



HAL
open science

L'identité des a priori du droit et de l'intelligence artificielle. Etude à partir de l'offre de règlement européen

Arnaud Billion

► To cite this version:

Arnaud Billion. L'identité des a priori du droit et de l'intelligence artificielle. Etude à partir de l'offre de règlement européen. Revue Lexsociété, 2023. hal-04029777

HAL Id: hal-04029777

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-04029777v1>

Submitted on 15 Mar 2023

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



L'identité des *a priori* du droit et de l'intelligence artificielle.

Etude à partir de l'offre de règlement européen

in J.-S. BERGE ET H. KASSOUL (dir.), « Questionner nos objets de recherche par nos *a priori* », *Journées d'étude pluridisciplinaire de la jeune recherche*, 23 et 24 mai 2022, Nice, Programme de recherche avancée IDEX UCAjedi Projet « ANTÉCÉDENT », Université Côte d'Azur.

ARNAUD BILLION

Doctorant

EDIEC

Université Jean Moulin Lyon 3

Résumé : La Proposition de Règlement européen sur l'intelligence artificielle manifeste un discret et puissant *a priori* : le droit et l'informatique seraient deux disciplines différentes. Or un programme informatique rassemble des règles dont le degré de formalisation permet la déduction de la solution. Ceci répond au projet des juristes modernes. Il y a dès lors lieu de douter de l'*a priori* : le droit et l'informatique peuvent être regardés comme deux états de maturité des « machines à gouverner ». La règle de droit, c'est celle que l'on n'a pas encore su encoder dans un programme informatique.

Mots-clés : intelligence artificielle ; gouvernance ; machine à gouverner ; droit moderne

Introduction

1. La Commission européenne a proposé¹ en avril 2021, un Règlement sur l'intelligence artificielle, aux fins de voir établir des règles harmonisées à ce propos dans l'Union. Dans ce colloque dédié au questionnement des *a priori*, je vais en relever un, fort discret dans ladite Proposition, qui devrait intéresser les juristes et les informaticiens. Il en découle en effet, une hypothèse fructueuse pour le dialogue interdisciplinaire.
2. L'*a priori* – ou la préconception – est le suivant : le droit et l'informatique sont deux disciplines différentes. Il n'y aurait pas lieu, dans le cas contraire, de réaliser un nouvel instrument normatif portant sur un objet, l'intelligence artificielle (IA) conçu comme à saisir de l'extérieur. L'étrangeté de l'IA au droit semble une évidence : n'avons-nous pas physiquement un long trajet à faire, de cette faculté de droit où nous nous trouvons, pour rejoindre le département informatique de l'Université ?

Pourtant mon hypothèse est inverse, se dressant à l'encontre de cette intuition, en contrepoint de l'*a priori*. La voici : l'informatique accomplit le projet juridique des Modernes. Sous ce regard, le droit et l'informatique sont deux visages du prescriptivisme, ou encore : deux états de maturité de la gouvernance moderne. Cette dernière se veut très mécanique : le juriste moderne force l'application de la norme déduite. Il doit pour cela formaliser le commandement, et le commandement le plus formalisé, c'est l'instruction logicielle².

¹ COMMISSION EUROPEENNE, *Proposition de règlement européen établissant des règles harmonisées en matière d'intelligence artificielle 2021/0106 (COD)*, 2021.

² Au passage, c'est l'idée même de considérer juridiquement l'IA en tant que telle qui s'en trouve contestée. L'IA n'est jamais que des lignes de code, des instructions logicielles, c'est-à-dire une production quelconque du prescriptivisme.

Or je ne crois pas que cette mise en équivalence devrait se trouver réduite à une simple analogie. Une lecture de la Proposition de la Commission nous le confirmera (I), ainsi qu'un regard sur l'objectivation de la norme dans diverses disciplines juridiques (II) Enfin, l'informatique répond théoriquement aux vœux des juristes modernes, ainsi qu'aux craintes de leurs adversaires (III et IV).

I - Traces de la pensée prescriptive dans la Proposition de règlement

3. L'informaticien reconnaît, au fil de la lecture de la Proposition de régulation de l'IA, les schèmes de sa propre discipline. Donnons-en quelques exemples.
 - Au Motif1, nous reconnaissons le schème de re-use, c'est-à-dire l'appel à une fonction de transformation formelle, dont on veut réutiliser le résultat. C'est ainsi que la Commission peut faire référence au travail du groupe d'expert, suggérant une forme de transfert de validité sur son propre travail, dans une logique d'interopération.
 - C'est le deuxième schème : que l'on parle de cohérence, d'interopérabilité, de compatibilité ou de conformité, il s'agit en droit comme en informatique de viser la mise en fonctionnement d'une forme de grande mécanique de langage gouvernant. L'output d'un service doit être admissible comme input d'un autre service.
 - Ceci appelle la notion de système, informatique ou juridique : la Commission ne cesse de vérifier la cohérence de son propos.
 - Autre schème : il est possible, en droit comme en informatique, d'optimiser la norme. On le constate au motif 1.1. La Commission veut perturber a minima le système

existant³. Il y a ici, comme en programmation logicielle, une recherche d'élégance : chaque nouvelle ligne de code doit assurer une fonction précise, sans perturber le reste du programme. A l'évidence, le droit positif, non plus que la Proposition de Règlement, ne fonctionne comme de véritables systèmes : ils ne sont pas pleinement synchronisés et coordonnés. Mais il est clair que la Commission travaille comme si c'était le cas.

- Ou encore, l'appétence pour toute quantification, qu'elle soit absolue (coût moyen de la mise en conformité par les entreprises : 6 à 7000 euros) ou relative (principe de proportionnalité). Le traitement informatique ne se dispense pas, comme on sait, de numération.

- L'informaticien reconnaît aussi le principe de dichotomie du problème général, en sous-principes jusqu'à la granularité opératoire, c'est-à-dire en informatique la fonction calculable, et en droit le principe positif. Par ex., à l'article 14, le contrôle humain est assuré soit par le fournisseur, soit par l'utilisateur, selon cinq possibilités qui vont de la simple prise de conscience, à la capacité d'interruption du système.

- On remarque encore l'omniprésence des définitions (pas loin d'une cinquantaine dans la proposition). De la même manière, l'informaticien bâtit des ontologies informatiques et des bibliothèques logicielles : l'exécution formelle ne souffre aucune ambiguïté définitionnelle.

- C'est ensuite la logique qui vient assurer la cohérence du propos : la Proposition est saturée de syllogisme, comme s'il était de quelque importance que les commandements qu'elle porte soient déductibles les uns des autres.

³ « La présente proposition présente une approche réglementaire horizontale équilibrée et proportionnée de l'IA qui se limite aux exigences minimales nécessaires pour répondre aux risques et aux problèmes liés à l'IA. »

- Enfin, la Commission parle, tout comme le fait l'informaticien au sujet de ses algorithmes, d'implémentation, s'agissant de la mise en œuvre de son modèle juridique.
4. On le voit : la rédaction d'un instrument juridique au sujet d'un objet informatique ressemble fort à la manière dont un objet informatique serait bâti pour assurer une fonction juridique. Ce sont les mêmes schèmes qui sont utilisés, et ils sont tous empruntés à la méthode scientifique, et plus précisément à ce que nous pourrions nommer le prescriptivisme qui en déborde.
- Ne peut-on penser que ces ressemblances entre les schèmes informatiques et juridiques seraient fortuites, exagérées par l'analyse, ou encore propres au sujet informatique dont il s'agit dans cette Proposition d'envisager la régulation ? Elles sont pourtant présentes dans diverses autres branches du droit.

II- Traces dans d'autres branches du droit

5. Sans qu'il soit ici le lieu d'entrer dans le détail – nous pensons que tout spécialiste du droit en devinera les occurrences dans sa propre discipline. Nous allons examiner trois exemples de ce que nous nommerons « objectivation du juridique dans la direction de sa calculabilité ». Il s'agit de montrer que les juristes s'emploient depuis un certain temps (ce qui nous occupera plus bas), à purger progressivement la subjectivité évaluative (un arbitraire trop imprévisible) de leur discipline. Ceci permit que fût inventée l'informatique.
6. En droit d'auteur, les experts parlent d'objectivation du critère d'originalité de l'œuvre de l'esprit pour désigner cette propension du juge à s'efforcer de rendre le critère d'élection de l'œuvre de l'esprit, moins dépendant de la personnalité de l'auteur ... à ne pas vérifier par exemple que l'œuvre porte l'empreinte de la personnalité de ce dernier. Ce n'est pas là une jurisprudence établie, mais une possibilité

d'interprétation qui parfois se révèle dans une décision de justice. Le cas échéant, il ne reste pour savoir si une œuvre de l'esprit fait montre de l'originalité élective, qu'à se demander si elle est nouvelle (ce qui est en effet beaucoup plus objectivement vérifiable) ou si les choix sont créatifs, ce qui l'est déjà beaucoup moins mais évite d'entrer dans des considérations jugées trop psycho-esthétiques. C'est un exemple d'objectivation du droit dans le sens indiqué *supra* : en direction de sa calculabilité.

7. En droit civil, la disparition légale de la cause contractuelle et du bon père de famille à la fin du XXème siècle, permet aussi de se débarrasser de notions portant en leur cœur, donc exigeant du juge, la considération des conceptions subjectives d'individus particuliers. La cause contractuelle, c'est la raison subjective de contracter. Le comportement en bon père de famille, c'est ce que l'on pense qu'un archétype très subjectivement désigné (d'aucuns diraient : patriarcalement désigné) penserait et ferait. C'est là aussi un discret signal : la subjectivité n'est pas évacuée en tant que telle, mais au nom d'un progrès lui-même axé selon une certaine scientificité. Mais nous le voyons maintenant : il s'agit à la fin que le droit soit calculable, ce qui suppose de le rendre objectif pour pouvoir le modéliser et le quantifier. Les *smart contracts*, douteux concepts, sont tout simplement la production finale du contractualisme : il n'y a plus besoin d'humain pour les lire, puisqu'ils sont auto-exécutoires. C'est bien une autre figure de l'évacuation de la subjectivité évaluative.
8. L'histoire du droit pénal fait montre d'une tension entre la preuve formelle et l'intime conviction du juge. Prêtons-y attention : c'est jusqu'au moment très fragile du jugement qui est artificialisé au nom de l'objectivation.
9. La « machine à gouverner⁴ » sera complète lorsque non seulement le système de règles sera mathématisé, mais encore la fonction de jugement (c'est une réduction : il sera alors question d'une simple option

⁴ BILLON Arnaud, *Sous le règne des machines à gouverner*, Larcier, Juillet 2022.

technique entre alternatives calculables). Cette notion de machine à gouverner est relativement inconnue des juristes. Et pour cause : elle est le mythe scientifique de leur discipline, le non-dit fondateur de la science politique. Sans qu'il soit ici besoin de déployer la notion, nous pouvons maintenant dire quelques mots du projet juridique des Modernes, cause de ce qu'il faut bien appeler une artificialisation du droit, une intelligence juridique artificielle.

III- Le droit moderne

10. En cause ici : la modernisation du droit. Elle a progressivement mis en place, déployé cet *a priori* caché, selon lequel il est préférable que le droit soit une émanation scientifique.

Une des formules les plus spectaculaires pour résumer ce mouvement est celle de Pufendorf, juriste allemand du XVII^{ème} siècle : il voulait en droit « suivre la méthode des mathématiciens⁵ ». Il parlait évidemment de la méthode scientifique naissante. Lues sous ce prisme, les propositions des fondateurs de la science politique moderne sont assez limpides : on sait que Gottfried Leibniz assumait ce passage de la science juridique à la mathématique. Jean Bodin fonda la souveraineté sur une sorte de fonction mathématique du pouvoir, préalable à des distinctions plus précises que les penseurs suivants ne s'interdiront pas d'opérer. Thomas Hobbes, avec son *Léviathan*, imagine une forme de monstre mathématique, puisqu'il commande bien, on le sait, mais ne prodigue pas d'ordres déterminés ; il n'a aucune intentionnalité autre que de posséder ce pouvoir. René Descartes, administrateur de la pensée scientifique, pensait que le *summum* de la rationalité était une enquête pure, dénuée de tout choix subjectif, un pur enchaînement nécessaire d'inférences.

⁵ DUFOUR Alfred, « L'influence de la méthodologie des sciences physiques et mathématiques sur les fondateurs de l'école du droit naturel moderne (Grotius, Hobbes, Pufendorf) », *Grotiana* 1, 1980, pp. 33–52

11. Les penseurs des Lumières sont plus ambigus à ce sujet : il se positionnent bien du côté de la rationalité scientifique contre l'obscurantisme, mais on ne peut pas dire que les principes fondamentaux qu'ils défendent soient particulièrement informatifs⁶. Ils ignorent ce que sait aujourd'hui l'informaticien : un très large système gouvernant centré autour de la Loi (formelle, générale et abstraite) ne peut techniquement convoier aucune signification, et s'avère globalement inintelligible... et ce, même si les principes premiers sont très généreux.
12. Les choses deviennent manifestes au temps du rationalisme juridique, en particulier avec Hans Kelsen : il faut bâtir un système formel autoréférencé, ce sera le système d'information. Les logiciens du droit suivront (A. Ross, G. Kalinowski) qui, sans s'en rendre vraiment compte, ne font rien d'autre que fonder l'informatique juridique... voire l'informatique tout court. Les inventeurs de cette dernière sont réputés être des mathématiciens, mais ne sont-ce pas les juristes qui s'efforcent, depuis la modernité, de mécaniser toute gouvernance ? Le cybernéticien N. Wiener, un pionnier de la cybernétique, prétendait propager une gouvernance rationnelle qui se dispense des humains de mobiliser leur subjectivité, trop biaisée et peu rationnelle.
13. Les contemporains n'échappent nullement à cette longue mise en place des machines à gouverner. J. Rawls établit la justice comme une sorte d'algorithme, quasiment programmable.
14. Les contempteurs de la modernité juridique (au premier rang des plus récents : L. Strauss et M. Villey) ne manquent pas de relever les inconvénients de ce mouvement. Ils peinent à convaincre dans un environnement modernisé, où toute critique même très savante semble plus ou moins entachée d'obscurantisme. Pourtant, débarrassée de la controverse idéologique, leur critique retrouve toute sa pertinence lorsqu'elle parle d'arrachement à la nature. Elle esquisse sans le savoir

⁶ Dans ce sens, MANENT Pierre, *La loi naturelle et les droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, 2018

les contours d'une critique et d'une éthique de l'informatique : il s'agit au fond de poser la question du caractère raisonnable ou non, du déploiement d'un très large « système » prescriptif, juridico-informatique, partiellement instrumenté.

Voyons maintenant ce à quoi renonce le juriste – ce qui fera donc parfaitement défaut à l'informaticien- lorsqu'il s'entiche de ce qu'il perçoit de la « méthode scientifique ».

IV- Le droit classique.

15. Le droit classique recherche, à travers le droit positif, la Justice. A ceci, le droit moderne renonce résolument lorsqu'il se donne les critères de la méthode scientifique. C'est l'exemple informatique, instance la plus aboutie du droit moderne, qui nous le fait comprendre.

Un agent numérique (une machine à gouverner) peut déduire logiquement la solution d'une série de prescriptions de langage formel (des instructions logicielles). Or l'instruction de langage formel, pour être calculable, doit être dénuée de signification ; ainsi d'une variable dans une équation mathématique... et du système juridique moderne. Chaque norme considérée isolément peut recevoir ladite signification... mais son incidence dans le système n'est pas connaissable, sauf lorsqu'elle est informatisée.

16. Pour les justiciables et les juristes, voici donc la situation : on demande aux premiers de rendre la prescription exécutable d'obéir le plus logiquement possible à une prescription, considérée dans son formalisme. Les seconds sont censés « améliorer » le système de prescriptions de manière à favoriser sa cohérence formelle et sa déductibilité. Mais un système de normes très cohérentes entre elles, système appliqué très logiquement, ne peut pas être bâti en fonction de toutes les situations... sauf dans un ordinateur : le programme informatique, une fois bien écrit, s'exécute sans coup férir parce que tout y est sous contrôle. Lorsqu'on écrit une nouvelle loi (générale et

abstraite), ou un nouveau programme informatique (non moins) on réitère cet éreintement de la considération des cas réels qui se présenteront, pour décider voire effectuer par avance leur mode de catégorisation et de résolution.

Voilà alors la contradiction à la Justice telle qu'envisagée par les classiques : la règle devrait accomplir l'équité et le bien agir, qui se reconnaissent en circonstance. Or l'agent numérique, ainsi que l'agent juridique moderne, ne se préoccupent pas de cela, mais seulement de l'obéissance formelle à un ordre préétabli. Il faut choisir en effet, entre agir pour le mieux dans une circonstance, ou exécuter aveuglément des normes d'action.

Conclusion

17. Que penser enfin, de l'informatique comme point de fuite du juridique ? N'avons-nous pas là affaire à un dispositif de machines à gouverner fort rationnel, parce que très calculatoire ?

Au contraire, l'ordinateur nous semble être une preuve tangible (et les informaticiens, des témoins dignes de foi) que le projet juridique moderne est voué à l'échec⁷. En effet, si l'on exclue la très théorique machine de Turing (une forme d'archétype platonicien de l'ordinateur) force est de reconnaître plusieurs inconvénients aux systèmes déployés :

- Ils tombent tendanciellement en panne, à cause de ce qu'est un très large système de commandes opérés dans les couches basses par la logique : un véritable enfer mathématique à administrer. Un nœud de bugs et d'erreurs, partiellement réparables mais à la fin pris dans les rets de l'échec de la mathématique moderne⁸.

⁷ Il a en fait, sous ce prisme, déjà échoué.

⁸ LASSEGUE Jean « Le droit automatisé et le problème de la délibération collective », *Dalloz IP-IT* n°10, janvier 2022.

- Ils ne sont pas intellectuellement orientés vers une action déterminée, mais techniquement du fait d'une pure contingence. Ce n'est qu'au niveau local que la norme juridique, ou que l'algorithme, porte une signification. Le système prescriptif global est, lui, totalement dénué de sens ; il favorise une action parfaitement indéterminée.
 - Ils ont besoin d'une quantité in(dé)finie d'énergie, à cause de la décorrélation *hardware-software*. De même, on ne peut jamais faire le bilan énergétique d'une loi, ou d'un article de loi. Enoncer un commandement qui devra être obéi de manière générale et formelle, c'est renoncer à compter sur la capacité d'interprétation vertueuse – en particulier parcimonieuse - par les agents. L'action humaine peut être énergétiquement appropriée. L'action de l'agent (informatique ou juridique) est libérée de la contrainte du réel en tant qu'elle se déploie procéduralement à travers des machines à gouverner artificielles.
18. Ainsi la modernité juridique renonce tout à la fois à la vertu pratique, à la signification, à la rationalité autre que calculatoire, et au bien-faire en circonstance. On le sait maintenant, contemplant un ordinateur. Les « machines à gouverner » paradigme discret de toute la gouvernance moderne, sapent de l'intérieur l'idée de Justice dans le droit.