

Les défis d'une justice à l'ère numérique de « stade 3 »

Par Harold ÉPINEUSE
et Antoine GARAPON

Institut des Hautes Études sur la Justice

Tous les secteurs de la vie sociale sont bouleversés par la révolution numérique. Pas plus le droit que ses institutions, regroupées au sein de la justice, ne peuvent y échapper, mais comment s'y adapter ? Comment réussir la transition numérique ? Quelques lignes de force semblent déjà se dessiner, qui orientent la réflexion prospective dans trois directions. La première concerne la prise de conscience des nouveaux enjeux qui s'avèrent plus fondamentaux que ce qu'on l'avait imaginé au premier abord. La deuxième touche aux méthodes de travail et la troisième oblige à redéfinir les missions.

Prendre la bonne mesure de la révolution en cours

Une erreur, dont souffrent nombre de réformes, consiste à prétendre s'adapter à un défi que l'on n'a pas, ou mal, identifié préalablement. Ainsi la transition numérique est-elle souvent réduite à une révolution exclusivement technique qui procéderait d'une accumulation sans précédent d'innovations, alors qu'elle consiste en une révolution avant tout *symbolique*. Une révolution symbolique est un bouleversement complet qui atteint les médiations à travers lesquelles on appréhende le monde. Le numérique s'introduit dans nos vies comme un accélérateur du temps et un démolisseur de l'espace. Mais il porte en même temps une nouvelle conception de la démocratie par une redéfinition de l'humain que nous révèle son évolution en « stade 3 ».

Les trois stades de l'impact du numérique

L'impact du numérique sur la justice a connu trois stades. Il s'est d'abord imposé comme un *secteur d'activité* pour la recherche puis l'industrie : un secteur relativement jeune puisqu'il ne compte que quelques dizaines d'années ; un secteur à partir duquel s'est développé un droit particulier dont l'importance ne cesse de croître et qui a engendré en quelques décennies des juristes très spécialisés – on n'ose parler de niche – joignant à leur maîtrise du droit de bonnes connaissances techniques.

Lors du deuxième stade, on a vu dans les outils numériques un agent facilitateur du traitement du stock et du flux de l'information. Le numérique de ce deuxième stade se présente comme un accélérateur de la justice qui bouleverse peu à peu l'économie du droit et l'anthropologie de ses métiers en réalisant des tâches auxquelles correspondaient autrefois des statuts, et à l'inverse, en faisant la promotion de nouveaux métiers dont la fonction importante excède les statuts en place. Le récent rapport de l'Institut Montaigne a poussé jusqu'au bout cette logique de facilitation par le numérique, en imaginant ce que pourrait être une justice « digitale par défaut » (expression choisie par la justice anglaise).

Mais à peine les réformes sont-elles mises en place dans le but de faciliter l'administration de la justice que l'on voit se profiler un troisième stade : celui, précisément, d'une révolution symbolique, qui exige de repenser l'intégralité des métiers et des missions de la justice à partir non plus de la technique mais de la société qu'elle produit. Le service aux usagers et la fluidification de l'institu-

tion sont infiniment nécessaires, et il faut mener à bien ces chantiers. Mais ces derniers semblent périphériques par rapport à un enjeu autrement plus profond et inquiétant : une redéfinition du droit et du juge, le numérique prétendant rivaliser avec le raisonnement juridique et donner les moyens d'un résultat plus *juste*. C'est ce que nous proposons d'appeler le « stade 3 » pour le distinguer des précédents car il pose des défis monumentaux en comparaison des deux premiers.

Dans ce troisième stade, le droit, tel qu'il s'exprime par exemple dans les smart contracts, n'a plus nécessairement de forme écrite. Des ingénieurs peuvent trouver des solutions juridiques, et l'on est de moins en moins sûr que les hommes, avec leurs biais cognitifs, soient les mieux placés pour rendre justice. Les rapports entre le fait et le droit sont recomposés sous la forme de programmations, d'agrégations, de corrélations et de recommandations. Des décennies après les imperfections des premiers systèmes experts, cette justice numérique, qui prend aujourd'hui son élan grâce à la collaboration entre informaticiens et juristes, finit par produire une nouvelle normativité qui n'a en réalité plus grand-chose à voir avec le droit.

Réaffirmer les vertus de la puissance publique contre l'idéologie libertarienne du numérique

Ces considérations paraîtront bien abstraites à certains et pourtant, cette prise de conscience est d'une importance cruciale. Les pouvoirs publics doivent résister à la « ringardisation » à laquelle voudraient les acculer le parti du progrès et la « communauté » Internet. L'État doit prendre garde à ne pas se faire déposséder du pouvoir sur les représentations de ce qui se passe, pouvoir qui est la véritable source de l'autorité. Il ne doit pas abandonner son pouvoir aux seules startups, qui y ont trop d'intérêt et dont il ne faut pas sous-estimer les rodomontades. Le champ du numérique est aujourd'hui pensé par une idéologie, sinon libertarienne, du moins très hostile aux institutions en général et à la justice en particulier. Le ressort de ce discours tellement influent qu'on en arrive à le confondre avec le numérique lui-même est précisément de « ringardiser » ses détracteurs et quiconque voudrait le réguler de manière contraignante.

Reconsidérer l'organisation du travail

Pour le dire d'un mot, et de manière un peu provocatrice, le numérique se pose non plus en facilitateur mais en *concurrent direct* de la plupart sinon de toutes les fonctions juridiques. C'est vrai de l'information juridique mais aussi de la défense et du jugement. « Ce que font les juges, les avocats, les notaires et le ministère de la Justice, nous sommes en mesure de le faire plus vite, moins cher, de manière plus fiable, plus rigoureuse, bref mieux qu'eux », disent les machines. Il s'agit d'un mythe, bien sûr, mais il a largement pénétré l'esprit de nos contemporains et créé autant de craintes chez les uns que d'attentes chez les autres. Le mythe de la délégation aux machines fait caresser l'espoir que toutes les fonctions judiciaires pourraient se voir remplacées par des ordinateurs, voire être mieux accomplies par eux que par des hommes. Rien ne sert de dénoncer la fausseté de cette représentation collective si l'on ne réforme pas, pour l'affronter, les méthodes de travail de la justice.

Le théorème de Katz doit être pour le ministère de la Justice la règle d'or en la matière. L'universitaire américain pose en effet l'équation :

$$(\text{hommes} + \text{machines}) > \text{homme} + \text{machine}$$

autrement dit : les hommes qui apprendront à bien maîtriser les machines seront toujours plus forts que l'addition simple des hommes seuls et des machines seules. Ainsi, les professions qui se sortent de la révolution numérique sont celles capables de se penser numériquement, c'est-à-dire de redéfinir leur plus-value en complément et non en opposition ou en remplacement de la machine.

Comment gérer une institution productrice de richesses ?

La révolution numérique a aussi des effets inattendus en faisant de chacun de nous un consommateur, mais aussi un producteur d'informations. D'où une nouvelle économie qui est encore largement à inventer, car cette confusion nouvelle des rôles de consommateurs et de producteurs, très visible sur le plan individuel, se vérifie également sur le plan collectif. Ce qui fait de la justice non seulement un possible utilisateur payant de services informatiques, mais aussi, à terme, un immense producteur d'informations et donc de richesses.

La loi pour une République numérique a enjoint à l'institution judiciaire d'organiser la mise à disposition du public des décisions de justice. Elle s'y voit contrainte par un principe de transparence, mais aussi au terme d'un raisonnement qui montre qu'elle n'a pas saisi véritablement tous les enjeux soulevés par ces nouveaux biens communs informationnels. Ces derniers ne sont plus publics d'emblée et offrent une possible rente – problématique – au secteur privé car celui-ci s'intercale entre la loi et ses utilisateurs. L'administration est désormais tenue de livrer gratuitement de la matière première, issue de l'agrégation des données qu'elle a collectées à ses frais, à des intermédiaires privés qui non seulement vont la lui revendre ensuite, après l'avoir retravaillée, mais risquent aussi d'accentuer les inégalités des parties devant la justice puisque seules les plus fortunées pourront y avoir accès. Si l'on définit le droit à la suite d'Oliver Holmes « comme la prévision de ce que décideront les juges », cela a pour conséquence que, sous prétexte de transparence, le ministère de la Justice organise indirectement des obstacles à l'accès à l'information juridique, et donc l'inégalité devant la justice en perturbant l'accès à cette justice. La production de données brutes, dynamiques et en temps réel est une matière première extraordinaire que le ministère de la Justice doit avoir à cœur de ne pas brader et surtout de ne pas transformer en une source d'affaiblissement de ses principes fondateurs, comme l'accès à la justice, et d'appauvrissement de ses ressources, ce qui serait un comble. Le ministère doit donc penser ces enjeux en termes économiques également, non seulement pour protéger sa place, mais aussi pour apporter au Trésor public les ressources dont les juridictions auront besoin demain.

Redéfinir les missions de la justice

Le stade 3 oblige l'ensemble du champ judiciaire à redéfinir le cœur de ses missions. C'est vrai de l'acte de juger lorsque des logiciels dits « prédictifs » sont de plus en plus performants, c'est vrai de la part humaine de la justice en raison de l'apparition de machines de plus en plus capables d'apprendre et de simuler. Le champ est donc immense et nous nous bornerons à ouvrir des perspectives concernant le ministère de la Justice. Ce dernier puise sa raison d'être au cœur même de l'État dans ce que l'on pourrait appeler une dette de justice qui se décompose en trois missions précises, de protection, de juridiction et de signification.

Une dette de protection

La révolution numérique, à l'image de toute technique, est ambivalente : elle apporte d'innombrables bienfaits mais engendre aussi de nouveaux risques. Face à de nouveaux périls, il faut inventer de nouvelles protections. C'était l'esprit de la loi de 1978 dont il faudrait pouvoir retrouver le souffle. Bornons-nous à pointer les différents défis que lance la révolution numérique à ce devoir de protection :

- protection de *la vie privée* des justiciables par l'anonymisation des décisions de justice ;
- protection de *l'audience* contre des pressions ou des intrusions en rappelant le principe d'unicité (contre toutes les prédictions abusives et peut-être en dégageant un principe de sérénité des débats, exempté de tout écho numérique) ;
- protection des juges en se demandant si l'on peut faire n'importe quel rapprochement entre la personnalité du juge et l'affaire traitée ;

- protection enfin de l'acte de juger : certaines corrélations doivent être tout simplement interdites ou faire l'objet d'un contrôle très strict.

On voit fleurir aujourd'hui les comités d'éthique dans le champ des legaltechs qui ont bien compris l'enjeu. Mais ces comités ne peuvent avoir qu'une valeur indicative, émanant d'acteurs qui ont des intérêts très puissants (et parfois contradictoires) dans ce secteur. Le ministère doit donc suivre de près l'évolution des startups, dont certaines sont basées à l'étranger dans des pays qui n'ont pas le même respect que notre pays pour le droit, ou qui appartiennent à d'autres traditions juridiques. Le ministère pourrait faire jouer un système d'accréditation, de classement, voire de mise en garde contre certaines entreprises qui ne répondraient pas à certains standards minimaux.

Il faut également imaginer de nouvelles institutions pour assurer l'effectivité de ces nouveaux droits. Pourquoi ne pas créer une autorité administrative indépendante qui pourrait délivrer des injonctions, voire des sanctions à ceux qui ne se plieraient pas à ses injonctions, à l'image de la Commission nationale de l'Informatique et des Libertés ? L'enjeu de fond est de rappeler les règles dans un milieu qui se joue de toute limite.

Pour s'assurer de la loyauté des algorithmes, pourquoi ne pas instituer un commissaire aux algorithmes comme on a créé en son temps le commissaire aux comptes ? Il serait à la disposition de tout demandeur public, actionnaire ou « partie prenante » pour analyser les algorithmes et plus généralement la technologie utilisée par une société travaillant dans le domaine de la justice.

Une dette de juridiction

L'obligation de juridiction est également renouvelée par le numérique. Elle a pris pendant des siècles la forme que l'on connaît mais qui n'est plus aujourd'hui la solution unique ; l'État pourrait interpréter cette mission comme l'obligation de proposer des *solutions* (terme qui est aussi promu par la révolution numérique). Il profiterait des nouveaux instruments numériques pour offrir une orientation pratique et une *effectivité* que ne fournissent pas les juridictions qui sont assujetties à un grand formalisme. Comment profiter des nouvelles technologies de l'information pour garantir un meilleur accès à une solution effective à la demande de justice ? Faut-il par exemple construire des outils « prédictifs » publics aux fins d'optimiser le travail des juridictions ? Certains pays comme l'Argentine l'ont fait.

Une dette de signification

De telles solutions ne peuvent être envisagées si le ministère ne réfléchit pas en même temps à l'une de ses missions les plus profondes qui ne se borne pas à résoudre les conflits mais les qualifie, en exprimant la signification publique de certains actes. La révolution numérique accorde une prime à l'efficacité au détriment de la signification. Cela oblige en conséquence la puissance publique à préserver, au-delà de ses prestations, le souci d'une fonction signifiante qui est attachée à l'œuvre de justice. La justice doit réinventer le cœur de métier et la fonction symbolique de l'institution dans cette ère nouvelle.

La recherche de méthodes de travail plus collaboratives, plus horizontales et fonctionnelles risque de faire passer à l'arrière-plan la fonction symbolique qui est pourtant essentielle. Mais celle-ci ne pourra être préservée dans ses formes anciennes. Ce n'est pas si grave car il s'agit d'une fonction et non d'une forme, mais reste à savoir comment désormais l'investir. En inventant une nouvelle économie symbolique qui distingue entre les affaires très fortes sur le plan symbolique et qu'il faut soigner en leur consacrant du temps, des ressources juridiques et des moyens – les affaires de référence –, et d'autres qui peuvent être plus techniques mais qui se nourrissent des premières. En imaginant un habillage qui signale la présence de l'autorité publique sous sa forme numérique. En définissant enfin une frontière des affaires qui ne peuvent être traitées que de manière humaine, parmi lesquelles les contentieux relatifs à la personne, les tutelles, les affaires de mineurs.