

# Séminaire « Soutenabilités »

## Contribution - Covid-19 : pour un « après » soutenable

**Nom :** Cardot

**Prénoms :** Patrice

**Institution ou entreprise :** Ministère de la Défense

**Axe(s) :**

- Numérique : nouveaux usages, nouvelles interrogations

**Intitulé de votre contribution :** Mieux adapter le droit aux défis posés à l'Etat de droit par le numérique

**Résumé de votre contribution :**

Les Etats sont appelés à repenser leurs processus pour répondre avec le plus d'efficacité et d'efficacités possible aux défis contemporains, et notamment aux défis numériques, dans un univers public régi jusqu'ici exclusivement par la suprématie du droit - et notamment du droit positif - et de la chose jugée sur le factuel, de la règle et de la norme sur l'exception, de l'autorité sur l'administré, du secret, du général sur le particulier, et par un recours exclusif à la matérialisation 'papier'. La crise pandémique du Covid-19 a été l'occasion pour l'Etat français d'accélérer et d'amplifier le recours aux technologies numériques dans sa gestion des différents volets de son intervention au profit des populations, soulevant alors de nombreuses interrogations et craintes quant aux risques encourus par un usage aussi systématisé, dans un contexte d'état d'exception suspecté de favoriser l'émergence de comportements erratiques en regard des valeurs et principes démocratiques les plus fondamentaux. La présente contribution propose quelques pistes de progrès sur le registre du droit extraites d'une étude beaucoup plus complète portant sur le même thème.

Contribution à la consultation publique ouverte par France Stratégie sur le thème  
**Covid-19 : pour un « après » soutenable ; sept questions pour préparer demain**

Intitulé : **Mieux adapter le droit aux défis posés à l'Etat de droit par le numérique**

Auteur : **Patrice Cardot**

*"Il ne sert à rien de dire "Nous avons fait de notre mieux". Il faut réussir à faire ce qui est nécessaire."*

(Winston Churchill)

*« Faisons face au temps comme il nous cherche »*

(Shakespeare)

Les Etats sont appelés à repenser leurs processus pour répondre avec le plus d'efficience et d'efficacité possible aux défis contemporains, et notamment aux défis numériques, dans un univers public régi jusqu'ici exclusivement par la suprématie du droit - et notamment du droit positif - et de la chose jugée sur le factuel, de la règle et de la norme sur l'exception, de l'autorité sur l'administré, du secret, du général sur le particulier, et par un recours exclusif à la matérialisation 'papier'.

La crise pandémique du Covid-19 a été l'occasion pour l'Etat français d'accélérer et d'amplifier le recours aux technologies numériques dans sa gestion des différents volets de son intervention au profit des populations, soulevant alors de nombreuses interrogations et craintes quant aux risques encourus par un usage aussi systématisé, dans un contexte d'état d'exception suspecté de favoriser l'émergence de comportements erratiques en regard des valeurs et principes démocratiques les plus fondamentaux.

La présente contribution propose quelques pistes de progrès sur le registre du droit extraites d'une étude beaucoup plus complète portant sur le même thème.<sup>1</sup>

\*\*\*\*\*

***Quelques pistes de progrès sur le registre du droit***

Les éléments d'analyse exposés dans l'étude évoquée *supra* démontrent la nécessité de repenser le droit pour que la promesse démocratique ne soit pas irréversiblement altérée par l'incapacité de l'Etat et des institutions européennes et internationales à anticiper les risques et menaces que font peser sur elle des usages inappropriés du numérique.

- *Poursuivre et développer les initiatives internationales déjà engagées en leur donnant un socle institutionnel prenant en compte les bouleversements profonds à l'oeuvre*

Devant l'accélération de la dynamique d'innovation mondiale à l'image de cette ambition affichée par IBM de construire des ordinateurs capables de prendre en charge des applications toujours plus sophistiquées de l'IA<sup>2</sup>, aucune réponse nationale ou régionale ne parviendra seule à résoudre les problématiques soulevées en matière d'éthique ou de droit.

<sup>1</sup> Cf. <http://regards-citoyens.over-blog.com/2020/05/de-l-adaptation-de-l-etat-de-droit-aux-defis-du-numerique-analyse-du-cas-particulier-de-la-france-par-patrice-cardot.html>

<sup>2</sup> *Le dernier supercalculateur d'IBM sera utilisé... pour construire plus d'ordinateurs :* <https://www.zdnet.fr/actualites/le-dernier-supercalculateur-d-ibm-sera-utilise-pour-construire-plus-d-ordinateurs-39895705.htm>

Les vulnérabilités, risques et menaces qui pèsent sur la disponibilité en continu du web et d'Internet<sup>3,4,5,6</sup> sont de nature à engager les responsables des principales institutions démocratiques à mener une réflexion approfondie sur les risques pour les nations comme pour les puissances publiques d'un usage exclusif de cette infrastructure vulnérable à plus d'un titre.

Mark Hunyadi, professeur de philosophie sociale, morale et politique à l'UCL et Hugues Bersini, professeur d'Informatique et directeur du Laboratoire d'intelligence artificielle à l'ULB le concèdent tous les deux, l'IA exige un encadrement qui fait aujourd'hui défaut.

*« Pour affronter ces problèmes sociétaux fondamentaux, nous ne sommes pas équipés éthiquement, ni politiquement. Car l'horizon ultime des institutions normatives, ce sont les droits, les libertés et la sécurité individuels, qui protègent les individus [...] Pour le reste, on n'a pas d'instances pour légiférer. Il faut faire preuve d'inventivité et d'imagination institutionnelle, imaginer une nouvelle institution, au niveau continental au minimum, une espèce d'ONU pour réfléchir à ces questions » (Mark Hunyadi).*

La juriste française Mireille Delmas-Marty, professeure honoraire au Collège de France et membre de l'Académie des sciences morales et politiques, appelle de son côté à prendre pleinement acte que :

*« Gouverner la mondialisation par le droit implique de construire un état de droit sans État mondial, donc de repenser l'outil que représente le droit, traditionnellement identifié à l'État, face aux interdépendances nées de la mondialisation et aux défis qu'elles engendrent.*

*[...] Notre conception de la souveraineté doit être renouvelée. Pour créer un état de droit sans véritable État mondial, l'universalisme est trop ambitieux et le souverainisme, par repli sur les communautés nationales, trop frileux. Concilier souverainisme et universalisme nécessite de les penser de façon interactive, car il ne s'agit pas de choisir entre les deux, mais de les combiner afin de les concilier. C'est pourquoi nous avons encore besoin des communautés nationales pour responsabiliser les principaux acteurs de la mondialisation (États et entreprises transnationales – ETN -), mais seule la communauté mondiale pourra définir les objectifs communs et les responsabilités qui en résultent. Et seul leur entrecroisement évitera que les deux dynamiques s'opposent et se neutralisent, aboutissant à une société « à irresponsabilité illimitée ».*

*[...] Au niveau européen et a fortiori au niveau mondial, on ne peut pas directement transposer la théorie classique de la séparation des pouvoirs, ne serait-ce parce qu'il n'existe pas de pouvoir exécutif mondial, ni de législateur mondial. En revanche les juridictions sont impliquées dans la gouvernance mondiale, même quand leur statut reste lié au cadre national. La théorie de Montesquieu n'est donc pas transposable, car elle supposerait un État mondial, ni faisable, ni souhaitable. Il faut donc chercher à transposer l'idée démocratique des contre-pouvoirs. À défaut d'une véritable séparation entre les trois pouvoirs, l'agrégation savoir-vouloir-pouvoir pourrait assurer une sorte de rééquilibrage, chacun des acteurs ayant un rôle dans l'élaboration et l'application des normes. À condition de respecter l'indépendance, et de garantir la compétence, des scientifiques et d'assurer l'impartialité des acteurs civiques. D'où l'importance d'une régulation d'éventuels conflits d'intérêts. En résumé, il ne s'agit plus de séparer les pouvoirs, mais d'agréger le savoir et le vouloir face à des pouvoirs qui, tantôt économiques, tantôt politiques, tantôt les deux, sont la véritable incarnation d'une communauté qui émerge d'un droit en mouvement."*

*[...] À l'évidence, le droit est en mouvement : c'est pourquoi les phénomènes normatifs émergents ne peuvent être pensés à la seule lumière de la métaphore de la pyramide des normes. En dépit des piliers, des socles, des droits fondamentaux, nous sommes entrés dans une zone de turbulence, par nature instable. Certes la métaphore des réseaux rend mieux compte des horizontalités (réseaux des villes, des juges), que celle de la pyramide, mais elle ne suffit pas à exprimer cette instabilité croissante qui*

<sup>3</sup> What would happen if the Internet collapsed? : <https://computer.howstuffworks.com/internet/basics/internet-collapse1.htm>

<sup>4</sup> Vulnérabilité des services d'authentification web :

[https://fr.wikipedia.org/wiki/Vuln%C3%A9rabilit%C3%A9\\_des\\_services\\_d%27authentification\\_web](https://fr.wikipedia.org/wiki/Vuln%C3%A9rabilit%C3%A9_des_services_d%27authentification_web)

<sup>5</sup> Sécurité et vulnérabilité de l'Internet et des réseaux sous les océans :

<https://www.mag-secur.com/news/id/36095/securite-et-vulnerabilite-de-l-internet-et-des-reseaux-sous-les-oceans.aspx>

<sup>6</sup> En 2050, internet sera-t-il toujours debout ? :

[https://www.cnefrance.fr/news/en-2050-internet-sera-t-il-toujours-debout-39891341.htm?fbclid=IwAR1ds0GrZ20tS6b2Fb1FYpjTUhNaDLe\\_APaafIIP8yLWgWqHoduGxPI6tk](https://www.cnefrance.fr/news/en-2050-internet-sera-t-il-toujours-debout-39891341.htm?fbclid=IwAR1ds0GrZ20tS6b2Fb1FYpjTUhNaDLe_APaafIIP8yLWgWqHoduGxPI6tk)

*caractérise nos sociétés. D'où la métaphore des nuages et des vents. Au-delà des problèmes habituels de traduction (l'état de droit n'est pas un synonyme de rule of law, les droits de l'homme peuvent renvoyer à l'État soumis au droit comme à l'État qui fait des lois, le droit commun n'a pas le même sens que la common law, etc.), il faudrait remplacer les « concepts fondateurs » par des « processus transformateurs ». Dès lors, petit à petit, subrepticement on subvertit le sens des mots : c'est ainsi que la souveraineté qui se voulait « solitaire » pourrait devenir « solidaire ».*

*En résumé, on ne peut ni choisir entre le souverainisme et l'universalisme, ni enfermer les systèmes de droit dans une logique hiérarchique et binaire ; ni admettre l'appropriation des biens communs mondiaux par les États ou les ETN ; ni transposer la séparation des pouvoirs à l'échelle d'un gouvernement du monde ; ni penser la communauté mondiale comme une communauté de mémoire. C'est pourquoi le juriste doit être innovant et le droit novateur. Certes, il ne s'agit pas de donner libre cours à une imagination débridée, mais simplement de sortir des sentiers battus, parce que la réalité n'y passe plus. Elle passe par une complexité qui pourrait paradoxalement renforcer la justice et par de nouveaux récits d'anticipation qui devraient contribuer à équilibrer la force. »<sup>7</sup>*

- *L'Union européenne doit continuer d'aménager son droit primaire*

L'objectif stratégique de préservation de la souveraineté européenne dans les domaines les plus essentiels à la protection des droits, des principes et des valeurs qui fondent l'UE doit figurer explicitement dans le corps du droit primaire de l'Union. Et en particulier dans le domaine numérique. Mais en prenant rigoureusement en compte les recommandations formulées par Mireille Dumas-Marty rappelées ci-dessus.

La Convention sur l'avenir de l'Union qui s'ouvre en 2020 pour engager une nouvelle série de réformes politiques et institutionnelles de l'Union, et qui s'achèvera lors de la présidence tournante assurée par la France au cours du premier semestre 2022, constitue une fenêtre d'opportunité qui doit être saisie à cette fin notamment.

La Charte des droits fondamentaux de l'UE devra elle aussi être revisitée en vue de son adaptation à cette nouvelle réalité sociétale décrite par Mireille Dumas-Marty.

Et ce d'autant plus nécessairement que la force juridique - que lui confère sa portée constitutionnelle acquise dès l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne - lui assure un effet démultiplicateur à l'échelle de l'Union (aux restrictions près résultant du protocole n°30 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux au Royaume Uni et à la Pologne annexé au Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

C'est là qu'intervient également toute l'importance d'une adhésion de l'UE à la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* prévue à l'article 6, paragraphe 2 du TUE.

En effet, bien que chacun des 28 Etats membres y soit partie, l'UE n'est pas elle-même partie à la Convention en tant qu'organisation. Elle n'a notamment aucune compétence pour édicter des règles ou conclure des accords internationaux en matière de droits de l'homme. Le respect de la Convention est cependant assuré par la Cour de Justice de l'UE qui s'y réfère parfois explicitement. En accordant la personnalité juridique à l'UE, le Traité de Lisbonne rend désormais cette adhésion possible.

En adhérant à la Convention, l'UE souhaite se placer sur un pied d'égalité avec ses Etats membres en ce qui concerne le système de protection des droits fondamentaux. Cela lui permettrait d'être entendue dans les affaires examinées par la CEDH, ainsi que d'y désigner un juge. Cette adhésion offrirait également une nouvelle possibilité de recours aux particuliers, qui pourraient alors, après avoir épuisé toutes les voies de recours nationales - saisir la CEDH d'une plainte pour violation supposée des droits fondamentaux par l'UE (et non seulement par ses Etats membres).

Lancés en 2010, les pourparlers entre la Commission européenne et le Conseil de l'Europe ont achoppé en 2014 sur un avis négatif de la Cour de justice de l'UE. Cette dernière a estimé que la proposition

---

<sup>7</sup> *A l'ère du coronavirus, gouverner la mondialisation par le droit :*  
<https://legrandcontinent.eu/fr/2020/03/18/coronavirus-mondialisation-droit-delmas-marty/>

d'accord d'adhésion n'était pas conforme aux lois européennes en raison d'incompatibilités liées notamment à l'autonomie du droit de l'Union ou à la politique étrangère et de sécurité commune (PESC).

L'adhésion reste cependant une priorité de la Commission européenne. Dont acte.

- *Vérifier si la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales doit ou non être aménagée pour mieux prendre en compte les défis numériques*

On entrevoit dans certains des droits et principes de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dont nous avons souligné supra le rôle fondamental*, notamment ceux liés au respect de la vie privée et familiale, la possibilité d'une prise en compte *de jure* de certaines considérations de droit et d'éthique relatives aux défis numériques identifiés dans la présente analyse.

Il faudra le vérifier, et si tel n'est pas le cas, engager un processus d'extension du socle des droits et principes énoncés et protégés par la Convention à ces nouveaux défis.

Une autre urgence est de vérifier si les « *juges non élus et n'ayant de comptes à rendre à personne* » qui siègent à la CJUE et à la CEDH sont vraiment indépendants et impartiaux. Et d'agir si nécessaire pour sanctionner et corriger les écarts avérés éventuels.

C'est dans cette optique que le Comité des Ministres, en vertu de l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe, a recommandé en 2017 « que les gouvernements des États membres: – établissent ou renforcent, selon le cas, un cadre cohérent et global pour la réglementation juridique des activités de lobbying dans le contexte de la prise de décision publique, conformément aux principes directeurs énoncés dans l'annexe ci-jointe et à la lumière de leurs propres situations nationales; – veillent à ce que la présente recommandation soit traduite et diffusée aussi largement que possible, notamment aux groupes de lobbyistes, au milieu des affaires, aux syndicats, aux organisations sectorielles, aux organes publics, aux autorités de régulation, aux ONG de la société civile, aux responsables politiques, aux universitaires. »<sup>8</sup>

- *La poursuite du processus de réforme de l'Etat en France doit faire l'objet de profondes remises en cause*

Les conditions de déploiement au sein de la puissance publique française des évolutions technologiques ne sont pas encore suffisamment encadrées par ce qui apparaît aux citoyens comme la plus efficace des protections de la liberté dans leur République : le droit, et principalement le droit constitutionnel.

La Constitution doit avant tout se montrer ouverte aux évolutions de la société. Elle doit en être le symbole et donc en formation continue : il faut ainsi produire chaque année de nouveaux droits constitutionnels.

C'est pour cela que la Constitution française s'est dotée de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, du Préambule de 1946 et de la Charte sur l'environnement de 2004.

Des potentialités de contrôle et d'implication démocratiques par les citoyens dans le fonctionnement de cette nouvelle puissance publique 2.0 dont les modes modernes de gouvernance, de gouvernement et/ou d'administration trouvent dans le numérique des potentialités, des exigences mais aussi des inquiétudes et des limites nouvelles qui ne sauraient rester sans traduction dans la loi fondamentale.

Un nouveau contrat social qui prenne pleinement en compte les impacts comme les attentes démocratiques de cette révolution numérique sur le rapport de la nation aux différentes formes de cette puissance publique 2.0 en action doit rapidement émerger pour traduire explicitement dans la lettre et l'esprit de la loi fondamentale la promesse démocratique qu'elle entend et prétend servir.

---

<sup>8</sup> *Recommandation CM/Rec(2017)2 du Comité des Ministres aux États membres relative à la réglementation juridique des activités de lobbying dans le contexte de la prise de décision publique (adoptée par le Comité des Ministres le 22 mars 2017)* <https://rm.coe.int/la-reglementation-juridique-des-activites-de-lobbying-dans-le-contexte/168073ed67>

Les textes proposés par l'ISOC<sup>9</sup>, par Privacy Tech<sup>10</sup> ou par le Cercle de la Donnée<sup>11</sup> apportent à cet égard des préconisations de choix.

De nouvelles valeurs, de nouveaux principes démocratiques inspirés par un humanisme et une éthique numériques ainsi que des droits et devoirs numériques nouveaux doivent pouvoir y trouver place.

Une proposition de loi constitutionnelle, qui regroupe cinq articles sous la forme d'une « *Charte de l'Intelligence Artificielle et des Algorithmes* »<sup>12</sup>, qui vise à faire inscrire dans le préambule de la Constitution une référence à la « *Charte de l'Intelligence Artificielle et des algorithmes 2020* » dans l'optique de responsabiliser juridiquement les créateurs de systèmes d'intelligence artificielle, a été soumise à l'Assemblée nationale le 15 janvier 2020.

Mais force est de constater que son contenu n'est pas à la mesure des défis posés à la nation et auxquels la loi fondamentale doit apporter des réponses, notamment à l'égard des impératifs de souveraineté et de sobriété numériques.

Au-delà, un enjeu fondamental se pose : trouver les voies et moyens de garantir en toutes circonstances le respect de la Constitution par l'Etat de droit ?<sup>13</sup>

C'est pourquoi le Conseil constitutionnel doit également poursuivre le développement de sa capacité à dire le droit de manière incontestable dans ce registre numérique qui bouleverse les grands équilibres du droit fondamental<sup>14</sup>.

Faut-il aller jusqu'à le transformer en une véritable Cour constitutionnelle<sup>15</sup> sur le modèle allemand ? La question reste ouverte. Mais l'heure est venue de trancher.

Enfin, l'Etat français doit profondément repenser sa stratégie d'études d'impact des textes législatifs et réglementaires qu'il élabore, comme le requiert le Conseil économique, social et environnemental (CESE). France Stratégie a reçu la mission de rechercher les voies et moyens qui permettront de moderniser les méthodologies requises pour la conduite de ces études d'impact.<sup>16</sup>

Que ce soit au niveau mondial, au niveau européen ou au niveau national, plus que jamais, le juriste doit être innovant et le droit novateur.

*« Pour y parvenir, il faudra changer nos repères. Dans ce monde déboussolé, il n'y a plus de pôle nord, en ce sens qu'il est impossible de choisir parmi les vents contraires de la mondialisation. Mais on peut imaginer une boussole inhabituelle. Au centre, engendré par la spirale des humanismes juridiques, un réceptacle octogonal recueille l'eau, symbole de la vie, où se rencontrent les principes régulateurs réconciliant les vents contraires de la mondialisation. Plongé dans ce réceptacle, le fil à plomb de la bonne gouvernance stabiliserait les mouvements désordonnés sans pour autant immobiliser ce monde en mouvement.*

<sup>9</sup> Pour la consécration constitutionnelle des droits fondamentaux des utilisateurs du numérique :

<https://www.isoc.fr/petition-charte-du-numerique/>

<sup>10</sup> #DigitalHumanRights : pour une déclaration des droits fondamentaux numériques, 4ème génération de droits de l'homme :

<https://www.privacytech.fr/livre-blanc/>

<sup>11</sup> Intelligence Artificielle : Le Cercle de la Donnée présente 12 propositions pour une meilleure utilisation de la donnée :

[https://www.lemondedudroit.fr/publications/248-etudes-et-documents/66278-intelligence-artificielle-cercle-donnee-presente-12-propositions-meilleure-utilisation-donnee.html?fbclid=IwAR3b7GcCjvy2WCimDgNmFwfPYIF7TqXJ6PIUzN6zklF\\_sCLns5cUr1Xxi8](https://www.lemondedudroit.fr/publications/248-etudes-et-documents/66278-intelligence-artificielle-cercle-donnee-presente-12-propositions-meilleure-utilisation-donnee.html?fbclid=IwAR3b7GcCjvy2WCimDgNmFwfPYIF7TqXJ6PIUzN6zklF_sCLns5cUr1Xxi8)

<sup>12</sup> Proposition de Loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'Intelligence Artificielle et des algorithmes :

<http://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/15/propositions/pion2585>

<sup>13</sup> Comment garantir le respect de la Constitution ?

[https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-constitutionnel/dissertation/garantir-respect-constitution-455198.html?fbclid=IwAR0J\\_konUWn3Sa4rsjzAZgET9ob-T3A3HkvuF2LLLPVZwrD5IaqAHSqM9f8](https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-constitutionnel/dissertation/garantir-respect-constitution-455198.html?fbclid=IwAR0J_konUWn3Sa4rsjzAZgET9ob-T3A3HkvuF2LLLPVZwrD5IaqAHSqM9f8)

<sup>14</sup> Le numérique saisi par le juge, l'exemple du Conseil constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-numerique-saisi-par-le-juge-l-exemple-du-conseil-constitutionnel>

<sup>15</sup> Vers une Cour suprême ?

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/vers-une-cour-supreme>

<sup>16</sup> *Vingt ans d'évaluations d'impact en France et à l'étranger – Analyse comparée des pratiques dans six pays :*

<https://www.strategie.gouv.fr/publications/vingt-ans-devaluations-dimpact-france-letranger-analyse-comparee-pratiques-six-pays>

<sup>17</sup> *Vers une Cour suprême ?*

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/vers-une-cour-supreme>

<sup>18</sup> *Vingt ans d'évaluations d'impact en France et à l'étranger – Analyse comparée des pratiques dans six pays :*

<https://www.strategie.gouv.fr/publications/vingt-ans-devaluations-dimpact-france-letranger-analyse-comparee-pratiques-six-pays>

*C'est ainsi qu'inspiré par les « forces imaginantes du droit », le juriste peut tenter de répondre au constat désabusé de Pascal au 17ème siècle : « ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force, afin que la justice et la force fussent ensemble et que la paix fût, qui est le souverain bien ». Si la spirale des humanismes fortifiait la justice, l'octogone des principes régulateurs équilibrerait la force. Il ne s'agit pas pour autant d'adhérer au rêve utopique des deux K : la « Grande paix » des classiques chinois, reprise à la fin du 19ème siècle par le juriste Kang Youwei et la « Paix perpétuelle » du philosophe Emmanuel Kant au 18ème siècle. De façon plus modeste, il s'agit de mettre en place des dispositifs d'apaisement, de faire la paix avec la Terre » (Mireille Dumas-Marty)*