

Article

« Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace ? »

Pierre Trudel

Sociologie et sociétés, vol. 32, n° 2, 2000, p. 190-210.

Pour citer cet article, utiliser l'adresse suivante :

<http://id.erudit.org/iderudit/001806ar>

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <http://www.erudit.org/apropos/utilisation.html>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : erudit@umontreal.ca



Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace ?

pierre trudel

Centre de recherche en droit public
Faculté de droit, Université de Montréal
C.P. 6128, succursale Centre-ville
Montréal (Québec) Canada H3C 3J7
Courriel : trudelp@droit.umontreal.ca

Le droit se présente à la fois comme un témoin et un instrument du lien social. « Là où il y a une société, il y a du droit », dit l'adage. Par conséquent la question de savoir ce que devient le lien social dans une société en réseaux revient, en partie, à se demander ce qu'il en est du droit dans un environnement comme le cyberspace. Quelles que puissent être les promesses du cyberspace, dès lors que s'y déroulent des interactions humaines, se pose la question des normes ayant vocation à les encadrer.

Les caractéristiques du cyberspace promettent d'avoir une influence considérable sur le droit. « Le droit, écrit Katsh, (1989, p. 6) est une institution bâtie sur la création, la conservation, le traitement et la communication de l'information » ; mais « le droit ne fait pas que simplement produire ou consommer de l'information, il la structure, l'organise et la réglemente ».

Le développement des technologies de l'information favorise des transformations remettant en cause les catégories par lesquelles on avait l'habitude de définir les cadres juridiques de plusieurs activités. Ces mutations dans les conditions des échanges d'information ne peuvent manquer d'avoir des effets sur le droit. Les conditions engendrées par le cyberspace appellent une révision des paradigmes à partir desquels le droit est généralement envisagé. Le cyberspace, le virtuel et les réseaux redéfinissent les modalités de définition et d'application des normes encadrant les relations sociales.

Dans un tel environnement, les États disposent d'une capacité limitée d'intervention. Internet ignore les frontières et peut souvent rendre futiles les interventions étatiques conçues sans égard aux caractéristiques que présentent les interactions dans cet espace virtuel.

Puisque le cyberspace se présente comme un environnement dépourvu de plusieurs des repères sur lesquels se fondaient habituellement les normativités, plusieurs observateurs discutent sur les difficultés voire l'impossibilité d'appliquer les lois à Internet. Le cyberspace défie les repères que sont les frontières des États, cadres privilégiés du droit. D'où le constat que le droit des États ne saurait régir à lui seul les activités prenant place dans le cyberspace à la façon des réglementations qui encadrent plusieurs activités de communication.

Il importe de mieux comprendre les modalités d'émergence et d'application de la normativité qui y prévaut. La redéfinition des conditions de la normativité dans le cyberspace se manifeste entre autres par un déplacement de la souveraineté, ce dont il est fait état dans la première partie. La deuxième partie traite des changements quantitatifs et qualitatifs induits par l'accroissement des activités dans Internet intensifiant les pressions en faveur de la redéfinition des fondements des normes. Dans la troisième partie seront décrites les mutations suscitées dans les modes d'expression des règles. Enfin, la « cyberspatialisation » de la plupart des activités alimente la tendance vers une nouvelle répartition des rôles entre les sources de la normativité, ce qui est l'objet de la quatrième partie.

1. un déplacement de la souveraineté

Comme Internet est un environnement ouvert, il est impossible de raisonner comme si les mêmes règles devaient prévaloir d'un bout à l'autre du réseau. Le phénomène pourra déconcerter ceux qui ressentent de l'inconfort devant la dissolution de plus en plus apparente des balises fournies par la normativité émanant des États.

La souveraineté s'entend de la puissance d'un être qui n'est soumis à aucun autre (Arnaud, 1993, p. 580). L'entité souveraine est un repère important lorsqu'on s'intéresse à la production des normes. Dans le cadre du droit, entendu dans l'approche positiviste, l'État est cette entité souveraine et la source quasi incontestée du droit. Dans l'univers Internet, plusieurs revendiquent que ce soit l'utilisateur qui soit considéré comme l'entité souveraine. Mais les réseaux, qui dans Internet prennent différentes formes, s'y présentent comme de véritables entités souveraines. L'avènement du cyberspace se traduit par un déplacement de la souveraineté. L'État en perd quelque peu au profit de l'utilisateur et des réseaux constituants de cet espace virtuel.

Souveraineté de l'utilisateur

Dans Internet, l'individu a la possibilité de fréquenter des lieux crédibles ou de prendre le risque de fréquenter des sites offrant peu ou pas de garanties de fiabilité. Il peut commercer avec une entreprise qui adhère à des normes élevées de rigueur ou prendre la chance de contracter avec un aventurier; il se voit imputer une plus grande part de responsabilité dans le déroulement des interactions auxquelles il accepte de prendre part.

Ce phénomène découle du fait que la régulation ou la réglementation d'un État ne peut agir sur l'offre d'information. Les modèles de réglementation caractéristiques des environnements diffusés, comme l'audiovisuel, sont dès lors peu susceptibles de procurer les équilibres recherchés. Ainsi, plusieurs règles se fondant sur l'idée que certains contenus sont socialement dommageables, comme celles qui sont relatives aux contenus pornographiques ou à la propagande haineuse, pourront s'avérer difficiles d'application dans la mesure où l'utilisateur dispose de plusieurs possibilités d'aller chercher de tels contenus là où ils sont considérés licites.

Souveraineté du réseau

La communication électronique est possible grâce à la mise en place de raccordements entre les différents terminaux de tous ceux qui veulent entrer en communication : c'est la notion de réseau. Le réseau est à la fois la porte d'entrée et le lieu dans lequel s'exercent les différentes formes de contrôle dans l'univers d'Internet. On ne se raccorde pas à Internet, on se raccorde à un réseau lui-même raccordé à Internet. Internet ou le cyberspace n'est qu'une résultante des interconnexions entre les réseaux effectués suivant les protocoles d'Internet.

Il y a deux sens à la notion de réseau. Le premier nous renvoie dans le champ technique, lorsqu'on réfère aux ensembles de conduits de lignes de télécommunication. Il désigne alors l'ensemble résultant d'une ou de plusieurs interconnexions et possédant une capacité de transmettre ou de diffuser le même contenu. Le second sens réfère au concept d'organisation tendant vers un but commun. Le réseau est ainsi un ensemble d'éléments ou de services réunis par différents liens de nature organisationnelle. Ce n'est pas un raccordement purement technique échappant à tout contrôle. Il est sous la gouverne d'une organisation humaine, généralement une entreprise, capable de faire des choix.

Arnaud Dufour (1995, p. 4) rappelle que :

Les réseaux comportent une partie matérielle (ordinateurs, terminaux, cartes d'interface réseau, câbles etc.), une partie logicielle (applications, programmes de gestion du réseau, systèmes de sécurité etc.) et une composante « humaine », constituée d'une part des techniciens et des gestionnaires chargés de la mise en œuvre du réseau, d'autre part des clients du réseau, c'est-à-dire des utilisateurs bénéficiaires des services offerts par le réseau. Les trois composantes matériel-logiciel-« humaine » sont à la base de toute question télématique.

Cette dimension organisationnelle du réseau est importante pour appréhender la normativité dans le cyberspace. Le contrôle de ce qui se déroule dans Internet s'effectue au niveau des réseaux qui y sont raccordés. Ceux qui exploitent un réseau ont une possibilité de regard sur ce qui transite vers et en provenance du réseau dont ils ont la maîtrise ou sur lequel ils exercent une certaine prise. Le fait qu'ils choisissent de se mêler ou de ne pas se mêler de ce qui transite sur leur réseau ne change rien à cette donnée. C'est à l'environnement d'un réseau bien déterminé que se raccordent les usagers, non à cet environnement plus ou moins mythique, en apparence infini et dépourvu de centre que constitue Internet dans sa totalité.

L'exploitant de réseau dispose d'une capacité de réguler les acteurs qui y participent. Il est souvent le seul qui soit en mesure de connaître l'identité de ses abonnés

ou clients, lesquels peuvent, à l'égard des autres acteurs, demeurer anonymes. Il dispose de mécanismes afin de mesurer le trafic et il lui est loisible de graduer ses tarifs en fonction de divers facteurs. Dans l'environnement Internet, seuls les exploitants de réseaux disposent d'autant de possibilités d'exercer un certain contrôle sur les activités qui s'y déroulent.

Puisque les exploitants des réseaux sont les portiers donnant accès aux environnements électroniques ouverts, c'est dans le cadre des relations qu'ils entretiennent avec leurs clients qu'émergent certaines normes et processus de régulation susceptibles de procurer des cadres permettant le déroulement harmonieux des interactions. À ce niveau peuvent s'exercer différentes formes de surveillance et de vérification de la conformité des usages et des messages avec les normes qui ont cours dans le milieu où le réseau est localisé.

En somme, les réseaux se présentent de plus en plus comme les entités souveraines du cyberspace ; il est prévisible qu'ils seront appelés à répondre de certains contenus et de certains événements qu'ils contribuent à rendre disponibles sur un territoire national. Car les réseaux sont généralement situés sur un territoire national même s'ils utilisent des infrastructures de transmission qui pourraient se situer en dehors d'un pays comme dans l'espace extra-atmosphérique ou la haute mer.

Souveraineté des États

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. Des exemples presque quotidiens témoignent que les États disposent encore d'une importante capacité de réguler les activités prenant place dans Internet. Évidemment, cela ne dispose pas de la question de l'à-propos de l'intervention étatique ; ce dont il est traité dans la seconde partie.

L'État se fonde habituellement sur le droit pour exercer son autorité. Tel qu'envisagé dans la plupart des milieux, le droit se fonde sur le paradigme de l'État, l'État territorial doté de la souveraineté afin de régir l'ensemble des conduites se déroulant sur le territoire qu'il contrôle. Les règles de conduite sont généralement élaborées dans le contexte des débats politiques et reflètent, avec plus ou moins de décalage, les traits culturels et les valeurs des populations. Mais des systèmes de valeurs différents les uns des autres coexistent dans le cyberspace.

Le cyberspace rend les frontières nationales transparentes, car les interactions qu'il rend possibles y sont de moins en moins sensibles. Il n'est donc pas étonnant de constater la perte de pertinence, voire de légitimité, du droit des États lorsqu'il s'agit de procurer les cadres régulateurs des conduites dans les espaces virtuels. Sont aussi affectées les répartitions des responsabilités de l'État entre ministères et autres instances publiques ou privées. Par exemple, des débats ont lieu dans plusieurs pays sur la question de savoir qui du gouvernement, entendu comme étant le pouvoir exécutif, ou des instances de régulation indépendantes, ou des entreprises privées devraient exercer la

maîtrise d'œuvre dans la détermination des cadres réglementaires accompagnant l'avènement des inforoutes.

Les véritables défis de l'intervention de l'État ne concernent pas tant la réglementation d'Internet en tant que telle : on ne réglemente pas plus Internet que l'on réglemente l'eau et l'air. Par contre, on réglemente et régule les activités qui se déroulent dans Internet. Et à l'égard de ces activités, il est loin d'être certain que la réglementation de l'État soit sur le point de disparaître.

Affirmer que l'État ne peut réglementer Internet, c'est ignorer que l'État pose des règles régissant le statut des personnes, met en place des mécanismes et instruments afin de faciliter l'identification des personnes pour certaines fins spécifiques et détermine les conditions auxquelles est collectée, détenue et diffusée l'information relative aux transactions. Rien n'indique que ces activités régulatrices des États vont prendre fin avec Internet. Il en va de même pour les différentes règles relatives à l'ordre public, celles interdisant la pornographie, la propagande raciste et autres contenus problématiques qui ne deviennent pas acceptables du seul fait qu'ils transitent dans un environnement comme Internet.

Même dans le cyberspace, on n'échappe pas à l'obligation de déterminer qui doit répondre des informations ayant causé préjudice. La question demeure de répartir les responsabilités entre les différents participants. Le droit de la responsabilité civile et pénale d'un État est de ce fait une composante majeure de sa politique en matière d'inforoutes: des règles restrictives ou trop permissives auront pour conséquence d'attirer ou de repousser l'installation de sites ou d'influer sur la propension des parties à s'en remettre aux principes du droit d'un État pour éventuellement déterminer les parts respectives de responsabilité.

L'État est une source d'information essentielle afin de pourvoir aux différents besoins de confiance qui se manifestent dans les interactions qu'implique le commerce électronique. Par exemple, les identifiants mis en place pour répondre aux impératifs des différents programmes et prestations de l'État sont, pour le meilleur ou pour le pire, employés à des fins secondaires par les citoyens désireux d'établir leur identité dans le cyberspace. L'État est donc d'ores et déjà un important fournisseur d'informations essentielles au déroulement de plusieurs activités. Les pratiques et politiques qu'il suit à l'égard de ces informations ont un effet sur la sécurité, la probité et la compatibilité des pratiques avec les droits fondamentaux des personnes.

L'État est un important acteur dans la définition des seuils de risques acceptés ou acceptables en matière d'identification des personnes, de pratiques contractuelles, de circulation d'information. Ainsi, pour les transactions aux enjeux importants, les lois exigent qu'un tiers constate l'identité des cocontractants. Dans ces situations, le droit des États a défini des seuils de risques que les parties n'ont pas le loisir de franchir. Le traitement de certaines informations pouvant servir à l'identification des personnes présente aussi des risques que les États modernes ont cherché à baliser. Par exemple, les lois sur la protection des renseignements personnels limitent les facultés de collecter des informations concernant la vie privée.

Les politiques étatiques traitent des responsabilités des personnes physiques et des entreprises à l'égard des autres. Que ce soit dans les lois et règlements ou en vertu de l'application que font les tribunaux des principes généraux du droit des contrats et de la responsabilité, c'est au niveau des instances étatiques que se déterminent les responsabilités des uns et des autres.

On voit à quel point les règles posées par les États jouent encore un rôle majeur, principalement en ce qu'elles déterminent les responsabilités de ceux qui participent à la communication dans Internet.

Par conséquent, penser la régulation d'Internet en s'imaginant que ce qui justifie les régulations étatiques va tout simplement disparaître relève de la pensée magique. Mais il est tout aussi naïf d'ignorer les mutations majeures que connaît la façon de penser et de concevoir le droit. Il est étonnant que les communautés juridiques tardent à agir en fonction des mutations que le cyberspace induit dans le droit. Par exemple, on voit encore des juristes traiter du droit d'Internet uniquement à partir du cadre du droit national d'un seul pays comme si ce cadre était en lui-même suffisant pour rendre compte de la normativité qui s'applique au cyberspace.

Le droit appréhende les réalités à travers des catégories et qualifications. Par ces processus, le droit nomme les choses, les catégorise et leur fournit du coup un ensemble de règles encadrant leurs évolutions. Les juristes ont découpé le droit en différentes branches supposées régir des champs de l'activité humaine. Dans certains contextes universitaires, ces « branches du droit » sont devenues des dogmes empêchant l'appréhension des phénomènes ne correspondant pas à ces découpages ou qualifications: un privatiste s'interdit de regarder ce qui se passe du côté du droit public tandis que le publiciste cultive son ignorance du droit privé. Ces travers éloignent d'une prise en charge rigoureuse des mutations que le droit connaît du fait des évolutions des technologies de communication.

Le cyberspace révèle l'insignifiance des frontières entre les différentes branches du droit. Les catégories disciplinaires séculaires telles que le « droit public », le « droit privé », le « droit commercial », le « droit international » sont mises à mal du fait qu'elles ne peuvent rendre adéquatement compte des interactions dans le cyberspace. La réglementation de transferts d'information relève à ce jour de plusieurs branches du droit envisagées comme distinctes les unes des autres. La transmission d'information relève d'un corpus déterminé, le droit des médias, tandis que le contrat conclu entre deux protagonistes sera envisagé sous l'angle du droit civil, du droit commercial ou du droit de la consommation. Le droit des services financiers peut aussi être en cause. Ces phénomènes rendent non seulement désuète la façon traditionnelle d'une certaine communauté juridique de poser les problèmes en fonction des « branches du droit », mais ils font de ce travers un obstacle à l'appréhension intelligible des droits, intérêts, valeurs et obligations impliqués.

En outre, les objectifs associés à un ensemble de règles peuvent être accomplis au moyen d'autres règles initialement conçues pour des fins différentes. Ils sont de plus en plus souvent encadrés au moyen de normativités exprimées de façon différente. Ces

phénomènes témoignent du déclasserement des paradigmes dominants fondant encore le travail du juriste. À force de ne considérer que les lois dans leur expression formelle et d'écarter du champ du juridique ce qui les justifie, les juristes s'empêchent de rendre compte de la normativité dans le cyberspace. Ils choisissent, souvent de façon inconsciente, de laisser à d'autres le soin de penser et d'appliquer la normativité dans les environnements virtuels.

2. un retour aux fondements des normes

L'organisation décentralisée des réseaux électroniques impose d'en penser la régulation selon des paradigmes différents de ceux que commandent les réflexes répandus dans la plupart des communautés juridiques. Les difficultés que l'on éprouve dans l'application effective du droit dans le cyberspace appellent l'abandon du formalisme juridique et le recours à une méthode mettant aussi l'accent sur les fins recherchées par les règles plutôt que de se limiter seulement aux règles considérées comme un dogme. Il faut appréhender le droit à partir de ses rationalités. Les changements portés par le cyberspace emportent une mutation des rationalités sous-tendant plusieurs règles de droit. De plus, les débats autour des rationalités qui devraient justifier la mise en place de règles ou l'élimination de règles se cristallisent autour de la recherche des métaphores appropriées afin de nommer les situations inédites du cyberspace.

La mutation des rationalités

Derrière tout *corpus* de règles se profilent des principes, valeurs et intérêts qui en sous-tendent la légitimité. Très souvent, la règle est le résultat d'une décision conciliatrice des différents intérêts et valeurs ou reflète des choix. Le cadre juridique d'une activité repose, au premier chef, sur les valeurs au nom desquelles émergent des demandes afin d'en encadrer certains aspects. C'est cela que nous appelons « rationalités ». Lorsqu'il vise à contribuer à la mise en œuvre de politiques, l'encadrement juridique est tributaire des valeurs, souvent contradictoires, qu'on essaie d'y refléter. Il ne peut donc s'analyser en faisant abstraction de ces valeurs. Ces valeurs sont même captées par le droit qui en fait parfois des notions chargées de signification et de conséquences juridiques. L'appréhension des dimensions juridiques d'un phénomène comme le cyberspace nécessite une connaissance des problématiques reliées aux rationalités des règles envisagées ou envisageables. Connaître les dimensions juridiques d'un phénomène, c'est en bonne partie connaître les raisons qui poussent à l'adoption des règles, les rendent « rationnelles ».

L'intérêt de cerner les rationalités qui contribuent à justifier la réglementation est double: cela permet de faire le lien entre la réglementation et les raisons qui expliquent son existence et sa morphologie. Une telle démarche permet également d'améliorer les analyses sur les mutations de la réglementation: il y a en effet un lien entre les mutations de la réglementation et les mutations des rationalités qui la sous-tendent.

Les rationalités cristallisent les raisons pour lesquelles s'expriment des besoins de normativité et les types d'intervention juridiques ou para-juridiques que ces besoins

appellent. Lorsqu'on en tient compte lors du développement d'outils réglementaires et para-réglementaires, on se donne les moyens de mener l'analyse des règles afférentes à un phénomène comme les inforoutes avec l'éclairage fourni par les raisons sous-tendant les normes. Une telle analyse favorise la mise au point de mécanismes pertinents et plus efficaces.

C'est pourquoi il importe d'envisager la réglementation en se fondant sur les valeurs qui sont mises en cause par l'avènement des inforoutes. Les valeurs que l'on cherche à protéger par les règles de conduite ne disparaissent pas du seul fait que l'on constate que certaines techniques de réglementation s'avèrent impraticables ou autrement impossibles à appliquer. Ces valeurs sont soit séculaires ou émergentes comme les inquiétudes si souvent soulignées au sujet de la vie privée. Elles sont parfois controversées, telles les valeurs au nom desquelles on propose de censurer les messages érotiques. Elles sont souvent divergentes et font référence à des objectifs collectifs ou encore postulent la défense de la liberté individuelle même à l'exclusion de toute autre valeur. Alors que des valeurs émergent, prennent plus d'importance, d'autres semblent connaître un certain retrait qui coïncide avec l'avènement des inforoutes.

Certaines rationalités sont relatives aux contextes communicationnels : par exemple, le rôle plus actif des usagers afin de marquer le contraste entre ces nouveaux environnements et les contextes traditionnels de diffusion. On souligne que les environnements sont interactifs et qu'en conséquence la nécessité de protéger les usagers de contenus diffusés et s'introduisant dans leur environnement contre leur gré est beaucoup moins importante. On fait valoir au soutien de cette analyse que les possibilités techniques permettent de remettre à l'usager une bonne partie de la régulation des flots d'information puisque des outils techniques existent qui peuvent lui permettre d'effectuer lui-même divers contrôles à la réception.

Les rationalités sont autant de valeurs et d'arguments qui sont pris en charge par les divers groupes d'intérêt. Ces valeurs et arguments s'articulent dans un contexte de débats jamais vraiment achevés. Plus les questions auxquelles elles se rattachent sont controversées, plus les rationalités se révèlent volatiles. Le sens qu'elles prennent est objet de débat et marque fortement les démarches vouées à l'élaboration des règles de conduite.

Le système juridique finit toujours par délimiter un sens immédiatement obligatoire aux différentes libertés et valeurs. Mais d'autres systèmes, ayant divers traits communs avec le système juridique, contribuent à dégager le sens des rationalités sous-tendant les règles et des droits. On peut parler de systèmes denses, le système politique, les institutions politiques et juridiques, les mœurs, les usages... le juge (Jestaz, 1992). Dans ce cadre, il existe des communautés d'interprétation au sein desquelles se dégage le sens des droits, des libertés et des multiples valeurs. Ce sont les différentes communautés d'interprétation qui secrètent les repères permettant de résoudre les contradictions.

Le sens des rationalités se définit aussi dans les systèmes diffus, la morale, l'idéologie, les croyances communes. Aucune source du droit, et la législation pas plus que les

autres, ne saurait agir de façon définitive sur l'émergence des conceptions et des façons de voir qui se combinent et se recombinaient de façon spontanée. Ainsi, le raffinement des raisonnements et des concepts passe par le maintien d'un milieu vivace au sein duquel peuvent se confronter les diverses conceptions et systèmes de valeurs (Atias, 1990).

Les arbitrages entre les valeurs et les droits fondamentaux se manifestent aussi bien au niveau des systèmes diffus que dans les systèmes denses. Ils se présentent dans la déontologie, sont reflétés dans les pratiques contractuelles ou autres et se cristallisent dans le droit par le truchement des décisions des juges. Tous ces systèmes contribuent, à leur façon, à la détermination du sens que l'on accorde aux valeurs, aux droits et aux libertés et partant aux rationalités sous-tendant les règles. Pour assurer que le sens donné aux rationalités reflète bien l'ensemble des valeurs qui existent concurremment dans le corps social, il importe de préserver un équilibre entre les différents lieux de recherche et de détermination du sens des différentes rationalités.

Or, les nouveaux environnements électroniques contribuent à changer les perspectives, les visions, les façons de faire, de concevoir le monde et les problèmes qui se posent. Certaines rationalités qui sous-tendaient des réglementations perdent de leur importance et de leur pertinence tandis que d'autres prennent une importance jusqu'à insoupçonnée. Les infortunes induisent des mutations des rationalités; certaines de celles qui fondaient le cadre juridique des activités se déroulant dans le cyberspace paraissent avoir perdu de leur pertinence tandis qu'apparaissent des préoccupations inédites dans les contextes traditionnels.

L'obsolescence de la réglementation peut découler de la disparition d'une rationalité: alors la réglementation est devenue sans objet. Les mutations des rationalités coïncident ainsi souvent avec l'avènement de nouvelles représentations ou de nouvelles façons d'envisager les phénomènes. Lorsque les rationalités qui la sous-tendent sont encore tenues pour valables, il faut plutôt se demander si ce n'est pas les véhicules ou les techniques par lesquelles s'exprime la réglementation qui doivent être revus.

Lorsqu'il y a une perte de légitimité des anciennes rationalités ou encore une mutation des rationalités, la réglementation doit être ajustée, généralement en ayant recours à une autre technique ou stratégie de régulation. Parfois, de nouvelles rationalités militent en faveur de l'abolition de règles ou de la mise en place de nouvelles règles. C'est ainsi que les nouvelles représentations qui sont induites par l'émergence des nouveaux environnements électroniques emportent de nouvelles rationalités et contribuent à la mutation, voire la disparition de celles qui sous-tendaient jusque-là les règles du jeu.

Les mutations des rationalités témoignent de l'avènement de nouvelles représentations qui peuvent en affecter la légitimité. Alors, la réglementation doit être repensée en ayant recours à une autre technique ou stratégie de régulation. Parfois, les nouvelles rationalités appellent l'abolition ou la mise en place de nouvelles règles.

Parmi les rationalités qui demeurent stables, il y a au premier chef celles qui concernent la protection de la dignité humaine. On n'explique pas autrement les préoccupations si souvent exprimées pour la protection de la vie privée ou pour la

protection des enfants et autres publics vulnérables. À l'égard de ces préoccupations, l'on n'échappera pas à l'obligation de trouver des façons d'équilibrer les droits des participants à la communication électronique et la protection des valeurs qui ne cessent pas d'exister du seul fait de l'avènement d'un espace difficile à contrôler.

Il est des rationalités qui connaissent des mutations comme celles qui sous-tendaient la réglementation des médias électroniques. Le cyberspace propose une représentation des environnements médiatiques défiant les cadres dérivés des territoires nationaux. Les régimes réglementaires des médias électroniques sont habituellement fondés sur le postulat que l'État peut déterminer ce qui est licite de diffuser. La configuration du cyberspace situe au niveau de l'individu le lieu de détermination de ce qui devrait être ou non communiqué; elle déqualifie, voire délégitime l'État comme intervenant central dans la réglementation. Les rationalités rattachées à la défense et à l'illustration de la créativité nationale connaissent de ce fait une crise de légitimité.

La recherche des métaphores appropriées

Les rationalités se reflètent dans le langage, dans les analyses juridiques et dans la manière de poser le problème de la réglementation et des normes. Les processus conduisant à nommer les choses ne sont pas seulement techniques, ils contribuent à mettre l'accent sur certaines facettes des réalités et à en occulter d'autres. Par conséquent, il faut voir dans les différentes façons de nommer le cyberspace autant de vision de la hiérarchisation des rationalités qui sont en cause. Ces représentations ont une influence sur la normativité du cyberspace : elles contribuent à légitimer certaines rationalités et à en déqualifier d'autres.

Pour identifier les rationalités justifiant la mise en place de règles, il est fréquent d'appréhender le cyberspace et les situations qui s'y développent en les rapprochant des contextes connus afin de trouver une métaphore adéquate. Cette façon d'emprunter aux concepts déjà existants n'est pas nouvelle : le procédé est souvent utilisé dans le domaine de l'informatique. Par exemple, les entreprises créatrices de logiciels indiquent aux consommateurs qui se questionnent sur les règles en matière de reproduction de logiciels qu'ils doivent les traiter comme s'ils étaient des livres.

La référence à ces modèles établis permet de mieux saisir l'essence des règles pré-existantes et favorise l'appréhension juridique des réalités inédites en s'aidant de facteurs pertinents. Par exemple, l'imputation des responsabilités repose beaucoup sur une comparaison ou la prise en compte des similitudes et différences entre les régimes développés pour les situations présentant des analogies avec la communication dans des réseaux électroniques ouverts comme le transport par chemin de fer ou la diffusion d'imprimés. C'est ainsi que l'on se demande qui jouait le rôle d'un éditeur, d'un simple transporteur, d'un radiodiffuseur, d'un journal, etc. Car les devoirs et les responsabilités attachés à ces rôles respectifs sont bien établis dans la plupart des systèmes juridiques nationaux. C'est donc en extrapolant à partir aussi bien des caractéristiques des différents contextes de communication du cyberspace que des

analogies que montrent les rôles et fonctions des différents acteurs que l'on identifie les rationalités pertinentes aux différentes interactions dans Internet (Trudel, Abran, Benyekhlef, Hein, 1997, ch. 5).

Les acteurs mettent de l'avant diverses métaphores afin de légitimer les rationalités qu'ils privilégient. La régulation, comme le droit, se pense dans le cadre de pareils systèmes de représentation. Les imageries que l'on se fait du cyberspace modèlent les prémisses à partir desquelles on conçoit la régulation relative aux activités y prenant place. Dans les premières époques d'Internet, on a proclamé que tout n'étant désormais que des « bits d'information », les lois ne pouvaient rien dans cet univers d'extrême liberté ! Plusieurs acteurs se désignent simples intermédiaires n'ayant pas plus que « la maîtrise de la tuyauterie des réseaux » afin de déqualifier les rationalités au nom desquelles on pourrait être tenté de leur imputer des responsabilités pour les contenus hébergés ou transitant sur leurs serveurs.

3. des mutations dans l'expression des règles

Dans Internet, on observe l'émergence de règles de conduite diversifiées émanant de l'activité des États et des acteurs. Plusieurs règles ayant cours dans Internet s'inscrivent souvent dans des processus de régulation visant à produire des coordinations. La régulation de coordination est celle qui facilite une activité qui sans elle serait quasi impossible. Par exemple, la règle prescrivant de rouler à droite de la route vise à assurer la coordination d'une activité comportant des risques. Elle n'a pas *a priori* de finalité morale. Dans l'univers d'Internet, la régulation des noms de domaines vise à assurer la nécessaire coordination afin de rendre possible la communication. Comme il ne peut y avoir qu'une adresse IP qui corresponde à un nom de domaine déterminé, il faut mettre en place les mécanismes qui assureront l'attribution et l'exclusivité sur les noms de domaines.

Il y a aussi des règles imposant une conduite aux acteurs. Par exemple, les lois prescrivant des limites de vitesse sur les routes. À ce jour, les communautés d'Internet ont passablement réussi à assurer l'émergence de règles de coordination. La multiplication des activités prenant désormais place dans le cyberspace requiert d'autres régulations visant à y encadrer les conduites à tenir dans ces environnements. Et plusieurs de ces régulations appellent plus que des mesures de coordination.

L'accroissement du nombre et de la complexité des interactions fera en sorte que les régulations devront faire plus que de simplement coordonner. Elles devront viser à assurer le respect de normes de conduite fondées sur des conceptions éthiques. Or, la régulation de coordination s'accommode habituellement bien de règles précises à contenu relativement bien déterminé : des règles simples qui sont aisément comprises des acteurs les moins familiers avec l'activité. En revanche, à l'égard des questions sur lesquelles il n'y a pas un large consensus ou dont l'appréhension revêt une certaine complexité, la normativité s'exprime par des règles à contenu indéterminé ou à sens variable selon les contextes.

L'accroissement du cercle des internautes de même que de la diversité des activités prenant place dans le cyberspace contribue à réduire le nombre de questions pou-

vant s'envisager comme de simples questions de coordination. Les défis qui confrontent les internautes concernent de plus en plus des matières et des enjeux ayant une portée et une signification variable au sein des univers culturels auxquels ils appartiennent. C'est pourquoi il devient de plus en plus difficile de s'attendre à ce que les conduites puissent toutes être encadrées par des normes simples.

Les notions à contenu déterminé

Lorsque la matière visée fait consensus, il est relativement aisé d'énoncer les règles au moyen de notions à contenu déterminé. Les principes usuels d'interprétation des textes juridiques commandent de s'en remettre au sens courant des mots. Cela fait en sorte que les interprètes sont limités par le texte. Le texte de la loi ou du règlement permet de découvrir l'objet général de la communication législative et surtout, il restreint la gamme des sens que l'interprète peut y donner (Côté, 1990, p. 246).

Les environnements électroniques mettent en présence des acteurs d'horizons culturels diversifiés. Les niveaux de consensus et les cadres de références sur lesquels ils sont fondés dans les espaces culturels nationaux ne sont plus nécessairement opératoires dans les espaces virtuels. C'est sans doute pour cela que l'on n'échappe pas, à un certain point, à l'obligation de formuler les normes au moyen de standards et de notions à contenu variable.

Les standards et les notions à contenu variable

Dans des environnements volatils comme les espaces cybernétiques, il est peu réaliste de s'attendre à ce que des textes de lois ou des règlements viennent définir une fois pour toutes ce qu'il est permis et interdit de faire. Dès lors qu'il s'agit d'encadrer des comportements et activités en se fondant sur des valeurs et l'éthique, on constate l'insuffisance des modèles mis en place afin de faire face à des impératifs de coordination. Par exemple, dans le domaine des droits fondamentaux, la détermination effective du sens de notions ayant un contenu partiellement déterminé, ne serait-ce qu'implicitement, pose des difficultés considérables.

Lorsqu'il est question de valeurs, la législation énonce plutôt des principes larges et laisse leur actualisation à un processus continu de dialogue, de découverte et d'expérimentation. Plusieurs des normes énoncées dans les lois et les autres textes le sont au moyen de standards. Il revient alors aux instances chargées de la mise en œuvre des politiques de procéder, en première ligne, au décodage de ces normes générales. Le dialogue et la controverse contribuent à réguler le discours qui circule en flot continu et multidirectionnel. L'importance symbolique de certaines matières, objets ou comportements visés explique sans doute ce phénomène du recours à des formules à forte charge émotive dans les textes de loi (Hammond, 1982).

On entend par standard une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé. Cette technique convient aux situations pour lesquelles il est malaisé de formuler une règle *a priori* sur les comportements que doivent avoir les sujets de droit. La transmission de l'information, caractérisée par son évolution rapide et la place importante

qu'elle laisse à l'activité créatrice s'accommoder mal de règles détaillées. Les standards se présentent selon la formule de Rials comme « des instruments de mesure en termes de normalité » (Rials, 1984), c'est ce qui fait leur spécificité; c'est aussi de là qu'ils tiennent leur ambiguïté. La normalité, dans les sociétés pluralistes, est ambiguë (Trudel, 1992).

Pour le Parlement, ce moyen d'expression de la normativité permet de faire passer certaines valeurs ou de légitimer son action. Pour les instances chargées de la mise en œuvre de ces lois, ces normes souples énonçant l'impératif de protéger telles ou telles valeurs deviennent les rationalités qui justifient les actions générales et spécifiques qui seront entreprises.

Les systèmes de réglementation font de plus en plus appel à des notions floues ou à des normes à contenu indéterminé ou variable. Les standards et les notions floues sont souvent présentés comme des anomalies du droit. Il est fréquent d'entendre dire que si les lois étaient bien faites, elles ne laisseraient place à aucune notion floue. Pourtant, les notions floues et les notions à contenu variable ne sont pas une pathologie du droit. Ces notions sont considérées essentielles pour permettre au droit de se maintenir en contact avec les pratiques et les évolutions (Mackaay, 1979).

Les cadres juridiques édictés par les États sont souvent formulés par les législateurs sous la forme d'une esquisse à l'aide de standards, de notions floues et autres stratégies d'énonciation laissant une place majeure aux pratiques normatives des acteurs. À la réglementation étatique, ainsi désormais conçue, s'ajoutent la régulation et l'autorégulation qui constituent les autres dimensions d'un cadre normatif constitué d'une pluralité de sources. D'où une nouvelle répartition des rôles entre les différents pôles de la normativité.

4. une nouvelle répartition des rôles entre les sources de la normativité

Les traits caractéristiques du cyberspace, principalement ceux qui font en sorte que la réglementation étatique y semble moins praticable, favorisent un accroissement du poids relatif des autres sources de normativité. Plusieurs auteurs ont souligné les limites du droit étatique dans le cyberspace. Trotter Hardy (1994, p. 993) remarquait que les lois ne sont que l'une des réponses possibles aux problèmes se manifestant dans le cyberspace. L'adjudication au cas par cas et l'édification progressive de règles qui en découle, les contrats, les coutumes que pourront suivre les personnes, les règles mises en place par les réseaux et même un certain degré d'anarchie peuvent s'avérer plus appropriées afin de régir les comportements dans Internet.

Avec des nuances qui leur sont propres, Lessig, Greenleaf et Reidenberg considèrent que la normativité prévalant dans le cyberspace se présente comme l'effet conjugué et continuellement provisoire de l'interaction de quatre types de contraintes ou de processus de régulation (voir Lessig, 1997a et 1997b ; Greenleaf, 1998 et Reidenberg, 1998). Ces contraintes sont l'architecture technique, le contrat et la pratique contractuelle telle que modelée par le marché, les normes autorégulatrices développées par l'industrie et la loi étatique.

Le cyberspace n'est certes pas le seul environnement dont la régulation résulte de la synergie de l'architecture technique, des normes sociales, de l'autoréglementation, du marché des contrats et de la loi. Mais les traits qu'il présente modifient la répartition qui prévaut entre ces différentes sources de normativité.

L'architecture technique

L'architecture technique s'entend de l'ensemble des éléments ou artefacts techniques, tels les matériels, les logiciels, les standards et les configurations qui déterminent l'accès et les droits d'utilisation des ressources du cyberspace. Ces règles encadrant les flux d'informations, imposées par les réseaux de communication et la technologie prennent une place significative dans la régulation d'un nombre croissant d'activités. Les objets techniques ont un effet régulateur se présentant suivant diverses formes. En premier lieu, les éléments d'architecture peuvent être des logiciels, comme des programmes coupe feu (Firewalls) ou des serveurs mandataires (Proxy Server). De telles ressources sont utilisées par certains États pour contrôler la circulation de contenus provenant de l'étranger sur leur réseau Internet national. L'architecture est mise en place par les maîtres des réseaux. Le choix de ses caractéristiques, de ce qu'elle permet ou interdit, est un acte de régulation, voire de réglementation. Voilà pourquoi, suivant diverses modalités, l'architecture constitue une composante du cadre juridique des activités prenant place dans le cyberspace.

Par exemple, la réglementation des usages de renseignements personnels ne dépend qu'en partie des lois: elle procède de plus en plus de standards à caractère technique adoptés par les acteurs dans la conception même des systèmes. Ainsi, par défaut ou de manière incontournable, les matériels et les logiciels permettent, interdisent, facilitent. Il n'en faut pas plus pour conclure qu'il s'agit bien là d'une source significative de normativité dans le cyberspace, un espace entièrement rendu possible par les artefacts de la technologie informatique.

Plusieurs travaux ont mis en relief le rôle substantiel de l'architecture technique dans la régulation des activités prenant place dans le cyberspace. La dimension politique des objets techniques est l'un des champs d'étude privilégiés des sociologues des sciences (voir par exemple, l'analyse des rapports entre la technologie nucléaire et les sociétés autoritaires de Langdon Winner 1986).

Lessig (1997a) expose que la formation des cadres juridiques résulte de la confrontation et de la lutte de quatre contraintes: le marché, la loi, les normes sociales, et la nature. Ce dernier élément, dans le cyberspace, est remplacé par la notion de «code» incorporant le logiciel contribuant à faire le cyberspace tel qu'il est. Pour sa part, Graham Greenleaf (1998) suggère de considérer également la dimension matérielle du réseau et, par conséquent, d'utiliser plutôt le vocable «architecture» pour désigner plus complètement les contraintes émanant du cadre technique.

Pour Reidenberg (1998, p. 555), l'ensemble des capacités techniques et des décisions prises dans la conception des systèmes constituent autant de règles s'imposant aux usagers de façon plus ou moins impérative. Il soutient que les ensembles de normes imposées par la technologie et les réseaux de communication forment une «*Lex*

informatica» que les concepteurs de politiques doivent comprendre et savoir utiliser. Ainsi, l'architecture elle-même n'est-elle pas une source de régulation mais plutôt le reflet de la régulation implicite dans les choix de conception du réseau et les capacités des systèmes qui le supportent.

Ces travaux esquissent les contours d'une nouvelle approche de la régulation du cyberspace qui tiendrait compte et tirerait profit de son architecture technique. L'examen des dimensions juridiques de l'architecture technique du cyberspace s'impose désormais comme une des pistes pouvant permettre d'appréhender et d'agir sur la normativité d'Internet.

Le contrat et le marché

Le consentement ou la faculté de le retirer, qui réside dans le chef de l'utilisateur, paraît constituer un principe régulateur central dans Internet. L'importance que prend la concurrence entre les sites au plan de la régulation explique le rôle crucial du contrat dans le cyberspace. Monique Chemillier-Gendreau (1995) rappelle que les effets régulateurs du marché sont importants en raison de l'importance des grandes sociétés multinationales et transnationales. Le même phénomène explique sans doute aussi le rôle névralgique que pourra y tenir la pratique autoréglementaire. En conséquence, les stratégies de soutien au développement de pratiques contractuelles allant dans le sens des objectifs recherchés de même que des pratiques autoréglementaires conséquentes sont des aspects majeurs de toute politique bien comprise de développement des info-routes. À cet égard, les États ne cherchent pas tant à réglementer qu'à favoriser le développement de pratiques contractuelles conformes aux objectifs visés dans leurs politiques publiques.

Le caractère consensuel de la communication électronique investit le contrat d'une vocation majeure dans la régulation du cyberspace. Les pratiques contractuelles qui s'y développent constituent souvent la source principale des règles qui s'appliquent effectivement aux relations entre les protagonistes.

Au fur et à mesure que se généralisera le commerce dans Internet, on peut prévoir que les usagers auront tendance à se montrer soucieux des règles du jeu prévalant dans les environnements Internet qu'ils recherchent afin d'y mener des activités significatives.

Dans une large mesure, la proposition voulant que le régime juridique des environnements électroniques repose sur la loi des parties, le contrat, correspond à la forte tendance vers l'autoréglementation. Plusieurs vont jusqu'à prédire que le régime juridique qui gouvernera les espaces électroniques sera en grande partie similaire à la *lex mercatoria* du Moyen Âge, à savoir qu'il reposera sur un ensemble de coutumes commerciales élaborées et acceptées par tous les participants, et appliquées en marge des institutions judiciaires traditionnelles. Les pratiques contractuelles suivies par les participants seront vraisemblablement appelées à jouer un rôle prépondérant au chapitre de l'élaboration des différents corpus autoréglementaires. Il pourrait également en être de même de la doctrine et de la jurisprudence, ainsi que des recommandations ou des codes modèles mis au point par des institutions spécialisées.

Le cyberspace est un lieu pluriel dans lequel les usagers ont le loisir d'aller vers des lieux régulés selon leurs attentes et leurs valeurs ou aller prendre des risques dans des sites à la régulation plus contingente. Dans une telle perspective, il devient essentiel pour la plupart des acteurs de prendre part au développement de normes de conduite dans Internet.

L'autoréglementation

L'autoréglementation fait référence aux normes volontairement développées et acceptées par ceux qui prennent part à une activité (Trudel, 1989a). La pratique s'observant dans Internet révèle les principaux modèles d'autoréglementation qui y prévalent. Ainsi, ceux qui ont la maîtrise d'un lieu (un site) ont la possibilité d'adopter des politiques relativement à l'accès au site, aux comportements acceptés et aux actes prohibés.

On reconnaît de plus en plus que les règles du jeu encadrant les multiples activités se déroulant dans Internet doivent être, au moins en partie, prises en charge par les acteurs eux-mêmes. Les tendances lourdes du développement du commerce électronique laissent d'ailleurs présager que de plus en plus, la qualité des règles du jeu prévalant sur un site ou dans un environnement sera une dimension cruciale de la mise en place et l'exploitation d'un site et un facteur significatif de son succès.

D'aucuns proposent l'élaboration d'un code de conduite auquel pourraient adhérer les fournisseurs de services Internet. Par exemple, dans le cadre de la circulation de la propagande haineuse, le rabbin Abraham Cooper du centre Simon Wiessenthal propose que si un usager s'adonne à la diffusion d'informations jugées illicites en fonction du code de conduite, les fournisseurs en question pourraient lui couper son accès Internet et le forcer à se brancher ailleurs (Riga, 1996).

Les normes développées dans le cadre d'Internet reflètent les usages et les pratiques développés par les usagers. Un néologisme, la « nétiquette », décrit d'ailleurs les principes de bonne conduite généralement reconnus par la communauté des usagers d'Internet. Les usagers des groupes Usenet ont aussi leurs propres arrangements quant aux conduites à respecter et, le cas échéant, aux remèdes et sanctions à appliquer.

La plupart des institutions universitaires se sont dotées de politiques ou de règles délimitant les droits et prérogatives de ceux qui font usage des capacités informatiques des institutions. Ces politiques sont parfois explicitées dans des documents officiels ou dans les contrats d'adhésion que signent les membres ou les clients. Ces textes énoncent des lignes de conduite sur des questions comme: le caractère privé du courrier électronique, les conditions d'utilisation des logiciels disponibles dans le réseau, l'obligation d'utiliser son nom véritable, le droit de faire de la publicité commerciale, le droit d'utiliser les ressources du réseau pour des fins personnelles et la responsabilité pour les comportements des abonnés ou des clients.

Il existe différents types de normes de conduites pratiquées dans les différents réseaux composant Internet. Bien que semblables au niveau de leur forme et de leur structure, ces politiques se distinguent parfois les unes des autres par leur caractère plus ou moins restrictif. Ces règles, désignées par l'expression « Acceptable Use Policies »

(aup), constituent des normes de conduite que l'utilisateur doit suivre afin de conserver son accès à un réseau donné.

La loi et la normativité étatique

Lorsqu'on aborde la question des règles de conduite dans le cyberspace, on pense spontanément aux lois, aux règlements, contraintes imposées par l'État. Mais l'énonciation des droits et obligations des acteurs à l'égard de réalités immatérielles demeure un défi pour le droit.

Dans un environnement ouvert, transcendant les frontières nationales, et dans lequel les notions de temps et de lieu sont redéfinies, il est difficile de déterminer *a priori* de quelle façon les divers principes, valeurs et objectifs énoncés dans les politiques ou les lois générales pourront être atteints dans le concret. C'est comme si les réalités auxquelles la loi entend faire face étaient si multiples, si complexes et si volatiles qu'il est impossible de les encadrer de façon plus précise. La formulation des règles au moyen de notions floues répond à un impératif d'adaptabilité: l'un des plus difficiles à réaliser pour le droit.

Les lois visant plus qu'à édicter des mesures de coordination sont généralement énoncées en termes larges et réservent une grande place aux évaluations concrètes des acteurs sur le terrain. Ce sont des socles sur lesquels s'élaborent les régulations plus malléables qu'impose le cyberspace (Morand, 1999).

Les mécanismes de réglementation et de surveillance doivent donc viser à procurer les ajustements et mises à niveau que requiert le respect des valeurs essentielles (Guillou et Padioleau, 1988). D'ailleurs, ce qui est recherché dans la régulation de l'univers des réseaux ouverts d'information, c'est bien plus un résultat global qu'une application mécanique des règles de droit.

Ainsi, lorsqu'il s'applique, le droit étatique s'inscrit fréquemment dans une démarche de régulation dont il ne constitue que l'une des composantes; il énonce des principes, formule des objectifs, prescrit des critères, mais laisse de plus en plus de place à d'autres ensembles de normes afin d'assurer son actualisation. La loi prend ainsi l'allure d'un volet d'un processus de co-régulation au sein duquel les autres sources de normativité joueront un rôle plus ou moins intense (Grainger, 1999).

Réglementation, régulation et co-régulation

La notion de régulation désigne le « *processus par lequel le comportement d'un système perçu complexe est maintenu ou ajusté en conformité à quelques règles ou normes* » (Arnaud, 1993). Il est donc pertinent de recourir à cette notion afin de rendre compte, à tout le moins en partie, de ce qui est recherché par le droit et contribue à en expliquer la morphologie qu'il prend dans le cyberspace. Car matériellement, la notion de régulation concerne ce qui assure le fonctionnement correct d'un ensemble complexe. Or, dans les environnements électroniques, il est des activités ayant pour conséquence d'assurer ou de rétablir des équilibres. L'activité des États doit s'y insérer pour disposer d'une possibilité sérieuse d'avoir un effet.

À partir de principes ou en s'appuyant sur la volonté de préserver les droits fondamentaux ou les valeurs largement partagées au sein de la société, les États mettent en place des stratégies afin d'assurer ou de rétablir les équilibres. C'est là que la notion de régulation trouve tant d'intérêt.

Dans les domaines caractérisés par un certain degré de complexité et voués à des mutations fréquentes, la régulation s'exprime souvent au moyen de règles plus ou moins formelles que l'on désigne parfois sous le vocable de « droit mou » (*soft law*). Cette technique se caractérise par le haut niveau de discrétion laissé au débiteur de l'obligation pour atteindre des seuils ou des résultats. De plus en plus, le droit mou se manifeste par des textes énonçant des principes généraux. Dans ce type de textes, les acteurs conservent une importante marge d'appréciation à l'égard des moyens et stratégies permettant de mener aux résultats recherchés. L'État se cantonne à une supervision plus ou moins lointaine, se réservant la possibilité d'intervenir dans les situations nettement problématiques.

Bien qu'elles laissent une importante marge d'appréciation à ceux qui sont visés, ces normes produisent des effets souvent comparables à des mesures réglementaires qui se révéleraient moins bien adaptées à certains phénomènes comportant des dimensions informationnelles. C'est bien là une démarche de régulation : le droit prescrit les finalités à ne pas perdre de vue et met en place différentes stratégies afin d'assurer un degré acceptable de conformité.

conclusion

L'ubiquité du cyberspace, de même que son insensibilité aux frontières territoriales, comporte des conséquences sur la manière d'envisager l'émergence, la formulation et l'application des règles de conduite. Les environnements électroniques induisent des changements à l'égard des techniques d'intervention, de régulation et de réglementation par lesquelles le système juridique tente de maintenir les équilibres entre les valeurs qui s'affrontent dans les sociétés pluralistes.

Pour comprendre le droit dans ces espaces dépourvus des repères séculaires que sont les frontières nationales et les catégories du droit, il importe de mieux situer les assises des normativités qui se pratiquent dans les environnements électroniques. Cette démarche est importante, car ces assises sont celles de la régulation qui pourra désormais être mis en place, notamment par les instances étatiques qui se donneront la peine de concevoir leur intervention dans le cyberspace de façon appropriée. Ces assises ne se situent pas selon les lignes des frontières politiques des États mais plutôt au niveau des frontières entre les réseaux qui, pour l'heure, se révèlent comme les unités constituantes du cyberspace.

Dans le cyberspace, le droit s'exprime par des techniques qui ne se limitent pas au droit national. Loin d'être déclassé, le droit étatique constitue une composante d'un processus de régulation résultant des synergies entre différentes sources de normativité. Ces normativités résultent de l'architecture technique qui fait que le cyberspace est ce qu'il est, les pratiques contractuelles, et l'autoréglementation mise en place par les

acteurs. Il en résulte une co-régulation au sein de laquelle le poids des normes d'origine étatiques de même que leur capacité à influencer effectivement les comportements est tributaire de la synergie qui s'établit avec les autres sources de régulation. C'est par ce truchement que le droit procure les équilibres et protections recherchés. Ainsi envisagée, la maîtrise de la normativité du cyberspace est une condition de son développement. Elle concerne les acteurs qui sont détenteurs d'une part de l'autorité souveraine dans le cyberspace.

Dans une telle perspective, la question de la normativité s'inscrit au cœur des enjeux des politiques publiques et privées sur le cyberspace puisque le défi est de garantir que cette normativité reflète les valeurs conformes avec la dignité humaine et la diversité culturelle. î

résumé

Dès lors que se déroulent des interactions humaines dans le cyberspace, se pose la question des normes ayant vocation à les encadrer. La question de savoir ce que devient le lien social dans une société en réseaux revient, en partie, à se demander ce qu'il en est du droit dans un environnement comme le cyberspace, ce lieu virtuel résultant des interconnexions entre les ordinateurs. Les caractéristiques du cyberspace promettent d'influencer la façon d'envisager le droit et les autres normativités puisque le développement des technologies de l'information favorise la remise en cause des catégories par lesquelles on avait l'habitude de définir les cadres juridiques de plusieurs activités. Le cyberspace favorise en effet le déplacement de la souveraineté des États vers les maîtres de réseaux ainsi que les individus et autres usagers agissant dans le cyberspace. Les rationalités sous-tendant et justifiant plusieurs règles de droit connaissent des mutations du fait de la généralisation des activités dans le cyberspace. De même, les moyens par lesquels s'expriment les normes reflètent les contextes induits par la communication électronique. Le recours plus intense aux notions floues où a contenu variable témoigne d'un changement dans la répartition des rôles entre les sources de la normativité. La régulation résultant de la synergie de l'architecture technique, des normes sociales, de l'autoréglementation, du marché des contrats et de la loi n'est pas propre au cyberspace. Mais le phénomène indique la nécessité de parcourir de nouvelles pistes afin d'appréhender et d'agir sur la normativité d'Internet.

summary

From the moment that human interactions occur in cyberspace, the question of norms to regulate them is raised. The question as to what social relationships become in a networked society refers back, in part, to the question of the role of law in an environment such as cyberspace, virtual space resulting from computer interconnections. The characteristics of cyberspace promises to influence the way we look at law and other norms, as the development of information technologies favours the challenging of the categories previously used to defining the judicial framework of numerous activities. Cyberspace, in fact, favours the displacement of state sovereignty toward the controllers of networks and the individuals and other users active in cyberspace. The underlining rationality with justifies a number of rules of law have undergone mutations due to the generalisation of activities in cyberspace. In the same way, the ways in which norms are expressed reflect contexts induced by electronic communication. Greater recourse to notions either fuzzy or of variable

content are witness to a change in the allotment of roles among normative sources. Regulation resulting from the synergy between the technical architecture, social norms, self-regulation, contracts and the law is not unique to cyberspace, but the phenomenon demonstrates the necessity of searching out new directions to apprehend and act upon norms relating to the Internet.

resumen

A partir del momento en el que se desarrollan interacciones humanas en el ciberespacio se plantea la cuestión de las normas tendientes a enmarcarlas. La cuestión de saber lo que deviene el lazo social en una sociedad «en redes» corresponde, en parte, a preguntarse lo que significa el derecho en un medio ambiente como el ciberespacio, ese lugar virtual que resulta de las interconexiones entre los ordenadores. Las características del ciberespacio prometen influenciar la manera de considerar el derecho y las otras normatividades, puesto que el desarrollo de las tecnologías de la información favorece el cuestionamiento de las categorías a través de las cuales teníamos el hábito de definir los marcos jurídicos de varias actividades. El ciberespacio favorece en efecto el desplazamiento de la soberanía de los estados hacia los que controlan las redes así como hacia los individuos y otros usuarios que actúan en el ciberespacio. Las racionalidades subyacentes que legitiman varias reglas del derecho conocen mutaciones debido a la generalización de las actividades en el ciberespacio. Del mismo modo, los medios a través de los cuales se expresan las normas, reflejan los contextos inducidos por la comunicación electrónica. El recurso más intenso a las nociones imprecisas o de contenido variable testimonia de un cambio en la repartición de los roles entre las fuentes de normatividad. La regulación resultante de la sinergia de la arquitectura técnica, de las normas sociales, de la autoreglamentación, del mercado, de los contratos y de la ley no es propio al ciberespacio. Pero el fenómeno indica la necesidad de recorrer nuevas pistas afin de aprehender y actuar en la normatividad de Internet.

bibliographie

- Arnaud, A.-J. (dir.) (1993), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J.
- Atias, C. (1990), *Savoir des juges et savoir des juristes. Mes premiers regards sur la culture juridique québécoise*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec.
- Chemillier-Gendreau, M. (1995), « Le droit international et la régulation, » in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, p. 57-70.
- Côté, P.-A. (1990), *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais.
- De Lamberterie, I. (1997), « Éthique et régulation sur internet, *Lex Electronica*, vol. 3 n° 1, hiver. En ligne : <<http://www.lex-electronica.org/>>.
- Dufour, A. (1995), *Internet*, coll. « Que sais-je? », puf, Paris.
- Grainger, G. (1999), *La co-réglementation de la radiodiffusion et le bien public*, Conférence commémorative Spry 1999, Montréal, Université de Montréal. En ligne : <<http://www.fas.umontreal.ca/COM/spry/spry-gg-conf.html>>.
- Greenleaf, G. (1998), « An endnote on Regulating Cyberspace: Architecture vs Law », *University of New South Wales Law Journal*, n° 21, p. 593-622.
- Guillou, B. et J.G. Padiou (1988), *La régulation de la télévision*, Paris, cncl, La Documentation française.
- Hammond, R. G. (1982), « Embedding Policy Statements in Statutes: A Comparative Perspective on the Genesis of a New Public Law Jurisprudence », *Hastings International & Comp. Law Review*, n° 5, p. 323-376.

- Hardy, T. I (1994), « The Proper Legal Regime for “Cyberspace”, *University of Pittsburg Law Review*, n° 55, p. 993-1055.
- Jestaz, P. (1992), *Le droit*, 2^e édition, Paris, Dalloz.
- Johnson, D et D. Post (1996), « Law and Borders — The Rise of Law in Cyberspace », *Stanford Law Review*, n° 48. En ligne : <http://www.cli.org/X0025_LBFIN.html>.
- Katsh, E. (1989), *The Electronic Media and the Transformation of Law*, New York, Oxford University Press.
- Lessig, L. (1997a), « The Constitution of Code: Limitations on Choice-Based Critiques of Cyberspace Regulation », *Communication Law Conspectus*, n° 5.
- Lessig, L. (1997b), « Tyranny in the Infrastructure », *wired*, July, p. 96.
- Lessig, L. (1996), « The Law of the Horse: What Cyberlaw might Teach ». En ligne : <<http://cyber.law.harvard.edu/lessigcurres.html>>; <http://stlr.stanford.edu/STLR/Working_Papers/97_Lessig_1/index.htm>.
- Lessig, L. (1995), « The Regulation of Social Meaning », *University of Chicago Law Review*, n° 62.
- Mackaay, E. (1979), « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langages*, n° 12, p. 33-50.
- Morand, C.- A. (1999), *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, 1gdj.
- Reidenberg, J. (1998), « Lex Informatica », *Texas Law Review*, n° 76, p. 553-593.
- Reidenberg, J (1996), « Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace », *Emory Law Journal*, n° 45, p. 912-930.
- Rials, S. (1984), « Les standards, notions critiques du droit », in C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenus variables en droit*, Bruxelles, Travaux du Centre national de recherches en logique.
- Riga, A. (1996), « Online against Hate », *The Gazette*, samedi, 16 mars, p. b-2.
- Rinaldi, Arlene H., *Règles de conduite et savoir-vivre de l'utilisateur du Réseau*. En ligne : <<http://www.sri.ucl.ac.be/SRI/netetiq.html>>.
- Trudel, P. (1989a), « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *Revue de droit de l'université de Sherbrooke*, n° 19, p. 251-286.
- Trudel, P. (1989b), « Le standard de programmation de haute qualité dans la législation sur la radio et la télévision », *Revue de droit de McGill*, n° 34, p. 203-232.
- Trudel, P. (1992), « Le rôle de la loi, de la déontologie, et des décisions judiciaires dans l'articulation du droit à la vie privée et de la liberté de presse », in P. Trudel et F. Abran (dir.), *Droit du public à l'information et vie privée: deux droits irréconciliables?*, Montréal, Éditions Thémis, p. 181-202.
- Trudel, P., F. Abran, K. Benyekhlef et S. Hein (1997), *Droit du cyberspace*, Montréal, Éditions Thémis, 1300 p.
- Winner, L. (1986), *The Whale and the Reactor — A Search for Limits in an Age of High Technology*, Chicago and London, University of Chicago Press.