INTERNATIONAL JOURNAL OF **DIGITAL AND DATA LAW**

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT **DES DONNÉES ET DU NUMÉRIQUE**

Vol. 6 - 2020

ISSN 2553-6893

IMODEV
LES ÉDITIONS

International Journal of Digital and Data Law
Revue internationale de droit des données et du numérique

Direction :
Irène Bouhadana & William Gilles

ISSN : 2553-6893

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

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

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

Droits d'utilisation et de réutilisation

Licence Creative Commons – Creative Commons License -

CC-**BY-NC-ND**

Attribution
Pas d'utilisation commerciale – Non Commercial
Pas de modification – No Derivatives

À PROPOS DE NOUS

La **Revue Internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)/ the International Journal of Digital and Data Law** est une revue universitaire créée et dirigée par Irène Bouhadana et William Gilles au sein de l'IMODEV, l'Institut du Monde et du Développement pour la Bonne Gouvernance publique.

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

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

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

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

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

1) la *Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)/ International Journal of Open Governments* [ISSN 2553-6869] ;

2) la *Revue internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)/International Journal of Digital and Data Law* [ISSN 2553-6893].

ABOUT US

The **International Journal of Digital and Data Law / Revue Internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)** is an academic journal created and edited by Irène Bouhadana and William Gilles at IMODEV, the Institut du monde et du développement pour la bonne gouvernance publique.

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

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

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

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

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

1) the *International Journal of Open Governments*/ la *Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)* [ISSN 2553-6869] ;

2) the *International Journal of Digital and Data Law* / la *Revue internationale de droit des données et du numérique* (RIDDN) [ISSN 2553-6893].

LES REGARDS CROISÉS SUR LES FORCES CRÉATRICES DU DROIT À L'ÈRE NUMÉRIQUE

par **Seyed Siavash SHAHRJERDI**, Doctorant Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. IRJS – Institut de recherches juridiques de la Sorbonne.

La question des forces créatrices de droit à l'ère du numérique est sans doute une *vexata quaestio* en théorie de droit. Cet article a pour objectif de traiter les problématiques relatives à ce phénomène juridique à une époque donnée, l'époque contemporaine, et dans une dimension géographique définie, aux États-Unis et dans l'Union Européenne. Cet article aborde ce sujet sous un l'angle différent et plutôt philosophique afin de donner une nouvelle réflexion sur les spécificités de l'influence des géants du numérique sur la création de droit Étatique et de droit international ainsi que les droits régionaux.

Nous vivons à une époque où la 4e révolution industrielle transforme le visage social, économique et politique des États et partant, la culture populaire des nations ainsi que les relations entre les personnes et également les relations entre le peuple et l'État.

L'apprentissage automatique et l'apprentissage profond sont les principaux acteurs de cette révolution qui sont les deux sous-domaines de l'intelligence artificielle et qui produisent des problématiques très différentes autant sur le plan juridique que sur le plan commercial.

Sur le plan juridique, cette révolution impose son influence non seulement sur les méthodes d'exécution des lois (comme les méthodes de la justice prédictive aux États-Unis et l'examen automatisé de la recevabilité des jurisprudences et des lois applicables au sein de la Cour européenne des droits de l'homme) mais aussi sur les processus de la création des lois.

Au point de vue historique, au XXe siècle, l'IA a été inventée et développée grâce aux financements gouvernementaux[1] et était considérée comme devant être au service des États alors qu'au cours de XXIe siècle, grâce aux intérêts commerciaux qu'elle avait générés, elle est devenue un outil de contre-pouvoir face aux pouvoirs Étatiques. Les contre-pouvoirs qui sont à la fois les concurrents des pouvoirs publics mais aussi leurs collaborateurs. Donc les relations entre l'État et les entreprises du numérique ont visiblement deux faces. D'autant plus que les productions de ces entreprises demeurent à la fois au cœur des administrations publiques et au quotidien du peuple, donc cela constitue un lien

[1] À cette époque, les projets scientifiques relatifs à l'IA ont été particulièrement financés par le gouvernement fédéral des États-Unis et par le gouvernement du Japon.

entre les deux. C'est par établissement de ce lien que l'intelligence artificielle devient un instrument de préservation ou de destruction de la démocratie. Cette dépendance et cette articulation croissante des intérêts des États et leurs sujets nous conduisent à nous interroger sur la question de la légitimité d'intervention des géants du numérique dans le processus de création de droit mou et même du droit dur.

En 1955, le professeur RIPERT[2] dans son dernier ouvrage intitulé « les forces créatrices du droit » a précisé que « le positivisme juridique ne reconnait d'autre droit que celui qui est créé par l'État »[3]. Cet énoncé représente la théorie post-westphalienne de monopole strict de la production du droit par le pouvoir public.

Malgré le dogmatisme qu'il a manifesté dans cet ouvrage, RIPERT n'a pas rejeté l'existence de certains pouvoirs en parallèle du pouvoir Étatique qui produisent aussi des règles qui régissent la société mais dans des dimensions spécifiques.

L'existence de ces pouvoirs n'est pas un enjeu contemporain. Cela existe depuis le moyen Âge et a toujours été un casse-tête pour les pouvoir publics. Les plus célèbres exemples historiques sont le Saint-Siège, l'Ordre Souverain de Malte, les Compagnies des Indes et récemment les organisations non gouvernementales, les grandes entreprises pétrolières et enfin les géants du web. En raison d'implication croissante des productions de ces dernières, dans tous les secteurs, aujourd'hui, nous constatons que ces forces créatrices se bouleversent et ne sont plus toujours en parallèle. Dans ces circonstances, on peut probablement considérer qu'à l'ère du numérique, les États courent le risque de perdre leur monopole de la production du droit[4].

Les forces créatrices de droit à l'ère du numérique se caractérisent par deux types d'influence imposés par les géants du web : le premier type d'influence (§ 1) a des effets verticaux et se repose sur les conséquences de la techno-gènes de notre société et consiste en la transformation des législations et dans la digitalisation des procédures et des procès au sein des organes judiciaires et législatifs. C'est ce qui engendre la nécessité impérieuse de création d'un droit nouveau afin de préserver la cohérence sociale qui a pour but premier l'existence d'un droit.

Le deuxième type (§ 2), par ailleurs, dispose des effets horizontaux et souvent indirects et consiste en la digitalisation du quotidien des citoyens et ses conséquences sur la création *ipso-facto* de droit normatif. Dans cette partie-là nous étudions les circonstances de la sociogenèse de la force créatrice de droit à l'ère du numérique. L'on considère que c'est la combinaison de l'ensemble de ces influences qui produise un effet sévère et radical sur la création du droit.

---

[2] Professeur RIPERT a été l'ancien Doyen de faculté de droit de Paris, ancien secrétaire d'État à l'instruction publique et à la jeunesse et ancien membre de l'Académie des sciences morales et politiques.

[3] G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, paris, LGDJ, 1955, p. 413.

[4] La théorie classique du droit considère « les États » comme les seuls créateurs du droit.

§ 1 – LE POUVOIR SOFT DE L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE ET SON INFLUENCE SÈVÈRE ET TANGIBLE SUR LA CRÉATION DE DROIT

Le premier type d'influence (A) de l'intelligence artificielle sur la création de droit se divise en deux catégories. La première catégorie est le résultat d'apparence d'un droit mou[5]. Celui-ci peut s'illustrer comme un cadre juridique ou éthique défini par les États ou les organisations régionales ou internationales pour réglementer les nouvelles problématiques causées par l'intelligence artificielle. La deuxième catégorie (B) consiste en la digitalisation matérielle des organes de la justice et les conséquences de cette transformation matérielle sur la transformation du fondement de droit.

A) La régulation juridique et éthique de l'IA : un arsenal pour faire face à la puissance croissante des entreprises du numérique

En portant à s'interroger sur la nécessité de création d'un cadre juridique pour les nouvelles problématiques de l'intelligence artificielle, depuis 2015, le gouvernement fédéral des États-Unis et les organes de l'Union européenne ont adopté une quarantaine de textes officiels qui poursuivent majoritairement les objectifs commerciaux et économiques[6].
Les premières tentatives pour une réglementation juridique de l'intelligence artificielle aux États-Unis ont pris effet en octobre et décembre 2016, par la publication de trois rapports par la Maison-Blanche, intitulés *Preparing for the future of AI*[7], *The national AI R&D strategic plan*[8] et *Artificial Intelligence, Automation, and the Economy*[9] qui ont été suivis en 2018 par *Cloud Act*[10] et le premier l'ordre exécutif présidentiel du Président des États-Unis sur l'IA rendu le 11 février 2019 par le Président Trump[11]. Au niveau du Congrès, le Capitole des États-Unis a réagi beaucoup plus tard sur ce sujet. Pour la première fois, depuis le mois du juin 2019, les

[5] En anglais : *soft law*.
[6] À l'exception remarquable de la charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires (adoptée en septembre 2019 par la Commission européenne pour l'efficacité de la justice du Conseil de l'Europe).
[7] Le Bureau exécutif du Président des États-Unis, *Preparing for the future of AI*, octobre 2016, accessible à : https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/microsites/ostp/NSTC/preparing_for_the_future_of_ai.pdf
[8] Le Bureau exécutif du Président des États-Unis, *The national AI R&D strategic plan*, octobre 2016 (mis à jour en juin 2019), la dernière version du rapport est accessible à https://www.nitrd.gov/pubs/National-AI-RD-Strategy-2019.pdf
[9] Le Bureau exécutif du Président des États-Unis, « Artificial Intelligence, Automation, and the Economy », décembre 2016, accessible à : https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/images/EMBARGOED%20AI%20Economy%20Report.pdf
[10] Intitulé de la loi : *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act ou CLOUD Act* (H.R. 4943).
[11] Intitulé de l'ordre exécutif : *Executive Order on Maintaining American Leadership in Artificial Intelligence*.

législateurs du congrès examinent le premier projet de loi sur l'intelligence artificielle, qu'il s'agit d'un acte stratégique plutôt qu'un acte purement juridique.
Au sein de l'Union Européenne, l'intelligence artificielle est particulièrement encadrée par les règlements éthiques qui ne disposent pas majoritairement une force contraignante. En fait, la diversité des problématiques causées par le fonctionnement l'IA faisait obstacle pour la création d'un cadre juridique européen pour l'IA. Toutefois, depuis le mois d'août 2019, pour la première fois, la Commission européenne travaille sur un projet de loi sur les implications éthiques et humaines de l'intelligence artificielle. Ce projet de loi est censé être élaboré sur le même modèle du RGPD[12]. Ce projet devrait être présenté au cours des cent premiers jours de la présidence allemande de la Commission[13]. En vue de cet objectif, la Commission bénéficie du support technique d'un Comité ad hoc[14] désigné par le Conseil de l'Europe et aussi d'un groupe d'experts de haut niveau sur l'IA de la Commission Européenne[15]
L'élaboration de ce règlement a deux principaux objectifs :
1. le premier, c'est de résoudre les nombreuses problématiques particulières issues de l'IA.
2. le deuxième objectif est la mise en œuvre des mesures juridiques encadrant la puissance et limitant l'influence croissante des géants américains et asiatiques du numérique sur les sociétés européennes et notamment maintenir la souveraineté numérique de l'Union européenne [16].

B) La transformation matérielle des organes judiciaires

Le deuxième effet direct du numérique sur la création de droit apparaît dans la transformation matérielle de la justice.
Aux États-Unis, *cette transformation n'a pas seulement permis de simplifier les procédures administratives et judiciaires, mais aussi de mettre en œuvre des stratégies de prédiction et de prévention des crimes et de* récidive aux infractions pénales[17]. Depuis 2015, la justice prédictive a trouvé,

[12] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.
[13] J. BERGOUNHOUX, « Après le RGPD, la Commission européenne préparerait une réglementation sur l'intelligence artificielle », *L'usine-digitale*, 23 août 2019, accessible à https://www.usine-digitale.fr/article/apres-le-rgpd-la-commission-europeenne-preparerait-une-reglementation-sur-l-intelligence-artificielle.N876565 (consulté le 24 août 2019).
[14] Le comité *ad hoc* sur l'intelligence artificielle (CAHAI) est créé en date du 11 septembre 2019 et se compose de 48 membres pour un mandat de deux ans et 81 jours. Les informations complémentaires sont disponibles sur :
https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016809737a2.
[15] *Le groupe d'experts* de haut niveau sur l'IA est créé au début du mois de juin 2018 et se compose de 52 experts de différents horizons professionnels et académiques. Les premiers travaux de ce groupe sont publiés en date du 26 juin 2019.
[16] Depuis 2014, et suite à l'affaire Google Spain, l'Union européenne est régulièrement en confrontation dans plusieurs domaines.
[17] La justice prédictive consiste en une analyse algorithmique cognitive et hybride. Cette technique a été employée initialement au sein des services de police, les départements

rapidement, sa place au sein des juridictions américaines. Le fait a été salué par la décision controversée du 13 juillet 2016 de la Cour suprême du Wisconsin et qui a été affirmée par certaines administrations fédérées, notamment en Californie et en Floride et dans l'Ohio.
Aux États-Unis, cette anticipation algorithmique et les éventuels profilages des données personnelles des justiciables se présentent désormais dans les décisions judiciaires et se qualifient comme « un précédent » qui constitue une base juridique au niveau fédéré. Donc, nous considérons que dans ces États, ce précédent est créé conjointement par l'intelligence artificielle et les acteurs de la justice des juridictions des fédérées. Celle-ci peut être considérée comme la créatrice conjointe et hybride de droit qui se limite à la justice pénale et qui est exclusivement réservée au système de *common law*. Cette implication controversée de l'intelligence artificielle au sein des juridictions justifie l'influence profonde et rapide des entreprises du numérique sur la justice aux États-Unis.
Par ailleurs, au sein de l'Union européenne, l'usage de ces logiciels semble être impossible. Toutefois, grâce au traitement automatique du langage naturel, il est, aujourd'hui, envisageable de mettre en œuvre une méthode d'analyse algorithmique de la recevabilité des demandes au sein de la Cour européenne des droits de l'homme. Contrairement à l'implication directe des algorithmes au sein des juridictions des États-Unis, son application au sein de la Cour strasbourgeoise ne peut pas être considéré comme un instrument de la force créatrice de droit puisqu'elle n'intervient qu'au niveau préliminaire du lancement de la procédure.

C) Les forces extraterritoriales, supranationales et transnationales du numérique

Les forces créatrices de l'intelligence artificielle ne se limitent pas toujours à une dimension territoriale déterminée. L'apparence de ces forces peut avoir des conséquences directes ou indirectes sur la création de droit dans les autres États ou sur le plan international ou supranational, soit par le commerce international (1) soit par le biais de l'implication de l'intelligence artificielle au service militaire (2).

municipaux de correction ainsi que les centres de détention de certains États fédérés des États-Unis. Les outils les plus utilisés dans ce cadre sont le Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS) et le Public safety assessment (PSA) qui sont les deux, les sous-modèles plus développés de logiciel COMPSTAT (ou CompStat) qui a été, pour la première fois, utilisé en 1994 par la police de New York depuis 1994. Le COMPSTAT a été ensuite employé au sein des services de police des autres douze États des États-Unis et deux services régionaux de police au Canada (la police régionale de Halifax et le département de police de Vancouver).

1) *Lex Mercatoria et la création transnationale et supranationale de droit*

Les principes généreux du droit (notamment en matière du droit des contrats) et la *lex mercatoria* sont considérés parmi les sources du droit transnational[18]. Ils constituent, notamment, l'un des principaux socles de droit du commerce international. Ces principes sont ceux *«* qui reviennent à ramener la relation contractuelle à laquelle l'État est partie à une relation de droit privé »[19] et ceux qui à « dans les droits nationaux, ont pour objet de protéger une partie faible *»*[20]. On compte la *lex mercatoria* parmi les rares aspects normatifs de droit international[21] qu'ils s'agit d'une force créatrice traditionnelle de droit international. Ce carrefour de création quasi conventionnel de droit renforce l'influence et le rôle créateur des entreprises du numérique. Dès le début du XXIe siècle, suite à l'essor des gérants du web, ces entreprises ont profité de cette dynamique de droit international ainsi que l'absence d'un cadre juridique mondial pour la protection des données pour créer les nouvelles normes contractuelles permettant le transfert international des données. L'influence imposée par cette tentative peut être considérée comme une force conventionnaliste transnationale qui est fortement concurrente aux forces créatrices nationales. L'adoption massive et rapide de plusieurs règlements Étatiques sur la protection des données dans les différents pays du monde ainsi que la création de certains règlements régionaux comme la convention de l'union africaine sur la cybersécurité et la protection des données à caractère personnel[22] et le RGPD[23] au cours de la deuxième décennie de XXIe siècle sont les conséquences directes de la crainte des États de ces forces créatrices qui pourraient, en absence de ces règlements, légitimement menacer la souveraineté des États.
Sur le plan commercial, la nature conventionnelle de ces normes internationales a joué un rôle très important en faveur des géants du numérique, dans la conclusion de leurs contrats internationaux. C'est, également, face à ce constat qu'en date du

[18] I. ELBEHERRY, *Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux*. Thèse de doctorat, Sciences de l'Homme et Société. Université Nice Sophia Antipolis, IDPD, mars 2004, p. 296
[19] Sentence CCI, affaire n° 5030 /1992, Clunet, 1993, p. 1004, obs. Y.D
[20] *Ibidem*
[21] En droit international public, la Commission du droit international est chargée de la codification des règles et des normes relatives à droit des traités. Toutefois, ce mécanisme de codification des normes ne peut pas être, théoriquement considéré comme un instrument de mise en œuvre des règles imposées par les forces créatrices de droit puisque cette Commission est une instance purement interétatique
[22] Cette Convention est adoptée en date du 23 juin 2014 à Malabo (en Guinée Équatoriale)
[23] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

24 juillet 2019, les législateurs français ont adopté le projet de loi relatif à la taxation des grandes entreprises du numérique[24].
En matière de droit international privé, la question de l'applicabilité des normes nationales dans les affaires internationales[25] est sujette aux débats historiques. En absence des normes spécifiques mondialement acceptées pour l'usage de l'intelligence artificielle ainsi que les activités transnationales des entreprises multinationales du numérique, les effets des forces créatrices internes de droit (en matière de l'IA) sur le droit international peuvent se manifester comme apparence des normes (directement ou indirectement) générées par les entreprises du numériques et corps des lois de police[2627].

2) *L'implication de l'IA au sein de l'armée et les forces créatrices internationales de droit*

La transformation digitale de secteur militaire au cours des deux premières décennies du XXI[e] siècle a souligné la nécessité de création urgente d'un cadre juridique complémentaire pour l'utilisation des systèmes d'armes létales autonomes. Le commerce de l'industrie de l'armement ainsi que l'usage des armes létales entièrement autonomes au sein des armées Étatiques sont particulièrement encadrés par les réglementes internationaux et régionaux. Les premières tentatives de l'Organisation des Nations Unis pour réglementation d'usage des armes autonomes ont pris effet suite à plusieurs interpellations de la part des ONG en novembre 2017. Pour atteindre cet objectif, lors de réunion de l'année 2017 du groupe d'experts gouvernementaux des hautes parties contractantes à la CCV[28], ce groupe a annoncé lancement d'une étude sur ces armes[29]. Le 27 août 2018, l'Organisation des Nations Unies a lancé une série de débats sur usage des armes autonomes et notamment les robots tueurs. Lors de ces débats, les ONG et les organisations internationales et régionales ont tenté de déterminer les caractéristiques juridiques et scientifiques des robots tueurs et les probables conflits d'usage de cette

[24] Loi n° 2019-759 du 24 juillet 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés
[25] Cf. A. AUDOLANT, « Les lois de police en droit international privé : une force "super-impérative" », in : C. THIBIERGE (*et al.*), *La force normative. Naissance d'un concept,* Paris / Bruxelles, LGDJ / Bruylant, 2009, pp. 309-322
[26] Les lois de police sont des formes de lois internationalement impératives qui concernent également l'ordre public
[27] Cf. J.B. RACINE, « Droit économique et lois de police », *Revue internationale de droit économique*, 2010/1, t. XXIV, 1, pp. 61 - 79
[28] Abrégé de la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination. Le texte de la Convention est accessible à :
https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-2&chapter=26&lang=fr
[29] Le rapport final du groupe d'experts gouvernementaux est publié en date du 23 octobre 2018. Le texte du rapport est accessible à :
https://undocs.org/fr/CCW/GGE.1/2018/3.

technologie avec les dispositions de la convention sur certaines armes classiques[30]. Le communiqué de cette réunion appelant à bannir les armes autonomes a été signé par vingt-six États signataires de la CCV. Deux semaines après la publication du communiqué de l'ONU, une résolution sur les systèmes d'armes autonomes a été adoptée par le Parlement européen[31]. On constate que sur le plan de droit international public, les organisations non gouvernementales ont joué un rôle essentiel dans l'élaboration des forces créatrices de droit.

§ 2 – LE POUVOIR « INTELLIGENT » DE L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE ET LA CRÉATION DE DROIT.

Par le biais de création de fausses informations diffusées à partir de plateformes de réseaux sociaux, les prestataires de ces réseaux sont en mesure d'influencer et même concevoir artificiellement des fausses cultures qui peuvent créer enfin une volonté générale et entrainer la création d'un droit normatif[32], tout en conformant avec la théorie classique de la démocratie[33]. Cette influence peut également entraîner à changer la consistance et la vision partagée entre les citoyens. L'influence des algorithmes sur la politique et aussi sur le droit est d'autant plus considérable que selon le lanceur d'alerte Christopher WYLIE, sans l'intervention de Cambridge Analytica, les Britanniques n'auraient-ils jamais voté en faveur du Brexit[34]. L'ensemble de ces considérations nous amène à considérer que la législation de chaque État est le produit de l'état social de son peuple. La question est alors qu'est-ce que l'état social ? Parmi plusieurs interprétations sur cette notion, la description du Comte Alexis de Tocqueville semble être la plus réaliste et la plus pertinente. Selon lui, « l'état social se définit comme le produit d'un fait, et quelquefois des lois, mais le plus souvent par la combinaison des deux ; mais une fois qu'il existe, on le considère lui-même comme la cause première de la plupart des lois, des coutumes et des idées qui règlent la conduite des nations ». Cette définition tocquevillienne est un complément assez dynamique à la définition que Rousseau et Kelsen ont

[30] La Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination a été signée le 10 octobre 1980 à Genève par 50 États. Cette convention est entrée en vigueur en date du 2 décembre 1983 et rigidifiée par 20 États signataires (en janvier 2019)

[31] Résolution (UE) 2018/2752 du 12 septembre 2018 du Parlement européen sur les systèmes d'armes autonomes

[32] Les forces créatrices normatives de droit à l'ère du numérique s'oppose à la force créatrice naturelle de droit

[33] L'héritage des années lumières, également exprimé par l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789

[34] Franceinfo, « Sans Cambridge Analytica, il n'y aurait pas eu de Brexit, affirme le lanceur d'alerte Christopher Wylie », 28 mars 2018, accessible à : https://www.francetvinfo.fr/monde/europe/la-grande-bretagne-et-l-ue/sans-cambridge-analytica-il-n-y-aurait-pas-eu-de-brexit-affirme-le-lanceur-d-alerte-christopher-wylie_2677946.html

donné de la normativité de droit et la nécessité de la conformité des lois avec les règles supérieures, dite « les règles sociales ».
Le réalisme de cette description repose sur les observations pénétrantes de Tocqueville du système judicaire des États-Unis d'Amérique, un État qui a, contrairement aux États européens, été fondé sur le fondement de l'intégrité de l'état social de son peuple.
Alexis de Tocqueville avait déjà proposé l'application de la démocratie à la l'américaine en France. Cette idée est surtout présentée dans son ouvrage intitulé *Du système pénitentiaire aux États-Unis et de son application en France*. Une autre question qui se pose désormais est de savoir si le peuple d'aujourd'hui est véritablement souverain dans la détermination de son l'état social. Il apparaît extrêmement difficile de répondre à cette question. Il est cependant évidant que par le biais d'influence programmée et personnalisée de l'intelligence artificielle, les fournisseurs des réseaux sociaux jouent un rôle assez important dans la détermination de cet état. C'est par conséquent de cette influence que l'intelligence artificielle peut nous amener à changer la définition de la justice, de la démocratie et même de l'intérêt général ainsi que de l'intérêt collectif en fonction des intérêts commerciaux des entreprises. A ce propos, dans son arrêt du 27 mars 1996, la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que les médias en pratiquant une fonction de « chien de grade » [35] jouent un rôle essentiel dans les sociétés démocratiques[36]. Par conséquent, l'exercice de la liberté d'expression peut produire un risque de manipulation injustifiée qui ne saurait pas conciliable avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette affirmation peut être de plus en plus valable dans le cas des réseaux sociaux, mais dans un contexte plus général qui englobe aussi les individus en absence d'une éventuelle manipulation menée par une tierce personne.
La « culture de cancel[37] » (ou la culture d'enfermement) est l'une des formes contemporaines de cette influence et consiste en mise en insolemment d'une personne sur les réseaux sociaux par les internautes, ce qui produit une sorte d'exil social des personnes dite annulée.
Les outils du numérique permettent aux citoyens d'exprimer leurs opinions et aussi de juger quasi-librement les personnes physiques et morales et même les dirigeants des États. Jusqu'aujourd'hui, la quasi majorité des victimes de cette culture sont les célébrités américaines. Toutefois, la croissance de cette culture dans le monde entier suscité l'inquiétude des législateurs européens qui la considèrent comme une atteinte sérieuse à la réputation et à l'honorabilité des personnes. Celle-ci relève notamment à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'article

[35] En anglais : *watchdog*.
[36] Cour EDH (gde. ch.), *Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996, n° 17488/90, par 39.
[37] En anglais : *call-out culture*.

17 du Règlement n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil de l'Union Européenne. En France, l'un des objectifs de la proposition de « loi contre les contenus haineux sur Internet »[38] vise à mieux protéger les victimes de cette culture. Cette proposition de loi semble être particulièrement inspirée par la loi allemande sur l'amélioration de l'application de la loi dans les réseaux sociaux[39] qui a été adoptée le 1er septembre 2017[40] par le Bundestag[41].

Les lois nationales et européennes visant la lutte contre la haine ont deux objectifs principaux : le premier est d'éliminer le risque des effets indésirables de cette culture sur la modification des socles de droit normatif de l'Union Européenne. Le deuxième objectif, par ailleurs, est de défendre la souveraineté numérique de l'Union face les géants étrangers du numérique. Toutefois, la protection accordée par ces lois ne semble pas être suffisamment pertinente puisqu'ils ne concernent que les haines portées contre les groupes éthiques, religieux, nationaux et raciaux[42], alors que la culture de cancel vise particulièrement les comportements et les croyances individuels, très souvent sans appartenance à un groupe spécifiques. Par conséquent, cette caractéristique individuelle de la culture de cancel est susceptible d'exclure les victimes de ces lois. Il apparaît donc absolument nécessaire d'envisager une loi européenne interdisant l'expression de la haine individuel (quelle que soit sa nature et sa forme). Afin d'atteindre cet objectif, il est nécessaire d'élargir le champ de cette notion aux haines non-discriminatoires.

Pourtant, la notion de « contenu haineux » en droit de l'Union Européen n'est jamais déterminée de façon claire. Les caractéristiques et le champ de cette notion sont particulièrement définis et encadrés par une dizaine textes et notamment le deuxième aliéna de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Déclaration sur la liberté d'expression et d'information[43], la Déclaration du premier sommet du Conseil de l'Europe [44] et la déclaration sur les médias dans une société démocratique[45] limitent le champ de la notion de la haine aux éléments raciaux et discriminatoires. Par ailleurs, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe dans ses recommandations n° R (92) 19 relatives aux jeux vidéo à contenu raciste, n° R (97) 21 sur les médias et la promotion d'une culture de tolérance et n° R (97) 20 sur le

[38] Cette proposition de loi est présentée par Madame Laetitia AVIA, la députée dans la huitième circonscription de Paris
[39] En allemand : *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, en forme abrégée NetzDG.
[40] Entrée en vigueur le 1er janvier 2019
[41] L'Assemblée parlementaire de la République fédérale d'Allemagne
[42] Le premier et le deuxième aliénas de section 130 du code pénal allemand (en allemand : Strafgesetzbuch), accessible à :
https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1246.
[43] Adoptée le 29 avril 1982 à Strassbourg
[44] Adoptée le 9 octobre 1993 à Vienne
[45] Adoptée le 8 décembre 1994 lors de la 4e Conférence ministérielle européenne sur la politique des communications de masse

discours de haine[46] appuie, exclusivement, sur la nécessité de la lutte contre la haine raciale et discriminatoire afin d'éliminer les tensions entre les divers groupes d'appartenances ethnique, nationale, raciale religieuse ou sociale. Autrement dit, le droit de l'Union européenne ne reconnait et ne condamne qu'une seule forme de la haine[47].

L'approche de la justice aux États-Unis vis-à-vis l'expression de la haine est différente de celle de l'Union Européenne. La racine de cette divergence de vision se trouve dans la divergence fondamentale de définition de la justice aux États-Unis et dans l'Union Européenne.

Le système judiciaire des États-Unis pratique une justice dite « démocratique ». Ce phénomène très anglo-américain se caractérise par la dynamique de mécanisme de précédent en *common law* et la méthode particulière de nomination des magistrats. Contrairement au système judiciaire européen, une partie des magistrats des juridictions fédérées sont directement élus par les citoyens. Les autres juges fédérés et fédéraux sont également nommés directement ou indirectement par les élus du peuple (soit par le Président des États-Unis soit par les deux chambres du Congrès des États-Unis)[48]. C'est ce qui explique la nature démocratique de la justice américaine. Cette démocratie judiciaire et législative donne une importance à la volonté du peuple pour déterminer les notions juridiques[49]. Compte tenu de l'esprit des différentes décisions prises par les juridictions fédérales, il semble qu'à la lumière du premier amendement à la Constitution des États-Unis[50], les juridictions des États-Unis ne pénalisent pas l'expression de la haine. Toutefois, dans ce cas, une eventuelle indemnité peut être déterminée pour les préjudices causés par la suite et par conséquence d'expression de la haine.

Pourtant, on peut déduire qu'aux États-Unis, comme dans l'Union Européenne, il n'existe qu'une protection minimale pour les personnes dite annulées. À ce propos, dans la plus récente décision de la Cour suprême des États-Unis sur la liberté d'expression, le juge Samuel ALITO a précisé que « un discours basé sur la race, l'ethnie, le sexe, la religion, l'âge, le handicap ou tout autre motif similaire est haineux ; toutefois, la plus grande

[46] Cette recommandation est adoptée le 30 octobre 1997, lors de la 607e réunion des Délégués des Ministres

[47] La haine raciale et discriminatoire

[48] On constate que les juges fédérés et fédéraux des États-Unis sont soit directement soit indirectement élus du peuple

[49] Dans ces circonstances, l'intelligence artificielle peut permettre aux acteurs de la justice américaine de maintenir la démocratie et le positivisme du système judiciaire américain

[50] Premier amendement à la constitution des États-Unis précise que « le congrès ne pourra faire aucune loi ayant pour objet l'établissement d'une religion ou interdisant son libre exercice, de limiter la liberté de parole ou de presse, ou le droit des citoyens de s'assembler pacifiquement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour qu'il mette fin aux abus »

fierté de notre jurisprudence en matière de liberté d'expression[51] est que nous protégeons la liberté d'exprimer une pensée haineuse »[52]. Cette interprétation est la garante de dynamique de la détermination de définition de ce concept juridique dans le système juridique des États-Unis. Autrement dit, la définition juridique de la haine évolue en parallèle d'évolution de l'état social de la société américaine (une société qui est particulièrement influencée par les réseaux sociaux). Donc, ce mécanisme démocratique d'interprétation et ce positivisme judicaire peuvent être un instrument de renforcement des forces créatrices de droit à l'ère du numérique aux États-Unis

À l'époque contemporaine, le principe de la supériorité de la volonté générale[53] issue de l'état social de la nation constitue la base de la démocratie et de l'état de droit. À ce propos, on se demande si à l'ère du numérique, une création strictement démocratique de droit par le peuple présente toujours un avantage. La base de cette théorie a déjà été mise en question par plusieurs penseurs. Par exemple, Cicéron s'interroge sur l'existence des « lois des lois[54] »[55]. Cette théorie justifie la théorie contemporaine de la supranationalité des droits fondamentaux[56] lors qu'il s'agit d'une limite aux forces créatrices démocratique du droit. Selon ces penseurs, la volonté générale de la création de droit doit rester limitée aux règles dites supérieures. Cette théorie semble être peu démocratique, mais cela peut être considéré comme un arsenal contre les potentielles manipulations qui peuvent être menées par les entreprises du numérique. Une telle manipulation peut entraîner la perte de la souveraineté individuelle qui résulte de la perte de la souveraineté collective et, par conséquent, de la perte de la souveraineté Étatique. L'ensemble de ces considérations nous conduit à réfléchir plus largement à la nécessité d'adoption d'une vision plus réaliste à l'égard de la théorie de création de droit. Celui-ci nous amène, également, à considérer qu'aujourd'hui, le mépris romain de la pensée Cicéronienne peut être, probablement, plus pertinente pour préserver le bien commun et l'intérêt collectif du peuple que la sagesse intellectuelle de Montesquieu et la théorie de la

[51] La notion à l'américaine de la liberté d'expression est qualifiée par la constitution des États-Unis. Il s'agit d'un complément à la notion de la liberté d'expression qui a été définie le 12 juin 1776 par l'article 12 de la déclaration des droits de l'État de Virginie qui précise que « la liberté de la presse est l'un des plus grands remparts de la liberté et ne peut être restreinte que par des gouvernements despotiques »

[52] La Cour suprême des États-Unis, *Matal v. Tam*, 582 (no. 15–1293.), 19 juin 2017, p. 25

[53] Pour la première fois, la notion de la volonté générale a été employée par les articles 6 et 7 de Déclaration des droits de Virginie (promulguée le 12 juin 1776). En 1789, ce nouveau concept juridique traditionnellement français qui désormais apparaît très à l'américain a été inspiré par les membres de l'Assemblée nationale constituante de la France pour rédaction de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

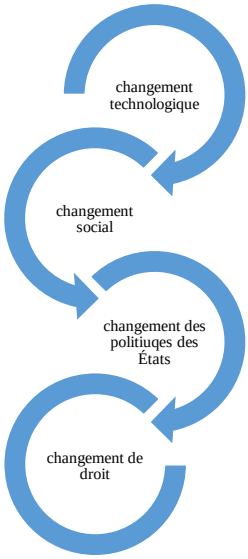
[54] En latin : *legum leges*

[55] Cicéron, J. MORABIN, *le traité des lois de Cicéron*, Paris, H.BARBOU, 1807, Paris, P. 117.

[56] Cf. M. TROPER, Chapitre III. Le positivisme et les droits de l'homme. In : M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, pp. 31-45

gouvernance du peuple par le peuple. Au début du XX[e] siècle, cette vision a été modernisée par le célèbre juriste positiviste, Raymond Carré de Malberg. Il a recommandé de faire une distinction entre la souveraineté populaire et la souveraineté nationale[57]. Cette théorie est un mécanisme défensif face aux conséquences négatives qui ont été générées par la positivisme juridique de l'ère industrielle[58]. La nécessité de l'exclusivité de l'autolimitation de l'État par l'État, est de plus en plus ressentie à l'ère post-industrielle et à l'ère super-industrielle[59].

CONCLUSION



La théorie des forces créatrices du droit à l'ère du numérique se caractérise par trois éléments essentiels : la supranationalité des sources de ces forces, une double pression matérielle et conceptuelle et la quasi-uniformité de niveau de ces forces sur le plan international. Ce sont ces éléments qui les distinguent des forces créatrices de l'époque « avant-dadaïsme »[60]. En outre, contrairement aux forces créatrices classiques de droit, ces forces sont particulièrement imposées par les personnes morales sur les personnes physiques et sur le pouvoir public. Cette influence peut être résumée dans une formule simple : au XXI[e] siècle, la vie des personnes physiques est à la fois encadrée par les règles du monde matériel (par les lois et les règlements Étatiques créées par les élus du peuple) et aussi par les règles définies par les puissances du monde immatériel (les géants du numérique). Ces derniers peuvent se manifester soit comme une sorte de droit normatif ou de droit souple, soit comme les propagandes influentes qui amènent indirectement les citoyens à créer de nouvelles lois. En d'autres mots, on peut conclure que l'intelligence artificielle crée les normes et les normes créent les lois. C'est ce qu'elle transforme en instrument des nouvelles forces créatrices de droit.

---

[57] Cette théorie oppose, particulièrement, l'illustration de la thèse que Jean-Jacques ROUSSEAU a présentée dans le son ouvrage intitulé *du contrat social.*

[58] Cf. R. CARRE DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Economica, col. Classique, 1984, p. 288

[59] Cf. A. TOFFLER, *Le Choc du futur*, Paris, Éditions Gallimard, col. Folio, 22 janvier 1987, p. 637

[60] Cf. Y.N. HARARI, *Homo Deus, Une brève histoire de l'avenir*, Paris, Albin Michel, 6 septembre 2017, p. 464

La différence de dynamique des systèmes juridiques, judiciaires et législatifs aux États-Unis et dans l'Union européenne ainsi que les différents usages techniques de l'intelligence artificielle dans ces dimensions géographiques produisent les différentes forces créatrices de droit qui, en étant de même nature, produisent des effets opposés.