

JACQUES ELLUL ET LA CONSTRUCTION AMBIVALENTE DU DROIT DES NOUVELLES TECHNOLOGIES

par

Bertrand Warusfel

Professeur à L'Université Lille 2,

Avocat au barreau de Paris

Intervention au colloque

Jacques Ellul : Libre examen d'une pensée sans frontières

Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers,

jeudi 21 Octobre 2004

Publié in Patrick Troude-Chastenet (dir.),

Jacques Ellul, penseur sans frontières,

L'esprit du temps, 2005, pp. 105-120

L'ambivalence est une notion très présente dans la pensée de Jacques Ellul. C'est d'ailleurs le titre d'un des premiers chapitres du *Bluff technologique* où il réaffirme son idée – présente depuis *La technique ou l'enjeu du siècle* – selon laquelle il n'existe pas de neutralité de la technique mais "qu'elle emporte par elle-même, et quel que soit l'usage que l'on veuille en faire, un certain nombre de conséquences positives ou négatives"¹. Refusant les visions "optimistes", il considère que l'on ne peut dissocier les différents facteurs qui sont intrinsèques à la technique et qu'il convient de vivre et d'assumer – avec tous les risques qu'elle comporte – cette "ambivalence" du phénomène technique.

Ce n'est donc pas par hasard que j'ai choisi ce même terme pour évoquer la manière dont se constitue, depuis plusieurs décennies, ce que l'on a pris l'habitude de dénommer le "droit des nouvelles technologies" (formulation qui pourrait être fortement critiquée, mais qui est devenue usuelle et que je retiendrai donc²).

Étant impliqué, comme enseignant et comme praticien, dans l'émergence de cette nouvelle dimension du droit, j'ai souhaité la confronter avec la pensée de Jacques Ellul - que j'ai commencé à lire il y a vingt-cinq ans alors que j'étais étudiant – et qui a toujours constitué un contrepoint critique à mon intervention de juriste dans le monde de la technique. C'est dire, d'ailleurs, si l'ambivalence que je vais chercher à décrire est aussi un peu la mienne.

Pour m'en expliquer, je me propose d'abord d'évoquer – en miroir – deux impressions apparemment contradictoires que m'inspire la confrontation des textes d'Ellul avec les questions de droit des nouvelles technologies : une fascination première et fondamentale, qui

¹ Jacques Ellul, *Le bluff technologique*, 1988, reed. Hachette Pluriel, 2004, p. 90.

² Malgré les mises en garde d'Ellul quant à la confusion sémantique entre "technique" et "technologie", l'usage courant parmi les juristes a été de dénommer "droit des nouvelles technologies" (ou encore "droit des technologies avancées", comme s'intitule l'enseignement de maîtrise que j'ai créé à la faculté de droit de Paris V en 1996) l'étude des différentes questions juridiques directement liées à la création et à l'utilisation sociale et économique des techniques innovantes, et plus particulièrement celles des techniques informatiques et de traitement de l'information.

n'empêche pas ensuite de ressentir une forme de déception propre à décourager le juriste dans ses efforts pour construire un droit adapté à la société technicienne contemporaine.

Cela m'a amené finalement à tenter de dépasser cette opposition en m'attachant surtout à respecter dans la pensée de Jacques Ellul son exigence intellectuelle, laquelle me semble être un guide assez utile pour ceux qui cherchent à faire vivre l'homme dans la société technicienne, plutôt qu'à s'en exclure et à laisser nos contemporains sans repères ... et peut-être sans espérance.

1. La fascination : la technique comme enjeu du siècle

Ce qui fascine chez Ellul ce n'est pas seulement la force de ses démonstrations ou l'étendue de sa culture, c'est plus encore la rigueur presque implacable de l'affirmation dont il a fait un des centres de sa pensée : la technique est "*l'enjeu du siècle*".

Comme il l'indique, dès les premières lignes de l'ouvrage du même nom : "*Aucun fait social, humain, spirituel n'a autant d'importance que le fait technique dans le monde moderne*"³. L'évolution des techniques au sein du monde occidental depuis l'époque industrielle est pour lui le phénomène majeur qui bouleverse et transforme toutes les dimensions de la vie sociale, ce que Bertrand de Jouvenel appelle – d'une belle formule – "*la singularité de la métamorphose moderne*"⁴.

Reconnaître cette singularité et en tirer toutes les conséquences dans chaque domaine est, dès lors, un impératif pour tout lecteur d'Ellul. Et s'il est (comme je le suis) un juriste, il lui importe de comprendre en quoi et comment cette mutation technique doit bousculer l'ordre juridique ancien.

C'est ainsi qu'en suivant depuis vingt ans l'élaboration progressive du "droit des nouvelles technologies"⁵, j'ai constaté que de l'acceptation ou du rejet de cette affirmation ellulienne dépendait l'approche que l'on pouvait avoir de l'impact des changements techniques sur le droit.

Pour simplifier, un clivage majeur divise encore à ce jour l'opinion des juristes sur cette question. D'un côté, une majorité d'entre eux conserve une attitude que je qualifierai, par facilité, de "classique". Ils estiment, en effet, que les fondements de notre droit positif (c'est-à-dire, celui issu de la codification napoléonienne et des grandes lois républicaines) ne sont pas réellement remis en cause par les évolutions techniques et scientifiques contemporaines et que seul une adaptation marginale de certains textes (afin de prendre en compte de nouvelles situations ou de répondre à quelques lacunes particulières) s'avère nécessaire. C'est, par exemple, l'orientation qui a prédominé en 1992 lors de la réécriture du Code pénal⁶. Mais c'est encore la philosophie qui a dominé le - par ailleurs très remarquable - rapport d'Isabelle

³ Jacques Ellul, *La technique ou l'enjeu du siècle*, rééd. Economica, 1990, p. 1.

⁴ Bertrand de Jouvenel, *Arcadie*, rééd. Gallimard, 2002, p. 153 (notons que cet ouvrage tardif et peu connu de Jouvenel avait été salué par Ellul comme l'un des ouvrages importants de la critique anti-technicienne).

⁵ Dont on date souvent l'origine en France, de la loi du 6 janvier 1978 sur l'informatique, les fichiers et les libertés.

⁶ Cf. notre article, Bertrand Warusfel, "Les technologies de l'information dans le nouveau Code pénal", *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 1994/2.

Falque-Pierrotin relatif aux aspects juridiques de l'Internet⁷ et qui affirme, d'emblée qu'il *"n'existe pas et (qu') il n'est nul besoin d'un droit spécifique de l'Internet et des réseaux"* et que *"les questions juridiques suscitées par le développement d'Internet et des réseaux numériques ne sont pas de nature à remettre en cause les fondements mêmes de notre droit. Au contraire, elles confirment la pertinence de la plupart des concepts généraux, parfaitement transposables à ce nouvel environnement, même si certaines adaptations ont été nécessaires."*

De l'autre côté, se retrouve une approche plus "moderne" partagée par certains juristes qui sont convaincus que l'accélération formidable de la connaissance scientifique et de ses applications techniques durant le XX^{ème} siècle nous oblige à repenser l'ensemble de nos systèmes juridiques pour tenir compte des effets profonds que cette mutation technologique exerce sur la société (voire sur la civilisation humaine, dans son ensemble). En un mot, qu'à un nouveau "système technique" correspond une nouvelle société (tant sur le plan économique que social ou politique) et donc une nouvelle médiation juridique. Ces juristes "modernistes" sont naturellement réticents à envisager que le droit puisse se contenter d'adaptations limitées et parcellaires, et pensent qu'il conviendrait – comme l'a écrit si bien le professeur Pierre Catala – de formuler rapidement *"les idées essentielles qui pourraient ordonner la lex ferenda d'une société informatisée, avant qu'une végétation spontanée de règles n'obscurcisse irrémédiablement le terrain."*⁸

Dans ce débat, l'œuvre d'Ellul pèse d'un poids décisif en faveur de la conviction de ceux que je viens d'appeler les "modernes". Il décrit dans des pages admirables et quasi-irréfutables en quoi le système technicien est aujourd'hui une réalité parfaitement neuve et qui ne peut aucunement être considéré comme une simple étape nouvelle ou un simple accident de notre civilisation. Il y affirme, en quelque sorte, la radicalité du phénomène technique.

Toutes ses démonstrations illustrent comment ce phénomène central modifie irréversiblement toutes les dimensions de notre vie politique, sociale ou économique. Dès lors, le juriste qui a lu Ellul ne peut plus croire que les technologies contemporaines ne font que perturber en surface nos mécanismes juridiques. Il doit nécessairement en conclure que le bouleversement va être, dans ce domaine du droit, aussi profond que dans tous les autres secteurs de la vie collective et que – voulue ou subie – nous allons nécessairement assister à une véritable révolution juridique qui, par-delà le développement d'un simple "droit des techniques" va faire émerger un véritable "droit de la société technicienne".

Jacques Ellul est donc pour un juriste qui oeuvre dans ces domaines émergents du droit, une référence déterminante, et ce d'autant plus qu'il était lui-même juriste de formation et professeur agrégé des facultés de droit.

Il est donc d'autant plus paradoxal de devoir admettre, en même temps, la déception que peut inspirer l'analyse de ses textes. Le juriste aux prises avec les mutations techniques de notre société n'y trouve, en effet, que peu d'éléments susceptibles de l'inspirer et de le guider dans sa démarche.

⁷ Conseil d'état, Section du rapport et des études, *Internet et les réseaux numériques*, Conseil d'état, 2 juillet 1998.

⁸ Pierre Catala, "Ébauche d'une théorie juridique de l'information", *Revue de droit prospectif*, 1983, republié in P. Catala, *Le droit à l'épreuve du numérique – Jus ex Machina*, PUF, 1998, p. 226.

2. La déception : Ellul face à l'illusion juridique

La déception du juriste plongé dans les écrits d'Ellul vient d'abord du peu de place que tient dans son œuvre la dimension juridique, que son métier d'historien du droit aurait pu le conduire à vouloir y faire figurer.

Quelques pages dans *La technique ou l'enjeu du siècle*, quelques remarques dispersées dans *Le système technicien* et une quasi-absence dans *Le bluff technologique* : voilà la portion congrue à laquelle Ellul réduit le droit lorsqu'il traite dans ses maître-livres de la question de la technique.

Mais plus encore, l'impression globale qui ressort de son œuvre est celle d'une défiance profonde et permanente pour toute possibilité d'instaurer des régulations efficaces face à la puissance du phénomène technicien. Et je ne peux mieux résumer ma propre réaction sur ce point qu'en reprenant les mots du professeur André Vitalis lors du colloque de 1993 organisé autour de Jacques Ellul lui-même : *"L'analyse ellulienne peut parfois être décourageante dans la mesure où elle surévalue le pouvoir de la logique technicienne et dans le même temps sous-évalue le pouvoir du politique et l'efficacité du droit."*⁹

S'agissant du droit, tout ce passe finalement comme si Jacques Ellul ne voulait pas dire ce qu'il faudrait faire (face à l'emprise technicienne), voire comme s'il pensait plutôt qu'il vaudrait peut-être mieux ne rien faire. Cette résignation (ou de découragement) vient plus généralement, chez lui, de ce qu'il estime l'homme trop conditionné par la technique pour pouvoir lui imposer une quelconque régulation : *"C'est cet homme vivant dans cette société (construite en fonction de la machine) et modifié lui-même par la machine qui utilise la machine. Mais comment pourrait-il prétendre la maîtriser et l'obliger à suivre ses propres voies, alors qu'avant même d'avoir pris conscience du problème, il est déjà transformé, adapté à la machine, et structuré par elle ? Si la machine reste un outil entre les mains de l'homme, c'est d'un homme conditionné par cet outil dont il s'agit."*¹⁰

Mais s'agissant en particulier de la question juridique, Ellul explique cet "évitement" du droit par des raisons que l'on doit prendre en compte et qui pèsent dans le débat. Je les résumerai en deux propositions complémentaires.

Primo, Ellul craint que l'emprise de la technique soit telle qu'elle influe sur le droit lui-même, qui deviendrait un "droit technicien" qui, loin de protéger l'homme contre les excès de la technique, l'assujettirait plus encore à la logique technicienne. L'idée est clairement exprimée dès *La technique ou l'enjeu du siècle* : *"lorsqu'on affirme qu'il n'y a pas de droit sans efficacité, l'on annonce implicitement ce sacrifice de la justice et de l'homme à l'efficace. Le déséquilibre acquis, la porte est ouverte à l'invasion technique. Alors se produit le fait auquel nous assistons chez les peuples qui ont le sens juridique peut-être moins fortement enraciné qu'en France : l'entrée de la technique dans le droit."*¹¹

⁹ André Vitalis, "Informatisation et autonomie de la technique", in Patrick Troude-Chastenet (dir.), *Sur Jacques Ellul*, L'Esprit du Temps, 1994, p. 163

¹⁰ Jacques Ellul, *Exégèse des nouveaux lieux communs*, Calmann-Lévy, 1966, p. 226.

¹¹ *Op. cit.*, p. 268.

Dès lors, la réticence d'Ellul à s'appesantir sur les moyens d'utiliser le droit pour encadrer ou contrer la technique, s'explique déjà un peu mieux : en encourageant la création d'un droit régulateur de la technique, il aurait sans doute eu peur de faire rentrer un peu plus le loup (de la technique) dans la bergerie (du droit, et donc de la société).

Mais il y a une seconde origine – plus fondamentale – au déni du droit chez Ellul : c'est, à mon sens, son refus de croire à la médiation politique. La déconstruction de la "politique" est patente dans la bien-nommé "Illusion politique" où Ellul discrédite toute espérance dans une politique efficace en étudiant, notamment, comment les institutions politiques ont partie liée avec le phénomène technique, et comment cela produit notamment la "technocratie". De ce refus de considérer les mécanismes politiques comme un instrument efficace pour la gestion de la société, on comprend qu'il en déduise la vanité de l'utilisation du droit, car – en tant qu'historien du droit – il sait bien qu'en Occident, le droit a toujours été le produit ou l'instrument de la puissance publique.

Cela ressort clairement de la page du *Système technicien* où – par avance (puisqu'il l'écrit en 1977, un an avant la loi *Informatique et Libertés*) – il nie tout effet possible à une législation sur les données personnelles : *"on propose une réglementation de l'utilisation de ces fichiers, une loi sur le respect de la vie privée, etc. Autrement dit, tout ce que l'on a trouvé c'est un ensemble de moyens de protection parfaitement désuets : le droit, qui ne pouvait déjà rien contre l'État autoritaire. Bien plus, ces moyens juridiques prévus par les pouvoirs publics seront contrôlés par lui. (...) Mais comment croire que les autorités qui détiendront l'appareil et en contrôleront l'usage obéiront elles-mêmes à la même interdiction ? Elles seront toujours en définitive maîtresses d'utiliser ou non ce gigantesque système de contrôle. ... On ne peut en sortir. Il n'y a aucune chance pour que le régime juridique de l'ordinateur soit utile. Si le pouvoir central est honnête, respectueux des individus, décentralisateur, démocratique, ... et surtout s'il n'est pas mis dans la situation où il ait à se défendre (par exemple contre des révolutionnaires), il n'y a pas besoin du droit. Il n'utilisera pas cet instrument de puissance inégalable. Et sinon, il outrepassera les règles juridiques et entrera dans le domaine de la pure intervention de fait. Il n'y a aucune protection."*¹²

Mais c'est dans un ouvrage plus récent que l'on trouve sans doute l'explication ultime – et théologique – de son rejet du droit et de la politique. Dans *La subversion du christianisme*, il écrit : *"Dans la mesure où nous ne sommes pas dans le Royaume de Dieu, on ne peut atteindre bien sûr à cette relation pure de l'amour et de la gratuité, à cette relation parfaitement transparente. Le droit subsiste inévitablement. Mais il faut le reconnaître comme une simple utilité (parce qu'on ne peut pas faire mieux) et un mal nécessaire (qui reste toujours un mal !)"*¹³. Dans ce même ouvrage, il développe largement son argumentation sur le caractère fondamentalement "antipolitique" du message chrétien (qui se serait, dès l'origine, perverti et subverti en donnant naissance à des institutions, à une politique et à un droit supposé être inspirés par la révélation chrétienne).

On est là sans doute à l'un des nœuds profonds de la pensée ellulienne, à l'un des points de convergence de son travail théologique et de sa critique de la société technique, qui explique certainement la radicalité de certains de ses positions. Mais c'est peut-être là aussi où le

¹² Jacques Ellul, *Le système technicien*, 1977, rééd. Le Cherche Midi, p. 116.

¹³ Jacques Ellul, *La subversion du christianisme*, 1984, rééd. Table Ronde, 2001, p. 153.

catholique romain que je suis, a du mal à suivre le calviniste Ellul. Et cette divergence théologique se répercute peut-être aussi sur nos visions du droit (qui – nécessairement – appartient plutôt à l'ordre des "œuvres" qu'à celui de la foi).

Toujours est-il que cette défiance assumée vis-à-vis du droit, supposé contaminé par la technique ou perçu comme par nature inefficace, met nécessairement en question la légitimité même d'un droit des nouvelles technologies. En effet, l'une des justifications majeures de la constitution de nouvelles règles juridiques adaptées à la prise en compte des nouvelles techniques, est la prétention du droit de contribuer à la maîtrise de leurs effets et à en limiter ou en réprimer les effets potentiellement dangereux. Comme le dit très bien le professeur Oberdoff, "*le droit constitue un irremplaçable instrument de la maîtrise sociale des technologies, afin que nos sociétés modernes restent aussi des États de droit, exigence fondamentale de la démocratie*"¹⁴

Accepter sans discussion le point de vue de Jacques Ellul et ses non-dits sur le droit, reviendrait à récuser plus ou moins totalement cette fonction "protectrice" du droit et à décourager par avance les juristes qui veulent aider notre société à "*civiliser*" son progrès technique¹⁵.

3. L'exigence : le droit au prix du doute

Face à la contradiction dans laquelle nous plonge ainsi la lecture d'Ellul, nous ne pouvons que choisir entre deux réactions. La première, résignée, consisterait à considérer le droit de la même manière que Pascal qualifiait (avec injustice) son grand aîné Descartes : "*inutile et incertain*". A l'inverse, la seconde voie nous pousse à retrouver dans sa pensée – à défaut d'une politique juridique à laquelle il ne croyait pas – des indications sur les risques à éviter et des raisons d'espérer malgré tout.

Premier apport majeur de la critique ellulienne, il nous a appris qu'il faut nous méfier des déformations que la technique peut faire subir au droit. Ces déformations peuvent être de diverses natures. Cela commence le plus fréquemment par la mauvaise rédaction des textes consacrés aux sujets technologiques. Le professeur André Lucas s'en est fait l'écho encore récemment en dénonçant le "*constat de l'illisibilité législative*" qui règne dans la plupart des domaines techniques que le législateur cherche à encadrer¹⁶. Il est vrai que rédiger des textes normatifs qui s'appliquent avec précision à des situations techniquement complexes oblige à user d'un langage peu compréhensible pour le justiciable et, de plus, rapidement menacé d'obsolescence du fait du progrès technique constant.

¹⁴ Henri Oberdoff, " Le droit, la démocratie et la maîtrise sociale des technologies ", *RDP*, juillet-août 1992, p. 984.

¹⁵ Isabelle Falque-Pierrotin écrivait en introduction de son rapport précité : "*La philosophie générale de ce rapport pourrait être résumée dans l'objectif de faire des réseaux numériques un espace de "civilité mondiale", la civilité étant "l'art de vivre bien ensemble"*". Cf. également notre point de vue : Bertrand Warusfel, "Le droit des nouvelles technologies : entre technique et civilisation", *Revue des anciens élèves de Sciences-Po*, n° 127, juin 2002, pp. 52-59.

¹⁶ André Lucas, "La réception des nouvelles techniques dans la loi, l'exemple de la propriété intellectuelle", texte d'une conférence publié sur le site *Juriscom.net*, 27 janvier 2001.

Mais cela peut aller beaucoup plus loin, en particulier lorsque le législateur veut concilier une impossible "neutralité technologique" avec les objectifs qu'il entend fixer à l'usage de la technologie concernée. Dans un récent article, le juriste québécois Eric Labbé a décrit comment la neutralité technologique se traduit généralement par l'énoncé d'une simple "norme de moyen" (qui ne définit qu'une finalité générale) dont l'imprécision induit une insécurité juridique à laquelle on cherche parfois à remédier en y substituant soit une véritable "norme de résultat" (qui ajoute un critère d'efficacité technique à la finalité affichée), soit en se référant à une "technique phare" sélectionnée par un organisme spécialisé ¹⁷.

On risque alors de tomber, en quelque sorte, de mal en pis, puisque pour éviter d'édicter un norme imprécise, on en vient à obliger les juges et les parties à vérifier l'application d'un critère technique contraignant (et difficile à vérifier sans le recours d'un expert) ou à s'en remettre au choix d'une technique particulière sélectionnée par un organisme extérieur. Un bon exemple de ce mécanisme est ainsi fourni par le nouveau droit de la signature électronique (introduit en France par la loi du 13 mars 2000 transposant une directive communautaire du 13 décembre 1999). La nouvelle rédaction du Code civil ne reconnaît des effets à une signature électronique que pour autant qu'elle est techniquement "fiable" (article 1316-4 CCiv), ce qui nécessite soit de bénéficier *a priori* d'une telle présomption de fiabilité (ce qui oblige à respecter des prescriptions réglementaires très lourdes ¹⁸) soit d'établir cette fiabilité *a posteriori* (en produisant des expertises qui seront discutées devant le juge). Conséquence, cinq années après la directive communautaire et quatre ans après la loi de transposition, la diffusion des signatures électroniques et de leurs nouveaux effets juridiques demeure embryonnaire, ce qui suscite déjà un certain scepticisme ¹⁹.

Les évolutions relative aux biotechnologies et à la bioéthique suscitent également l'inquiétude parmi certains juristes qui craignent qu'un droit technicien n'abdique ce qui fait ses spécificités ²⁰. Dans sa thèse récente portant sur ce domaine particulier du droit des nouvelles technologies, Jean-René Binet écrit que *"ne voulant pas risquer l'ineffectivité, le législateur se gardera d'édicter une règle dont il pressent que ses destinataires ne voudront pas l'appliquer, et modifiera le droit existant quand il entendra une volonté de modification exprimées par ceux auxquels il s'applique. Cette façon d'appréhender le droit est communément admise comme étant scientifique. En réalité, (...) il convient d'admettre que la façon ainsi présentée d'aborder la discipline n'est qu'une technique. En effet, alors que la science du droit s'attache à déterminer le contenu du donné, c'est-à-dire le droit naturel, la technique s'attache, elle, à la maîtrise du construit, c'est-à-dire le droit positif."* ²¹

Mais Ellul nous conduit aussi à nous méfier d'une tendance encore plus perverse qui est celle de l'auto-régulation de la technique par elle-même : *"c'est par la technique que l'on va maîtriser la technique, thème tout à fait connu et même banal, qui entre autres se rencontre*

¹⁷ Eric Labbé, "L'efficacité technique comme critère juridique ou la manière dont les lois se technicisent", conférence CRDP-CECOJI, Montréal, 30 septembre 2003.

¹⁸ Par un décret d'application du 30 mars 2001.

¹⁹ Cf. notamment, Hervé Morin "Pourquoi la signature électronique reste lettre morte", *Le Monde*, 23 Mai 2003.

²⁰ *"Le droit semble perdre son autonomie dès lors qu'il est confronté aux exigences du monde scientifique et technique. En fait, on ne lui demande qu'une chose, c'est de gêner le moins possible la marche du progrès. Le seul rôle du juriste sera de rendre obligatoires les choix effectués par les scientifiques."* (Marie-Angèle Hermitte, "L'autonomie du droit par rapport à l'ordre juridique", in *Ordre juridique et ordre technologique*, Cahier STS, n° 12, Éditions du CNRS, 1986, p. 96).

²¹ Jean-René Binet, *Droit et progrès scientifique – Science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF, 2002, p. 140.

chez presque tous ceux qui réfléchissent à l'informatique" ²². Le thème a été repris, depuis lors, par différents auteurs critiques, qu'il s'agisse d'Andrew Feenberg (qui parle, à ce propos, de l'"autorité législative de la technologie" ²³) ou même d'un juriste éminent comme le professeur Lawrence Lessig qui – s'agissant des technologies de l'information – a développé la formule devenue célèbre "*Code is Law*" ²⁴. Par là, il voulait indiquer le contenu même des logiciels (le code, au sens technique du terme) pouvait être une véritable source normative autonome puisqu'il imposait aux utilisateurs des comportements tout en interdisant d'autres.

Au-delà des espérances d'auto-régulation (ou de co-régulation) exprimées lors des débuts de l'Internet ²⁵, l'évolution récente du droit de la propriété intellectuelle nous donne un exemple net de cette tendance du droit des nouvelles technologies à devenir progressivement un simple mécanisme de reconnaissance de la "normativité" des moyens techniques. La directive communautaire du 22 mai 2001 relative au droit d'auteur dans la société de l'information est venue consacrer la protection juridique des "mesures techniques" destinées à préserver les œuvres numériques des actes de contrefaçon ²⁶. Ces mesures techniques sont des instruments reposant sur des technologies de sécurité (comme la cryptographie ou le watermarking, notamment ²⁷) que les ayant-droits peuvent utiliser pour interdire aux tiers de procéder, par exemple, à des copies non autorisées. En sanctionnant (civilement et pénalement) ceux qui procéderont au "contournement" de ces moyens de verrouillage des fichiers numériques, le droit de la propriété intellectuelle accepte ainsi que la prohibition technique puisse se substituer, au moins partiellement, à la prohibition juridique et que la norme juridique n'intervienne plus que pour assurer une sur-protection ultime en cas d'échec de la mesure technique. On peut craindre qu'un tel processus ne préfigure un recul progressif du droit au profit d'autres modes de régulation essentiellement fondée sur la technique, ce qui pourrait, dans le domaine particulier des créations intellectuelles nous faire passer d'un régime fondé sur le droit de la propriété intellectuelle à un système qui reposerait principalement sur la gestion des accès aux œuvres ²⁸ et qui aboutirait à ce que Jeremy Rifkin a dénommé "la civilisation de l'accès" ²⁹, mais dont Jacques Ellul avait pressenti lui aussi il y a près de trente ans ³⁰.

²² J. Ellul, *Le bluff technologique*, op. cit., p. 285.

²³ Andrew Feenberg, *Questioning Technology*, London & New York, Rutledge, 1999, traduit par Anne-Marie Feenberg, Chapitre 6.

²⁴ Lawrence Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, 1999.

²⁵ Cf. notamment le rapport du Conseil d'État précité.

²⁶ Sur cet aspect de la directive, cf. notamment les articles d'Antoine Latreille et Gilles Vercken dans le numéro spécial de la revue *Propriétés Intellectuelles*, n° 2, janvier 2002, "La protection des dispositifs techniques (I) p. 35, (II) p. 52.

²⁷ Pour une présentation des technologies disponibles, cf. notre rapport pour le compte du Parlement européen, Franck Leprévost & Bertrand Warusfel, *Technologies de sécurité pour les médias digitaux*, Rapport STOA, Parlement européen, juin 2001.

²⁸ Cf. mes remarques en ce sens in Bertrand Warusfel, *La propriété intellectuelle et l'Internet*, Flammarion, 2001, notamment pp. 87-115.

²⁹ Jeremy Rifkin, *La civilisation de l'accès – La révolution de la nouvelle économie*, traduction, La Découverte, 2000.

³⁰ "une autre valeur culturelle a été également largement modifiée par la technique : il s'agit de la propriété. (...) De nouvelles formes de richesse ont pris la place de l'ancien "capital" : un emploi, un droit à la retraite, une licence de gérance ou de concession, la Sécurité sociale, un privilège d'hospitalisation au profit d'un médecin dans une clinique, ce sont là de nouvelles formes de richesse qui représentent des rapports avec des organisations. (...) Telle est la Nouvelle Propriété fondée sur la "capacité technique" garantissant le status." (J. Ellul, *Le système technicien*, op. cit., p. 82).

Vu sous cet angle, le débat sur l'utilité ou la vanité du droit dans le monde technique prend une tournure encore plus tragique : si l'on dévalorise le recours au droit au motif qu'il serait trop peu efficace face à la technique (ce qu'une première lecture d'Ellul pourrait nous conduire à faire), on prend alors le risque de contribuer – par résignation – à une évolution encore plus préoccupante, à savoir la substitution progressive du droit par la technique elle-même. Et cette contradiction majeure me renvoie à cette fameuse *Pensée* de Pascal (que Claude Roy a justement qualifié de "*maître des contrariétés*"³¹, formule qui s'appliquerait aussi à Ellul) sur les rapports ambivalents entre la justice et la force³².

Dans un monde technicien, la force est largement celle de la technique elle-même et l'on peut dire en paraphrasant Pascal que si le droit sans la technique est impuissant, la technique sans le droit est tyrannique. Dès lors, la logique pascalienne me paraît nous donner une feuille de route aussi exigeante que pragmatique. Suivant son raisonnement et voulant "*mettre ensemble*" le droit et la technique sans que l'on puisse toujours donner au droit toute la puissance de la technique, il nous revient donc de faire en sorte que, pour le moins, "*ce qui est fort fût juste*", c'est-à-dire que la technique demeure, malgré tout, encadrée par le droit.

Est-ce donc trahir Ellul et son extrême lucidité que de croire – malgré ses mises en garde – qu'un droit de la technique puisse contribuer à en maîtriser certains abus ? Je n'en suis pas sûr. En effet, Jacques Ellul a toujours voulu être une "sentinelle" et bien qu'il ait souvent pourfendu des illusions (y compris dans le domaine juridique), son œuvre ne nous incite pas à désertier le champ de bataille de la modernité. Dans les mêmes pages où il stigmatise "l'illusion politique", il se refuse à prôner le simple "apolitisme" et appelle au contraire les citoyens à "*développer et multiplier les tensions*"³³.

Or vouloir construire un droit des nouvelles technologies malgré les pièges d'une technicisation de ce droit ou d'une possible complaisance vis-à-vis de la technique, ce n'est rien d'autre que vouloir apporter la contradiction dans le champ des logiques techniciennes (en y faisant valoir des intérêts ou des objectifs qui lui sont extérieurs) et fournir à l'utilisateur des instruments pour faire de la résistance ou créer de la tension. Paradoxalement, c'est sans doute bien que recherchait Jacques Ellul, juriste pris par le doute, lorsqu'il cherchait prophétiquement à nous décourager du droit.

Bertrand Warusfel

³¹ Claude Roy, lettre à Pierre Boutang, 1984, éditée in *Pierre Boutang*, Les dossiers H, L'âge d'Homme, 2002, p. 381.

³² *Pensée* n° 94, édition de Michel Le Guern, Blaise Pascal, *Œuvres complètes – Tome II*, Bibliothèque de La Pléiade, Gallimard, 2000, p. 571.

³³ J. Ellul, *L'illusion politique*, *op. cit.*, p. 294.