

2 « L'avocat doit faire preuve de créativité et d'audace, il doit aussi continuer à douter toujours »



avec Richard MALKA,
avocat

Avocat historique du journal Charlie Hebdo et de personnalités médiatiques, spécialiste du droit de la presse, fervent défenseur des libertés, particulièrement de la liberté d'expression, de la laïcité et de la vie privée, mais aussi scénariste de bandes dessinées et écrivain à succès, Richard Malka est le parrain de la promotion 2022 de l'École de formation professionnelle des avocats du barreau de Paris (EFB).

Dans cet entretien qui mêle considérations sur l'avenir de la justice, la liberté et la littérature, il partage son amour du métier d'avocat et sa passion pour l'écriture. Des réflexions et un univers à découvrir ou à redécouvrir pour mieux penser la justice.

RPPI : Qu'est-ce qu'être avocat en 2022 ?

Richard Malka : Il y a 25 ans, la première bande dessinée que j'ai écrite, « Segments », éditée bien plus tard (J. Gimenez et R. Malka, éd. Glenat, 2011) était un « space-opéra » dont l'action se déroule au XXVIII^e siècle de l'ère galactique. J'avais imaginé un procès galactique dans lequel la prison était remplacée par la relégation génétique, autrement dit une piqure qui fait vieillir le temps de la peine, évitant ainsi la prison et l'évasion. Le procès en appel était aussi réglé en quelques secondes par ordinateur, au regard d'une base de données jurisprudentielle.

Déjà à l'époque je m'interrogeais sur l'avenir de la justice et du métier d'avocat. J'espère que l'on n'en arrivera jamais là, mais il faut bien reconnaître que notre métier change. Avec la tentation de la numérisation, la salle d'audience qui était la norme absolue quand j'ai commencé à exercer l'est de moins en moins. On voit se développer les visio conférences, les visio audiences, les visio plaidoiries. Or, ces procédés conduisent à une déperdition énorme d'informations. Être présent dans un même lieu, au même moment, crée une intensité et parfois une incandescence. Quand on juge de l'humain, il faut s'astreindre à ce que cela prenne du temps.

RPPI : Et être avocat en 2050 ?

R. Malka : Ce mouvement va se poursuivre mais il restera, je l'espère, toujours une place pour l'audience et pour l'oralité, pour la plaidoirie, la fantaisie, la liberté. À mes débuts, j'ai connu les avocats théâtraux, avec des effets de manche incroyables, des explosions de colère, cela n'existe plus.

Il est incontestable que l'oralité perd du terrain face à l'écrit, et qu'on ne fera plus jamais machine arrière. On s'éloigne de la liberté de l'oralité, d'une certaine poésie, du panache qu'il peut y avoir à l'oral. Il y a 30 ans, des conclusions dépassant les 30 ou 40 pages étaient impensables. Et ce mouvement s'accompagne d'une volonté de réguler et de structurer les écritures.

Il y a bien des îlots qui subsistent davantage que d'autres, en droit pénal bien sûr ou en droit du travail. Mais la tendance est à la transformation de l'exercice vers une profession plus technique, plus écrite, plus cadrée. Et l'arrivée des caméras dans les prétoires va encore plus lisser l'ensemble. Les magistrats et les avocats ne s'exprimeront plus de la même manière. Chacun est sensible au regard de l'autre, et quand on sait que ce regard est celui de la société, on ne dira pas les mêmes choses, pas avec la même liberté. Cette justice qui pourra verser dans le sensationnalisme ne créera pas et ne transmettra pas de l'intelligence et de la connaissance à l'opinion publique. L'audience est importante pour la personne qui est jugée, pour ce qui s'y passe. Elle n'est pas faite pour être vue.

RPPI : L'IA, les algorithmes, l'aide à la décision, sont-ils de nature à « augmenter » l'avocat ?

R. Malka : Ce sont des instruments qui peuvent être très utiles, pour l'aide à la recherche notamment, mais ce ne sont que des instruments sur lesquels il ne faut pas trop se reposer. Ils ne remplaceront jamais l'esprit humain. Un magistrat ne fera pas une meilleure analyse de l'âme humaine et des tréfonds d'un dossier grâce à ces outils. Et pour un avocat, ils ne remplaceront ni l'imagination, ni la créativité, ni l'intelligence, ni la sensibilité aux dossiers, aux arguments, ils ne construiront pas une belle plaidoirie, ni une stratégie efficace.

RPPI : Avec ces instruments, va-t-on vers une « justice automatisée » ?

R. Malka : Cette question de l'automatisation de la peine était au centre de ma bande-dessinée de science-fiction. Étant donné l'importante judiciarisation de la société, on peut comprendre la démarche consistant à vouloir régler de manière automatisée certains contentieux de masse dont les coûts deviennent impossibles à assumer pour la société. Ces règlements doivent toutefois rester cantonnés à des contentieux de faible montant et faire l'objet d'une large acceptation sociale. Il faut veiller à ce que ces procédés ne soient pas étendus à de plus en plus de contentieux pour des questions budgétaires. Ce type d'évolution a pu être constatée avec les juges uniques, d'abord circonscrits aux contentieux de masse avant d'être instaurés dans d'autres domaines.

RPPI : Le spectre d'une justice algorithmique, d'outils pour prédire le crime, de juges-robots, de tribunaux virtuels, qu'est-ce que cela vous inspire ?

R. Malka : Prédire le crime pour le résorber est depuis toujours une tentation de l'humanité et elle a aujourd'hui les moyens d'approcher ce fantasme. Si ces outils devaient s'étendre de la sphère policière, où ils peuvent être utiles, à la sphère judiciaire, nous serions dans un scénario dystopique, un cauchemar. On ne vivrait plus ni dans une démocratie, ni dans un État de droit.

Tout ceci est inquiétant. Nous ne savons pas comment sont conçus les algorithmes, notamment par les grandes sociétés du numérique (GAFAM). En France, aucun responsable de ces sociétés n'est présent, ils évoluent dans une impunité totale. La réalité c'est ça. C'est ce à quoi tente de réagir l'Europe avec le DSA (Digital Services Act adopté le 4 octobre 2022) et le DMA (Digital Markets Act, règlement sur les marchés numériques, qui doit entrer en application en 2023) qui vont dans le bon sens, y compris dans la régulation des réseaux sociaux. Mais avec combien d'années de retard ? De nombreux groupes d'action, y compris au niveau européen auxquels je participe, cherchent à faire évoluer la législation. Mais la réglementation n'est pas

encore entrée en application et la technique, on le sait, va 10 fois plus vite.

RPPI : Comment alors lutter contre ces géants d'Internet et réguler les plateformes ?

R. Malka : Tant qu'on n'exigera pas de ces sociétés qu'elles aient un directeur de publication en France comme pour n'importe quel média, la régulation sera difficile. De même, si je ne suis pas contre l'anonymat sur les réseaux sociaux, l'identité du détenteur du compte doit être connue du site, afin de répondre aux sollicitations éventuelles d'un juge. C'est ce que prévoit le DSA en matière de contrefaçon : les sites marchands devront connaître l'identité des vendeurs. Il doit en être de même dans tous les domaines.

Aujourd'hui en cas de cyber harcèlement, de calomnie ou de menaces de mort, l'avocat est complètement démuni. À moins de se rendre en Irlande ou à San Francisco, il est renvoyé d'une société à l'autre. Cela ne peut pas continuer. Que le filtre d'un juge soit prévu pour vérifier que la demande est légitime s'entend, mais aujourd'hui le juge ne peut rien faire pas plus que l'avocat. C'est un phénomène dé-civilisationnel, extrêmement dangereux, toxique, qui empoisonne nos sociétés.

RPPI : Vous estimez que « L'époque à venir sera encore plus dangereuse pour les libertés », à quoi faites-vous allusion ?

R. Malka : D'abord à la liberté d'expression, mère de toutes les libertés. Si elle régresse toutes les autres régressent. En Russie, on voit ce que donne une société sans liberté d'expression.

Or, en France, elle ne se porte pas bien, ce qui est pour moi un constat terrible. Jamais la liberté d'expression n'a pourtant été aussi protégée judiciairement et policièrement : depuis mes débuts, nous avons gagné tous les combats judiciaires menés (*V. Plaidoirie au procès de Charlie Hebdo, Le droit d'emmerder Dieu : JCP G 2022, act. 196*). Mais c'est le peuple qui n'en veut plus. Dans l'affaire Mila (adolescente de 16 ans menacée de mort pour avoir diffusé une vidéo critiquant l'islam), quasiment 100 % des jeunes considèrent qu'elle a eu tort, au nom du respect et de la tolérance. En faisant cela, la jeunesse ne se rend pas compte qu'elle défend des croyances mais trahit les humains. Être tolérant, ça n'est pas tolérer n'importe quoi. Ne pas choquer, ne pas heurter, c'est la fin de la liberté d'expression. Cet argument de « *Il ne faut offenser personne* » demeure le pire ennemi de la liberté d'expression. On tolère l'intolérable pour ne pas faire de vague. On renonce aux valeurs républicaines par peur de blesser et, au final, on fait taire les victimes et on ferme les yeux sur les agissements de leurs agresseurs. Nous allons voir dans quel précipice cela nous mène.

RPPI : Les réseaux sociaux sont-ils devenus le poison de notre société ?

R. Malka : Les réseaux sociaux ont pris une place importante, or, c'est une loupe grossissante de la réalité, qui exerce une pression sur l'espace médiatique lequel fait lui-même pression sur l'espace politique.

50 000 personnes sur twitter sont favorables à l'abolition de la prescription des délits sexuels et une commission de réflexion est mise en place. En écoutant ces voix, qui ne représentent qu'une infime partie de la population, on est prêts à revenir sur des principes que l'humanité a mis des siècles à conquérir. S'intéresser à ce qui se passe sur twitter, c'est en réalité s'intéresser à une minorité qui souvent ne va pas dans le sens de la nuance. Or, le pouvoir politique y est sensible, et c'est ce qui fait qu'il est délégitimé, que nous connaissons une crise démocratique, institutionnelle et politique.

Les réseaux sociaux ne sont qu'un instrument, mais tout instrument non régulé est potentiellement toxique. Et celui-ci est extrêmement compliqué à réguler face à la puissance acquise par ces sociétés. Le Parlement européen avait un temps envisagé le démantèlement de Google sans donner suite. Reste que seule, la France ne peut réglementer efficacement ces réseaux.

RPPI : Face à ces risques pour les libertés, quel message pour les générations futures ?

R. Malka : La nouvelle génération est confrontée à un phénomène unique dans l'histoire de l'humanité. Le danger écologique représente potentiellement une « *finitude* » ou du moins

un danger massif. Le combat pour les libertés est finalement un combat classique de l'humanité, alors qu'il y a là un danger nouveau d'un tout autre ordre. Et ce qui me semble dangereux, c'est autant le danger que la peur qu'il provoque. Il peut y avoir autant de conséquences toxiques de la peur du danger que du danger lui-même. La peur du danger peut conduire à une éradication des libertés, à un dogme, à une dictature, à l'obscurantisme.

Il y a en effet toujours de bonnes raisons pour restreindre la liberté et pour que le peuple adhère aux restrictions de ses propres libertés. La liberté n'est pas un besoin primaire de l'être humain, les sciences cognitives l'expliquent : on ne pense la liberté que quand nos besoins vitaux sont satisfaits, autrement on peut les abandonner en 30 secondes comme ça a été le cas au moment du Covid.

Pour vivre en société, nous abandonnons d'ailleurs des libertés à chaque instant, c'est le prix à payer, et plus les dangers se multiplient, plus nous devons faire des concessions, c'est un mouvement constant. Pour que l'abandon de libertés reste légitime, justifié, proportionné, une vigilance de chaque instant s'impose. Et c'est là l'une des fonctions majeures de l'avocat, vigie des libertés.

RPPI : Vous avez permis certaines avancées de la jurisprudence et du droit. Quels combats vous ont le plus marqué ?

R. Malka : L'affaire Babyloup qui s'est terminée, de haute lutte, par une décision de l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Revenant sur la décision de renvoi, la Cour a fait primer le respect des principes de laïcité et de neutralité en admettant que : « *la restriction à la liberté de manifester sa religion édictée par le règlement intérieur [de la crèche] ne présentait pas un caractère général* » (cette décision faisait suite au licenciement d'une directrice de crèche privée qui avait refusé de retirer son voile pendant l'accomplissement de son activité professionnelle : *Cass. ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369 : JurisData n° 2014-014021*). Cette décision a une portée réelle.

Et bien évidemment les décisions sur les caricatures, le droit au blasphème, la liberté d'expression.

RPPI : Au procès de Charlie Hebdo, vous avez « plaidé pour l'avenir ». Regardez-vous « au loin » à la manière des prospectivistes ?

R. Malka : Les thèmes dont j'ai à connaître dans mes dossiers me conduisent à m'interroger sur les conséquences de ce que je soutiens et de ce que soutiennent ceux qui pensent différemment. La prospective c'est, de mon point de vue, analyser le temps présent avec le plus de finesse possible, c'est transformer le temps présent quasiment en équation mathématique et ensuite y appliquer un effort d'imagination.

Le rôle de l'avocat c'est de se battre. Il doit imaginer, créer juridiquement. L'avocat doit faire preuve de créativité et d'audace. Il doit aussi continuer à douter toujours. En faisant du droit, on a la capacité de faire avancer des causes.

Avocat est un métier de combat, c'est à la fois un métier très logique, besogneux, mathématique et littéraire. En même temps rigoureux et qui permet la fantaisie. C'est un métier qui demande énormément de qualités humaines, parfois contradictoires, dans lequel on peut s'épanouir avec toutes ses contradictions, ses ambivalences, ses ambiguïtés, sa part de lumière et d'obscurité.

RPPI : Vous êtes avocat mais aussi écrivain et scénariste de BD à l'univers fantastique. Comment alliez-vous ces deux univers ?

R. Malka : Ma vie d'avocat et ma vie d'écrivain s'enrichissent l'une l'autre. [Ndlr : auteur de 26 BD, 2 romans et 2 essais, vendus à près d'1 million d'exemplaires, dont *Éloge de l'irrégularité*, avec Georges Kiejman].

Je m'interdis toutefois de traiter d'affaires que j'ai à connaître. Mais il y a des vases communicants. Mon moi écrivain m'a donné une grande liberté de plaidoirie et d'écriture. Et mon moi avocat a beaucoup enrichi ce que j'écrivais. Dans les deux cas, il s'agit de raconter des histoires. L'humanité se regroupe autour d'histoires, c'est ainsi qu'elle s'est formée. Les religions ne sont rien d'autre que des histoires.

Propos recueillis par Florence Creux-Thomas