



HAL
open science

Les fondements des droits de l'Homme au défi des nouvelles technologies

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Les fondements des droits de l'Homme au défi des nouvelles technologies. O. de Frouville, J. Tavernier. La Déclaration universelle des droits de l'Homme, 70 ans après : les fondements des droits de l'Homme au défi des nouvelles technologies, Pedone, p. 203-217, 2019, 978-2-233-00930-2. hal-02114301

HAL Id: hal-02114301

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-02114301v1>

Submitted on 23 Nov 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les fondements des droits de l'Homme au défi des nouvelles technologies

Conclusions générales

Par Danièle Lochak, Professeure émérite de l'université Paris Nanterre (CREDOF)

in O. de Frouville, J. Tavernier (dir.), *La Déclaration universelle des droits de l'Homme, 70 ans après : les fondements des droits de l'Homme au défi des nouvelles technologies*, Pedone, 2019, pp. 203-217

On doit d'abord se féliciter du choix de l'angle d'attaque proposé, qui nous permet de sortir des discussions éternellement ressassées – auxquelles je confesse prendre régulièrement part – sur l'universalité (proclamée, réelle, fantasmée...) des droits de l'Homme et sur leur effectivité (désirée, inaboutie, inaccessible...). Car les nouvelles technologies représentent incontestablement un défi lancé à notre vision de la liberté, de l'égalité et de la dignité que la Déclaration universelle a placé au fondement des droits de l'Homme. Si elles ouvrent des espaces nouveaux d'autonomie, des possibilités nouvelles d'épanouissement, elles engendrent parallèlement de nouveaux risques pour nos droits et libertés. Et surtout elles en modifient la nature, nous obligeant à nous réinterroger sans cesse sur cette notion si souvent – trop souvent ? – brandie de « dignité humaine ».

Dignité, égalité, responsabilité : ces trois axes qui ont structuré le déroulement de notre colloque ont fourni l'occasion d'aborder des thématiques très diverses, de soulever nombre de questions théoriques dont il n'est pas aisé de rendre compte de façon à la fois synthétique et fidèle. Les conclusions livrées ici sont donc inévitablement empreintes d'une certaine dose de subjectivité.

On peut d'abord s'interroger sur l'impact – positif et négatif – des nouvelles technologies sur l'exercice des droits et libertés, sur les formes inédites de discrimination qu'elles sont susceptibles d'engendrer. Plus fondamentalement, le progrès technique, en même temps qu'il ouvre à l'homme le champ des possibles, confronte l'être humain à des risques de déshumanisation, de dépersonnalisation qui ne sont pas aisément maîtrisables. Nous nous demanderons pour conclure si la réponse aux inquiétudes suscitées par les nouvelles technologies supposerait l'ajout de nouveaux droits au catalogue de la Déclaration universelle et, plus généralement, si l'on peut ou doit compter sur le droit pour endiguer les risques qu'elles comportent pour nos libertés, pour les conditions du vivre ensemble et pour l'idée que nous nous faisons de la dignité humaine.

I. Liberté, égalité, citoyenneté dans un univers numérique

A. Une liberté sous influence

Le progrès technique permet des formes de surveillance et d'immixtion dans la vie privée moins pesantes et donc mieux supportées parce que moins visibles mais qui peuvent être d'autant plus indiscrettes qu'elles sont plus sournoises. La vidéosurveillance, la prolifération des traitements informatisés et interconnectés, l'utilisation croissante des données biométriques, des empreintes génétiques, des dispositifs de géolocalisation sont autant d'exemples de ces nouveaux modes de surveillance qui conjuguent le virtuel et le réel et ouvrent la possibilité d'une traçabilité intégrale des individus, de leurs actions, de leurs comportements.

D'autres menaces d'intrusion dans la vie privée découlent non plus de l'immixtion de l'État ou d'une coercition imposée de l'extérieur, mais de l'usage même que nous faisons de notre liberté, des commodités et des marges d'autonomie supplémentaires que nous offrent les technologies de l'information et de la communication. Le recours à internet – parfois choisi mais de plus en plus souvent imposé – pour tous les actes de la vie quotidienne a pour consé-

quence de multiplier les traces que nous y laissons (cookies, favoris, préférences de navigation, sites consultés...) et qui renseignent sur nos comportements, nos goûts, nos opinions... Sans oublier les informations spontanément livrées sur les réseaux sociaux : répondant au départ à un besoin de communication avec des « amis », le principe même de leur fonctionnement incite à partager un nombre croissant d'informations, y compris touchant à la vie privée, voire à l'intimité, sans que soit clairement perçu le risque de les voir réutilisées sans son consentement.

Une fois collectées, ces données permettent, grâce à des algorithmes sophistiqués, d'en inférer d'autres qui sont exploitées par les grandes entreprises du Net, les fameux GAFAs (Google, Apple, Facebook, Amazon), leur conférant un pouvoir d'influence d'autant plus considérable qu'il reste partiellement occulté. On en arrive ainsi à ce paradoxe qu'en utilisant pleinement sa liberté, l'individu s'expose à subir une forme de déterminisme accru : un déterminisme de l'algorithme, résultant du perfectionnement constant des techniques de profilage. À l'ère des Big Data, le croisement informatisé d'un nombre infini de données permet d'ajuster le discours de l'homme politique ou d'affiner le contenu d'un message publicitaire. Il permet aussi d'anticiper des comportements futurs : grâce à la constitution de « profils », les choix « libres » de chacun sont utilisés pour influencer ses choix ultérieurs, ce qui vaut aussi bien pour le marketing politique que pour la publicité, la vente en ligne, etc.

Si l'on se tourne vers les technologies biomédicales, on retrouve la même tension entre l'élargissement de la sphère des possibles, donc de la liberté, d'un côté, et les risques d'une perte de libre arbitre de l'autre. « Toute personne a le droit [...] de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent », énonce l'article 27-1 de la Déclaration. L'exemple de la biologie et de la médecine atteste que le progrès des connaissances et des techniques renforce la possibilité de jouir d'un certain nombre de droits fondamentaux, tels le droit à la santé ou le droit à la vie. Le développement des greffes d'organes, le dépistage des maladies génétiques, les thérapies géniques, pour n'évoquer que quelques-uns des progrès les plus spectaculaires et déjà tangibles, permettent d'éloigner la fatalité de la maladie et d'améliorer la qualité de vie. L'aide médicale à la procréation permet de surmonter la stérilité et d'élargir la liberté d'engendrer. L'ectogénèse – ou utérus artificiel –, si la technologie doit un jour être mise en œuvre, peut être appréhendée à la fois comme favorisant le droit à la santé en éliminant la mortalité et la morbidité liées à la grossesse et comme un pas supplémentaire vers la faculté pour les femmes de disposer librement de leurs corps. On peut aussi considérer qu'en éliminant la dissymétrie introduite par la grossesse elle va dans le sens d'une plus grande égalité entre les hommes et les femmes (au choix : soit parce que les femmes perdraient ainsi le monopole de l'enfantement, soit à l'inverse parce qu'elles seraient libérées des servitudes de la grossesse). Mais en aval, n'y a-t-il pas un risque pour les enfants « ectogénétiques » d'être stigmatisés par rapport aux enfants nés d'une gestation naturelle ?

De même, si l'accès à la connaissance de ses caractéristiques génétiques peut diminuer les risques de maladie grâce à un traitement ou un mode de vie adaptés, cette connaissance peut aussi, notamment lorsqu'il n'existe aucune thérapeutique correspondant à la maladie diagnostiquée, enfermer l'individu dans le déterminisme de ses gènes. On a conscience, par ailleurs, de ce que la généralisation des tests génétiques entraînera presque inéluctablement de nouvelles formes de discriminations, notamment dans l'accès à l'emploi ou à l'assurance, au détriment de ceux qui sont nés avec les « mauvais gènes », et parfois sur le seul fondement d'un diagnostic de prédisposition, sans autre valeur que statistique. Tout comme les progrès de la médecine prédictive mettront à l'épreuve les dispositifs de solidarité : en déchirant le « voile d'ignorance », c'est-à-dire l'aléa sur lequel reposent les mécanismes d'assurance, ils pourraient bien saper les fondements des systèmes de protection sociale mis en place par l'État providence¹. Si le législateur français a interdit, en 2002, les discriminations fondées sur les caractéristiques génétiques, cette barrière tiendra-t-elle longtemps face à la pression des inté-

¹ Pierre Rosanvallon, *La nouvelle question sociale. Repenser l'État providence*, Seuil, 1995, p. 54-57.

rêts économiques et à la logique de la sélection des risques ?

B. Les métamorphoses du lien social : nouvelles opportunités, nouvelles fractures

On se trouve ici confrontés à une question plus générale : celui de l'impact des nouvelles technologies sur le lien social et sur les risques de voir apparaître de nouvelles formes de discrimination.

Les modèles statistiques servent de plus en plus fréquemment de base à la prise de décision ; or ils enferment les individus dans des catégorisations qui peuvent influencer leur destin ou conditionner l'accès à certains droits. On se rappelle le système « Gamin » qui, dans les années 1970, s'était donné pour objectif, à partir de la modélisation de quelque 170 facteurs de risques médicaux et sociaux, d'établir le profil de « l'enfant à risques », devant donner lieu à une surveillance médicale et sociale prioritaire. Il avait finalement été abandonné². Or aujourd'hui le profilage est devenu la norme pour l'attribution d'un nombre croissant de prestations. Ceux qui, sur la base d'un profil établi statistiquement, ont été assignés à une catégorie stigmatisée : le mauvais conducteur, l'emprunteur à la solvabilité douteuse, l'assuré à risque médical élevé, n'auront qu'un accès limité ou pas d'accès du tout à l'assurance ou à un prêt bancaire. De façon plus générale, on peut craindre que cette « normativité des algorithmes » ne remplace à terme à la fois la règle générale valable pour tous, condition de l'égalité de traitement, et l'appréciation individualisée des situations qui préserve l'équité face à l'arbitraire du jugement statistique.

Si la révolution numérique est porteuse d'innovation et de progrès, elle peut aussi favoriser l'émergence d'une société à deux vitesses. Car l'avènement du tout numérique dans l'ensemble des secteurs de la société produit inéluctablement de nouveaux exclus : ceux qui n'ont pas accès aux équipements informatiques ou ne sont pas en capacité de maîtriser les nouvelles technologies. Ces exclus se recrutent parmi les couches les plus précaires et les groupes les plus vulnérables de la population : la « fracture numérique » a toutes les chances de redoubler la fracture sociale.

Ainsi, l'administration électronique, la fameuse e-administration, qui vise à restreindre, voire à supprimer progressivement l'accès physique aux services publics au profit d'un accès exclusivement dématérialisé, améliore certes globalement le service rendu en termes de rapidité et de commodité ; mais elle laisse de côté ceux qui ne maîtrisent pas les nouveaux outils ou n'y ont pas accès, redoublant là encore les phénomènes d'exclusion³.

La condition des femmes paraît à cet égard un bon analyseur de ces effets néfastes. Les instances onusiennes pointent régulièrement le fossé numérique entre les sexes, faisant le constat que les femmes ont moins accès à internet, qu'elles sont moins en mesure de tirer bénéfice de son usage quand elles y ont accès, et qu'elles ont même tendance à y renoncer par crainte d'être victimes de la violence en ligne.

L'impact des nouvelles technologies sur les conditions de travail est lui aussi multiforme. Internet, le courrier électronique, les smartphones – tout concourt au développement du télétravail, brouillant ainsi les frontières traditionnelles entre la sphère professionnelle et la sphère privée. La question est souvent posée de savoir s'il faut voir dans cette évolution un facteur de libération, en ce qu'elle permet par exemple une plus grande flexibilité du temps de travail, ou

² Fondé sur le traitement automatisé des certificats de santé, le système avait pour finalité d'améliorer l'efficacité de l'action de PMI en orientant l'action des équipes vers les familles ayant le plus besoin d'aide. Contesté par les syndicats, les pédiatres et les travailleurs sociaux, il a été supprimé à la suite d'un avis négatif de la CNIL en 1981. Outre que le secret médical n'était pas garanti, il aboutissait au surfichage des enfants des milieux défavorisés et à l'étiquetage des enfants à risque.

³ Voir sur ce point le rapport du Défenseur des droits, *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*, 2019.

au contraire une source d'aliénation supplémentaire, en raison de l'impossibilité de se déconnecter et du risque d'être en quelque sorte placé continuellement sous astreinte virtuelle. Là encore le cas des femmes est emblématique de cette tension : le télétravail permet de mieux concilier travail domestique et vie professionnelle – mais n'est-ce pas, justement, une façon d'entériner le fait que le travail domestique repose essentiellement sur elles et de perpétuer cette situation d'infériorité ?

Le recours aux plateformes numériques, qui permet la mise en relation de clients avec des fournisseurs de services dans un nombre de secteurs croissant : chauffeurs privés, livreurs de repas à vélo, chargeurs de trottinettes électriques, etc., alimente par ailleurs le phénomène d'« ubérisation ». Ces travailleurs ne sont pas salariés mais autoentrepreneurs. Plus libres, théoriquement, mais sans contrat de travail, sans assurance-chômage, sans congés payés ni congés maladie, sans salaire minimum, et bien entendu sans sécurité de l'emploi. Ne signe-t-on pas ainsi la mort des acquis sociaux obtenus au fil des décennies ?

L'automatisation, de son côté, engendre une série de mutations quantitatives et qualitatives. La robotisation risque non seulement de creuser un fossé entre les personnes les plus qualifiées et celles qui le sont insuffisamment pour s'adapter aux nouvelles technologies mais aussi, à terme, de détruire quantité d'emplois. Que deviendra non seulement le droit au travail – déjà très malmené – mais le travail lui-même qui reste pour l'instant au cœur de l'organisation sociale ? Faudra-t-il repenser autrement cette organisation, reconstruire le droit social sans référence à la qualité de travailleur en consacrant par exemple un droit à un revenu minimal ? Faudra-t-il repenser la dignité et l'utilité sociale autrement que par référence au travail ?

C. Les mirages de la démocratie numérique

« Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit [...] de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit » (art. 19 de la DUDH). Internet, précisément, offre un accès facilité à l'information et à la connaissance dans toutes leurs dimensions : politique, sociétale, éducative, santé... Il apparaît comme un espace d'émancipation individuelle, le moyen un moyen d'élargir son horizon, d'échapper à l'isolement social ou géographique. Ces aspects positifs d'internet sont régulièrement mis en exergue dans les rapports des organes onusiens qui voient dans les technologies de la communication et de l'information un moyen d'émancipation des femmes. Les moyens modernes de communication peuvent également favoriser la prise de parole et, en particulier, faciliter la dénonciation des violences, notamment sexuelles, comme le montre le succès du hashtag #MeToo.

Grâce à la circulation en temps réel de l'information à l'échelle planétaire, les violations massives des droits de l'homme ne peuvent plus être dissimulées ni ensevelies sous une chape de silence. Avec la généralisation des smartphones, n'importe qui, témoin d'actes graves, peut prendre des photos et des vidéos et les partager sur les réseaux sociaux en quelques secondes. Mieux encore : les techniques de télédétection permettent de rassembler des preuves des violations des droits de l'Homme grâce aux images satellites, sans qu'il soit nécessaire de se rendre sur place pour les recueillir. Parmi les initiatives les plus récentes on peut citer le projet Space-Eye, lancé par une ONG allemande, qui vise à utiliser de telles images pour alerter sur la présence de migrants en détresse au large de la Libye mais aussi pour repérer les refus de porter secours et plus largement documenter les violations des droits de l'Homme commises dans cette région : sachant que, compte tenu des décisions prises par les États, il n'y aura bientôt plus aucun navire humanitaire dans la zone, les images satellites sont le seul moyen de surveiller ce qui s'y passe⁴.

⁴ Source : Infomigrants, 27 mars 2019 : <https://www.infomigrants.net/fr/post/15933/l-ong-sea-eye-va-identifier-les-embarcations-en-detresse-grace-aux-images-satellites>

Les opportunités ainsi offertes ont toutefois leur contrepartie dangereuse car ce flot d'images ouvre en même temps la voie aux trucages et à la diffusion d'informations tronquées, voire inventées. Pour parer à ces risques, Amnesty International a décidé de former spécialement des étudiants à la vérification des images provenant des zones de crise⁵ et la presse tend à se doter d'instruments similaires⁶. La libération de la parole a elle aussi son côté sombre lorsqu'elle donne libre cours au discours de haine : raciste, antisémite, homophobe, sexiste. La violence en ligne touche particulièrement les femmes qui s'exposent à des formes de harcèlement, de persécution, de chantage à connotation sexuelle. Or la diffusion mondialisée et instantanée de l'information rend plus difficile, voire illusoire, on le sait, le contrôle des abus de la liberté d'expression. Les controverses nées autour des sites négationnistes, les inquiétudes suscitées par la propagation de fausses nouvelles (*fake news*) et la profusion de discours « complotistes » sur les réseaux sociaux témoignent de la complexité des questions posées, tant au niveau des principes : jusqu'où doit aller la liberté d'expression ? que sur les plans juridique et technique : comment concrètement encadrer ces nouveaux modes de communication ?

Les médias propres à la société numérique favorisent l'échange d'informations non seulement « verticalement » mais aussi « horizontalement » et offrent *a priori* à chacun des possibilités accrues de faire entendre sa voix. Internet apparaît ainsi en phase avec l'idéal participatif, facilitant l'expression citoyenne dans un espace public élargi et ouvert à tous. Il offre aussi une chance aux idées et courants de pensée minoritaires de sortir de la sphère de confidentialité dans laquelle ils sont d'habitude enfermés. Au point qu'on a pu voir dans l'e-démocratie l'amorce d'une transformation des conditions du débat démocratique et de la prise de décision politique.

Mais ces vertus attribuées à l'espace public numérique au détriment de l'espace physique de la politique et des institutions classiques ne sont-elles pas illusoire ou, à tout le moins, compensées par des phénomènes moins vertueux ? Telle la tentation de s'adresser directement aux citoyens et de court-circuiter ainsi les médiations traditionnelles que sont les élus, les associations, les syndicats, au risque d'approfondir encore la crise de la représentation. Derrière l'illusion de la démocratie directe ne voit-on pas se profiler la perspective d'une atomisation croissante de la société, laissant l'individu seul face au pouvoir, donc plus aisément manipulable ?

Ne peut-on craindre, par ailleurs, qu'au lieu d'élargir le champ de la participation politique, Internet ne donne surtout la parole aux citoyens les mieux intégrés ? Une crainte d'autant moins imaginaire que, comme on l'a déjà rappelé, l'accès aux technologies nouvelles n'est pas également réparti : de sorte que la « fracture numérique », redoublant la fracture sociale, écartera encore un peu plus du jeu démocratique ceux qui en sont déjà le plus éloignés. Des groupes de pression bien organisés peuvent aussi détourner l'instrument à leur profit. Ainsi, chargé d'organiser le débat public préalable à la révision de la loi bioéthique, en 2018, le Comité national consultatif d'éthique a souhaité encourager la participation la plus large possible des citoyens à des « États généraux de la bioéthique ». Il a donc imaginé de nouveaux canaux de consultation et mis en place un site web. Or il s'est avéré que la parole y avait été largement accaparée par les courants proches de La Manif pour tous, bien au-delà de leur représentativité réelle.

Et finalement, est-il si sûr que la communication numérique soit le meilleur moyen de confronter les idées et d'échanger les arguments, conformément à ce qu'on attend de l'espace public dans une démocratie pluraliste ? Internet permet certes d'associer plus de personnes à la discussion, voire à la prise de décision, mais ces réunions « virtuelles » n'ont pas la même densité que les réunions réelles, la parole n'y circule pas de la même façon. Les réseaux so-

⁵ « Authentication Techniques For Human Rights Researchers » : <https://citizenevidence.org>.

⁶ Voir par exemple le « Guide de vérification des observateurs » de France 24 : <https://observers.france24.com/fr/tag/guide-verification>

ciaux se prêtent d'autant plus mal à cette confrontation et à ces échanges qu'ils ont précisément pour principe de relier des communautés sur la base d'affinités préexistantes. À cela s'ajoute, plus généralement, le phénomène désigné sous le nom de « bulle de filtres »⁷ : ne parviennent à l'internaute que des contenus préalablement filtrés, sélectionnés par des algorithmes sur la base des données collectées sur lui et de ses prédispositions ou préférences supposées, y compris politiques, contribuant ainsi à l'isoler dans une « bulle » formatée à son image ou plutôt à l'image reconstruite à l'aide d'un profilage préalable réalisé à son insu.

II. Entre nature et artifice : repenser la condition humaine ?

Dans cet univers technologique avancé où les frontières se brouillent entre le naturel et l'artificiel, entre l'homme et la machine, où les robots se substituent progressivement à l'homme dans une série de fonctions intellectuelles mais aussi biologiques, comment appréhender des droits qu'on considère comme inhérents à la « nature » humaine, comment repenser la dignité « humaine » qui en est le fondement ?

A. La condition humaine au risque des technologies du vivant

Les technologies biomédicales, on l'a rappelé plus haut, permettent de lutter contre la maladie, d'améliorer la qualité et la durée de la vie, de surmonter la stérilité. Elles permettent en somme à l'homme de s'affranchir du déterminisme de la nature.

Mais les craintes que suscitent les technologies du vivant sont à la mesure des possibilités qu'elles ouvrent. Les risques sont multiples : risque d'instrumentalisation du corps humain par le biais de la généralisation du prélèvement d'organes, de l'expérimentation sur l'homme, des dérives potentielles de la gestation pour autrui ; risque de réductionnisme génétique niant le libre arbitre de l'individu ; risque de dérive eugéniste grâce aux progrès combinés des procréations artificielles, de la génétique, du diagnostic prénatal et préimplantatoire, avec pour perspective ultime le clonage reproductif ; risque de voir le corps humain et ses produits entrer dans le cycle des échanges marchands, en raison des enjeux économiques qui s'attachent aux découvertes nouvelles et aux perspectives thérapeutiques qu'elles font entrevoir. Le risque, en somme, que l'homme ne fasse de cet élargissement du champ des possibles un usage qui reviendrait à nier en lui sa condition humaine.

Certains courants de pensée entendent pourtant pousser jusqu'à leur terme ces potentialités, avec pour perspective le perfectionnement illimité des facultés physiques et mentales de l'être humain jusqu'à l'avènement d'un « homme augmenté » qu'ils appellent de leurs vœux.

Dépasser ou transgresser les règles de la nature ? Améliorer l'espèce humaine ou déshumaniser l'homme ? C'est la question sous-jacente aux débats sur le clonage et sur l'eugénisme. La Déclaration universelle sur le génome humain de 1997 et le Protocole additionnel de 1998 à la Convention d'Oviedo ont qualifié le clonage reproductif de « pratique contraire à la dignité humaine ». En France, la loi bioéthique de 2004 a introduit dans le code pénal, à l'intérieur d'un titre qui réunit désormais les crimes contre l'humanité et les crimes contre l'espèce humaine, des dispositions réprimant en tant que « crimes contre l'espèce humaine » le clonage reproductif et les pratiques eugénistes. Le premier, analyse Mireille Delmas-Marty, viole le principe de singularité, le second l'égalité d'appartenance à la communauté humaine, en ce que la sélection génétique vise à la création de surhommes⁸. On retrouve là un des aspects du projet transhumaniste qui prétend dépasser la « loterie génétique aveugle », allant jusqu'à y voir un gage d'égalité, là où on peut plutôt craindre qu'il n'ouvre la porte à de nouvelles discriminations entre les « surhommes », ces hommes augmentés par les « NBIC »

⁷ Eli Pariser, *The Filter Bubble : What the Internet is Hiding from You*, Penguin Press, 2011.

⁸ Mireille Delmas-Marty, *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, 2^e éd., 2005, p. 101 ; *Le relatif et l'universel*, Le Seuil, 2004, p. 86.

(nanotechnologies, biotechnologies, informatique, sciences cognitives), et les autres. Il paraît en revanche douteux d'assimiler l'ectogenèse au clonage, comme certains l'ont proposé : l'assimilation ne se fonde pas en l'occurrence sur un hypothétique risque de réification de l'individu ainsi engendré – ce qui pourrait à la rigueur s'entendre –, mais sur le fait que la technique remettrait en cause l'altérité homme-femme⁹.

Les neurosciences posent elles aussi une série de problèmes éthiques dans la mesure où elles obligent à repenser la place respective du déterminisme et du libre arbitre dans les comportements humains. Si les scientifiques s'accordent pour dire qu'on ne peut pas, en l'état actuel des connaissances, déduire une pensée ou une intention d'une image cérébrale, des expériences n'en ont pas moins lieu pour tenter d'établir des associations entre l'activité cérébrale et, par exemple, les prédispositions à la violence ou à la récidive ou pour détecter le mensonge. Et le fait est que l'imagerie cérébrale suscite un intérêt croissant en matière judiciaire, sachant que son utilisation est largement répandue aux États-Unis où elle donne lieu à des programmes de recherche généreusement financés. Les pistes ouvertes par le « neurodroit » sont nombreuses¹⁰. On peut notamment imaginer faire appel à l'imagerie cérébrale fonctionnelle à des fins répressives : confondre un criminel, personnaliser les peines sur une base biologique ou décréter l'irresponsabilité pénale, ou à des fins préventives : déterminer la dangerosité d'un individu, établir un profil de risque de récidive.

La loi relative à la bioéthique du 7 juillet 2011 a ouvert la voie à de telles utilisations : sous couvert de poser des principes éthiques et d'éviter certaines dérives constatées par exemple aux États-Unis, le législateur a introduit dans le code civil un article 16-14 qui dispose que les techniques d'imagerie cérébrale ne peuvent être employées qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique... *ou dans le cadre d'expertises judiciaires*. Le rapporteur s'en expliquait ainsi : « Une exception est néanmoins prévue en matière judiciaire puisque ce nouvel article autorise l'utilisation de l'imagerie cérébrale en justice mais uniquement afin d'objectiver l'existence soit d'un préjudice (par exemple dans le cadre d'un contentieux en responsabilité), soit d'un trouble psychique ou neuropsychique, sur le fondement de l'article 122-1, qui fait de ce trouble un élément d'atténuation de la responsabilité. Il ne serait donc possible d'utiliser ces techniques en justice que pour analyser le fonctionnement du cerveau d'une personne et en aucun cas pour en inférer sa pensée »¹¹. Le développement du « neurodroit » n'en paraît pas moins une perspective vraisemblable.

B. Le droit et la justice à l'épreuve des machines

Le neurodroit n'est pas la seule façon pour les technologies de pointe de faire leur apparition dans la sphère du droit et de la justice, posant une série de questions nouvelles tant à la société tout entière qu'au législateur et au juriste.

Ainsi du développement de la « legaltech » (Legal Technology) permise par la conjonction des Open Data et des progrès de l'intelligence artificielle. La politique d'Open Data, qui aboutit à la mise en ligne et donc à la mise à disposition de tous de millions de décisions de justice, va assurément dans le sens de la transparence. Cette masse de données peut ensuite être traitée par des algorithmes qui, à partir de l'analyse des décisions rendues, permet, sinon d'anticiper de façon certaine la solution d'un litige, du moins de livrer un pronostic statistique. Une multitude de start-up de droit en ligne se positionnent déjà sur ce marché de la justice prédictive : elles vendent aux entreprises et aux particuliers un service qui va de la proba-

⁹ Rapport Pécresse n° 2832 fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants du 25 janvier 2006.

¹⁰ Voir la note d'analyse du Centre d'analyse stratégique n° 282, septembre 2012 : « Le cerveau et la loi : éthique et pratique du neurodroit ».

¹¹ Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique (n° 2911) par M. Jean Léonetti, Doc. AN, 3011, 26 janvier 2011, p. 91.

bilité de succès de telle ou telle procédure à l'estimation des indemnités que la justice accordera dans une affaire de licenciement, d'accident, de divorce, etc.¹²

À terme, on peut imaginer que la recherche du droit applicable se fasse non plus dans des codes papiers devenus inutiles mais dans ces bases de données juridiques comprenant non seulement les règles législatives ou réglementaires mais aussi la jurisprudence, voire la doctrine, auxquelles on accède par mots-clés, par des questions en langage courant¹³.

Cette commodité d'accès au droit n'est toutefois pas exempte d'effets secondaires moins souriants. D'abord, il est clair que l'approche statistique résultant de l'analyse automatique ne peut pas remplacer une analyse qualitative. Plus exactement, si on ne réintroduit pas l'appréciation humaine dans la prise de décision, la justice prédictive pourrait entraîner une automaticité des décisions faisant bon marché des particularités des situations. D'autant que les résultats des algorithmes peuvent avoir un effet d'entraînement sur les juges qui pourraient être tentés de se caler sur les solutions dégagées par leurs pairs. « L'effet de vérité d'une science algorithmique peut tétaniser les juges » fait remarquer à juste titre Denis Salas¹⁴. Si cette logique devait l'emporter, si les juges s'en remettaient aux algorithmes prédictifs pour trancher les affaires, on pourrait aboutir à un jugement quasiment pré-rédigé par l'ordinateur. On voit comment la technique peut aboutir ici à la déshumanisation de la justice en portant atteinte « à l'existence d'un tiers impartial apte à remettre les parties à distance »¹⁵. La justice doit conserver son caractère humain, on ne peut pas sans danger lui retirer son caractère relationnel et émotionnel ni se priver de la dimension symbolique de l'acte de juger¹⁶.

Un autre défi posé au droit et aux juristes est celui des robots « intelligents ». Derrière la question formulée de façon provocatrice : « comment juger les machines ? »¹⁷, d'autres surgissent, plus précises et plus subtiles : à qui demandera-t-on des comptes en cas de dommages causés par l'action des robots ? à leur propriétaire ? à leur utilisateur ? à ceux qui les ont programmés, sachant que la conception et la mise en œuvre d'un logiciel suppose la collaboration d'une multiplicité d'acteurs ? On perçoit bien le risque d'une érosion de la responsabilité, d'une dilution de la culpabilité. Sous-jacentes aux questions juridiques, et pouvant en influencer la solution, se posent des questions éthiques. S'agissant des voitures autonomes, par exemple, force sera de leur apprendre à choisir entre plusieurs options en cas d'accident potentiellement mortel, de décider, dit brutalement, quelles vies doivent être épargnées en priorité, et finalement d'établir une hiérarchie entre les vies qui vaudraient plus ou moins que d'autres d'être vécues, sur la base de critères d'empathie ou d'utilité sociale. La question se pose de façon encore plus aiguë s'agissant des « armes létales autonomes » ou « robots tueurs », capables de choisir leurs cibles et de les abattre, auxquels on délègue en somme le droit de tuer.

À partir du moment où les machines intelligentes peuvent décider elles-mêmes d'actions non programmées, les règles classiques de la responsabilité sont-elles suffisantes ? ne faut-il pas en imaginer de nouvelles pour les dommages causés par les actes ou l'inaction d'un robot et dont la cause ne peut être attribuée à un acteur humain précis ? Telle est la question que pose le Parlement européen dans une résolution du 16 février 2017. Il y formule une série de recommandations concernant la robotique, qui vont beaucoup plus loin que son intitulé : « recommandations concernant des règles de droit civil pour la robotique »¹⁸. Le Parlement relève

¹² Jean-Baptiste Jacquin, « Les juges secoués par l'arrivée des algorithmes », *Le Monde*, 20 janvier 2017 ; Julie Brafman, « Justice prédictive, l'augure des procédures », *Libération*, 23 février 2017.

¹³ Emmanuel Jeuland, « Justice numérique, justice inique ? », *AOC media*, 24 avril 2018

¹⁴ Cité par Julie Brafman, art. précité.

¹⁵ Emmanuel Jeuland, *op. cit.*

¹⁶ Antoine Garapon et Jean Lassègue, *Justice digitale*, PUF, 2018

¹⁷ Frédéric Joignot, « Comment juger les machines ? » *Le Monde idées*, 12 décembre 2016.

¹⁸ Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique (2015/2103(INL))

les tensions et les risques engendrés par le recours à la robotique « tant du point de vue de la sécurité, de la santé, et de la sûreté humaine, de la liberté, du respect de la vie privée, de l'intégrité, de la dignité, de l'auto-détermination, de la non-discrimination et de la protection des données à caractère personnel ». Il recommande donc « de mettre au point un cadre éthique de référence clair, rigoureux et efficace pour le développement, la conception, la fabrication, l'utilisation et la modification des robots ». Mais parallèlement il passe en revue les solutions permettant de résoudre les problèmes de responsabilité et évoque entre autres l'attribution d'une personnalité juridique aux robots ? Si, dit-il, en l'état actuel des choses, la responsabilité doit être imputable à un humain et non au robot, il évoque, parmi les hypothèses à étudier, « la création, à terme, d'une personnalité juridique spécifique aux robots, pour qu'au moins les robots autonomes les plus sophistiqués puissent être considérés comme des personnes électroniques responsables, tenues de réparer tout dommage causé à un tiers ».

Cette proposition, malgré les précautions qui l'entouraient, a suscité de vives réactions. Conférer une personnalité juridique aux robots, a-t-on fait valoir, conduirait à remettre en cause, en même temps que la distinction entre les personnes et les choses, la valeur prééminente de la personne humaine et ouvrirait la porte à toutes les dérives du transhumanisme¹⁹.

III. La régulation par le droit est-elle la solution ?

Peut-on compter sur le droit pour endiguer les risques que les nouvelles technologies font peser sur les libertés ? La question de l'encadrement juridique des innovations techniques est ancienne, elle se pose avec d'autant plus d'acuité que ces innovations s'enchaînent désormais à un rythme accéléré.

Certains estiment que la liberté intégrale est souhaitable. Pour le courant libertaire comme pour les libertariens, la totale liberté d'accès aux technologies nouvelles doit prévaloir : dans le domaine des technologies biomédicales, à l'instar des transhumanistes qui raisonnent dans une perspective utilitariste et conséquentialiste, il promeuvent, à l'encontre de tout interdit moral, la liberté de la recherche et la liberté de choix individuel (procréation, choix du sexe de l'enfant à naître, manipulations génétiques, expérimentation...), estimant que toute innovation est acceptable dès lors qu'elle est librement acceptée par ceux qui y ont recours et qu'elle n'est pas directement nuisible à autrui. Ils se retrouvent aux côtés des ultra-libéraux pour refuser tout contrôle étatique dans le domaine des technologies de l'information et de la communication.

Mais le courant dominant ne va pas dans ce sens. A partir du moment où l'on accepte l'idée d'un encadrement, d'une régulation par le droit, la question est de savoir si les dispositions existantes fournissent des instruments et énoncent des principes pertinents pour encadrer les nouvelles technologies et se prémunir des atteintes aux libertés qu'elles sont susceptibles d'engendrer. Plusieurs des intervenants au colloque ont répondu oui à cette question, qu'il s'agisse de l'ectogenèse, de l'intelligence artificielle et des Big Data ou de la désinformation en ligne.

Mais à côté de ce discours optimiste, un discours plus pessimiste – plus réaliste ? – a émergé : n'en est-on pas arrivé au point où l'espoir d'une régulation s'avère vain, où le droit n'est plus opérationnel ? Pour parer aux risques des nouvelles technologies, il faudrait qu'il existe dans le corps social la conscience qu'un changement est nécessaire, or il n'est pas certain que cette conscience existe.

Une autre raison d'être pessimiste réside dans le fait que les lois nationales sont impuissantes à réguler des phénomènes mondialisés. Comment réprimer le discours de haine, faire obstacle aux *fake news* qui se diffusent à l'échelle planétaire ? comment réagir face à ces entreprises qui rassemblent des banques de données génétiques consultables de partout – y com-

¹⁹ Grégoire Loiseau, « La personnalité juridique des robots, une monstruosité juridique », *La Semaine Juridique*, Ed. générale, 28 mai 2018, n° 597.

pris depuis la France où l'accès à ces données est théoriquement interdit ? Une réglementation au niveau international n'est-elle pas illusoire ? Comment mettre d'accord des États dont les intérêts mais aussi les conceptions culturelles sont aussi différentes ?

Dans le champ des techniques biomédicales, pour éviter que, sous la pression de la concurrence acharnée que se livrent les scientifiques et les laboratoires, les pratiques contestées ne se poursuivent dans les pays où la loi ne les interdit pas, il est apparu nécessaire de réaffirmer solennellement, dans des textes internationaux, la primauté de la dignité humaine, le respect de la vie privée, la non-discrimination, l'interdiction de sacrifier les droits de l'individu et ceux des générations futures à la liberté de la recherche, *a fortiori* à la liberté du commerce. Ont ainsi été successivement adoptées la Déclaration sur le génome humain et les droits de l'homme, conçue comme une sorte d'addendum à la Déclaration de 1948, rendu nécessaire par les développements de la génétique et de la biologie (1997), la Déclaration internationale sur les données génétiques humaines (2003), la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme (2005).

Mais le fait même qu'aucun de ces textes ne soit contraignant n'est-il pas un signe de l'incapacité des États à se mettre d'accord autrement que sur des principes vagues ? Ne sont-ils pas du reste déjà dépossédés de leurs prérogatives face aux multinationales, alors qu'une bonne partie de l'essor des technologies nouvelles est liée à leur puissance dans une économie mondialisée ?

Plutôt que sur le droit, ne faut-il pas compter sur l'éducation, sur la raison des citoyens ? Ou bien est-ce illusoire face à des effets de système si puissants qu'ils ne sont plus maîtrisables ? Autant d'interrogations qui sont finalement très proches de celles qui surgissent sur le terrain de l'écologie, lorsqu'on envisage les voies possibles pour tenter de contenir le réchauffement climatique.