

Droit, Justice et numérique

Pascale Idoux, Professeur de droit public à l'Université de Montpellier

Il me revient à présent de vous livrer un très bref aperçu du regard que nous, universitaires, portons sur les évolutions qui viennent d'être présentées, étant précisé que je ne parle pas seulement ici en ma qualité d'administrativiste, puisque je porte également la voix de mes collègues les professeurs Christophe Albigès et Laure Milano, qui pilotent avec moi un programme de recherche sur le thème Droit, justice et numérique.

La tâche qui me revient est difficile dans la double mesure, assez contradictoire, où, d'une part, beaucoup a déjà été dit par M. Nicolas Lafon et Mme Anne Baux et, d'autre part, le thème des relations entre « Droit, justice et numérique » est si vaste et complexe que nous ne pouvons ici que l'effleurer.

En effet, en la matière, la portée des mutations à l'œuvre est encore difficile à évaluer.

Pour conclure cet échange, nous avons choisi de cibler notre propos sur les ambivalences et paradoxes révélés par la mise en relation du droit, de la justice et du numérique.

AMBIVALENCES

D'abord, des ambivalences

Nouveaux atouts ou nouveaux risques ?

Je mentionnerai rapidement une première ambivalence concernant l'apport du numérique au droit et à la justice : les propos des premiers conseillers Anne Baux et Nicolas Lafon ont particulièrement mis en évidence la coexistence de bénéfices attendus et de risques que l'on s'efforce d'anticiper, dès lors que l'accès au droit et le service public de la justice se numérisent.

Il s'agit là d'une illustration de l'ambivalence fondamentale des relations entre le droit et le numérique : au fond, qui gouverne ?

Bien entendu, le droit s'adapte pour encadrer le numérique et pour en tirer parti.

Cependant, comme l'a écrit le chercheur américain Lawrence Lessig dans un célèbre article paru en janvier 2000 (au Harvard Magazine) : « Code is Law » : le code fait la loi - étant précisé que le « code » dont il était alors question désigne les logiciels et matériels permettant de faire du cyberspace tout ce qu'il est. Autrement dit, il s'agissait du code du « codage », pas du code de la « codification ».

Si « le code fait la loi », l'on mesure combien l'adaptation du droit et de la justice au numérique repose sur des dynamiques d'évolution plus complexes que la seule numérisation de l'accès au droit et/ou à la justice, qui n'est que la partie émergée d'une interaction plus profonde.

Optimisation ou transformation de la justice ?

Une seconde ambivalence est apparue en filigrane dans les propos qui précèdent. Elle concerne la portée des transformations à l'œuvre, notamment pour le service public de la justice : assiste-t-on à un processus d'optimisation de la justice ou plus profondément à une transformation de la justice ?

Selon la première branche de l'alternative, il s'agit toujours de la même fonction sociale, luttant contre les mêmes risques (l'erreur, l'inégalité entre les parties, la lenteur, etc...) mais avec de nouveaux atouts (une procédure plus interactive, une connaissance plus complète et mieux partagée du dossier, une possible accélération, ainsi que des mesures d'économie...).

Selon la seconde branche de l'alternative, rendre la justice à l'ère numérique ne sera plus ce que c'était autrefois. Les méthodes de travail et les fonctions des acteurs se transforment, comme le droit qu'ils contribuent à produire, et ce sont de nouveaux atouts, mais aussi et surtout de nouveaux risques, qu'il faut alors anticiper avec, au cœur des préoccupations, l'interrogation sur la part qui restera dévolue au facteur humain, comme l'a souligné le propos d'Anne Baux.

Ces ambivalences qui nous paraissent imprégner la mise en relation du droit, de la justice et du numérique laissent entrevoir un certain nombre de paradoxes qui sont autant d'angles saillants dont se saisissent les travaux de recherche juridique contemporains.

PARADOXES

Je souhaiterais ici présenter quelques uns de ces paradoxes et expliquer brièvement en quoi ils justifient l'engagement d'un programme de recherche.

Minimisation ou affichage de l'humanité du juge ?

Le premier paradoxe relevé est sans doute celui qui paraît le plus évident à nos yeux d'enseignants-chercheurs : il concerne la part assumée et désormais revendiquée d'humanité dans le jugement.

Jusqu'à aujourd'hui, la part d'humanité dans l'acte de juger a semblé devoir être habillée, voir camouflée, la « bonne administration » de la justice ne pouvant raisonnablement s'accommoder d'une subjectivité risquant de laisser la place au bon-vouloir du juge et, de là, à l'arbitraire - sauf peut-être en matière criminelle où les notions de « vérité judiciaire » et d'« intime conviction » figurent en bonne place.

Aussi, même si chacun sait bien que le juge n'est pas seulement la « bouche de la loi » qu'il est supposé être et même si de savantes théories de l'interprétation viennent expliquer scientifiquement comment s'opère intellectuellement le passage de l'instruction au jugement, l'époque récente n'était pas à la mise en évidence de l'humanité du juge.

Il nous a même semblé qu'à la faveur des arrêts Kress et suivants de la Cour EDH (qui imposent de prendre en considération le ressenti, la perception du justiciable, fut-elle inexacte), la figure du « bon juge » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme devenait une figure désincarnée, selon un idéal d'impartialité risquant d'impliquer non seulement un strict devoir de neutralité et d'objectivité mais, bien plus, paraissant militer pour une séparation excessivement rigide entre les phases d'instruction et de jugement. L'on a même craint que, selon cette logique, le dialogue entre rapporteur et rapporteur public devienne proscrit et que la phase de l'instruction doive cesser d'être un moment de réflexion concertée entre magistrats. En forçant un peu le trait, l'on a pu craindre que le juge idéal devienne un juge ignorant tout de l'affaire jusqu'au jour du délibéré.

Et voilà qu'aujourd'hui, face à l'apparition de la « justice prédictive », à l'utilisation des algorithmes et à la mise en œuvre de l'open data des décisions de justice, compte tenu des risques d'étiollement de la créativité jurisprudentielle et d'évolution vers une motivation stéréotypée, défendre la qualité de la justice implique désormais de revendiquer la part d'humanité dans le travail du juge.

Il y a là un remarquable renversement de perspective, qui signe la présence d'un moment charnière : l'on change d'époque et la question « très classique » de l'humanité de la justice se trouve d'une certaine façon prise à rebours.

D'autres paradoxes ont été mis en lumière par les propos de Mme Baux et M. Lafon.

Rapprochement ou éloignement avec le justiciable ?

Il en va notamment ainsi de l'hésitation entre rapprochement ou éloignement entre magistrats et justiciables. Si les interactions n'ont jamais pu être si nombreuses et rapides, si l'accès au droit et à la justice peuvent sembler facilités par le numérique, et alors même que l'oralité s'est développée récemment devant les juridictions administratives, la séance d'instruction, qui n'a jamais été aussi collégiale (grâce à la possibilité d'accès à l'intégralité du dossier numérisé par chaque magistrat et à la possibilité d'une rédaction réellement collaborative du projet de jugement durant la séance d'instruction), est sans doute désormais moins souvent précédée de dialogues informels devant les rayonnages d'une bibliothèque (puisque toutes les ressources documentaires sont « en ligne »). De même, lors de l'audience, le « rituel judiciaire » a tellement changé que le justiciable ne contemple plus un magistrat feuilletant les pages de « son » dossier mais des juges pouvant lui paraître retranchés derrière leurs écrans d'ordinateurs.

Subjectivisation ou objectivisation du droit jurisprudentiel ?

Un autre paradoxe observé nous paraît être le symptôme d'un glissement majeur de notre système juridique pris dans sa globalité, du droit continental vers un système de common law. A cet égard, l'existence d'un paradoxe résulte de la contradiction logique entre, d'une part, l'aspiration du justiciable à une justice « sur-mesure », impliquant l'hyper-subjectivisation contemporaine du droit et conduisant par exemple à un développement notable de la motivation des décisions de justice et à la mise à l'écart, si besoin, de l'application de la loi au nom du contrôle de proportionnalité, et d'autre part, l'objectivisation, la prévisibilité améliorée, voire, pour les plus pessimistes, le formatage des connaissances, des raisonnements, des décisions et des motivations susceptibles d'être induits par l'utilisation des logiciels professionnels mis à la disposition des magistrats et des auxiliaires de justice, en particulier les avocats.

Ce paradoxe, lié à la tension entre deux dynamiques d'évolution contraires du droit jurisprudentiel (l'une, de subjectivisation et l'autre, d'objectivisation), conduit à entrevoir l'hypothèse d'un rapprochement de notre système juridique avec la technique du précédent, pourtant étrangère à notre tradition juridique et dont l'on ignore à ce stade vers quel nouveau système juridique et vers quel nouvel office du juge nous conduirait cette « greffe ».

C'est la profondeur du mouvement à l'œuvre et le degré élevé d'incertitude sur le terme vers lequel il mène notre système juridique qui justifient qu'un programme de recherche s'engage à la faculté de droit et science politique de Montpellier sur les transformations du droit et de la justice induites par le numérique.

Aussi Christophe Albigès, directeur du laboratoire de droit privé, Laure Milano, membre du laboratoire de droit européen des droits de l'homme et moi-même, membre du Centre de recherches et d'études administratives de Montpellier, avons nous entrepris de croiser nos regards d'universitaires sur ces phénomènes avec ceux de magistrats et d'autres professionnels du droit.

Aussi sommes nous très reconnaissants envers le Tribunal administratif de Montpellier et sa présidente, Madame Brigitte Vidard, de nous avoir accueillis pour engager ces échanges, que nous espérons poursuivre avec la communauté juridique dans son ensemble, afin de nourrir nos futurs travaux de publication.