ».

Or, il est vrai que le raisonnement conduit par la Cour, ainsi que le résultat rejoint, apparaissent en soi raisonnables ; mais il est également évident qu'il y aurait eu beaucoup d'autres alternatives : et c'est exactement l'existence d'alternatives qui démontre que, dans ce cas-là, la Cour n'a pas *concrétisé*, mais *créé* la règle⁴⁷.

Ces considérations sont évidemment à la base d'un arrêt récent⁴⁸, dans lequel la Cour a jugé que le principe affirmé par la Cour en 2016 n'était pas applicable au cas d'espèce, comme il aurait eu, dans ce cas-là, une application rétroactive. Plus précisément, selon ce dernier arrêt, « la détermination par voie juridictionnelle d'un délai relève de la notion d'*overruling* processuel, et par conséquent ce délai ne peut être appliqué rétroactivement, afin de protéger l'effectivité du droit d'action et de garantir la confiance légitime créée par la partie qui s'est sans faute appuyée sur les principes de droit consolidés lors de l'exercice d'une activité procédurale (Cass. S.U. n° 15144 de 2011). | En particulier, l'introduction, intervenue en 2016, d'un délai limité à quinze jours, dans lequel la reprise de la procédure de notification du recours doit être effectuée, afin d'en éviter l'irrecevabilité [...], ne peut affecter la reprise de la procédure de notification effectuée en l'espèce en 2012, lorsque il était accepté le différent principe selon lequel la procédure de notification pouvait être reprise "dans un délai raisonnablement limité en tenant compte du temps nécessaire selon la diligence commune pour connaître le résultat négatif de la notification et pour obtenir les informations complémentaires nécessaires en conséquence" »; délai dont l'appréciation, dans le cas spécifique, était laissée de temps à autre à la prudente appréciation du juge.

⁴⁷ Ce constat se lie aux conclusions d'un ouvrage récent, dont le but est d'établir les conditions de la modulation des effets des arrêts, et qui a souligné que l'un des facteurs dont il faut tenir compte est la nature – rigide ou souple – du contexte décisionnel (T. ARRUDA ALVIM, *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*, 2^a edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, 2021, pp. 43 et suiv.) et que le contexte décisionnel en matière de procédure est rigide ; ce qui mène à la conclusion que toute interprétation nouvelle dans ce domaine constitue *overruling*, et doit être modulée (*ibid.*, pp. 231 et suiv.).

⁴⁸ Cass., 24 octobre 2022, n. 31346, in *Ilprocessocivile.it*, 3 janvier 2023, note F. AGNINO, *Overruling e termine per riattivare il procedimento notificatorio: la Cassazione esclude la portata retroattiva*.

Or, au-delà de toute considération concernant le domaine spécifique dans lequel la Cour est intervenue, ce qui est intéressant à souligner est que la conclusion aurait pu être différente, et la qualification de revirement être exclue, si la Cour s'était appuyée sur davantage de précédents (et, notamment, sur des précédents de fond) : en ce sens, l'*open data* des décisions de justice pourrait donc à la fois fonder la légitimation des décisions de la Cour de cassation qu'il serait autrement difficile de ne pas qualifier d'arrêts de règlement⁴⁹ et permettre au justiciable de régler sa conduite tout au long du processus, évitant le risque de ne découvrir que des années plus tard que... il aurait dû suivre une règle qui n'existait pas au moment où il a agi.

3. Conclusions

Les trois cas que j'ai porté à votre attention sont très différents, et posent des problèmes différents, mais ils témoignent d'un même phénomène : celui du besoin de la règle. En effet, bien que la doctrine (tout au moins, celle italienne) soit plus souvent appelée à critiquer le fait que le juge – et les juges suprêmes en premier lieu – montrent une tendance à déroger à la loi, il est presque paradoxal de constater que, lorsqu'il n'y a pas de règle à déroger, c'est le juge même qui la conçoit... dans le but de la suivre.

Si ce constat permet de justifier le premier point que j'ai soulevé au début (le caractère transversal du phénomène), et si je crois avoir déjà expliqué, au cas par cas, l'utilité de l'IA pour le réguler, je n'ai plus qu'à justifier ma dernière affirmation, c'est-à-dire que le thème échappe aux principales objections soulevées contre l'ingérence de l'IA dans l'activité juridictionnelle.

On sait qu'on craint le risque qu'une meilleure connaissance de l'état de la jurisprudence – telle qu'exprimée en pourcentage, plutôt que résultat de la recherche personnelle du juge – détermine un effet performatif, et incite ainsi le juge à simplement se conformer. Ce qui, d'une part, risquerait de cristalliser la jurisprudence, et donc d'arrêter l'évolution du droit, et d'autre part porterait atteinte à l'indépendance du juge, qui ne doit être soumis qu'à la loi.

Mais ces objections, qui ne sont pas en général sans mérite, apparaissent beaucoup moins pertinentes par rapport au domaine limité dont il est question : ici c'est la jurisprudence elle-même qui *veut* se donner une règle, car la loi ne le fait pas. Et, puisque le juge, s'il ne peut se conformer à la loi au sens strict, est de toute façon tenu de se conformer au droit, et que l'on peut dire aussi que la coutume judiciaire (c'est-à-dire la jurisprudence au sens strict, distincte du précédent) fait partie du droit, il n'y a pas non plus de problème d'indépendance.

⁴⁹ Voy. *supra*, note 12.

La jurisprudence *praeter legem* s'oblige déjà elle-même, et l'IA ne fait que faciliter la découverte et l'explication de ce qui est déjà « droit vivant ».

Valentina Capasso

Ricercatrice dell'Università degli Studi di Napoli Federico II