

Présentation

René SEVE

Directeur des Archives de philosophie du droit

La consommation énergétique des ordinateurs (notamment des grandes « fermes » de bases de données) reste quantitativement très inférieure à celle des transports, des déplacements physiques des individus et des marchandises. Mais, qualitativement, le fonctionnement des ordinateurs et des communications correspond à des transports de calculs, d'idées et d'images, finalement d'intelligence et d'imagination, d'« émorationalité » selon un néologisme évocateur. La dimension, sinon métaphysique, au moins historique, de ces phénomènes n'en est que plus capitale. L'humanité, dans les pays développés, coproduit avec ou a transféré aux ordinateurs toutes ses activités dans des proportions considérables : recherche scientifique quels que soient les domaines, activités financières, forces et dispositifs militaires, gestion des infrastructures, des systèmes de santé, pilotage des machines et des installations industrielles, relations sociales professionnelles externes ou internes à l'entreprise, relations aux administrés¹, loisirs et plus récemment relations privées.

Enfin, c'est peut-être l'organisation politique, juridique, « citoyenne » qui semble la moins impactée par ces tendances de fond. Le vote électronique reste peu développé ou limité aux échéances électorales normales. La fabrique législative du droit et sa diffusion commencent à peine à

¹ L'année dernière, le rapport du député F. Riester avait néanmoins signalé, hors administration fiscale, la présence parfois confuse et redondante de l'État sur Internet : pas de cohérence dans les dénominations, dans le référencement (avec risque de parasitage de sites privés), dans les renseignements fournis, dans le niveau d'authentification demandé aux usagers, dans l'actualisation, etc (*cf. L'Amélioration de la relation numérique à l'usager*, rapport remis à Nathalie Kosciusko-Morizet, février 2010).

s'automatiser (*cf.* ci-après l'article de Jean Maïa) ; l'activité judiciaire (ou les modes alternatifs de résolution des conflits) s'essaye seulement depuis une période récente à la numérisation puis à la dématérialisation des procédures², vidéosurveillance et bracelets électroniques restent disputés et, en général, prudemment développés.

Il y a de sérieuses raisons à ce rythme lent. Une raison économique générale évidemment : des activités monopolistiques par nature, les activités régaliennes, sont moins incitées à la recherche de gains de productivité que des activités concurrentielles. Laurence Kiffer le confirme indirectement, en décrivant les *process* dématérialisés de l'arbitrage, plus développés que ceux des juridictions étatiques. Mais, plus fondamentalement, une informatisation poussée de ces fonctions de souveraineté, qui visent à maintenir la structure même de l'ordre politique, fait immédiatement planer le spectre de *Big Brother*, d'une société où les individus seraient manipulés par des ordinateurs, au mieux bienveillants, surveillés par des robots, fichés du berceau à la tombe.

Cette réticence est légitime mais ne peut pallier un sentiment de décalage. Jadis, parmi les notables, l'on comptait *mutatis mutandis*, le juge (accompagné de l'avocat) et le médecin, hommes de savoir et de savoir-faire, d'expérience, d'équanimité, voire de désintéressement, chacun chargé de guérir, pour ainsi dire, maux sociaux ou maux personnels (physiques en premier lieu) avec un mélange subtil de déduction et d'intuition. Aujourd'hui, beaucoup de médecins travaillent, en présence ou à distance (souvent intercontinentale), au sein d'équipes appuyées sur les ramifications d'une technoscience totalement informatisée (avec ses dérives toujours possibles)³. L'intuition y est la partie émergée de systèmes de bases de données et souvent d'aides à la décision. Le geste, pour les interventions complexes, est celui des bras articulés de robots chirurgiens.

De prime abord, le juge et l'avocat semblent restés en arrière de ces progrès technologiques. Sans dévoiler un cyber-droit, qui n'existe pas, la partie principale de ce volume tend cependant à rectifier cette image passéiste.

Tous les métiers du droit se sont en effet considérablement modernisés, à toutes les étapes de la chaîne, de la loi au contrat, si l'on peut dire. Cette évolution ne manque pas de poser de nombreux défis, car elle modifie des valeurs, des pratiques, des intérêts. Beaucoup des articles de ce volume sont consacrés à l'analyse de ces changements. Dans leurs articles, Catherine Clément et Jean Gasnault montrent magistralement que la structure et la concurrence entre les « *law-firms* » en est structurellement modifiée. Nathalie Moureau fait de même à propos de l'édition juridique. Luc Ferrand et Philippe Ingall-Montagnier décrivent l'évolution pragmatique des chaînes civiles et pénales et

2 Dans le premier cas, les documents papier sont scannés, dans le second ils sont dès l'origine informatisés (virtualisés).

3 Sans revenir aux analyses illitchiennes, la technoscience médicale, dont chaque élément a sa propre équation économique, manifeste une tendance naturelle, qu'il faut réguler, à sur-médicaliser et surdépister.

Bruno Martin-Laprade celle, plus volontariste, des juridictions administratives. Plus généralement, on assiste à un changement de la culture du monde juridique dans tous ses éléments constitutifs.

Cette évolution peut soulever des réticences. Les *Cahiers de la justice*⁴ ont par exemple consacré leur dernière parution à la « Visioconférence dans le prétoire ». L'introduction, l'extension ou le confinement de cette technologie à des procédures en nombre limitatif renvoient à des questions fondamentales. Intuitivement, la visioconférence semble aller à l'encontre du « principe dit de présence ou d'immédiateté qui fait du contact physique entre les parties et le juge une garantie de bonne justice »⁵. Mais quelles sont la portée et la valeur de cette intuition ?

Certes, la visioconférence ampute, ou en cas de changement de plans, rend aléatoire, le champ de vision naturelle, modifie les ambiances sonores et, en ce sens, elle diminue l'espace de l'intersubjectivité des acteurs du procès. Mais est-ce dans un sens contraire à la justice ? Comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a relevé dans l'affaire *Viola c. Italie*, la visioconférence peut aussi atténuer les pressions exercées sur la Cour, ou sur les témoins, notamment lorsque l'appelant appartient à une organisation capable d'« influencer la vie publique et d'infiltrer les institutions ». Dans ce cas, certes extrême, la médiation technologique semble jouer un rôle protecteur du procès équitable⁶.

Plus fondamentalement, hormis des cas très typés (à un pôle, le criminel partie d'un « contre-pouvoir », susceptible de menacer les institutions, à l'autre, la visioconférence techniquement défailante, floutant les images et hachant les sons), il est très difficile de déterminer en quoi la médiation technique fausse partiellement le jugement parce qu'il l'est encore davantage de déterminer en quoi précisément la coprésence est une condition de validité et surtout de justesse.

Une étude très récente et très commentée⁷ a montré que des audiences en parfaite coprésence aboutissaient à des décisions contrastées et statistiquement corrélées aux heures de passage des requérants. Bien au-delà de la visioconférence, se profile donc la question du jugement judiciaire dont l'humanité implique doutes, hésitations, choix réfléchis mais faillibles, alors que les technologies et globalement l'intelligence artificielle laissent anticiper des raisonnements plus analytiques, plus complexes, moins biaisés, donc peut-être plus justes. Sandrine Peraldi et Danièle Bourcier montrent toutefois les limites d'un scénario de substitution à l'intelligence humaine de l'intelligence

⁴ *Les Cahiers de la justice*, 2011, 2.

⁵ Avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme sur le projet LOPPSI 2, cité par Marc Janin, « La Visioconférence à l'épreuve du procès équitable », *op. cit.*, p. 25.

⁶ Jean Danet, « Vers une nouvelle oralité ? », *op. cit.*, p. 76, fait remarquer aussi que la Visioconférence peut également favoriser la stratégie judiciaire d'un prévenu ou d'une victime.

⁷ S. Denzinger, J. Levav et L. Avnaim-Pesso, « Extraneous Factors in Judicial Decisions », *PNAS*, fév. 2011.

artificielle. Des questions fondamentales de compréhension du langage naturel, qui est celui du droit, par les ordinateurs ne sont pas encore résolues (malgré le succès emblématique du Watson d'IBM), comme l'illustrent les lents progrès de la traduction automatisée ou des systèmes directement décisionnels.

Mais cette interrogation peut être généralisée du jugement judiciaire proprement dit à toutes les expertises qui l'entourent ou le préparent. En matière pénale, beaucoup de travaux ont depuis longtemps comparé la fiabilité prédictive (pas absolue toutefois) des expertises psychiatriques, notamment de dangerosité, opérées par des programmes d'ordinateurs par rapport à l'expertise classique⁸.

Le développement des ordinateurs émotionnels permettant de décoder les attitudes ou les émotions ne pourra que développer cette tendance, au-delà de la psychiatrie mais plus largement dans le champ de l'expertise psychologique. L'intelligence artificielle semble permettre d'améliorer le jugement de l'expert en s'appuyant sur davantage de paramètres à partir de vastes bases de données qui peuvent en étudier les combinaisons statistiques, et, ce qu'il ne faut pas négliger, en le protégeant également de certains biais émotionnels⁹.

Mais, comme le rappelle D. Bourcier, le législateur a cependant cherché à élever une muraille de Chine entre la robotisation des modèles et des « décisions » calculés ou proposés par ordinateur et la compréhension (*Einführung*) de la liberté et de l'humanité, notamment quand elle touche à la personnalité. L'article 10 de la loi du 6 janvier 1978, modifiée en 2004, stipule que :

« Aucune décision de justice impliquant une appréciation sur le comportement d'une personne ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité. »

Il y a plusieurs manières d'entendre ici le mot fondement. La première est restrictive, formelle, kelsenienne : par définition, une décision de justice repose sur l'autorité du juge, son habilitation à juger, définie par l'ordre normatif ; dans cette mesure l'article 10 va de soi. La deuxième est plus dense : la motivation du jugement doit prendre en compte une pluralité d'éléments,

8 Kobak KA, Taylor LH, Dottl SL, *et al.*, « Computerized screening for psychiatric disorders in an outpatient community mental health clinic », *Psychiatr Serv* 1997 ; 48 : 1048-1057 ; Kobak KA, Greist JH, Jefferson JW, *et al.*, « Computer-administered clinical rating scales. a review », *Psychopharmacology* 1996 ; 127 : 291-301 ; Carr AC, Ghosh A, Ancill RJ, « Can a computer take a psychiatric history ? », *Psychol Med* 1983 ; 13 : 151-158 ; Spinhoven P, Labbe MR, Rombouts R, « Feasibility of computerized psychological testing with psychiatric outpatients », *Jal Clin Psychol* 1993 ; 49 : 440-447.

9 Ce qui est vrai en matière de criminologie, ou d'enquêtes psychosociales, l'est évidemment tout autant en matière économique. L'expertise portant sur la solidité d'une entreprise, ses capacités de redressement ou plus simplement sa valeur (par exemple en cas de contestation d'un rachat par les minoritaires) peut être (est déjà) puissamment assistée par une utilisation intensive des modèles et des simulations opérés par les ordinateurs.

notamment l'expression même de la personne, – qui n'est pas comme sujet de droit, une matière évaluable par une machine –, mais aussi de ses proches, des témoins, ou des victimes éventuelles. En bref, l'évaluation par ordinateur ne doit pas suppléer l'intersubjectivité. Enfin, l'article peut être compris pour davantage que ce qu'il dit. L'évaluation automatisée devrait être réduite à une portion congrue, voire écartée, si tant est qu'elle existe. Il va s'en dire qu'une telle lecture ne favorise pas la R & D en psychologie, psychologie sociale, psychiatrie, neurosciences, etc, alors que beaucoup de détresses psychologiques ou de violences pourraient peut-être s'en trouver mieux anticipées, ou prises en charge dans toutes leurs conséquences.

Évidemment, les biais technologiques optimistes doivent être corrigés. Le développement des ordinateurs connectés, parce qu'il imprègne l'ensemble des relations commerciales, professionnelles, sociales, offre autant d'espaces criminels ou délictuels avec une dimension internationale systématique. Il va créer des besoins en compétence nouveaux chez les magistrats et peut impacter, clairement à la hausse, les frais de justice consacrés aux expertises informatiques sur le *hardware* ou le *software*. Philippe Ingall-Montagnier décrit très bien ces nouveaux développements (cyber-patrouilles, perquisitions électroniques...). La coopération juridique et judiciaire internationale, puisque la moindre PME peut, y compris sans le savoir, disposer d'un site à l'étranger, va rencontrer des défis incommensurables. Certes, on peut considérer que ces phénomènes améliorent la création de normes et d'espaces juridiques communs, mais l'on ne peut l'espérer qu'à moyen terme, laissant une économie criminelle souterraine et labile prospérer. D'où l'analyse présentée dans son article par Noël Pons : pour lui, ce sont les politiques de sécurité, éventuellement privées, et non le droit, qui constituent le remède indispensable à court terme. Il y a là un vrai paradoxe pour l'approche classique. Internet transcende les limites territoriales reconnues par le droit international, propose « un monde sans frontières et sans drapeaux » (N. Leroy), au moins apparents, mais fonctionne en sous-jacent sur des territoires protégés¹⁰, par des acteurs privés définissant et finançant leurs propres politiques de sécurité. Dans le monde virtuel, on assiste ainsi à un réinternalisation de la protection, les États ayant déjà fort à faire pour affronter les coûts croissants de la guerre virtuelle, une guerre tiède permanente.

Mais si l'État est limité dans ses capacités, l'article de Déborah Potelle et Lionel Maurel montre néanmoins, – ce qui est logique dans un monde où les structures administratives hiérarchisées et cloisonnantes, qu'elles soient publiques ou privées, sont mises à mal par les NTIC –, que les nouvelles compétences et la nouvelle culture se développent spontanément parmi les acteurs du droit eux-mêmes. Réseaux sociaux, blogs, *open data*... constituent le

10 Ou supposés l'être, cf. le *hickjacking* massif dont furent victimes Sony et ses clients au premier semestre 2011 ou les risques signalés régulièrement pour Facebook, Twitter, etc.

[p. 1-6]

R. SEVE

Arch. phil. droit 54 (2011)

cadre de vie normal pour les générations montantes de magistrats, de greffiers et d'avocats (sans oublier les notaires ou les huissiers).

Ce dynamisme des juristes eux-mêmes ne doit pas cependant faire oublier que l'accès au e-droit ou à l'e-justice peut devenir plus difficile dans un contexte social de fracture numérique, économique, générationnel, géographique, où, comme il est fréquent, les mêmes publics cumulent plusieurs, voire tous les handicaps. Il est vrai qu'avant la *e-litteracy*, il y a la *litteracy* tout court et que les technologies de l'information ne sont pas des *dea ex machina*, au moins pas dans n'importe quelles conditions. Mais puisque l'informatique, les capteurs et les implants électroniques dorénavant, du moins en laboratoire, font voir les aveugles et entendre les sourds, il n'est pas interdit de penser que des nouvelles présentations des droits et des devoirs (pas des mises en ligne d'articles du Code civil), des formulaires interactifs, des guides pratiques, disponibles en multi-support, des avatars (comme les grands services publics en développement) pourront permettre des approches plus inclusives du droit pour les justiciables.

Comme en toutes choses, les développements technologiques, de leur mise au point à leur déploiement à grande échelle, reposent toutefois sur un alignement des incitations, un partage équilibré des gains de productivité numérique, qu'entre la multiplicité des acteurs publics et privés, il n'est pas toujours facile de tracer. Cette juste répartition conditionne *in fine* le développement d'une bonne e-justice.



reneseve75@aol.com