



Droit public du numérique et Intelligence Artificielle : défis des libertés fondamentales et de la souveraineté Working Paper 1 Février 2024

Kaoutar Rarhoui

► To cite this version:

Kaoutar Rarhoui. Droit public du numérique et Intelligence Artificielle : défis des libertés fondamentales et de la souveraineté Working Paper 1 Février 2024. 2024. hal-04450952

HAL Id: hal-04450952

<https://hal.science/hal-04450952>

Preprint submitted on 11 Feb 2024

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.

Droit public du numérique et Intelligence Artificielle : défis des libertés fondamentales et de la souveraineté

Working Paper

1 Février 2024

Dr. Kaoutar RARHOU

Docteur en Droit Public A l'Université Mohammed V de Rabat

Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales

rarhouium5@gmail.com

Résumé :

La révolution numérique transforme profondément les processus de production du droit, influençant les cadres théoriques et juridiques des normes. Les processus numériques redéfinissent les débats constitutionnels et pourraient devenir incontournables dans l'adoption des textes constitutionnels. Le droit du numérique, émergé du droit privé, pose des défis en droit public, notamment dans la protection des données personnelles et la souveraineté numérique face aux acteurs transnationaux. Une réglementation globale s'avère nécessaire pour concilier l'innovation technologique avec la préservation des droits fondamentaux. La révolution numérique impose des défis sans précédent au droit constitutionnel, exigeant une réflexion approfondie sur la manière dont nous conceptualisons et appliquons les principes juridiques. Cet article explore la nécessité d'une refonte du droit constitutionnel pour répondre aux dynamiques changeantes du numérique dans nos sociétés, mettant en lumière les aspects clés liés à la protection des données, aux droits individuels et aux droits fondamentaux ou à la souveraineté nationale.

Mots clés : Intelligence Artificielle, Droit public du numérique, Droit du numérique, Droit des libertés fondamentales, Droit constitutionnel.

Abstract:

The digital revolution is profoundly transforming the processes of production of law, influencing the theoretical and legal frameworks of standards. Digital processes are redefining constitutional debates and could become essential in the adoption of constitutional texts. Digital law, emerging from private law, poses challenges in public law, particularly in the protection of personal data and digital sovereignty in the face of transnational actors. Global regulation is necessary to reconcile technological innovation with the preservation of fundamental rights. The digital revolution imposes unprecedented challenges on constitutional law, requiring deep reflection on how we conceptualize and apply legal principles. This article explores the need for an overhaul of constitutional law to respond to the changing dynamics of digital technology in our societies, highlighting key aspects related to data protection, individual rights and fundamental rights or national sovereignty.

Keywords: Artificial Intelligence, Public digital law, Digital law, Fundamental freedom law, Constitutional law.

Introduction

La révolution numérique redéfinit fondamentalement les processus de production du droit, influençant le cadre théorique et juridique des caractéristiques de la norme. L'impact le plus évident réside dans les nouveaux registres de légitimité de la norme résultant de l'utilisation du numérique. Les processus numériques d'élaboration de la norme transforment les débats constitutionnels en renouvelant les modalités de création de la Constitution et de la loi. Il est envisageable que ces processus numériques de participation deviennent incontournables dans les procédures d'adoption des textes constitutionnels et législatifs. Le numérique n'est pas simplement une nouvelle technique d'ingénierie constitutionnelle, mais génère un objet inédit qui renouvelle les registres de légitimité de la norme. Il offre la possibilité d'une participation plus étendue des individus, permettant une présence fréquente et active du peuple réel dans le processus d'élaboration normative. L'idée selon laquelle la préservation des valeurs fondamentales nécessite un retour à la constitution est soulignée par des voix telles que celle de John Perry Barlow.

Le numérique dans sa globalité n'est pas un monde sans aucune régulation ou de contraintes légales. En effective, le numérique en général et les systèmes d'IA plus spécifiquement existent sur un spectre aux contours flous,¹ et il n'y a pas encore de catégorie significative pour une telle reconnaissance. Dans le même ordre d'idée Frank Easterbrooke défend l'idée selon laquelle un droit spécifique du numérique « de la même façon qu'il n'y a aucun droit spécial des chevaux, pourquoi un droit « du » numérique émergerait-il ? Ainsi, même si « de nombreux litiges concernent la vente de chevaux ; d'autres concernent les victimes de ruades de chevaux ; d'autres concernent les contrats de licence relatifs aux courses de chevaux, ou aux soins que les vétérinaires donnent aux chevaux, ou encore aux prix des concours hippiques » aucun droit spécifique au cheval n'existe.²

Le droit constitutionnel, en tant que science de l'organisation du pouvoir politique et de la protection des droits, se trouve confronté aux défis du développement de l'intelligence artificielle (IA). Alors que la révolution numérique transforme la société, l'ancienne conception nationale du droit constitutionnel apparaît inadaptée à cette réalité mondiale émergente. Les principes de souveraineté étatique perdent leur légitimité face aux acteurs numériques transnationaux.

Le droit du numérique a été l'objet de plusieurs réflexions en droit privé avant de devenir un champ de réflexion et de recherche en droit public (I). Le respect des principes constitutionnels de l'usage du numérique dans les administrations publiques pose plusieurs problématiques (II). La protection des données personnelles varie selon les pays et les contextes. En effet, les approches divergentes en matière d'IA et d'algorithme soulignent la nécessité d'une réglementation globale, tout en préservant les droits fondamentaux. La

¹ Castelluccia C. and D. Le Métayer, "Understanding Algorithmic Decision-Making: Opportunities and Challenges, Study, Panel for the Future of Science and Technology", *European Parliamentary Research Service* (EPRS), Mars 2019.

² Cité par THOMAS-SERTILLANGES J.-B., « Droit et technologies : concilier l'inconciliable ? Réflexions épistémologiques pour un droit des libertés technologiques », *Les Cahiers du numérique*, vol. 10, 2014, no 2, pp. 17-40

souveraineté numérique devient cruciale, avec les États en compétition avec des entités privées et internationales pour le contrôle du cyberspace.

I : Droit du numérique et de l'Intelligence Artificielle : du droit privé à un droit public du numérique

I.1 Droit numérique privé : protection, responsabilité et personnalité juridique

Les systèmes d'IA deviennent plus sophistiqués et jouent un rôle plus important dans la société. Les juristes en droit privé ont été les premiers à traiter des questions liées au numériques ou à l'IA. De ce fait les recherches dans cette branche du droit ont été beaucoup plus centrées sur la question de la responsabilité, de la personnalité, du commerce électronique ou la protection de la propriété intellectuelle. En effet, en droit privé, par exemple deux raisons distinctes justifient la reconnaissance de l'IA en tant que personnes devant la loi. La première vise à établir une responsabilité en cas de défaillance, comblant ainsi les lacunes potentielles liées à leur vitesse, autonomie et/ou opacité. La seconde raison est d'assurer une reconnaissance en cas de réussite, notamment en ce qui concerne la propriété intellectuelle créée par ces systèmes. En effet, les applications concrètes de l'IA, telles que la livraison par drones et les voitures autonomes, transforment divers secteurs, notamment la vente au détail, améliorant l'expérience client et l'efficacité globale. Cependant, cette révolution soulève des défis légaux et sociaux, tels que la protection de la vie privée face à la « pervasivité » technologique, les risques de biais cognitifs dans les décisions des systèmes intelligents, la concentration de Big Data et le risque de profilage extrême altérant la liberté de choix. Par conséquent, la nécessité de réglementer l'IA se manifeste dans des domaines spécifiques tels que la responsabilité des machines intelligentes et l'applicabilité des lois sur la propriété intellectuelle. Actuellement, il n'existe pas de législation spécifique, et certains problèmes se trouvent non résolus en utilisant les catégories et principes juridiques existants. La protection des droits liés à la conception et à l'utilisation d'IA se base sur les lois sur le droit d'auteur et la propriété industrielle. Néanmoins en droit comparé, nous pouvons remarquer le Royaume-Uni a consacré la protection par le droit d'auteur aux œuvres issues de l'intelligence artificielle si aucune personne physique puisse être considérée comme en étant l'auteur de l'œuvre et ce depuis 1988. Les États-Unis appliquent quant à eux la « politique de paternité humaine » qui ne permet pas la protection par le droit d'auteur aux œuvres non créées par des hommes. Le principe de paternité humaine est adopté par plusieurs pays. En effet, l'Office européen des brevets (OEB) a également confirmé qu'en vertu de la Convention sur le brevet européen, seul peut être désigné dans une demande de brevet européen un inventeur humain.

D'un côté, les débats portent sur la question de savoir si la personnalité est accordée pour des raisons instrumentales ou inhérentes, souvent comparées à la personnalité juridique des sociétés. Cependant, certains soutiennent que les systèmes d'IA, lorsqu'ils approchent l'indiscernabilité des humains, devraient avoir un statut comparable à celui des personnes

naturelles. Des développements récents, tels que l'octroi de la "citoyenneté" à un robot en Arabie saoudite, soulèvent des questions sur la nécessité de reconnaître une personnalité juridique aux IA. Les juristes et chercheurs en droit suggèrent d'attribuer une personnalité juridique aux systèmes d'IA pour résoudre des questions de responsabilité, notamment dans le cas des voitures autonomes. Certains proposent même des procédures pour juger des robots criminels, évoquant la possibilité de "punitions" par reprogrammation ou destruction. Les théories sur la personnalité juridique, telles que l'approche contractuelle, fictionnelle, et réaliste, utilisées pour les sociétés, alimentent le débat sur l'extension de ce statut aux systèmes d'IA. Finalement, la décision d'octroyer une personnalité juridique à une IA devrait être guidée par les droits et devoirs associés à cette reconnaissance.³

Le manque d'une législation spécifique régissant l'utilisation des systèmes d'intelligence artificielle, les conséquences civiles et pénales ou les événements préjudiciables ou des infractions liées à leur utilisation pose un certain nombre d'interrogation et de défis aux législateurs. Les effets juridiques et les problèmes juridiques liés à la conception, à la production et à l'utilisation de ces nouvelles technologies doivent donc être intégrés dans le cadre de la législation actuelle et résolus sur la base des catégories et des principes juridiques existants. Si des problématiques nouvelles liées à la propriété intellectuelle peuvent être régis par les textes sur la protection de la propriété intellectuelle et industrielle il n'en reste pas moins que certaines zones sont non régis par la loi et soulève l'incomplétude ou l'inadaptabilité de certaines législations. Toutefois, « les litiges liés à l'intelligence artificielle et à la propriété intellectuelle ne sont pas limités à une seule juridiction, mais se déploient à l'échelle internationale, chacune ayant ses propres défis et approches pour résoudre ces problèmes complexes »⁴.

Pour l'avenir prévisible, il est préférable de s'appuyer sur les catégories existantes, avec la responsabilité pour les méfaits liée aux utilisateurs, propriétaires ou fabricants plutôt qu'aux systèmes d'IA eux-mêmes. Il est à noter que « même si le cyberspace présente des différences avec les espaces territoriaux, les instances étatiques continuent d'y exercer une importante activité normative. À bien des égards, il est naïf de croire que l'avènement du cyberspace met fin à la capacité des États de réguler ».⁵

I.2 Droit public du numérique : Etat de droit, constitutionnalité numérique

L'évolution des pouvoirs des entreprises privés dans la société de l'information, soulève la question du risque de concentration de pouvoir dans des acteurs privés tels que Google et Facebook. Ces acteurs privés, en exploitant des technologies algorithmiques, peuvent exercer un pouvoir qui rivalise, voire dépasse, celui des autorités publiques. Cette concentration de

³ SIMON CHESTERMAN, "ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE LIMITS OF LEGAL PERSONALITY", British Institute of International and Comparative Law, Vol 69, October 2020, pp 819-844

⁴ Patocki-Tomas E. et C Monnet, « L'IA, LE DIGITAL ET L'ÉTHIQUE DES AFFAIRES Intelligence artificielle, création humaine et contentieux. Qu'en est-il actuellement ? », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires* - N° 5 - OCTOBRE 2023.

⁵ A. LEPAGE, « Internet un nouvel espace de délinquance », *AJ Pénal* juin 2005, p. 217

pouvoir soulève des inquiétudes quant à la démocratie et à l'État de droit, mettant en évidence la nécessité d'une réflexion sur le rôle de l'Etat et de sa souveraineté dans le contexte de la société algorithmique. D'un autre côté, la recrudescence de l'utilisation du numérique dans les administrations publiques, le processus d'informatisation de l'administration qui a commencé avec la généralisation de l'utilisation des ordinateurs ou la digitalisation de plus en poussée comme on le constate aux jours d'aujourd'hui, ou l'e-gouvernement ont le fruit d'une transformation et de la modernisation de l'Etat sont autant d'éléments qui ont attisé la curiosité des publicistes. En substance, un champ nouveau du droit public a commencé à émerger est celui du droit public du numérique. De ce fait, Lucie Cluzel-Métayer⁶ définit le droit public numérique comme « le droit applicable à l'ensemble des technologies de l'information et de la communication reposant sur le codage des données en langage binaire utilisés par les autorités publiques ». Toutefois, les recherches en droit public se sont penchées sur des problématiques limitées telles que la dématérialisation des échanges (...), la protection des données à caractère personnelle, de la relation entre liberté et surveillance, de l'open data et de la protection des données.⁷

Dans le même ordre d'idées, Johan Wolswinkelen en 2022, dans son étude sur l'IA et le droit administratif dans les pays de l'Europe souligne la nécessité des réadaptations des systèmes juridiques afin d'accompagner les changements technologiques observés dans l'environnement socio-économique. En effet, l'impact des systèmes d'IA sur les principes du droit administratif. Tout d'abord, il est crucial que l'utilisation de ces systèmes soit conforme à la légalité et aux règles de compétence, sans prendre de mesures arbitraires. En effective, le cadre juridique des systèmes d'aide à la décision automatisée (ADM) dans l'administration publique nécessite le respect plusieurs principes comme la protection des données personnelles ou du respect de la vie privée. Il est également essentiel que l'utilisation des systèmes ADM ne soit pas assimilée à une délégation illégale des pouvoirs administratifs et que les autorités publiques restent responsables de la qualité des décisions prises. La question de la liberté d'appréciation et de l'entrave à son exercice se pose également, en particulier lorsque des systèmes d'apprentissage automatique sont utilisés. Il est crucial de garantir l'égalité de traitement et de prévenir toute discrimination, en évitant les biais et en prenant en compte les particularités individuelles. De même, le principe d'objectivité et d'impartialité exige que l'administration utilise les éléments pertinents et évite tout parti pris favorable ou défavorable envers certaines personnes. Ajoutons à cela, le principe de proportionnalité qui

⁶ Lucie Cluzel-Métayer (sous la dir.), *Elément du droit public numérique*, Paris, L'Harmattan, 2023.

⁷ Par exemple, en France L. Cluzel Métayer souligne qu'outre une stratégie de communication de l'administration consistant à déployer l'information administrative à destination des administrés, un véritable droit à l'information est consacré. Elle énumère plusieurs textes qui insistent sur le principe de transparence comme l'accès aux fichiers (loi du 6 janvier 1978), de l'accès aux documents administratifs (loi du 17 juillet 1978) et de la motivation des actes administratifs (loi du 11 juillet 1979) font de la transparence la règle et du secret administratif l'exception. Bien d'autres textes (loi sur les archives du 3 janvier 1979 ou encore décret du 28 novembre 1983). L'accès aux documents administratifs est érigé en « liberté fondamentale » par le Conseil d'Etat (CE 29 avril 2002, M. Ullmann). Selon Métayer Le droit à la transparence prend également en France une autre forme, reflet des exigences communautaires, qui impose aux services publics de rendre des comptes de leur gestion et de leur fonctionnement à leurs usagers. Voir CLUZEL-MÉTAYER Lucie, « Les enjeux juridiques de l'open-data en France », Conférence-débat du CDPC sur la transparence administrative et ses déclinaisons technologiques récentes, Cycle « Les valeurs du droit public », 15 avril 2013

exige que l'utilisation des systèmes ADM soit nécessaire et n'entraîne pas d'impact excessif sur les droits des personnes. De plus, la transparence est également un principe clé, impliquant la divulgation des documents publics détenus par l'administration, ainsi que des informations sur les activités et les actes administratifs, y compris les systèmes d'IA utilisés. Enfin, le droit de recours permettrait à toute personne d'obtenir un contrôle judiciaire sur la légalité des actes administratifs litigieux.⁸

Comme le souligne dans ce sens Lemaire,⁹ dans le passé, les universitaires se sont interrogés sur la question de savoir si l'environnement numérique pouvait être réglementé, avec différentes approches mettant en avant le rôle de l'architecture du réseau, de la technologie et des réseaux de communication en tant que sources de régulation. Alors que les États étaient initialement considérés comme les principaux régulateurs, le paysage a évolué. Les États ne sont plus les seuls régulateurs puissants ; ils coexistent au sein d'un réseau complexe d'entités réglementaires fragmentées. En effet, les technologies d'intelligence artificielle dans la société de l'information illustrent cette double nature de la technologie, offrant des opportunités d'innovation tout en posant des risques lorsqu'elles sont mises en œuvre sans garanties adéquates. L'utilisation discrétionnaire de technologies de prise de décision automatisées à des fins lucratives nécessite un examen de la mesure dans laquelle par exemple, le droit constitutionnel peut limiter l'essor des pouvoirs privés en ligne, assurant la protection des droits fondamentaux et des valeurs démocratiques. Cependant, dans le paysage réglementaire fragmenté actuel, les États ne sont qu'un élément d'un cadre complexe. De nouveaux pouvoirs, tels que les plateformes en ligne, ont émergé en tant qu'entités influentes, agissant en tant que mandataires ou entités déléguées des autorités publiques pour appliquer des politiques en ligne, s'appuyant de manière autonome sur un mélange de pouvoir de marché et d'asymétrie technologique. De plus, l'utilisation de l'IA n'a pas cessé d'impacter le secteur public dans plusieurs Etats allant de l'utilisation de l'IA générative ou de l'expérimentation de la Vidéosurveillance assistée par l'IA dans le cadre de loi sur les Jeux Olympiques et Paralympiques de 2024.

II. Droit public numérique, IA et droit constitutionnel

Le droit constitutionnel en tant que Science de l'organisation du pouvoir politique et de la garantie des droits et libertés se trouve confronter depuis quelques décennies, aux effets du développement de l'IA. En effet, « *le droit constitutionnel ne fait pas que subir ou s'adapter aux effets de la révolution numérique : il tente, depuis quelques années, de se saisir du phénomène pour l'encourager, le protéger, l'utiliser, l'encadrer ou le réglementer* ». ¹⁰

⁸ Rarhoui K., «Legal, Ethics, Public Administration and the Law of AI », in *Book of Proceedings ESD Conference* September 2023.

⁹ Lemaire V., *Le droit public numérique à travers ses concepts : émergence et transformation d'une terminologie juridique*, Thèse de Doctorat en droit public, Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne, 2019.

¹⁰ Bonnet J. et P. Türk, « Le numérique : un défi pour le droit constitutionnel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2017/4, N° 57, pages 13 à 24.

Les ruptures et les transformations induites par le numérique nécessite forcément une adaptation du droit. Dans ce sens le droit constitutionnel devrait accompagner ces changements et les intégrer. Historiquement centré sur l'État et ses prérogatives souveraines, le droit constitutionnel s'étend désormais pour englober la société dans son ensemble et ceci est accéléré par le processus de transformation digitale de l'État, de la société et de l'économie. Les nouveaux acteurs du numérique menacent la souveraineté nationale, le contrôle de l'État sur l'économie et/ou la société. Cependant, la forme nationale traditionnelle du droit constitutionnel apparaît désormais inadaptée à cette réalité mondiale émergente. Les anciens principes de la souveraineté étatique, du citoyen perdent leur légitimité. La forme nationale du droit, notamment le droit de la famille, du travail, commercial, fiscal, de la santé et constitutionnel, se révèle inadaptée à cette nouvelle réalité globale.¹¹ En substance, l'absence de réglementation stricte de protection de données personnelles n'implique pas pour autant le défaut de normes et le respect des principes constitutionnels ne doit ainsi pas être négligé.

II. 1 Protection des données et souveraineté et usage de l'IA

II.1.1 Protection des données

La protection des données personnelles diffère considérablement entre l'Union européenne et les États-Unis. L'Europe, avec le RGPD, offre le niveau de protection le plus élevé au monde, ancré dans des droits fondamentaux et des règles extraterritoriales. En revanche, les États-Unis se concentrent sur la libre circulation des données, sans régulation générale. La protection repose sur des pratiques sectorielles et une approche libérale, limitée aux atteintes du gouvernement fédéral. Les différences ont entraîné des tensions, l'UE considérant souvent le niveau de protection américain comme inadéquat. En ce qui concerne les algorithmes, les États-Unis privilégient une approche légère, favorisant l'innovation, tandis que l'UE impose des limitations à la prise de décision algorithmique, encadrant le profilage automatisé et garantissant des droits individuels. De ce fait, les expériences de l'utilisation et de la régulation de l'IA diffèrent d'un contexte à un autre. Aux États-Unis, l'utilisation croissante du big data et des analyses prédictives, notamment à travers des outils tels que Compstat, PredPol, HunchLab et Palantir, a transformé les méthodes de maintien de la paix et de gestion des forces de police. La "police prédictive" vise à anticiper les crimes en se basant sur des données passées. Cependant, les différences législatives en matière de protection des données ont favorisé ces développements.

En France, par exemple la loi interdit les décisions automatisées en matière de police, autorisant uniquement les outils d'aide à la décision. En matière de justice prédictive, les juridictions américaines utilisent des logiciels comme COMPAS, tandis que la France limite l'utilisation des traitements automatisés à des fins d'arbitrage en exigeant la transparence et le consentement des parties. Aux États-Unis, le 4e amendement offre une protection contre les

¹¹ Dominique Rousseau, «Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2017/4, N° 57,

recherches et saisies déraisonnables, mais des violations ont été constatées. En aval, l'utilisation d'algorithmes soulève des questions sur la transparence et les droits de la défense, comme illustré par des affaires judiciaires aux États-Unis. En réponse, l'Union européenne (UE) cherche à encadrer l'IA en adoptant des normes éthiques. Elle insiste sur la nécessité de la transparence, de la non-discrimination, du respect des droits de l'homme, et de la responsabilité des développeurs. La Commission européenne propose des lignes directrices et souhaite établir un cadre éthique et légal solide, aligné sur les valeurs européennes. La soft law est privilégiée, reflétant la complexité évolutive de la technologie. En France, des règles strictes interdisent les décisions automatisées en matière de police, tandis que l'UE vise à renforcer la confiance publique en promouvant la compréhension de l'IA et en développant des lignes directrices éthiques. Ces efforts soulignent l'importance d'encadrer le déploiement de l'IA pour préserver les droits fondamentaux et les valeurs démocratiques.¹²

Figure : Principales mesures contenues dans les textes de régulation de l'IA

	 COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE	 Commission européenne	 OCDE	 Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture	
	CdE / CAHAI	CE / GEHN IA	Règlement CE	OCDE	UNESCO
	Étude de faisabilité	Lignes directrices	Projet de règlement	Principes	Recommandation
Principal fondement juridique	Convention européenne des droits de l'homme	Communications de la CE du 25 avril 2018 et du 7 décembre 2018	Législation sur le marché intérieur	Convention relative à l'OCDE et série de principes directeurs et recommandations	Déclaration universelle des droits de l'homme et instruments internationaux sur les droits de l'homme
Etats membres	47	27		37	193
Missions générales des organisations	Promouvoir et défendre les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit dans un espace démocratique et juridique commun	Assurer la libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes par une union économique et politique		Améliorer le bien être économique et social par des politiques publiques et des normes internationales	Contribuer à une culture de la paix, à l'éradication de la pauvreté, au développement durable et au dialogue interculturel par l'éducation, les sciences, la culture, la communication et l'information

https://lestempselectriques.net/ANALYSE_IA.pdf

Le besoin d'une réglementation nationale se juxtapose avec un besoin au niveau global de définir les contours de la régulation de l'IA en insistant beaucoup plus sur le caractère éthique.

Ainsi, comme le note Yannick Meneceur magistrat au conseil de l'Europe, des organisations intergouvernementales préparent ou proposent même déjà des cadres juridiques pour réguler l'application de cette technologie. Si la proposition de règlement de la Commission européenne a retenu l'attention pour son caractère juridiquement contraignant, la juxtaposition avec les initiatives du Conseil de l'Europe, de l'OCDE et de l'UNESCO nous révèle

¹² Céline Castets-Renard, « L'intelligence artificielle, les droits fondamentaux et la protection des données personnelles dans l'Union européenne et les États-Unis », *Revue de droit international d'Assas* n° 2, Décembre 2019.

l'esquisse d'un mécanisme de gouvernance globale de cette technologie, même en l'absence de coordination formelle.¹³ En effet, l'intervention des régulateurs internationaux pour créer un cadre de confiance au développement des applications d'intelligence artificielle.

II.1. 2 La Souveraineté en question

La question de la souveraineté numérique constitue un enjeu central dans le contexte de la révolution numérique, où le développement omniprésent d'Internet a profondément perturbé l'autorité souveraine des États. L'avènement du cyberspace, immatériel, a-territorial et transnational par nature, a bouleversé la structure traditionnelle et hiérarchique du système juridique étatique.¹⁴ Les États se retrouvent désormais en compétition avec d'autres entités productrices de normativité, telles que des opérateurs privés économiques ou des instances internationales, remettant en cause leur monopole sur l'énonciation et l'application des règles de droit. Cette redistribution des pouvoirs induite par le développement d'Internet invite à repenser le concept classique de souveraineté étatique. La structure pyramidale traditionnelle cède la place à un jeu horizontal et enchevêtré dans le cyberspace. La déterritorialisation accélère la remise en cause des frontières physiques qui délimitaient l'exercice traditionnel de la souveraineté étatique, remettant en question le mode national de production du droit.¹⁵

L'émergence de l'IA, redéfinit les contours de la souveraineté des États et les processus démocratiques, générant à la fois des opportunités et des préoccupations. À l'échelle internationale, cette transformation suscite des perspectives diverses et des tensions palpables. Sur le plan national, des innovations numériques sont déjà perceptibles, bien que leurs résultats suscitent encore des interrogations.¹⁶

L'État, en premier lieu, se trouve confronté à l'essor des technologies numériques, en particulier d'Internet. Ces outils facilitent le dialogue transnational, diluent les frontières, rapprochent les sociétés, et construisent de nouveaux espaces d'expression des opinions publiques.

En effet, Les failles du système de gouvernance des espaces numériques soulèvent des questionnements sur la possibilité d'une transposition aux instances internationales des principes du constitutionnalisme. L'idée d'une "Constitution de l'Internet" est évoquée, envisageant la constitutionnalisation des principes, droits, et devoirs liés à la communication numérique. *« Ce sont, d'ailleurs, les failles du système de gouvernance des espaces numériques, mises en évidence par certains scandales récents, qui conduisent à s'interroger sur la perspective d'une transposition aux instances internationales de régulation des »*

¹³ Meneceur Y., « Les cadres juridiques des organisations intergouvernementales pour une régulation de l'intelligence artificielle Vers un encadrement global en capacité de prévenir les dérives des systèmes algorithmiques de prise de décision ? », *Revue Pratique de la Prospective et de L'Innovation* - N° 1 - JUILLET 2021.

¹⁴ Türk P., « La souveraineté des États à l'épreuve d'Internet », *Revue du Droit Public*, n° 6, 2013,

¹⁵ Cassar B., *La transformation numérique du monde du droit*, Thèse de Doctorat en droit privé, Université de Strasbourg, 4 décembre 2020.

¹⁶ Benhamou B., « Architecture et Gouvernance de l'Internet », *Revue Esprit*, mai 2006 ; Nocetti J., « Internet, gouvernance et démocratie », *Politique étrangère*, Vol. 76, n° 4, 2011.

principes du constitutionnalisme (légitimité, représentativité, responsabilité, transparence). La réflexion sur une potentielle « Constitution de l'Internet », par exemple, porte l'hypothèse d'une « constitutionnalisation » des principes, droits et des devoirs attachés à la communication numérique (principe de neutralité, ouverture, liberté de l'internet), auxquels la communauté unifiée des concepteurs et des utilisateurs accepterait de se soumettre ».¹⁷

En substance, la souveraineté numérique émerge comme un concept clé dans cette ère de déterritorialisation. Les États se retrouvent en compétition avec des acteurs privés et des instances internationales pour le contrôle du cyberspace. Les tentatives de certains États pour reprendre le contrôle de leur souveraineté numérique témoignent des tensions inhérentes à cette nouvelle configuration de pouvoir.

II.2 Libertés fondamentales, et transformation digital : vers un constitutionnalisme digital ?

Les libertés fondamentales ne s'adressent pas seulement à l'administration mais à toutes les autorités de l'Etat, qu'elles exercent un pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire. Dans ce contexte, les libertés fondamentales¹⁸ sont inscrites dans les textes de la constitution, les conventions qui ont une valeur supérieure aux lois, lesquelles sont tenues de respecter. Les problématiques soulevées en droit des libertés fondamentales sont au cœur des grandes transformations et débats de la société.¹⁹ Par conséquent, la constitutionnalisation des espaces en ligne, où les plateformes établissent unilatéralement des normes et des procédures, jouant ainsi un rôle semblable à celui des autorités publiques est d'un débat d'actualité. Cette privatisation de la protection des droits fondamentaux,²⁰ en particulier de la liberté d'expression, pose des défis démocratiques, car ces plateformes agissent sans mécanismes de contrôle démocratiques.

Dans cette perspective, les enjeux liés à l'intelligence artificielle et les droits humains au Maroc ont été au cœur des préoccupations des experts nationaux et internationaux réunis lors du séminaire organisé par le Conseil National des Droits de l'Homme (CNDH) à Rabat le 03 décembre 2021. Les participants ont souligné l'importance cruciale de débattre des questions liées à la liberté d'opinion, d'expression et de presse dans l'espace numérique. Un point central de l'adhésion concerne la reconnaissance de la nécessité urgente d'engager un dialogue public sur la protection des droits humains dans le contexte des technologies et de l'intelligence artificielle. Dans la déclaration de Rabat, il a été souligné l'importance de prendre en compte

¹⁷ Bonnet J. et P. Türk, Le numérique : un défi pour le droit constitutionnel, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2017/4, N° 57, pages 13 à 24.

¹⁸ Harviel J., *Libertés publiques, libertés individuelles, risques et enjeux de la société numérique*, Thèse de Doctorat en droit public, Université Panthéon-Sorbonne, 2018.

¹⁹ Denizeau-Lahaye C., *Droit des libertés fondamentales*, Paris Vuibert, 2019.

²⁰ Lepage A., *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Paris, Litec, 2002.

la protection des droits à la vie privée, à la protection des données personnelles et à la sécurité lors de la conception d'applications et d'algorithmes liés à l'intelligence artificielle, suivant le principe du "Human Rights Design" du rapport annuel de 2020.²¹ À l'échelle de l'Union africaine, les libertés sont défendues par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981. Globalement, la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'ONU de 1948 protège ces droits. L'usage de l'intelligence artificielle doit être équilibré avec la protection des libertés, nécessitant une adaptation réglementaire pour garantir un développement inclusif, durable, et maîtrisé. Cela implique la définition de nouveaux droits spécifiques au numérique.

Le droit constitutionnel doit s'adapter pour relever ces défis, protégeant les droits fondamentaux et limitant l'émergence de pouvoirs incontrôlés. Le constitutionnalisme digital nécessite une redéfinition du rôle du droit constitutionnel dans la société algorithmique pour faire face à ces nouveaux défis de consolidation de pouvoir par des entités privées transnationales. La protection des droits individuels et des valeurs démocratiques reste cruciale dans cet environnement en évolution rapide.

Selon certains publicistes le constitutionnalisme digital émerge, donc, comme une réponse complexe aux défis posés par la société de l'information. L'expression elle-même révèle une dualité essentielle : d'une part, le "digital" se réfère à la technologie Internet utilisée pour diverses applications, y compris la modération du contenu, tandis que d'autre part, le "constitutionnalisme" renvoie à l'idée que le pouvoir gouvernemental doit être légalement limité et légitimé par sa conformité à ces limites. L'intégration de ces deux aspects dans le "constitutionnalisme digital" ne vise pas à révolutionner les bases du constitutionnalisme moderne, mais plutôt à comprendre comment le droit constitutionnel peut être interprété dans le contexte de la société de l'information.²²

Selon De Gregorio, le constitutionnalisme digital²³ offre un récit constitutionnel démocratique pour l'ère numérique, établissant un cadre théorique et pratique basé sur la manière dont les technologies digitales influent sur l'évolution du constitutionnalisme. Une caractéristique saillante du constitutionnalisme digital dans l'Union européenne est son adoption d'une approche constitutionnelle pour réguler les acteurs privés opérant en ligne. Contrairement aux États-Unis, qui suivent une approche plus libérale axée sur la protection du Premier Amendement, l'UE a choisi une voie constitutionnelle pour faire face aux entreprises transnationales exerçant des fonctions quasi-publiques à l'échelle mondiale. Cette approche met en lumière la transition de l'Union d'une perspective libérale à une perspective constitutionnelle dans le domaine des technologies digitales. La dignité humaine, consacrée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, est présentée comme le fondement des valeurs démocratiques européennes et joue un rôle crucial dans la résistance aux pouvoirs privés en ligne. L'article soutient que le "digital constitutionalism" peut être un

²¹ https://www.cndh.ma/sites/default/files/declaration_de_rabat_frn.pdf

²² Lemaire, op. cit.

²³ De Gregorio G., *Constitutional Law in the Information Society: Protecting Fundamental Rights and Democracy in the Age of Artificial Intelligence*, PhD Thesis in Public Law, Milan, UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO-BICOCCA, 2020.

moyen de rétablir l'équilibre constitutionnel et de protéger les valeurs démocratiques face à la révolution numérique.

La comparaison entre les approches européenne et américaine du "digital constitutionalism" souligne la diversité de ces phénomènes en fonction des cadres constitutionnels spécifiques. Alors que l'Union européenne adopte une approche constitutionnelle pour réguler les pouvoirs privés, les États-Unis préfèrent une approche plus libérale axée sur la liberté d'expression. Malgré ces différences, l'Europe²⁴ maintient une approche prudente, soulignant les préoccupations liées aux droits fondamentaux face aux outils déployés aux États-Unis. L'utilisation croissante des outils prédictifs dans le maintien de l'ordre soulève des préoccupations quant aux droits fondamentaux, tant en amont qu'en aval de l'intervention policière. En amont, les risques d'atteinte aux droits incluent le droit à l'intégrité physique, à la liberté, à la vie privée, à la protection des données, à la liberté d'association, à l'égalité et à la non-discrimination. Ces risques augmentent si les outils ciblent des individus plutôt que des lieux. La protection des droits fondamentaux et des valeurs démocratiques n'est plus optionnelle dans un contexte où la société de l'information génère un pouvoir privé qui dicte les normes sans responsabilité. L'article insiste sur la nécessité de comprendre comment le "digital constitutionalism" peut être intégré dans un cadre constitutionnel spécifique, en mettant en avant le rôle crucial du droit constitutionnel européen en tant que bouclier contre l'exercice non régulé des pouvoirs privés dans l'environnement numérique.

Selon ses défenseurs le "digital constitutionalism" peut fournir des instruments juridiques pour faire face aux défis posés par les acteurs privés transnationaux dans l'environnement numérique. La recherche souligne que la réaction du constitutionnalisme digital est principalement motivée par les menaces aux droits fondamentaux et aux valeurs démocratiques liées à la montée des pouvoirs privés.

Conclusion :

Les technologies numériques, permettent une comparaison constante des systèmes constitutionnels et des pratiques politiques. Ces avancées pourraient favoriser la convergence et la standardisation des pratiques, contribuant à une internationalisation et une globalisation du droit constitutionnel. Par conséquent, l'autonomie constitutionnelle des États, c'est la souveraineté classique de l'État qui se trouve mise à l'épreuve. La conception traditionnelle, assimilée à un pouvoir de commandement suprême dans des frontières délimitées, est bousculée par les conséquences de la révolution numérique et l'émergence des réseaux. La hiérarchie du pouvoir étatique se heurte aux modes de régulation des espaces numériques, caractérisés par une collaboration entre techniciens, autorités étatiques, secteur privé, société

²⁴ Projet de convention-cadre sur l'intelligence artificielle, les droits de l'homme, la démocratie et l'état de droit (CAI (2023)01_FR). - Le 6 janvier 2023 a été publié le « projet zéro révisé de convention- cadre sur l'intelligence artificielle, les droits de l'homme, la démocratie et l'état de droit » par le président du Comité sur l'intelligence artificielle (CAI) et qui servira de base à la rédaction de la convention éponyme (Projet de convention-cadre sur l'intelligence artificielle, les droits de l'homme, la démocratie et l'état de droit, CAI (2023)01_FR, 6 janv. 2023). Voir le site : <https://www.coe.int/fr/web/artificial-intelligence/cai>

civile, et utilisateurs, reposant largement sur la soft law. Cette évolution conduit à des revendications de "souveraineté numérique" de la part de certains États, présentée comme nécessaire à la défense de leurs intérêts fondamentaux et de leurs pouvoirs régaliens. Cependant, La réflexion sur la "souveraineté numérique" reste énigmatique et controversée, englobant la maîtrise non seulement par les États, mais aussi par les entreprises, les communautés d'utilisateurs, voire les individus, de leur destin numérique. Penser la régulation de l'IA et d'envisager des règles propres, portant notamment sur la prise de décision algorithmique impose des exigences, susceptibles de freiner ou, au contraire, encourager son déploiement. Ainsi, si on considère la réglementation des données personnelles, le faible niveau de protection aux Etats-Unis a facilité le développement d'outils prédictifs, appliqués aux missions de police et justice. Dans une ère démocratique, la délibération, la discussion et l'argumentation deviennent cruciales pour déterminer ce qui est juste. Le droit offre le cadre nécessaire pour enrainer les règles de vie commune. Les principes traditionnels sont remis en question, mais le droit, en tant qu'outil de régulation, peut guider cette transition vers une ère de démocratie numérique mondiale respectant les principes du libre accès et de l'égalité d'accès à l'espace numérique.

La question du constitutionnalisme digital émerge, visant à redéfinir le rôle du droit constitutionnel dans la société algorithmique. Face à la privatisation de la protection des droits fondamentaux par des plateformes en ligne, le constitutionnalisme digital propose un cadre théorique et pratique pour réguler les acteurs privés transnationaux opérant dans l'environnement numérique. En Europe, cette approche se distingue par son adoption d'une perspective constitutionnelle pour faire face aux entreprises transnationales, mettant en avant la dignité humaine comme fondement des valeurs démocratiques.

En conclusion, le droit constitutionnel doit s'adapter aux ruptures induites par le numérique. La régulation de l'IA, la protection des données et la souveraineté numérique sont des enjeux majeurs. Le constitutionnalisme digital offre une réponse aux défis posés par les acteurs privés transnationaux, plaçant la protection des droits fondamentaux au cœur de cette évolution vers une société numérique.

Références

Benhamou B., « Architecture et Gouvernance de l'Internet », *Revue Esprit*, mai 2006 ; Nocetti J., « Internet, gouvernance et démocratie », *Politique étrangère*, Vol. 76, n° 4, 2011.

Benyekhlef K. & Trudel P., *Etat de droit et virtualité*, Montréal, Les Editions Thémis, 2009

Bonnet J. et P. Türk, Le numérique : un défi pour le droit constitutionnel, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2017/4, N° 57, pages 13 à 24.

Braithwaite, J., & Coglianese, C., "Artificial Intelligence in the Public Sector: Accountability Challenges and Ethical Implications". *Public Administration Review*, 80(5), 2020, 769-778.

Cassar B., *La transformation numérique du monde du droit*, Thèse de Doctorat en droit privé, Université de Strasbourg, 4 décembre 2020.

Castelluccia C. and D. Le Métayer, “Understanding Algorithmic Decision-Making: Opportunities and Challenges, Study, Panel for the Future of Science and Technology”, *European Parliamentary Research Service (EPRS)*, Mars 2019.

Castets-Renard C., « L'intelligence artificielle, les droits fondamentaux et la protection des données personnelles dans l'Union européenne et les Etats-Unis », *Revue de droit international d'Assas* n° 2, Décembre 2019.

Cluzel-Métayer L. (sous la dir.), *Elément du droit public numérique*, Paris, L'Harmattan, 2023.

Cluzel-Métayer L., « Les enjeux juridiques de l'open-data en France », Conférence-débat du CDPC sur la transparence administrative et ses déclinaisons technologiques récentes, Cycle « Les valeurs du droit public », 15 avril 2013

De Gregorio G., *Constitutional Law in the Information Society: Protecting Fundamental Rights and Democracy in the Age of Artificial Intelligence*, PhD Thesis in Public Law, Milan, Università Degli Studi di Milano-Biocca, 2020.

Denizeau-Lahaye C., *Droit des libertés fondamentales*, Paris Vuibert, 2019.

Harviel J., *Libertés publiques, libertés individuelles, risques et enjeux de la société numérique*, Thèse de Doctorat en droit public, Université Panthéon-Sorbonne, 2018.

Lemaire V., *Le droit public numérique à travers ses concepts : émergence et transformation d'une terminologie juridique*, Thèse de Doctorat en droit public, Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne, 2019

Lepage A., *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Paris, Litec, 2002.

Lepage A., « Internet un nouvel espace de délinquance », *AJ Pénal*, juin 2005.

Meneceur Y., « Les cadres juridiques des organisations intergouvernementales pour une régulation de l'intelligence artificielle Vers un encadrement global en capacité de prévenir les dérives des systèmes algorithmiques de prise de décision ? », *Revue Pratique de la Prospective et de l'Innovation* - N° 1 - JUILLET 2021.

Patocki-Tomas E. et C Monnet, « L'IA, le digital et l'éthique des affaires : Intelligence artificielle, création humaine et contentieux. Qu'en est-il actuellement ? », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires* - N° 5 - Octobre 2023.

Rarhoui K. « Droit de l'Intelligence Artificielle et administration publique », *Revue Internationale du chercheur* «Volume 4: Numéro 4», pp:354-368, 2024 <https://journals.indexcopernicus.com/api/file/viewByFileId/1870526>

Rarhoui K., « Legal, Ethics, Public Administration and the Law of AI », in *Book of Proceedings ESD Conference* September 2023.

Rousseau D., « Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2017/4, N° 57.

Simon Chesterman, “Artificial Intelligence and the Limits of Legal Personality”, *British Institute of International and Comparative Law*, Vol 69, October 2020, pp 819-844.

Thomas-Sertillanges J.-B., « Droit et technologies : concilier l’inconciliable ? Réflexions épistémologiques pour un droit des libertés technologiques », *Les Cahiers du numérique*, vol. 10, 2014, no 2, pp. 17-40

Türk P., « La souveraineté des États à l’épreuve d’Internet », *Revue du Droit Public*, n° 6, 2013,

Wolswinkel J., *Comparative study on administrative law and the use of AI and other algorithmic systems in administrative decision-making in the member States of the Council of Europe*, 2022, <https://www.coe.int/documents/22298481/0/CDCJ%282022%2931F+-+FINAL+6.pdf/c01b86be-ce0e-ee18-f4b5-3b082c371eac?t=1670943281280>