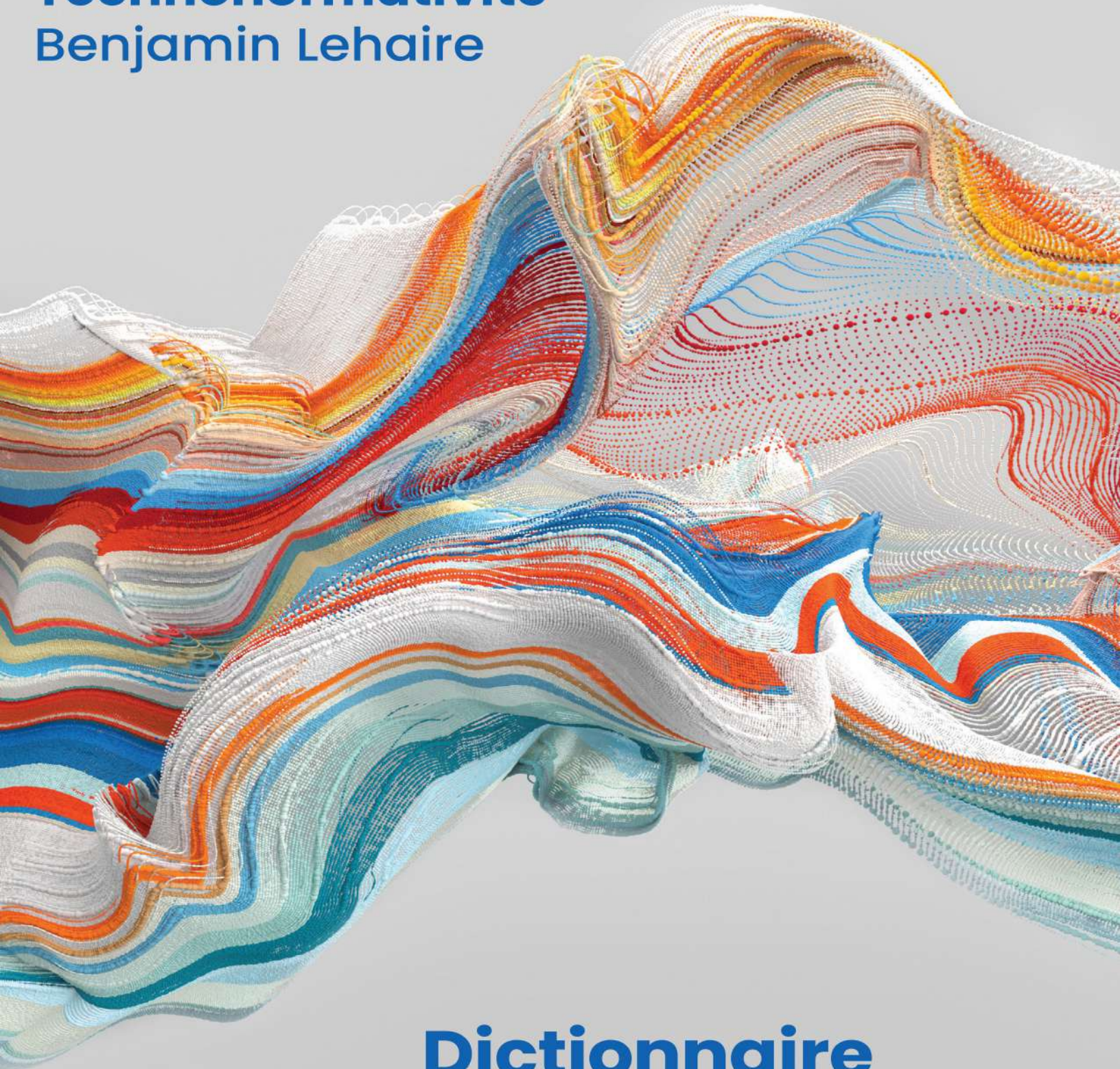


Technonormativité
Benjamin Lehaire



Lex Electronica
Volume 29-3

**Dictionnaire
de la
norme** Formaliser
l'informel

Sous la direction de
Vincent Gautrais

Notice importante : Le projet de *Dictionnaire de la norme* est initié et soutenu par la Chaire L.R Wilson en droit des technologies de l'information et du commerce électronique. La Revue scientifique *Lex Electronica* du Centre de recherche en droit public (CRDP) de l'Université de Montréal accueille ce projet en lui consacrant un dossier spécial ouvert. Outre la version numérique, le projet paraîtra également en format papier.

TECHNONORMATIVITÉ

Benjamin LEHAIRE¹

¹ Professeur titulaire, Université TÉLUQ (Université du Québec).

Table des matières

1. Une théorie des sources du droit	2
1.1 Une théorie moniste des sources de droit	3
1.2 L'approche wébérienne : la recherche de la reconnaissance de l'État	4
2. L'évolution du droit vers la technonormativité	5
2.1 L'amoralité technique	5
2.2 La technonormativité : la normativité de l'innovation en droit	6
3. Technonormativité et néo-libéralisme : la matrice idéologique de la disruption normative	9
3.1 Le néo-libéralisme ou l'adaptation des ordres juridiques au progrès	9
3.2 Le mythe de l'adaptation du droit aux faits	11

[1] Aux origines. Le mot « technonormativité » est apparu en 2018 en France. À ses origines, il fait référence à des normes de standardisation. Selon la définition donnée par Caroline Lequesne-Roth, il s'agit de « l'ensemble des normes qui encadrent et régulent les deep technologies. Le domaine de la technonormativité est vaste : il s'étend des standards tels que ceux labellisés sur Ethereum à la normalisation internationale, en passant par l'effort de standardisation émanant de nos ordres juridiques » (NATHAN, 2018). Le mot revêt un sens précis se caractérisant avant tout par son sens technique et évoque principalement une normalisation, c'est-à-dire, dans son sens technique, le « choix et [la] fixation de standards imposés à la réalisation de certains objets [...] » (ARNAUD, 2018, p. 390). Cette technique renvoie aux *deep technologies* lesquelles sont difficilement définissables. Selon la Banque publique d'investissement de France, les *deep technologies* évoquent les technologies de rupture. Les technologies de rupture sont associées au modèle économique d'entreprises émergentes, principalement du secteur numérique, et sont fortement associées au milieu entrepreneurial des *start-ups*. Tous ces anglicismes cachent mal un phénomène avant tout américain que les Européens tentent d'imiter. À l'origine, ce sont les innovations disruptives qui caractérisaient ces technologies de rupture.

[2] Innovation disruptive. L'expression est du professeur de management à Harvard, Clayton Christensen, qui avait publié en 1996, un ouvrage intitulé « The Innovator's Dilemma. When New Technologies Cause Great Firms To Fail » (CHRISTENSEN, 2016) dans lequel l'expression de *disruptive innovation* fut utilisée pour caractériser le changement induit par ce modèle économique disruptif : une innovation permet de renverser des industries entières. Il définit l'innovation disruptive comme « celle technologiquement simple consistant à mettre ensemble des composants standards dans une architecture de produits qui étaient souvent plus simples que les premières approches. Elles offraient moins que ce que le consommateur dans le marché établi voulait et donc pouvaient rarement être initialement employées par eux » (CHRISTENSEN, 2016, p. 15). Depuis ce livre, l'expression d'innovation de rupture ou disruptive est devenue à la mode dans les années 2000 avec l'émergence de l'économie des plateformes, laquelle contribua, par ses succès, à la diffusion de l'innovation de rupture. Elle fut aussi rattachée à l'économie de la donnée.

[3] Standard technique et sens premier. La technonormativité est, au sens technique, nous insistons sur ce point, l'émergence d'une norme standardisée pour la technologie, laquelle vise une régulation internationale des technologies disruptives ou émergentes. Cependant, cette définition n'est pas juridique et a des carences. D'abord, elle vise une standardisation internationale, mais ces normes ne sont pas juridiques. Ensuite, les expressions *deep laws* ou *deep technologies* demeurent obscures. Même si nous avons esquissé une tentative de définition de ces technologies, elles restent une nébuleuse technologico-entrepreneuriale, façonnée par un marketing technologique accrocheur. Ce premier sens, technique, doit mener à une définition plus large du phénomène technonormatif qui recoupe, sans s'y limiter, cette définition technique, mais pas seulement. Par exemple, l'émergence dans l'Union européenne d'expressions

comme « *digital-ready legislation* »² ou de « *digital-ready policy* »³ nous semble beaucoup plus large. Ces expressions visent à nommer un mouvement normatif tendant à simplifier la loi⁴ pour l'intégrer facilement à l'outil numérique sans préciser clairement s'il s'agit de coder informatiquement la loi dans l'outil numérique (le fameux « code is law » de Lawrence Lessig) ou bien de faciliter son traitement administratif ou judiciaire.

[4] Seconde définition. Par conséquent, nous pensons devoir donner un second sens à ce mot : « la technonormativité est le règne de la norme technico-économique définie comme la “valorisation” de l'efficacité comptable et de l'amoralité technique conduisant à la disparition des valeurs humanistes du droit au profit d'une neutralité technique, comme source de normativité. Il faut entendre la technonormativité au sens strict, soit la norme de la technique devenue juridique » (LEHAIRE, 2022, p. 21). En somme la technonormativité conduit à l'idéal d'une société gouvernée scientifiquement où l'ordre est substitué à la justice (ELLUL, 2008, p. 268 et 271 sur l'ordre comme incarnation de l'efficacité technique en droit au détriment de la justice).

[5] Plan. La technonormativité est une théorie des sources du droit concurrençant celle de l'État (1). Le droit évolue vers cette technonormativité (2). Elle s'appuie sur l'idéologie néo-libérale (3).

1. UNE THÉORIE DES SOURCES DU DROIT

[6] Plan. La technonormativité permet d'évoquer la capacité de la technique à créer de la norme. Or cette nouvelle norme, comme toute norme, a la faculté de devenir juridique. Une théorie des sources, moniste, car elle rend compte de l'émergence d'une seule norme juridique, explique comment la technonormativité peut émerger en tant que théorie des sources (1.1). La sociologie de Max Weber avait déjà identifié cette concurrence entre normes pour obtenir la qualification de « juridique ». Pierre Bourdieu, avec son expression fameuse du « droit de dire le droit », montre comment une lutte normative existe en vue d'obtenir cette reconnaissance (1.2.).

2

2 Que l'on peut traduire de façon grossière par « législation prête pour le numérique » ou « législation compatible ou adaptable au numérique ». Voir la définition proposée par les autorités danoises : « Digital-ready legislation ensures an easier workload for public employees and a more effective, digital service for citizens and corporations. Legislation must be plain and clear in order to lay the foundation for a truly systematic de-bureaucratization of the Danish public sector ». Les autorités danoises reprennent les arguments du mouvement « Droit et Informatique », et ceux de l'inventeur de la jurimétrie Lee Loevinger en 1949 : la loi est trop complexe pour être comprise par les citoyens. Il faut avoir une approche scientifique de la loi. Les autorités danoises expliquent que cette clarté doit conduire à l'automatisation des décisions : « This means, for example, that in the future the legislation should strive towards using terms and concepts that have a clear definition across all legislative domains, and that rules should be designed for a whole or partial automation of the case processing involved ». Ces extraits sont tirés du site web de l' « Agence pour le gouvernement digital » : < <https://en.digst.dk/digital-transformation/digital-ready-legislation/what-is-digital-ready-legislation/>>. (consulté le 17 novembre 2023).

3 Voir la « Boîte à outils pour une meilleure régulation » ou, en anglais, « *Better regulation toolbox* » et sa proposition 28 : *Digital-ready policymaking*, voir le site web : < commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation/better-regulation-guidelines-and-toolbox/better-regulation-toolbox_fr>. (Consulté le 17 novembre 2023).

4 Nous utiliserons beaucoup le mot « loi(s) » dans ce texte. Il convient alors de le préciser. On entend ici se référer à l'acte juridique qui permet d'imposer une norme à des sujets de droit par l'utilisation d'un écrit, peu importe le support, mais qui véhicule une conception anthropologique de l'Homme occidental. La loi ne peut en ce sens être réduite à un acte technique, strictement efficace, de gouvernance des Hommes en vue d'un résultat. La loi est un héritage, le fruit d'une histoire juridique et dogmatique qui rend légitime sa production au nom d'une idée de la Justice et fondée sur la Raison, « enjeu suprême de l'humanité » (LEGENDRE, p. 30). La loi ici n'est donc pas la norme de la régulation mécanique imposée par « l'imperium des affaires » (LEGENDRE, p. 33), ce qui est « une idée managériale de la régulation » (LEGENDRE, p. 34), et au final une disparition du « Tiers symbolique » (LEGENDRE, p. 34).

1.1 UNE THÉORIE MONISTE DES SOURCES DE DROIT

[7] Une nouvelle théorie des sources du droit. Dans notre système politique parlementaire, et comme l'a mis en évidence Kelsen, le droit est le produit d'une théorie des sources qui permet, selon un ordre de production clair, et une hiérarchie des normes, de produire de la norme juridique (KELSEN, 1997). Cette définition, largement reprise en théorie du droit, pêche par son excès de confiance. Elle ne rend pas compte que quotidiennement, le droit est une lutte de pouvoir pour obtenir le droit de faire la loi. Si la loi est formellement le produit du système démocratique et du parlementarisme, il demeure qu'il s'agit d'une construction historique, d'un état positif de la production normative et que ce monopole peut être mis à mal et finalement tomber. Il faut accepter que le droit soit objet de la politique pour comprendre la technonormativité. La technonormativité est une nouvelle théorie des sources du droit venant contester celle en place. Elle a une puissance de domination et vient contester le monopole de notre modèle actuel de production des normes juridiques. Nous devons à Jean-François Perrin d'avoir mis en évidence cette matrice de production des normes juridiques en partant, non pas de notre modèle étatique pour en déduire des généralités, mais d'induire de la production normative et de ses mécanismes, l'émergence d'une théorie des sources du droit (PERRIN, 1979).

[8] De la norme juridique à la technonormativité. Cette théorie des sources du droit permet de résonner abstraitement sur le processus de création d'une norme juridique. Selon la théorie de Jean-François Perrin, la juridicité est le passage d'une norme sociale à une norme juridique. Elle est particulièrement intéressante en matière technologique, car les nouvelles technologies, notamment numériques, pratiquent la disruption et leur qualification juridique est incertaine. Nous postulons que la technonormativité vise à contourner cet obstacle épistémologique de la qualification juridique après sa création en se faisant source de droit. En résumé, l'innovateur va chercher à créer sa règle de droit avec l'appui de l'État et idéalement, sans l'État. En effet, la structure disruptive des entreprises du Web, notamment les entreprises californiennes, ainsi que leur idéologie anarcho-libérale, où l'entrepreneur libertaire s'oppose « à l'autorité et aux normes » (SADIN, 2016, p. 56), a pour conséquence de faire de la technonormativité une source de droit, concurrençant le droit étatique ou cherchant à imposer son projet politique et sa vision de la norme juridique, à l'État. La technonormativité a deux faces : l'une cherche l'adaptation du droit par l'instrumentalisation de l'ordre juridique étatique (ex. plaider pour un cadre réglementaire propre à une nouvelle technologie), l'autre vise son autonomisation vis-à-vis de la norme juridique étatique en créant sa propre norme juridique (ex. quand la technologie norme les comportements ou cherche à écarter l'État comme le permet la décentralisation de la technologie de la chaîne de blocs). Comme le font observer des auteurs, « [l']intégration de la règle de droit au sein d'algorithmes risque de conduire à des phénomènes d'algocratie mettant " l'homme en dehors de la boucle " tant en matière de règles publiques que de règles privées mises en œuvre par les acteurs du marché ». (MARTY et TELLER, 2023, p. 258). Pour cela, il faut que la norme sociale soit favorable à l'émergence de la technonormativité. « Dans les sociétés contemporaines, les normes sont dites " juridiques ", dans la mesure où elles ont été produites en conformité du système habilité à les produire. C'est l'édiction en conformité de la théorie des sources adoptée par le pouvoir social qui confère le caractère juridique. La juridicité d'une norme n'est pas autre chose qu'une référence à son mode

de production. Est juridique tout contenu normatif qui est conçu par le système créé pour produire les normes » (PERRIN, 1979, pp. 89-91). Est juridique ce qui est jugé socialement nécessaire par un appareil de production des normes. « Ces appareils à produire les normes juridiques (par exemple le système parlementaire) sont, avant de fonctionner, imaginés et proposés par une idéologie puis promus par l'action politique » (PERRIN, 1979, p. 88). L'auteur ajoute : « une doctrine devient une théorie des sources lorsqu'elle a triomphé dans les faits et devient, dès lors, effectivement apte à produire des normes, c'est-à-dire des modèles de conduite effectivement nécessaires » (PERRIN, 1979, p. 88). Pour la technonormativité, ce triomphe social nous apparaît indubitable. Il est possible en raison de la place sociale qu'occupe l'innovation dans nos sociétés. Les discours politiques lors de l'adoption de certaines lois en vue d'adapter la société et la législation à la technologie ne laissent aucun doute sur ce triomphe de l'innovation (Voir par exemple la Loi pour une République numérique en France, étudiée dans LEHAIRE, 2022, p. 169 et s.).

1.2 L'APPROCHE WÉBÉRIENNE : LA RECHERCHE DE LA RECONNAISSANCE DE L'ÉTAT

[9] La sécurisation de l'innovation par l'État. Le droit de la propriété industrielle nous a montré que l'État joue un rôle de premier plan dans la sécurisation des monopoles obtenus par les inventions. En effet, les droits de propriété intellectuelle, les brevets, permettent de protéger une rente obtenue par une invention. C'est un lieu commun de dire que le droit de la propriété intellectuelle favorise l'innovation au même titre que le droit de la concurrence. Les innovateurs ont toujours cherché à obtenir la protection de l'État. Dans son ouvrage le *Code du capital*, Katarina Pistor (PISTOR, 2023, p. 190) se fait l'écho du lien qui existe entre travail juridique et protection du capital, y compris par la propriété intellectuelle qui constitue une façon d'obtenir une sphère d'intervention exclusive pour un innovateur afin de profiter pleinement des retombées économiques générées par son invention. L'approche n'est pas nouvelle puisque Max Weber, dans sa *Sociologie du droit*, avait identifié deux phénomènes qui nous intéressent au sujet de la technonormativité. Premièrement, les commerçants ont toujours cherché la sécurité juridique en vue d'obtenir de la prévisibilité dans leurs affaires. Savoir quel droit s'appliquera est un élément fondamental de la sécurité juridique (WEBER, 2013, p. 153). Deuxièmement, il découle de ce qui précède que dès lors qu'il y a concurrence des sources de droit, l'État doit permettre de sélectionner et d'unifier les règles de droit applicable (WEBER, 2013, p. 152 sur l'exemple des droits religieux).

[10] Technonormativité et reconnaissance de l'État. Selon cette approche wébérienne, la technonormativité peut se manifester soit sans lien avec l'État, dans une logique décentralisatrice et anarcho-libertaire, un peu comme Internet avait été perçu à ses débuts, soit en cherchant l'accompagnement de l'État, c'est-à-dire en se servant de l'État comme levier pour le projet technonormatif. Les expressions de « smart law » ou toute tentative d'automatisation de processus décisionnels par l'utilisation de technologies expertes ou prédictives utilisant ce qu'on nomme « l'intelligence artificielle » avec l'assentiment de l'État, ou encore la *digital-ready legislation*, constituent une forme de technonormativité étatique. Autrement dit, le mouvement technonormatif peut déboucher soit sur une technonormativité anarchiste, se faisant source de droit concurrençant l'État, soit une technonormativité étatique, utilisant l'État pour devenir source de droit. Or, selon l'analyse de Max Weber, le triomphe d'une

source de droit passe par la reconnaissance de l'État. Si cette analyse est juste, la technonormativité étatique sera la seule possible. Cela est conforté par la position des principaux ordres normatifs occidentaux qui promeuvent, au nom de la croissance économique et du progrès social qu'elle implique (nous y reviendrons au par. 3 ci-dessous), ces innovations. La technonormativité fonctionne juridiquement, car une norme sociale en assure la promotion (c'est la norme sociale technico-économique, voir B. LEHAIRE, 2022, pp. 31 à 62). On retrouve ici la thèse de Jean-François Perrin selon laquelle est juridique la norme produite par le système créé pour produire ces normes et reposant avant tout sur un projet idéologique qui a triomphé au plan social.

2. L'ÉVOLUTION DU DROIT VERS LA TECHNORMATIVITÉ

[11] Plan. La matrice sociale de la technonormativité est avant tout une norme sociale ayant des effets politiques : notre société fait de l'innovation un paragon. Nous aurons à revenir succinctement sur les origines libérales de cette promotion de l'innovation en occident (voir le par. 3 ci-dessous). Du point de vue de la théorie du droit, il faut décrire les soubassements à l'origine de cette technonormativité. Nous verrons que c'est d'abord du côté de la cybernétique et de l'amoralité technique (2.1.) qu'il convient de porter le regard. La recherche d'une rationalisation du droit est à l'origine d'une vision neutre du droit, comme ajustement mathématique des rapports sociaux et individuels. Cette conception pose les bases conceptuelles de l'implémentation de la loi dans les objets techniques. Par ailleurs, la discipline juridique est elle-même traversée par la tentation technonormative dès lors qu'elle a renoncé à diriger les orientations juridiques de la société au profit du « mythe de l'adaptation du droit au fait », mythe qui semble être le pendant méthodologique au sein de la science juridique de la volonté néolibérale d'adapter perpétuellement la loi aux exigences du progrès. Ces éléments expliquent la normativité de l'innovation en droit (2.2).

2.1 L'AMORALITÉ TECHNIQUE

[12] Cybernétique et moyens techniques. La norme sociale technico-économique repose, comme son nom l'indique, sur le couplage injonctif de la technique et de l'économie en vue de produire des comportements sociaux conformes à cette norme. Du point de vue technique, la cybernétique est la science à l'origine de bon nombre de développements technologiques et d'innovations. La recherche du meilleur moyen et l'efficacité technique sont à l'origine de la cybernétique. La cybernétique a pour objet « le domaine amoral des moyens » (DAVID, 1965, p. 41). Jacques Ellul, dans *La technique ou l'enjeu du siècle*, avait fait le lien entre efficacité et technique : « Le phénomène technique est donc la préoccupation de l'immense majorité des hommes de notre temps, de rechercher en toutes choses la méthode absolument la plus efficace » (ELLUL, 2008, p. 19). La promotion de l'efficacité technique se lie à la neutralité. Autrement dit, la technique est politiquement neutre et, en ce sens, elle n'a pas de valeurs, comme le Bien ou le Juste. La technique est amonale.

[13] Rationalisation du droit. « La recherche du meilleur moyen dans tous les domaines » (ELLUL, 2008, p. 18) par la technique explique et prépare la technonormativité en ce qu'elle constitue l'aboutissement dans le secteur juridique de l'efficacité technique permettant l'encadrement juridique par la technique des sociétés

et des personnes qui la constituent. Cet aboutissement est préparé aussi de longue date par toute une histoire du droit et de la science. Notamment, la fameuse « gouvernance par les nombres » d'Alain Supiot en fait la généalogie (SUPIOT, 2015). En effet, la cybernétique, à l'origine de ce mouvement technonormatif, se fonde sur le calcul mathématique et l'algorithme (DAVID, 1965, p. 46). La technonormativité est en ce sens l'utilisation en droit des mathématiques et des algorithmes en vue d'une rationalisation de la discipline. D'une certaine façon, la technonormativité se voit par l'utilisation de moyens techniques clairs. Des auteurs comme Antoine Garapon et Jean Lassègue parlent à ce titre d'un mouvement doctrinal « Droit et Mathématique » (LASSÈGUE et GARAPON, 2020, p. 104) pour rendre compte, du point de vue de l'épistémologie du droit de la recherche d'un nouveau référent, qui n'est plus religieux, par exemple, dans « le paradigme déterministe de la prédictibilité tel qu'il dérive d'un certain modèle des sciences informatiques » (LASSÈGUE et GARAPON, 2020, p. 106). C'est finalement la recherche de la rationalité qui a évolué. L'objection épistémologique à cette recherche de la rationalité est qu'elle tend à confondre le fond et la forme. La rationalité d'un texte de loi permet son efficacité et fonde sa légitimité. Mais cette rationalité formelle ne signifie pas qu'au fond la loi prescrit la rationalité. Elle est porteuse d'une valorisation humaine de l'agir. Faire de la technonormativité l'aboutissement de cette recherche d'un référent revient à confondre le fond et la forme. La technique absorbe l'outil normatif qu'est la loi pour devenir prescriptive d'une norme efficace, rationnelle, car encapsulée dans l'outil technique (DE FILIPPI, 2017, p. 36) : « on assiste aujourd'hui à l'émergence d'un nouvel usage de la technique, qui se présente comme une nouvelle source de normativité dans la mesure où elle impose son propre système de règles (techniques) qui font effet de loi (...) » (DE FILIPPI, 2017, p. 50). La technonormativité, au sens technique, est l'aboutissement de la rationalité juridique, mais une rationalité juridique ayant perdu en cours de route son humanisme, son idéalité et la poursuite d'objectifs métaphysiques comme le triomphe du Bien sur le Mal ou encore la réalisation de la Justice : « peu importe que l'action soit légale si elle est efficace, résume Jacques Ellul. Les règles auxquelles obéit l'organisation technique, ce ne sont plus les règles du juste et de l'injuste, mais des "lois" au sens purement technique » (ELLUL, 2008, p. 121). Le droit est, dans cette conception, un simple outil de gouvernementabilité rationnelle. Son amoralité technique ne peut lui faire poursuivre un objectif moral. De ce point de vue, les tentatives de moralisation (ex. respect des principes démocratiques ou des droits fondamentaux) de la technologie, par exemple de l'intelligence artificielle, par une conformité par *design*, apparaissent théoriquement impossibles. La technique « n'accepte pas qu'il y ait de règle en dehors d'elle, de norme et moins encore de jugement sur elle. Par conséquent, partout où elle pénètre, ce qu'elle fait est permis, licite et justifié » (ELLUL, 2008, p. 130).

2.2 LA TECHNORMATIVITÉ : LA NORMATIVITÉ DE L'INNOVATION EN DROIT

[14] La course à l'innovation. La technonormativité est l'aboutissement juridique de la promotion sociale de l'innovation (LEHAIRE, 2022). L'injonction à innover concerne tous les champs de la société. Le champ juridique de la société n'y déroge pas. Au plan économique, la concurrence favorise l'innovation. C'est un principe aussi vieux que le libéralisme. L'objectif étant de parvenir au progrès, sans que l'on sache clairement ce que ce progrès est. Il apparaît comme un objectif insaisissable, sans fin, une « loi du mouvement » (ARENDRT, 2005, p. 286) mobilisant à tout instant les agents économiques. On parle volontiers de « course à l'innovation » pour évoquer cette loi du

mouvement se dissimulant derrière les mots de « progrès » ou « d'innovation ». Cette croyance messianique innerve toute la société, y compris le droit. Or cette réalité qui nous semble si familière n'était pas des plus évidentes au 20^e siècle.

[15] Les juristes et leur conservatisme. En effet, les juristes n'étaient pas des agents innovants. Ils étaient plutôt perçus comme des conservateurs. Georges Ripert expliquait que l'association du progrès technique et social au progrès du droit était une erreur (RIPERT, 1955, p. 64 et 65). Il considérait que l'adaptation du droit au fait, ce à quoi l'alignement du droit sur l'innovation revient, constituait un acte anti-juridique ou ajuridique. Plus proche de nous d'éminents juristes comme Christian Atias critiqueront le mythe de l'adaptation du droit au fait, faisant de la réforme le moyen d'adapter la loi au fait (ATIAS et LINOTTE, 1977), ce qui revient à anéantir la crédibilité de loi, devenue changeante. Le débat n'est pas nouveau. On peut se plonger dans quelques réflexions pour comprendre l'évolution.

[16] Le savant législateur. En 1891, Gabriel Tarde, juriste français, écrivait dans *Les transformations du droit. Étude sociologique* : « (...) l'avenir juridique sera ce qu'en feront les inventions à naître, que nul ne saurait prévoir » (TARDE, 1891, p. 119). En 1908, un ouvrage de Jean Cruet, avocat français, pensait déjà les rapports du droit aux innovations technologiques : « les législations n'évoluent pas pour évoluer, elles évoluent pour s'adapter, et leur progrès résulte d'une pression extérieure, du choc inattendu d'une invention venant à se produire dans l'ordre matériel, intellectuel ou moral » (CRUET, 1908, p. 242-243). « C'est ainsi que le savant, sans qu'il s'en doute, est quelque peu législateur, car, beaucoup plus que le juriste par ses raisonnements, il prépare par ses découvertes le droit de demain » (CRUET, 1908, p. 245). Le droit évoluerait sous les coups de boutoir de la technologie. Des coups, il en faut pour inciter les juristes à évoluer. Ils sont décrits au début du 20^e siècle comme « victimes » d'un « état d'esprit traditionnel », « dominés par une formation intellectuelle dans laquelle les humanités tenaient la plus grande place, ignorants des découvertes scientifiques qu'ils ne comprenaient pas [...]. Ils ont affirmé généralement l'immobilisme de la vie sociale » (COLLIARD, 1950, p. 116). Cette remarque épistémologique pose incidemment la question de l'ouverture des juristes aux faits technologiques, largement vecteurs de technonormativité.

[17] Le dilemme entre droit général et droit spécial. À ce chapitre, les réflexions des juristes sur leur rôle dans le progrès technique nous renseignent. Il ne s'agit pas dans ces lignes d'en faire l'historique, mais de mentionner certaines de ses réflexions. L'une de ces réflexions porte sur la distinction entre droit général et droit spécial. La question étant de savoir si une nouveauté technologique doit entraîner la production d'un droit spécial, adapté à cette nouvelle technologie ou bien devons-nous conserver le droit général et laisser la jurisprudence adapter son application à cette nouvelle technologie. Claude-Albert Colliard, dans les années 1950, disait : « Mais que de problèmes juridiques se trouvent ainsi posés, et que, à défaut de textes spécialement adaptés, il a fallu résoudre par l'interprétation jurisprudentielle de textes laconiques et vétustes, dans le triple domaine de l'enregistrement musical, du cinématographe et enfin de la radiodiffusion » (COLLIARD, 1950, p. 126-127). À cette époque, le rôle de la jurisprudence n'est pas contesté. À défaut de textes spéciaux, la jurisprudence a appliqué le droit positif. Depuis les années 2000 et de façon très visible depuis la fin des

années 2010 et les années 2020, la réponse juridique, dans la science juridique, est au refus de l'intervention jurisprudentielle par principe. On pose, sans trop y penser, un principe de vide juridique face à l'innovation technologique et on plaide pour un droit adapté, spécial, qui a pour caractéristique de vouloir s'appliquer en amont du processus d'innovation, *ex ante*, dans une logique de mise en conformité (*compliance*) des entreprises innovantes avec des normes nationales ou internationales, et une responsabilité fondée sur les risques générés par les innovations, *ex post*. Or, nous soutenons que générer de la norme juridique spécialement adaptée à l'innovation, voire anticipant des innovations futures, en raison de biais liés à l'adhésion politique à la norme technico-économique, conduit à la technonormativité. Dans cette logique, qui est celle de la régulation, l'ordre légal qui s'adapte *a maxima* à la nouvelle technologie et protège *a minima* nos valeurs démocratiques et libérales. Cela se voit particulièrement par l'invocation des droits et libertés fondamentales à leur sujet (ex. les attendus du *Règlement général sur la protection des données personnelles*, mais aussi le projet de directive sur l'intelligence artificielle) comme démonstration implicite qu'il s'agit bien d'une posture de défense qui est adoptée par les législateurs (surtout en Europe) et non une soumission de la technologie à ces valeurs.

[18] Machinisme et évolution du droit. Nous sommes loin du début du 20^e siècle et de la consécration d'une responsabilité civile générée par les risques du machinisme où, comme le dit Claude-Albert Colliard, la machine a entraîné la modification d'une règle au profit d'une règle socialement supérieure : « La machine ainsi, a joué un rôle décisif dans la formation d'une règle de droit (...). La machine à vapeur d'abord, symbole de la civilisation industrielle du XIX^e siècle, l'automobile ensuite, symbole de la civilisation du pétrole du XX^e siècle ont amené à créer un droit nouveau » (COLLIARD, 1950, p. 136). « Mais ce droit nouveau est précisément aujourd'hui devenu le droit commun, il dépasse le cadre des machines (...). [L]es machines ont ainsi servi le progrès du droit et permis l'adoption d'une règle dont la valeur sociale nous semble infiniment supérieure de celle de la vieille règle » (COLLIARD, 1950, p. 137). Ainsi, conformément à la pensée de Jean Cruet, le savant était un peu législateur, mais sans imposer de règles de l'extérieur à l'ordre juridique, ce dernier évoluant au gré de la jurisprudence et de l'intervention législative répondant à cette évolution dans une sorte de dialogue juridique constructif, car conforme méthodologiquement à la méthode juridique.

[19] « Disrupter » la loi. La technonormativité est fortement liée à l'épistémologie juridique puisqu'elle marque un tournant dans l'histoire de la science juridique. Alors que le progrès du droit pouvait être dissocié du progrès technologique au 20^e siècle, sans pour autant laisser ses effets sociaux sans réponse, le tournant d'Internet dans les années 1990, puis la sacralisation de la disruption induite par la technologie numérique a entraîné ce que Bernard Stiegler nomme le « règne de l'état de fait » sur l'État de droit lequel conduit à la liquidation de la puissance publique (STIEGLER, 2016, p. 74). En effet, la disruption se manifeste par une perception de l'accélération de l'innovation. L'innovation seule ne permet plus de rendre compte du mouvement à l'œuvre. L'innovation est désormais disruptive, l'ajout de cet adjectif permettant de monter d'un cran dans l'intensification du processus d'innovation et de ses répercussions sociales. Cette perception de l'innovation disruptive conduit la discipline juridique à constater, sans plus de démonstration de cette nouvelle réalité, l'inadaptation des instruments

juridiques aux innovations disruptives tant sur le fond que sur la forme. Sur le fond, nous l'avons vu, cela se manifeste par la dénonciation des vides juridiques. Sur la forme, il s'agit d'une remise en cause profonde de la capacité du processus juridique à créer de la norme valable, à temps, pour encadrer l'innovation. Le droit arrive toujours trop tard et voilà l'outil même de la loi démocratique discrédité insidieusement. La technonormativité apparaît alors pour remplacer cette loi ou, *a minima*, lui livrer concurrence. La technonormativité permet de normer la société de façon impérative plus rapidement, par l'utilisation de la technologie, et garantissant son adéquation temporelle avec le mouvement rapide des innovations.

3. TECHNORMATIVITÉ ET NÉO-LIBÉRALISME : LA MATRICE IDÉOLOGIQUE DE LA DISRUPTION NORMATIVE

[20] Plan. La technonormativité est la réponse juridique à la nécessité d'adapter les lois à l'incessant mouvement du progrès technologique. Cette adaptation du droit aux nouvelles technologies dans une logique d'accompagnement, et non de critique des intérêts à l'œuvre, conduit à une production juridique « suiviste ». Lorsque Bernard Stiegler affirme en 2016 que la disruption conduit au règne de l'état de fait au détriment de l'État de droit, il vient mettre en évidence le rapport de la loi au fait. Si la loi se fait disciple des faits, alors nous abandonnons sa fonction proprement juridique puisqu'elle ne contraint plus. Elle cède à l'adaptation aux faits. Si les faits s'accélèrent. Si les nouveautés technologiques se multiplient, alors la loi peut elle-même être disruptée. Le fruit de cette disruption se nomme « technonormativité ». Cette évolution d'une norme juridique vers une techno-norme s'explique par deux phénomènes complémentaires. Le premier se trouve dans la pensée néo-libérale sur la loi (3.1.). Le second, qui s'inscrit dans la continuité du premier, est le mythe de l'adaptation du droit aux faits (3.2.).

3.1 LE NÉO-LIBÉRALISME OU L'ADAPTATION DES ORDRES JURIDIQUES AU PROGRÈS

[21] L'interventionnisme légal des néo-libéraux. Le néo-libéralisme est souvent accusé de tous les maux dans notre société. Ici, nous entendons faire un usage rigoureux de ce courant de pensée libéral en référant à ses sources doctrinales. Dans l'histoire du néo-libéralisme, le Colloque Lippmann de 1938 est intéressant du point de vue juridique. Même si des auteurs comme Alain Laurent et Vincent Valentin, dans leur somme sur « les penseurs libéraux » (LAURENT et VALENTIN, 2012), considèrent que ce colloque a été vite oublié et que sa portée reste limitée, d'autres auteurs font du néo-libéralisme un courant de pensée englobant des sous-catégories du néo-libéralisme, et une pluralité d'auteurs, où le colloque Lippmann joue un rôle fondateur (AMABLE, 2023). C'est dans cette seconde perspective que nous nous inscrivons. Nous souhaitons y renvoyer, car il contient une déclaration tout à fait pertinente pour notre propos et qu'il n'est pas certain que l'interventionnisme libéral d'après-guerre, notamment avec l'ordolibéralisme allemand, et la construction européenne sur le principe de la concurrence au sein d'un Marché unique, soit déconnecté au plan idéologique de ce néo-libéralisme (Voir les réflexions de DEBROUX, 2023). Du point de vue de la théorie du droit, le néo-libéralisme n'est pas étudié par les juristes, ou seulement à la marge de certaines études comme celles d'Alain Supiot (SUPIOT, 2005, p. 235). Toutefois, la notion est souvent confondue avec l'ultralibéralisme de Thatcher et

Reagan et permet d'expliquer la mise à mort de l'État social. Nous allons voir que le néo-libéralisme se caractérise par un volet juridique conséquent puisque, contrairement au libéralisme classique, les néo-libéraux entendent intervenir dans le Marché par la Loi. Cette conception instrumentale de la loi explique bon nombre de réactions normatives dans nos ordres juridiques face aux nouvelles technologies.

[22] L'adaptation au changement. Le Colloque Lippmann est organisé les 27-28 août 1938, après la publication en 1937 d'un ouvrage du journaliste et intellectuel américain Walter Lippmann, *An Inquiry into the Principles of the Good Society* (LIPPMANN, 2011). Ce livre a eu un retentissement dans les rangs libéraux à cette époque, au point qu'un colloque sera organisé autour du personnage de Walter Lippmann et de ses positions intellectuelles sur le libéralisme. Le livre est étudié par Michel Foucault dans son cours au Collège de France, *Naissance de la biopolitique*, en 1979 (FOUCAULT, 2004). C'est une étape d'une longue analyse de la gouvernementabilité libérale par Michel Foucault. Plus proche de nous, Barbara Stiegler offre une lecture renouvelée et critique du néolibéralisme de Walter Lippmann en mettant en évidence « un nouvel impératif politique », l'adaptation, ou une injonction à s'adapter (STIEGLER, 2019). Barbara Stiegler pointe ainsi un élément essentiel du néo-libéralisme : l'adaptation des Hommes et leur réadaptation au changement. La philosophie politique permet ainsi à la théorie du droit de mener une analyse du néo-libéralisme du point de vue du droit. L'adaptation des Hommes, mais plus généralement de la société, aux changements requis par l'évolution notamment des technologies passe par l'intervention de la loi, ce qui est souvent passé sous silence par les analyses ou les critiques du néo-libéralisme où la notion de « concurrence » concentre bien souvent les critiques. Le néo-libéralisme est un libéralisme interventionniste utilisant la loi pour favoriser les mécanismes d'adaptation, en promouvant la concurrence, pour libérer l'économie de privilèges légaux acquis au fil de l'histoire. Ce néo-libéralisme est un réformisme. Il se nourrit de la loi pour maintenir l'ordre libéral du marché régulateur. Dans ses travaux sur la biopolitique, Michel Foucault retranscrit un texte des actes du Colloque Lippmann. Il s'agit de la déclaration d'ouverture du colloque, par son organisateur, Louis Rougier, philosophe français (FOUCAULT, 2004, p. 167). Cette déclaration est la suivante :

Il n'y a [...] aucune raison de supposer que les institutions légales, historiquement existantes à l'heure actuelle, soient d'une façon définitive et permanente les mieux appropriées à la sauvegarde de la liberté des transformations. [...] Être libéral, ce n'est donc nullement être conservateur, dans le sens du maintien des privilèges de fait résultant de la législation passée. C'est, au contraire, être essentiellement progressiste dans le sens d'une perpétuelle adaptation de l'ordre légal aux découvertes scientifiques, aux progrès de l'organisation et de la technique économiques, aux changements de structure de la société, aux exigences de la conscience contemporaine.

[23] La loi au service de la libéralisation des transformations. Ce texte résume la pensée néo-libérale sur la loi. Elle entend mettre fin aux privilèges légaux. Elle conteste les institutions juridiques existantes en ce qu'elle serait incapable de promouvoir « la liberté des transformations ». Elle dépeint un conservatisme qui est avant tout un conservatisme juridique. Elle propose une « perpétuelle adaptation de l'ordre légal », ce qui revient à rendre suspecte chaque institution légale d'entretenir une stase. L'outil

même de la loi est à la fois un problème, si elle permet des privilèges légaux, et une solution en libérant les transformations. Bien que le courant néo-libéral se divise en plusieurs branches au cours du 20^e siècle, se caractérisant par un désengagement de l'État et l'ouverture à la concurrence de l'État social, il apparaît qu'en matière de technologie, et en regardant notamment la production normative de l'Union européenne ces dernières années, l'adaptation de l'ordre légal aux changements technologiques par l'interventionnisme libéral est bien présent et œuvre dans la politique de l'Union européenne, politique qui a des incidences suffisamment extraterritoriales, notamment avec son *Règlement général sur la protection des données à caractère personnel*, et ce qui a été qualifié d'« effet de Bruxelles » (BRADFORD, 2020), pour que la science juridique se penche sur cette matrice idéologique de notre production normative occidentale contemporaine. Cette posture idéologique contribue à renforcer un mythe de l'adaptation du droit au fait, à moins que ce dernier ne soit le fruit de cette politique normative néo-libérale.

3.2 LE MYTHE DE L'ADAPTATION DU DROIT AUX FAITS

[24] Origines d'un mythe. En 1977, le juriste Christian Atias, co-signé, avec Denis Linotte, un article intitulé « le mythe de l'adaptation du droit au fait » (ATIAS et LINOTTE, 1977). Dans cet article, les auteurs montrent comment un courant scientifique en droit, qu'ils font remonter aux écrits de François Geny, en 1927, a conduit les juristes à abdiquer tout jugement juridique sur les faits pour les constater scientifiquement. Elle conduit à accepter en droit tout ce qui est pratiqué. Là est la critique essentielle de ce mythe de l'adaptation du droit au fait. Si un fait social existe, alors les données sociologiques doivent être utilisées pour changer la loi et l'adapter à cette nouvelle réalité. Nous considérons que ce mythe n'est pas dû à une mauvaise interprétation de François Geny, comme le font remarquer les auteurs, mais qu'il doit beaucoup à l'idéologie néo-libérale qui s'est imprégnée dans la société et plus précisément dans le champ juridique après la Seconde Guerre mondiale lorsque le néo-libéralisme s'applique en pratique (AMABLE, 2023, p. 58 et s.). L'idée que les juristes pourraient empêcher la transformation de la société ou refuser de l'acter est contraire à l'idée néo-libérale d'un ordre juridique en perpétuelle adaptation et consacrant des lois libérant la transformation ou actant cette transformation (AMABLE, 2023 et STIEGLER, 2016).

[25] La loi mise en échec ? La technonormativité est l'aboutissement de cette logique. Puisque les faits triomphent du droit, la nouveauté de ces derniers, si elle s'accélère, conduit à mettre en échec l'outil même de la loi pour réguler l'innovation technologique, génératrice de faits nouveaux. Les juristes, en tant que groupe social, se trouvent alors à être des promoteurs de l'innovation en tant que nouvelle source de normativité des faits. Ceci constitue un changement majeur de leur rôle social. Puisque la loi libère les transformations, s'il est constaté que la loi, formellement, est toujours en retard, ou empêche l'innovation, alors il est permis de disrupter l'outil même de la loi lors de l'accélération de l'innovation. Dans cette logique (de l'efficacité et du progrès), que nous jugeons préoccupante au plan démocratique, la technonormativité constitue l'outil normatif adapté à la libération des changements, car ce n'est qu'en implémentant le droit dans la machine qu'il sera capable d'aller aussi vite que l'innovation. Cette implémentation permet à l'échelle de l'individu l'avènement d'une technologie normative, sur-mesure, individualisée, s'appuyant sur des dispositifs technologiques de

profilage capables de créer de la règle juridique sur-mesure (GENICOT, 2023). C'est aussi en ce sens qu'il faut comprendre la technonormativité.



Pour en savoir +

(choix éditorial de l'auteur pour compléter la réflexion sur le sujet)

- DE FILIPPI, P. « Repenser le droit à l'ère numérique : entre la régulation technique et la gouvernance algorithmique », dans Vincent GAUTRAIS et Pierre-Emmanuel MOYSE (éd.), *Droit et Machine*, Montréal, Éditions Thémis, 2017, p. 50.
- GARAPON, A. et J. LASSÈGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, puf, 2020.
- LEHAIRE, B., *L'innovation hors-la-loi. Les origines de la technonormativité*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », série « Essais », 2022.
- MARTY F. et M. TELLER, « Comment réguler l'IA ? L'inspiration du droit économique », dans C. CASTET-RENARD et J. EYNARD, *Un droit de l'intelligence artificielle. Entre règles sectorielles et régime général. Perspectives comparées*, Bruxelles, Bruylant, 2023, p. 257.

BIBLIOGRAPHIE

AMABLE, B., *Le néo-libéralisme*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2023.

ARENDT, H., *Le système totalitaire. Les origines du totalitarismes*, Paris, Gallimard, coll. « Essais », 2002.

ARNAUD, A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2018.

ATIAS, Ch. et D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *Recueil Sirey Dalloz*, 35, XXXIV, 1977, p. 251.

BRADFORD, A., *The Brussels Effect: How The European Union Rules The World*, New-York, Oxford University Press, 2020.

CHRISTENSEN, C. M., *The Innovator's Dilemma. When New Technologies Cause Great Firms To Fail*, Boston, Harvard Business School Publishing, 2016.

COLLIARD, C.-A., « La machine et le droit privé français contemporain », dans *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à G. Ripert*, Paris, lgdj, 1950.

CRUET, J., *La vie du droit. L'impuissance des lois*, Paris, Ernest Flammarion, 1908.

DAVID, A., *La cybernétique et l'humain*, Paris, éditions Gallimard, 1965.

DE FILIPPI, P. « Repenser le droit à l'ère numérique : entre la régulation technique et la gouvernance algorithmique », dans Vincent Gautrais et Pierre-Emmanuel Moyse (éd.), *Droit et Machine*, Montréal, Éditions Thémis, 2017, p. 50.

DEBROUX, M., « Les sous-jacents politiques et idéologiques du droit européen de la concurrence », dans *Journées d'études « Économie politique européenne et démocratie européenne »*, 23 juin 2023, Science Po Paris, OFCE, Le blog, 10 octobre 2023.

ELLUL, J., *La technique ou l'enjeu du siècle*, Paris, Economica, 2008.

FOUCAULT, M., *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris, Seuil / Gallimard, 2004.

GARAPON, A. et J. LASSÈGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, puf, 2020.

GENICOT, N., *Des règles sur mesure. Une généalogie du profilage algorithmique*, Bruxelles, Thèse de doctorat en sciences juridiques, sous la direction de Benoît FRYDMAN, Université Libre de Bruxelles, 2023.

KELSEN, H., *Théorie générale de l'État*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1997.

LAURENT A. et V. VALENTIN, *Les penseurs libéraux*, Paris, Les belles Lettres, 2012.

LEGENDRE, P., « Qui dit légiste, dit loi et pouvoir. Entretien avec Pierre Legendre, Politix, vol. 8, n° 32, quatrième trimestre 1995. Le pouvoir des légistes, pp. 23-44.

LEHAIRE, B., *L'innovation hors-la-loi. Les origines de la technonormativité*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », série « Essais », 2022.

LIPPMANN, W., *La cité libre*, Librairie de Médecis, Paris, Les Belles Lettres, 2011.

MARTY F. et M. TELLER, « Comment réguler l'IA ? L'inspiration du droit économique », dans C. CASTET-RENARD et J. EYNARD, *Un droit de l'intelligence artificielle. Entre règles sectorielles et régime général. Perspectives comparées*, Bruxelles, Bruylant, 2023, p. 257.

NERSON, R., « Les progrès scientifiques et l'évolution du droit familial », dans *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à G. Ripert*, Paris, Igdj, 1950.

PERRIN, J.-F., *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979.

PISTOR, K., *Le Code du capital. Comment la loi fabrique la richesse capitaliste et les inégalités*, Paris, Seuil, coll. « Économie humaine », 2023.

RIPERT, G., *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955.

SADIN, E., *La siliconisation du monde. L'irrésistible expansion du libéralisme numérique*, Paris, Éditions L'échappée, 2016.

STIEGLER, Barbara, « Il faut s'adapter ». *Sur un nouvel impératif politique*, Paris, Gallimard, 2019.

SUPIOT, A., *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, 2005.

SUPIOT, A., *La gouvernance par les nombres, Cours au Collège de France (2012-2014)*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 2015.

TARDE, G., *Les transformations du droit. Étude sociologique*, 2^e éd., Berg International Éditeurs, 1891, p. 119, format Word disponible en ligne. : <http://classiques.uqac.ca/classiques/tarde_gabriel/transmutations_droit/transmutations_droit.html>.

WEBER, M., *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 2013.