

**Le droit au gré d'Internet :**  
**à propos d'une réseautisation fort peu anodine de l'univers juridique**  
**Renaud BERTHOU**

*Lex Electronica*, vol. 11 n°1 (Printemps / Spring 2006)

<http://www.lex-electronica.org/articles/v11-1/berthou.htm>

<http://www.lex-electronica.org/articles/v11-1/berthou.pdf>

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>2</b>
<b>I SEARCH DISK C:\FICHIER « CRÉATION DU DROIT » .....</b>	<b>3</b>
A - PROPRIÉTÉS .....	3
1 - <i>Type du fichier</i> .....	3
2 - <i>Contenu</i> .....	5
B - HISTORIQUE DU FICHIER .....	7
1 - <i>Fichier crée le ... et modifié le</i> .....	8
2 - <i>Fichiers Internet Temporaires</i> .....	9
<b>II ANTIVIRAL ANALYSIS.EXE : RUN QUIK TEST SET .....</b>	<b>10</b>
A - OPTIONS D'ANALYSE .....	10
B - RÉSUMÉ : FICHIER INFECTÉ.....	12
<b>III START LIVEUPDATE : WWW.PRINCIPES-D'ACTION.EU.....</b>	<b>20</b>
A - RÉPARER LE FICHIER ? - HTTP://WWW.PRINCIPES.NET .....	20
B - TÉLÉCHARGER UN ANTIVIRUS STRUCTUREL - FTP://EUROPE.ORG.....	23
<b>CLOSE AND GO TO... .....</b>	<b>28</b>
<b>ANNEXES .....</b>	<b>29</b>
ANNEXE 1 : SCHÉMATISATION DES « STADES » DE LA CRÉATION DU DROIT .....	29
I <i>Le temps originel des communautés primitives et les transformations dues à la sédentarisation paléolithique</i> .....	30
II <i>La naissance des processus d'agencement</i> .....	30
III <i>Le temps des ordres régulateurs</i> .....	30
IV <i>Le temps des ordres juridiques impérialistes</i> .....	31
V <i>Epoque contemporaine (entre modernité et postmodernité)</i> .....	31
VI <i>Epoque postmoderne (Internet)</i> .....	32
ANNEXE 2 : SCHÉMATISATION DES PROCESSUS DE CRÉATION DU DROIT DES ORDRES JURIDIQUES PRIMAIRES ET SECONDAIRES.....	33
<i>L'ordre Juridique primaire</i> .....	33
<i>L'ordre juridique secondaire</i> .....	34
ANNEXE 3 : TABLEAU SUR LES ORIGINES DU POUVOIR .....	36
ANNEXE 4 : FRISE HISTORIQUE SUR LES GRANDES ÉTAPES DE LA CRÉATION DU DROIT.....	37

## Introduction

Il y a cinq ans, Internet pouvait aisément être présenté comme un espace de droit spontané brutalisé par toutes sortes de volontés étatiques. L'époque de la colonisation par les ordres juridiques publics atteignait en effet son paroxysme<sup>1</sup> et, dans ce cadre, les mises en garde et coups de sang étaient les biens venus. « L'Internet au gré du droit »<sup>2</sup> avait alors toute sa place.

Mais désormais, ce constat ne dispose plus de la même légitimité. Les tentatives hégémoniques des Etats ont majoritairement laissé place aux tractations entre entités juridiques. Une bataille des droits particulièrement vigoureuse s'est engagée et les faiseurs de normes se sont multipliés. Bien qu'à l'écart des circuits doctrinaux<sup>3</sup>, Internet a révélé son secret aux observateurs avertis : au fil de l'émergence des règles son intimité problématique avec la création du droit s'est dévoilée. Mieux : ce réseau nous a même projeté au cœur de la matrice juridique en éclairant d'un jour nouveau le phénomène de création du droit. Jamais, en effet, n'avons nous été si prêt de comprendre comment fonctionne le droit. Il semble donc urgent de revenir sur l'étude de ce réseau en s'intéressant cette fois-ci à l'impact d'Internet sur la création du droit. Il y a bien longtemps déjà que le langage du législateur - « corégulation,

---

<sup>1</sup> Internet, il convient ici de le rappeler, n'a pas en effet été investi d'emblée par une multitude d'ordres juridiques. C'est au fil d'un processus progressif que ce réseau a été en quelque sorte colonisé par des microcosmes juridiques. Il est possible de repérer deux étapes dans la construction de l'architecture juridique de ce réseau. Ainsi, une étape originelle de régulation normative spontanée par la société civile est tout d'abord individualisable. Cette étape se caractérise par un principe de rejet du droit étatique sans pour autant sombrer dans un refus des normes juridiques. Internet n'a en effet jamais fonctionné sur une simple idée morale de partage. Dès son origine, il y a eu une institutionnalisation des règles du groupe dans un code de conduite sanctionné et un ordre juridique a émergé. Le droit en tant que forme de l'ordre était déjà présent. Ensuite, une étape de dilution de la régulation originelle peut être repérée. Divers microcosmes juridiques sont en effet intervenus et ont contrecarré la régulation originelle en l'entraînant à perdre, au gré des flux de nouveaux arrivants, de l'effectivité. L'ordre économique s'est déployé sur Internet afin de poursuivre ses buts financiers, puis les ordres étatiques, européen et international s'y sont intéressés. Ces derniers sont notamment intervenus car ce réseau avait déjà pris à ce moment la taille d'un enjeu de société et engendrait des effets conséquents. Sur cette architecture juridique d'Internet voir Renaud Berthou, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, thèse dact., CEDRE, Université de Rennes 1, ENST Bretagne, 2004, <<http://www.artjuridique.com>> (rubrique expo thesis), p 217 et suiv.

<sup>2</sup> Renaud Berthou, "L'Internet au gré du droit : à propos de l'affaire yahoo !", *juriscom.net*, janvier 2001, 14 p, <<http://www.juriscom.net/uni/etd/05/article.htm>>. Prenant appui sur une intervention de la justice française visant à réprimer des faits antisémites, cet article a notamment eu pour objectif de mettre à jour certains fonctionnements douteux du droit étatique français alors soumis à la dynamique hégémonique de son ordre juridique dans le cadre de la régulation d'Internet.

<sup>3</sup> La doctrine juridique a en effet achoppé à saisir le lien entre Internet et la création du droit. De façon séquentielle, Internet a ainsi soulevé trois logiques de questionnements doctrinaux, certains juristes ayant alors pensé qu'il posait une problématique d'adaptation du contenu du droit alors que d'autres considéraient qu'il renvoyait à une problématique de droit international privé ou mettait en cause le fonctionnement de la coopération internationale entre les Etats. Mais, alors même que ces réflexions dévoilaient toutes que ce réseau s'inscrivait avant tout dans une logique de création du droit aucune recherche doctrinale ne s'est vraiment concentré sur cet angle d'attaque. Ce n'est que récemment que certains acteurs doctrinaux se sont intéressés à l'influence d'Internet sur la production juridique. Sur ce point voir Renaud Berthou, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, thèse dact., CEDRE, Université de Rennes 1, ENST Bretagne, 2004, <<http://www.artjuridique.com>> (rubrique expo thesis), p 25 et suiv.

autorégulation, modes alternatifs de règlement des conflits, codes de conduite, etc...» - aurait du nous étonner.

Reste que, entrer plus avant dans cette intimité problématique n'est point chose facile. Afin de disposer de points de repères pour apprécier l'action d'Internet sur l'émergence du droit, il convient en effet tout d'abord de présenter le phénomène de création du droit et de préciser son état à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle (I). Ensuite, il apparaît nécessaire d'apprécier l'impact d'Internet sur les processus de création du droit et de saisir le sens de son action (II). Enfin, il semble indispensable d'envisager les conséquences de cette action d'Internet sur la structure des groupes sociaux et la configuration de l'univers juridique puis d'examiner les possibilités d'action en la matière (III). C'est seulement une fois ces objectifs atteints, qu'il sera en effet possible de mieux saisir la réalité, les raisons, l'ampleur et la signification des perturbations juridiques induites par Internet.

## **I Search disk C:\fichier « création du droit »**

Pour comprendre les effets juridiques d'Internet, il convient ainsi de saisir en premier lieu ce à quoi renvoie la création du droit. Néanmoins, il s'agit encore d'un « fichier » de connaissance très incomplet.

Dans la science juridique, l'expression de création du droit ne désigne en effet que certaines façons de faire du droit. A proprement parler ce phénomène ne renvoie, pour le monde juridique contemporain, qu'aux divers processus par lesquels le droit étatique ou public advient à la vie. C'est pourquoi on parle plus volontiers de production ou d'élaboration du droit. L'image qui pèse sur ce phénomène juridique est celle de processus fabriqués, rationnels, mis au point par des experts et indispensables à une saine gestion des communautés nationales voire supranationales. Il y a, derrière ces termes, l'idée selon laquelle la création du droit n'est pas un phénomène « naturel », mais un phénomène édifié volontairement et lié à l'Etat ou aux ordres juridiques publics.

Or, cette vision du phénomène de création du droit est tout à la fois partielle et erronée. Il apparaît en effet maintenant davantage approprié de considérer que, le droit étant aussi vieux que l'humanité, la création du droit est un phénomène social et processuel qui s'étire sous de multiples facettes de l'origine de l'humanité à nos jours.

Reste que, pour aller dans ce sens, il convient non seulement de s'interroger sur la définition de ce phénomène et de recourir à de nouveaux outils pour l'approcher (A) mais aussi de tenter d'en tracer un portrait empirique (B). C'est par ce seul effort que les contours de ce phénomène peuvent être précisés et que son état actuel comme l'impact qu'Internet a sur lui peut être réellement saisi.

### **A - Propriétés**

La création du droit est un phénomène juridique difficile à saisir néanmoins, à minima, elle se présente comme une « histoire » de processus, d'ordres et d'espaces juridiques.

#### **1 - Type du fichier**

La création du droit est ainsi un phénomène juridique obscur dans la science du droit que les juristes, faute de disposer d'outils appropriés, ne peuvent de plus aisément appréhender.

#### **Un phénomène obscur pour le droit**

La création du droit est en effet un domaine d'étude relativement peu développé dans la science juridique. Une recherche sur ce terme y donne au final peu de résultats. Dans les écrits

contemporains ce sujet est certes abordé mais il est rarement envisagé de façon exhaustive. Sous cette appellation, plusieurs auteurs ne s'intéressent ainsi qu'aux processus étatiques et publics de création du droit. Par ailleurs, bon nombre de sources ne font que mention de ce mot et, bien que touchant incidemment le sujet, ne l'abordent pas ou le contournent<sup>4</sup>. D'autre part, dans les écrits plus anciens, le terme de création du droit est peu utilisé. Il renvoie par ailleurs à des écrits peu utiles. Ainsi, la recherche de G. Ripert sur les « forces créatrices du droit »<sup>5</sup> apparaît désormais limitée. Elle s'inscrit de plus dans une logique purement étatique.

Certes, ce thème semble davantage méconnu. Il est en effet considéré à travers les notions de production, de fabrique, d'élaboration ou d'émergence du droit. Mais derrière ces appellations, le contenu abordé est aussi limité. La création du droit est souvent perçue dans une logique étatique et appréhendée sous un angle quelque peu « positiviste »<sup>6</sup>.

Pourtant ce phénomène a connu récemment un regain d'intérêt dans certains de ses aspects. En effet, avec la sociologie des organisations, les théories de la décision et le développement du management, la création du droit, notamment celle des ordres juridiques économiques et publics, a été de plus en plus étudiée. Mais, les juristes se sont tenus partiellement à l'écart de ce mouvement. Désormais, ce sont donc souvent les sociologues ou les chercheurs en management et en sciences politiques qui s'intéressent à la création du droit. Néanmoins, ne disposant pas toujours des connaissances nécessaires à la compréhension du droit, leur apport n'éclaircit pas pleinement ce phénomène. De plus, en raison de l'existence de césures disciplinaires, leurs conclusions ne sont qu'imparfaitement admises dans la science juridique.

Le phénomène de création du droit reste alors obscur pour qui pratique le droit. Par ailleurs, n'ayant pas forgé les outils nécessaires à sa compréhension, les juristes ne peuvent aisément tenter d'appréhender ce phénomène.

### **Un phénomène difficile à appréhender pour les juristes**

Si la science juridique ne fournit pas de connaissances suffisantes sur le phénomène de création du droit, les juristes ne disposent pas davantage des outils nécessaires pour l'aborder. Ils subissent une carence en outils cognitifs. En effet, l'expansion du positivisme et d'une vision légaliste du droit les a généralement conduit à limiter ce phénomène juridique au cadre étatique et même parfois à l'aspect perceptible du circuit légal. Partant de là, ils n'ont quasiment pas forgé de concepts utiles pour l'appréhender. Il leur est donc presque impossible de le cerner correctement.

Certes, plusieurs juristes ont mis en avant cette lacune face à la création du droit et proposé d'y pallier. Ainsi, divers projets systémiques, légistiques et de sociologie juridique ont tenté de dévoiler la complexité de ce phénomène et d'initier des lignes de recherche. Par exemple, J. Gaudemet a montré l'utilité de la sociologie et de l'histoire concernant l'élaboration de la

<sup>4</sup> Voir par exemple en ce sens : Jean Gaudemet, *Les naissances du droit, Le temps, Le pouvoir et La science au service du droit*, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> édition, Domat droit public, 1999. Jean Gaudemet, *Sociologie historique du droit*, PUF, doctrine juridique, 2000. Brigitte Basdevant-Gaudemet et Jean Gaudemet, *Introduction historique au droit XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, L.G.D.J, 2000. Norbert Rouland, *Aux confins du droit, Anthropologie juridique de la modernité*, Odile Jacob, 1991. Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1988. Norbert Rouland, *Introduction historique au droit*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1998.

<sup>5</sup> Georges Ripert, *Les forces créatrices du droit*, deuxième édition, L.G.D.J, 1955.

<sup>6</sup> L'approche positiviste du phénomène de création du droit consiste à saisir un processus de création du droit comme une œuvre institutionnelle et « simple ». Il s'agit alors de décrire les autorités habilitées à créer du droit et les procédures suivies ou à analyser de façon exégétique les textes créés et leurs applications par les administrations ou les juges. Sur cette approche voir Renaud Berthou, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, op. cit., p 94 et suiv.

règle de droit. Il a notamment dressé un schéma de l'enquête sociologique qui serait utile au juriste<sup>7</sup>. Selon lui, l'histoire devrait être utilisée comme « *un des moyens de l'enquête sociologique* » et la sociologie juridique devrait être pour les juristes « *une des voies pour expliquer, interpréter, en un mot comprendre la règle de droit* »<sup>8</sup>. D'autre part, cet auteur a pointé le besoin de nouveaux outils pour saisir la création du droit. Il a montré combien la notion de groupe social, que certains juristes ont théorisé sous l'appellation d'ordre juridique, était utile dans le domaine de la création du droit. De même, en s'attachant à la création du droit, il a mis en avant le besoin de redéfinir le concept de droit.

Mais ces appels n'ont pas réorienté l'attitude juridique envers ce sujet. Dans la science juridique contemporaine, l'influence de la sociologie juridique est encore réduite et la vision positiviste du droit reste majoritaire. Malgré des efforts réflexifs remarquables, la définition traditionnelle du droit y est toujours étatisée et bloque donc des recherches sur la création du droit. De même, si le concept « sociologique » d'ordre juridique est utilisé comme dans le cas de l'ordre juridique européen, il est « commercialisé »<sup>9</sup>. Il ne renvoie que peu à son contenu théorique et n'apparaît pas comme un outil utile dans le cadre de la création du droit.

Les juristes restent donc toujours démunis face au phénomène de création du droit et la science juridique semble difficilement apte à traiter du phénomène qui l'a elle-même rendue possible. Cependant, en développant certains outils cognitifs, il est possible de tenter d'appréhender ce phénomène comme une histoire de processus, d'ordres et d'espaces juridiques.

## 2 - Contenu

Le phénomène de création du droit se présente ainsi d'abord comme une « histoire de processus ». En effet, dans la mesure où le droit peut se définir comme l'ensemble des règles que les groupes sociaux considèrent comme indispensables à leur fonctionnement<sup>10</sup>, la création du droit renvoie alors aux processus par lesquels les hommes, en groupe, décident de se doter de règles essentielles au fonctionnement de leurs groupes et même à la structure de ces processus, à leurs étapes et à leurs relations<sup>11</sup>. Dans ce sens, il apparaît comme un phénomène processuel fonctionnant selon des jeux d'étapes complexes (annexe 2) dont

<sup>7</sup> Jean Gaudemet, *Sociologie historique du droit*, PUF, doctrine juridique, 2000, p 87.

<sup>8</sup> *Ibid*, p 89.

<sup>9</sup> Pour G. Deleuze et F. Guattari, les concepts connaissent en effet une étape de formation, de vulgarisation puis de dégradation commerciale. Ainsi, pendant sa formation le concept n'a de sens que dans une théorie articulée avec d'autres concepts. Pendant le moment de sa formation, le concept est un composé qui va emprunter à divers champs théoriques. Puis, à peine formé, il se dégrade en idéologie ou en doxa, notamment par la vulgarisation (c'est-à-dire les façons de mettre en image un concept). Enfin, un concept subit une dégradation commerciale, il devient une pensée dominante. Pour plus de développements voir Gilles Deleuze et Félix Guattari, *Qu'est-ce que la philosophie ?*, les éditions de Minuit, collection Critique, 2000.

<sup>10</sup> En ce sens, pour N. Rouland, le droit est « *à travers la diversité des expériences qu'en ont faites les sociétés humaines, ce que chaque société, ou certains de ses groupes considèrent comme indispensable à sa cohérence et à sa reproduction* ». Norbert Rouland, *Aux confins du droit, Anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Odile Jacob, 1991, p 138.

<sup>11</sup> Les processus de création du droit se composent en effet de quatre étapes entremêlées dans un jeu de fonctionnement complexe : en amont de la prise de décision, les étapes de naissance et de mise au point du projet de droit ; dans la phase de prise de décision, les étapes de choix ; en aval de la prise de décision les étapes d'application et de recréation du droit. Sur ce point voir Renaud Berthou, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen, op. cit.*, p 37 et suiv.

l'origine et le rôle se trouvent au fondement du phénomène humain<sup>12</sup>. Mais cela ne signifie pas qu'il doive être détaché de l'aspect matériel du droit. Il le conditionne directement et en est même dépendant. Un changement de l'un peut entraîner une évolution de l'autre.

Les images qui peuvent lui être attribuées sont alors nombreuses. A l'époque moderne, on peut considérer que ce phénomène renvoie aux processus de création du droit spontané, aux processus étatiques ou encore aux processus supra-étatiques. Cependant, le droit étant quasiment aussi vieux que le regroupement humain, l'image du phénomène de création du droit serait riche d'un tas d'expériences humaines qui transcendent les civilisations : une lente sécrétion d'habitudes, des hommes réunis autour d'un feu, une lutte entre hommes préhistoriques, les votes dans les enceintes législatives, les prises de décision dans les entreprises...

D'autre part, ce phénomène se présente aussi comme une « histoire d'ordres juridiques et de groupes sociaux ». Il renvoie en effet à des processus qui ne peuvent être détachés de l'ensemble humain plus vaste auquel ils appartiennent : l'ordre juridique<sup>13</sup>. Un processus de création du droit est ainsi directement configuré par rapport aux autres éléments d'un ordre juridique (processus primaires<sup>14</sup> - annexe 2). Mais il est aussi parfois directement configuré par un ensemble d'ordres juridiques (processus secondaires<sup>15</sup> - annexe 2). Le phénomène de création du droit se laisse alors saisir comme un phénomène micro-juridique qui ne peut être appréhendé que sur un plan macro-juridique, celui des ordres juridiques. Enfin, ce phénomène est dépendant des espaces juridiques, ces derniers étant des espaces où les ordres juridiques doivent se comporter d'une façon spécifique en raison de la configuration des lieux<sup>16</sup>. Il varie

<sup>12</sup> L'origine du phénomène de création du droit est en effet à chercher dans le tréfonds de la nature humaine ou plutôt du « phénomène humain ». Elle est liée à la réflexivité humaine tout autant qu'à la nature sociale de l'homme, c'est à dire à son "*insociable sociabilité*" selon E. Kant. D'autre part, le phénomène de création du droit remplit deux rôles intimement liés mais pourtant différenciables. Tout d'abord, il permet à l'homme de se séparer de la nature. Ensuite, il apparaît comme le sésame lui permettant d'élaborer de la vie sociale. Sur ces points voir Renaud Berthou, *op. cit.*, p 85 et suiv.

<sup>13</sup> Dans un cadre juridique désétatisé, un ordre juridique peut être défini globalement comme un groupe social produisant du droit, abritant le phénomène politique et disposant d'une structure organisationnelle composée de diverses strates entrelacées. Il dispose en effet de diverses couches structurelles profondes (celle du but, de l'identité et du comportement) et apparentes (celle du processus de création du droit et du contenu du droit). Mais, si les ordres juridiques se présentent comme des ensembles ordonnés en couches structurelles, cet ordonnancement n'en fait pas des pyramides kelseniennes où le supérieur détermine l'inférieur. Ils ressemblent bien plus à des ensembles complexes animés par un lien structurel à tout le moins réversible et plus probablement par " un jeu des couches " fait de répercussions structurelles enchevêtrées. Ce concept présente par ailleurs un double intérêt au niveau de la création du droit : c'est tout d'abord un ratisseur de droit qui autorise à prendre en compte quasiment toutes les expressions du phénomène de création du droit ; mais il force aussi à jeter un regard plus profond sur la création du droit en dévoilant le combat d'entités juridiques sur lequel elle repose. En fait, il permet de positionner les processus de création du droit dans des groupes sociaux et offre la possibilité d'en saisir le ressort caché. Sur ce point se reporter à la troisième partie de cette étude. Voir aussi Renaud Berthou, *op. cit.*, p 101 et suiv.

<sup>14</sup> Processus incluant un seul ordre juridique.

<sup>15</sup> Processus incluant plusieurs ordres juridiques.

<sup>16</sup> Un espace juridique se présente en effet comme une aire de jeu (juridique) disposant de caractéristiques spécifiques dont les ordres juridiques doivent tenir compte. Dans ce cadre, il existerait alors au moins quatre types d'espace juridique dans la mesure où l'espace terrestre, maritime, extra-atmosphérique et virtuel influent sur la capacité des ordres juridiques à créer de la régulation juridique. En effet, l'espace terrestre peut être considéré comme un espace juridique dans la mesure où c'est un espace sur lequel les ordres juridiques ont la plupart du temps la possibilité d'agir aisément. Ils peuvent y saisir facilement leurs membres. De même, l'espace maritime doit lui aussi être considéré comme tel au vu de sa spécificité. Sur celui-ci, les ordres juridiques, qui ne s'y tiennent que rarement en permanence, ont des possibilités d'action particulières. Ils n'y peuvent agir sur leurs membres que par le truchement de machines dont les capacités sont limitées. D'autre part, l'espace extra-

en fonction de leurs caractéristiques. Dès lors, il ne peut être saisi dans sa globalité et compris qu'à travers des notions d'ordre juridique et d'espace juridique « redéfinies »<sup>17</sup>.

Bien que difficile à appréhender, la création du droit doit donc être définie comme un ensemble de processus contextualisés dans des ordres et des espaces juridiques. Seule cette contextualisation des processus permet en effet de saisir ce phénomène à travers toute sa réalité empirique. Cependant, ce constat ne peut suffire à clore sa présentation. Pour ce faire, avec l'aide de ces trouvailles, il reste encore à tracer un portrait empirique de ce phénomène à travers l'histoire. Cet effort permettra d'identifier ses évolutions, de situer son évolution contemporaine et, in fine, de délimiter l'impact qu'Internet a sur lui.

## **B - Historique du fichier**

Avoir défini la création du droit et repéré les outils nécessaires à une perception adéquate de ce phénomène ne servirait à rien s'il n'était aussi question de retracer son histoire. C'est en effet le sésame qui permettra de saisir son état à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle et d'envisager l'originalité de l'impact qu'Internet a sur lui. Pour autant, il convient ici d'éviter de sombrer dans l'évolutionnisme et de simplifier l'histoire de ce phénomène. Le but de cette recherche historique ne peut être que de rendre compte de l'existence d'un mouvement dans la création du droit sur un plan général. Mais ce dernier ne doit être considéré ni comme un progrès, ni comme un constat reflétant toutes les expressions de ce phénomène juridique.

---

atmosphérique est aussi une catégorie d'espace juridique à part. Les ordres juridiques, dont les membres y séjournent néanmoins très rarement et jamais en liberté, y ont des capacités d'action encore plus spécifiques. En théorie, ils ne peuvent pas y appréhender leurs membres faute de moyen d'action. C'est seulement parce que les hommes qui s'y rendent dépendent des machines étatiques que l'effet des caractéristiques de cet espace peut être nuancé. Enfin, l'espace virtuel mérite d'être individualisé comme espace juridique au vu de son originalité pour les ordres juridiques. Cet espace est en effet pour eux non pas inaccessible mais insaisissable. Leur action y est profondément mise en cause faute pour eux de pouvoir identifier et saisir correctement leurs membres et leurs agissements. D'ailleurs, sur cet espace, les ordres juridiques ne peuvent à proprement parler jamais agir sur leurs membres. Ceux-ci ne s'y rendent jamais réellement. Seuls leurs esprits s'y déploient. Cet espace n'est fréquenté que par des passants faisant figure d'entités informatiques. Ce n'est alors que dans l'espace réel et sur leurs membres qui se sont rendus intellectuellement sur cet espace que ces ordres peuvent agir. L'action des ordres juridiques dépend donc de la translation entre le monde réel et virtuel laquelle n'est pas encore une donnée fiable. Reste que cette typologie ne présente peut-être pas toutes les facettes de la notion d'espace juridique. Les types d'espaces juridiques pourraient en effet être appelés à se multiplier soit que l'homme se lance dans la conquête spatiale et découvre par exemple des espaces temporels spécifiques comme ceux dont la théorie des trous noirs laisse suggérer l'existence, soit qu'il aille sous l'espace terrestre et fasse de nouvelles découvertes. Mais l'homme pourrait aussi mettre à jour certains nouveaux espaces aujourd'hui inconcevables comme ce fut le cas pour l'espace virtuel. On pensera sur ce point à la création d'espaces robotiques, au développement d'espaces dans le corps humain ou à l'émergence d'espaces dans l'univers de l'atome. D'autre part, il aurait aussi la possibilité de multiplier les types d'espaces virtuels dont rien ne dit qu'ils sont limités et il disposerait de la capacité de transformer certains espaces. A l'avenir, la notion d'espace juridique pourrait donc voir son contenu s'accroître.

Enfin, le concept d'espace juridique présente un intérêt fondamental pour aborder la création du droit. En mettant à jour l'influence de l'espace où le droit est créé, il permet en effet d'achever la mise à nu de l'essence de la création du droit. En fait, en contextualisant les processus non plus dans les groupes sociaux mais dans l'espace, il en améliore la compréhension. Il autorise alors à saisir l'émergence du droit comme le produit d'un arrangement entre des ordres juridiques en fonction de l'espace dans lequel ceux-ci s'épanchent. Sur cette notion voir Renaud Berthou, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, *op. cit.*, p 122 et suiv.

<sup>17</sup> Pour un étude complète de ces notions voir Renaud Berthou, *op. cit.*, p 93 et suiv.

Or, l'histoire de la création du droit semble se composer de deux grandes étapes, ce phénomène ayant en effet oscillé « du multiple à l'un » puis de « l'un au multiple »<sup>18</sup>. Dans ce sens, l'histoire de la création du droit apparaît d'ailleurs avoir globalement suivi les nuances du pouvoir. C'est pourquoi, il est possible de rapprocher le schéma rendant compte de l'évolution du pouvoir (annexe 3), la frise retraçant l'évolution de la création du droit (annexe 4) et la schématisation des stades de la création du droit (annexe 1). Toutefois, certains faits récents autorisent à penser que son mouvement quasi dialectique serait actuellement remis en cause par Internet, à travers un « passage au réseau et au pluriel » constitutif d'une nouvelle étape historique.

### **1 - Fichier crée le ... et modifié le...**

De l'origine de l'humanité jusqu'au XX<sup>e</sup> siècle, la création du droit semble tout d'abord avoir suivi un chemin quasi dialectique entre l'un et le multiple<sup>19</sup>.

#### **Une marche initiale de la création du droit au gré de la « passion de l'un »**

Dans un premier temps, la création du droit est ainsi allée du multiple au modèle unitaire. Plus précisément, elle est passée, en trois temps, d'une multitude de processus coopératifs à quelques processus hiérarchiques de création du droit (annexe 4).

Il est en effet possible de remarquer qu'au début de l'espèce humaine, les ordres juridiques se sont contentés de s'épandre séparément. Les processus de création du droit étaient alors aussi variés que les analyses anthropologiques le laissent supposer mais tiraient dans un sens coopératif en interne.

Puis, les ordres juridiques se sont sédentarisés, développés et rapprochés (annexe 1.1). L'espace terrestre s'est en quelque sorte rétréci. Sont alors nés des processus de création du droit au degré de coopération interne variable mais plus coopératifs en externe. La diversité des processus de création du droit s'est par ailleurs réduite dans cette période en raison de l'influence réciproque des ordres juridiques. Mais surtout, sont nés des processus d'agencement entre ordres juridiques, sorte de moyens de gestion commune des ordres juridiques (annexe 1.2).

Enfin, ces processus d'agencement ont permis à des ordres globaux d'orienter la création du droit. Tout d'abord, des ordres globaux et régulateurs sont devenus dépositaires de ces processus et ont encadré les autres ordres juridiques (annexe 1.3). Ils ont pesé sur leurs congénères et parfois interféré dans leurs processus. La création du droit a alors tendu à se confondre avec les processus de ces ordres régulateurs. Elle est globalement devenue moins coopérative en interne et en externe, tant dans les processus primaires que secondaires. Elle a aussi perdu en diversité. Puis, à la veille et au début de l'époque moderne, des ordres juridiques globaux impérialistes, généralement les Etats, se sont emparés des processus d'agencement (annexe 1.4). Ceux-ci ont rapidement colonisé et réformé les processus de création du droit existants et même envahi les divers espaces juridiques. Ils ont aussi singulièrement réduit la diversité de la création du droit et lui ont imposé l'aspect de leurs processus qui étaient peu coopératifs en interne et en externe. Mais, par la suite, la création du droit a suivi une orientation différente.

#### **Un état moderne et postmoderne de la création du droit au rythme du multiple**

<sup>18</sup> La notion de « multiple » renverra ici à l'existence de divers processus coopératifs de création du droit. Pour sa part, le qualificatif « un » renverra à l'existence de quelques processus hiérarchiques, dotés de jeux d'étapes peu développés et fermés.

<sup>19</sup> Pour une étude plus détaillée voir Renaud Berthou, *op. cit.*, p 131 et suiv.

Suite à sa passion de l'un, l'histoire de la création du droit a ainsi pris une autre direction durant le XX<sup>e</sup> siècle (annexe 4). L'un a alors cédé sa place au multiple. En effet, à l'époque contemporaine, soit à la fin de l'époque moderne et au début de l'époque postmoderne, divers phénomènes marquent la création du droit et poussent à en dresser un portrait moins unifié. Le multiple semble s'y redessiner même si la comparaison avec le multiple originel n'est pas envisageable. Il existe ainsi un accroissement concomitant de la diversité et de la coopération des processus de création du droit (annexe 1.5). En fait, il est possible de considérer que les ordres juridiques impérialistes et leurs processus de création du droit sont devenus davantage coopératifs en interne comme en externe et plus divers. A ce moment, plusieurs ordres juridiques agissent aussi simultanément et différemment sur des échelles locales, nationales et mondiales. Des groupes et des processus de création du droit coopératifs se développent aux niveaux infra et supra-étatiques : l'ordre juridique étatique ne ramène plus à lui et ne condense plus l'intégralité des phénomènes juridiques<sup>20</sup>. Par ailleurs, il existe une augmentation de la coopération interne dans les ordres juridiques jadis mis en tutelle qui transforme leur principe d'ordre. De même, s'élaborent des processus de communication entre ordres juridiques et même entre espaces juridiques. Ainsi, les règles de droit semblent surgir de partout, à tout moment et en tous sens<sup>21</sup>. Cependant ces mouvements, bien qu'imposants, sont limités et il n'est pas sûr que l'on ait encore franchi résolument un paradigme. Si, l'état de la création apparaît hétérogène et coopératif, cette nouvelle tendance a ses limites. Les ordres dominants ont gardé une certaine maîtrise sur la création du droit. C'est pourquoi, il conviendrait de parler de l'émergence d'un multiple coopératif ordonné.

Reste que, avec l'avènement de l'espace Internet, à ce qu'il paraît falloir nommer l'époque postmoderne, ce mouvement ici rapidement retracé de l'un et du multiple pourrait être remis en cause. Une nouvelle ère pour la création du droit émergerait alors, Internet semblant en effet poser les prémices d'une évolution de ce multiple coopératif ordonné. C'est ce qu'il convient désormais d'envisager.

## 2 - Fichiers Internet Temporaires

Depuis le développement d'Internet, la création du droit semble en effet se troubler. Certaines observations laissent envisager qu'Internet pousserait ainsi à ses limites le mouvement quasi dialectique de ce phénomène juridique à travers un « passage au réseau et au pluriel » (annexe 4). Il serait alors possible de supposer qu'avec lui la création du droit soit appelée à s'enrichir d'une étape majeure où une pluralité réseautique se substituerait au multiple coopératif ordonné. Ce constat est d'ailleurs partagé par une partie de la doctrine. Dans ce sens, certains auteurs remarquent désormais qu'Internet produit « un droit décentralisé émergent » s'apparentant à une loi polycentrique<sup>22</sup> alors que d'autres considèrent que « le paradigme du réseau fait corps avec lui »<sup>23</sup>.

En effet, de par ses caractéristiques, Internet influe sur les ordres juridiques qu'il héberge. En tant qu'espace juridique, il impose un jeu de droit entre et dans les ordres juridiques où par

<sup>20</sup> Jacques Chevallier, « Vers un droit postmoderne ? », in Jean Clam et Gilles Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J, coll. « Droit et Société », 1998, p 32.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Tom W. Bell, « Polycentric law », *Humane Studies Review*, Volume 7, Number 1, Winter 1991/92, <<http://osf1.gmu.edu/~ihs/w91issueq.html>> ; David R. Johnson & David G. Post, « And How Shall the Net Be Governed ?, A Meditation on the Relative Virtues of Decentralized, Emergent Law », mai 1996, <<http://www.cli.org/emdraft.html>>.

<sup>23</sup> Jean-Marie Chevalier, Ivar Ekeland, Marie-Anne Frison-Roche et Michel Kalika, *Internet et nos fondamentaux*, PUF, 2000, p 17.

manque de relevance<sup>24</sup> les faiseurs de droit se percutent sans qu'aucun ne puisse s'imposer. Par conséquent, et dans la mesure où cet espace influe sur l'espace réel, il se pourrait qu'à terme il initie une nouvelle ère pour la création du droit marquée notamment par le modèle du réseau (annexe 1.6).

Or, cette intuition ne doit pas être éludée. De par les enjeux d'un tel mouvement, il convient au contraire d'explorer cette hypothèse en initiant un questionnement sur l'émergence d'une nouvelle ère pour la création du droit. L'avenir de ce phénomène juridique ayant partie liée avec l'avenir du monde social<sup>25</sup>, cette étude présenterait un certain nombre d'intérêts.

## II Antiviral analysis.exe : Run Quik Test Set

Si la présomption selon laquelle l'avenir de la création du droit a partie liée avec Internet semble s'imposer, il convient néanmoins de replacer cette intuition rapidement jetée dans un cadre strict d'analyse (A) puis de la soumettre à l'épreuve des faits et de la réflexion (B).

### A - Options d'analyse

Pour qualifier l'impact d'Internet sur la création du droit, il convient ainsi en premier lieu d'adopter un cadre d'analyse approprié.

Or, pour ce faire, il apparaît tout d'abord indispensable de séparer le domaine virtuel et réel. Les processus de création du droit ont en effet subi des modifications lors de l'élaboration du droit du cyberspace et dans leurs circuits « réels » de production normative. Néanmoins, entre ces deux terrains, l'évolution de la création du droit diffère dans son ampleur, dans ses causes et par ses conséquences.

D'autre part, pour initier une analyse de l'impact d'Internet sur les processus de création du droit, il est aussi nécessaire de délimiter son champ de recherche, c'est-à-dire les ordres juridiques, inévitablement acteurs d'Internet, au sein desquels sera étudié cet impact. Dans ce sens, il convient alors de repérer la présence de quatre acteurs majeurs du cyberspace<sup>26</sup> aux composantes et aux processus de création du droit bien différents. Dans leur état pré-internétique, ces quatre types d'acteurs se caractérisent sommairement de la sorte :

Principaux acteurs d'Internet	Caractéristiques « pré-internétiques » de ces acteurs
L'ordre juridique spontané :	Il s'agit de la société civile, laquelle renvoie l'image d'un ensemble d'ordres spontanés, qui à l'occasion seulement, peut se muer en ordre global structuré, lorsque des ordres spontanés s'allient. Son processus de création du droit bien que quasi inexistant comporte certains principes irriguant les processus des ordres spontanés. Il se laisse appréhender

<sup>24</sup> Le principe de relevance peut être saisi comme la possibilité pour un ordre juridique de dicter les conditions d'existence, de contenu ou d'efficacité auxquelles un autre ordre juridique doit répondre pour être reconnu par lui. Ce principe sera abordé dans la suite de cet article.

<sup>25</sup> Référence au rôle du phénomène de création du droit et à son influence sur le fonctionnement politique des groupes sociaux. Pour plus de précisions se reporter à la première et à la troisième partie de cet article.

<sup>26</sup> Il s'agit des microcosmes juridiques d'Internet qui ont progressivement investi cet espace, construit sa régulation et qui y développent encore une action continue. Ils regroupent la quasi totalité des "sous-groupes" acteurs d'Internet dont il n'est ici ni nécessaire ni possible de traiter.

	comme une façon décentralisée (en interne) et restreinte (en externe) de faire du droit.
L'ordre juridique économique :	Avant Internet, cet acteur se présente comme une communauté d'intérêt dotée d'une façon de faire du droit relativement décentralisée en interne (les grands ordres et très indirectement les individus) et coopérative en externe (avec les Etats, la société civile...).
L'ordre juridique étatique :	Cet acteur se laisse pour sa part simplement saisir comme un ordre juridique dont l'objectif est de gérer une société, qui pour sa tâche dispose de la souveraineté et dont la création du droit se trouve alors empreinte de hiérarchie.
L'ordre juridique européen :	L'ordre européen est quant à lui un ordre juridique à base économique, peu citoyen, en perpétuel mouvement, et doté d'un processus de création du droit original. Avant Internet, au niveau interne celui-ci est peu coopératif vis à vis de ses membres individuels mais fonctionne en réseau vis à vis de plusieurs de ses membres collectifs. Il est par ailleurs coopératif à un niveau externe.
L'ordre public international :	Dans son état « pré-internetique », cet acteur peut être saisi comme une totalité structurée dotée d'un processus de création du droit coopératif en interne et en externe qui renvoie la même image que le « système international » : celle d'une scène complexe, ceci en raison à la fois du nombre des acteurs concernés et des multiples liens transnationaux qui se nouent entre les niveaux internes (national, subnational) et externes (international, supranational) <sup>27</sup> .

Ensuite, il est aussi recommandé d'utiliser une méthode d'étude reposant sur la recherche d'un faisceau d'indices. Bien que moins dynamique que le système du recours à l'étude de cas et à la « prospection » intellectuelle, elle permet d'atteindre un résultat scientifique plus assuré pour constater l'existence d'une évolution d'un phénomène juridique.

Enfin, il convient d'explorer deux axes d'étude en s'interrogeant tant sur la capacité d'Internet à atteindre de façon réseautique la création du droit dans sa globalité que sur l'aptitude de cet espace à développer la diversité de la création du droit. Ces principes posés, il apparaît alors en effet possible d'appréhender et de qualifier l'action d'Internet sur la création du droit.

<sup>27</sup> Guillaume Devin, *Sociologie des relations internationales*, éditions La Découverte, 2002, p 19.

## B - Résumé : fichier infecté

Doté d'un tel cadre d'étude, il est ainsi possible de repérer un impact pluriel et réseautique d'Internet sur la création du droit et de considérer que l'évolution actuelle de ce phénomène lui serait largement imputable.

Certes, depuis quelques temps déjà, la création du droit s'était inscrite dans une phase évolutive. Plusieurs juristes y ont décelé une évolution coopérative conséquente. Mais, pour autant, il ne semblait pas possible de juger avec pertinence de l'ampleur de ce mouvement et notamment de savoir si le paradigme étatique y avait cédé sa place.

Or, avec Internet et la création du droit du cyberspace, un fort mouvement coopératif, voire réseautique, est désormais perceptible au sein de ce phénomène. Y apparaît ainsi, dans le domaine « internétique », une augmentation de la coopération interne et externe des processus de création du droit. Elle se traduit par le développement de relations complexes et pluralistes de plus en plus significatives entre les divers membres des ordres juridiques et entre les ordres juridiques eux-mêmes. Internet apparaît alors comme une source sectorielle d'évolution de la création du droit. De par sa structure technique « démocratique et résistante »<sup>28</sup>, il constitue en effet tout d'abord un espace sans relevance<sup>29</sup> remplaçant le droit dans sa position primaire de faiseur d'ordre et dans son cadre afférent d'une fabrication des règles en réseau<sup>30</sup>. Mais, pour

<sup>28</sup> Internet dispose en effet d'une structure technique de nature politique dans la mesure où elle est imprégnée par un idéal de liberté et d'égalité. Cette structure est d'autre part résistante dans la mesure où elle est protégée par les valeurs qu'elle porte et transmet et par un élan démocratique qui s'exprime notamment dans la réalisation de "contre-mesures" techniques visant à restaurer ses caractéristiques originelles. Sur ce point voir Renaud Berthou, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, thèse dact., CEDRE, Université de Rennes I, Ecole Nationale Supérieure des Télécommunications de Bretagne, 2004, <<http://www.artjuridique.com>> (rubrique expo thesis), p 313 et suiv.

<sup>29</sup> Le principe de relevance a été mis en avant par Santi Romano. Il peut être saisi comme la possibilité pour un ordre juridique de dicter les conditions d'existence, de contenu ou d'efficacité auxquelles un autre ordre juridique doit répondre pour être reconnu par lui. C'est de par son fait qu'un ordre juridique ne peut valoir pour un autre qu'en fonction d'un titre défini par celui-ci. Ce principe permet ainsi que certains ordres juridiques en renient d'autres ou les placent en situation d'infériorité. Sans lui, la création du droit serait le fait d'une multitude d'ordres juridiques sans qu'aucune entité ne puisse être réduite au silence juridique. Il est lié à une possibilité matérielle de contrainte. Sur ce point voir : Santi Romano, *L'ordre juridique*, traduction française de la 2<sup>ème</sup> édition de l'« *Ordinamento giuridico* » par Lucien François et Pierre Gothot, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1975, p 106 et suiv.

<sup>30</sup> Cet espace réactiverait ainsi le fonctionnaire primaire du droit. Ce dernier y retrouverait sa fonction primaire de faiseur d'ordre et le cadre afférent d'une fabrication du droit « en réseau ». Sur Internet, le principe de relevance ne peut en effet exister. La construction technique du réseau n'autorise pas l'existence d'ordre juridique dominateur. Elle ne fournit que très peu de possibilités de contrainte entre ordres juridiques et rend caduque les possibilités d'instaurer des cadres de reconnaissance. Dès lors, depuis l'arrivée de ses divers acteurs, le cyberspace est devenu un espace de « des-ordres », rempli d'ordres juridiques dont aucun ne peut s'imposer durablement. Le droit s'est donc retrouvé dans son état primaire de faiseur d'ordre et il n'a pu faire durablement de l'ordre que grâce au principe du réseau. En effet, à l'état primaire, le droit apparaît comme une machine à faire de l'ordre utilisant un fonctionnement en réseau. Il tend à privilégier la construction d'un réseau entre les entités juridiques. Il est dépendant de cette figure pour faire de l'ordre dans un corps social ou entre les corps sociaux. Dans un tel contexte, le réseau offre en effet la possibilité d'inclure tous les sujets juridiques dans la création collective d'un ordre qu'ils ne peuvent renier aussi facilement qu'une création imposée. Il permet notamment au droit d'établir des jeux relationnels entre les ordres juridiques, de ramener en son sein du contenu à modeler, ou de trouver les ordres juridiques en formation et de les consolider. Ce n'est qu'avec la complexification des sociétés et l'émergence du pouvoir politique institutionnalisé que le droit peut sans danger s'abstraire de ce fonctionnement et quitter sa fonction primaire. Mais, dès lors qu'il retrouve un contexte primaire, il est conduit à revenir à ce fonctionnement.

la même raison, il se présente aussi comme un espace juridique posant un certain nombre de règles du jeu inédites et de nature réseautique pour les ordres juridiques dont celles de la « négociation externe » et de la « cohésion interne »<sup>31</sup>. Des séries d'indices permettent d'ailleurs déjà d'arriver aux constats suivants au sein des principaux acteurs d'Internet<sup>32</sup> :

<b>Principaux acteurs d'Internet</b>	<b>Evolutions repérables dans le cyberspace</b>
L'ordre juridique spontané	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Structuration de la société civile</li> <li>- Développement de la place des sujets individuels et collectifs en amont et en aval de la prise de décision</li> <li>- Ouverte externe du processus de création du droit en amont de la prise de décision et au niveau de la recréation du droit</li> </ul>
L'ordre juridique économique	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Elargissement et structuration de l'ordre économique</li> <li>- Développement de la place des sujets individuels et collectifs dans l'émergence et l'application du droit</li> <li>- Ouverte externe du processus de création du droit au niveau de l'émergence du droit et plus accessoirement de la recréation du droit</li> </ul>

Traditionnellement, il en va ainsi en période de grands troubles politiques comme lors des révolutions où le réseau lui permettra de trouver rapidement un ordre nouveau. C'est aussi le cas lorsqu'il s'agit d'investir de nouveaux espaces comme la mer ou l'espace extra-atmosphérique. Pour sa part, dans un contexte primaire, un fonctionnement hiérarchique crée un ordre plus instable. Par ailleurs, il risque toujours de finir à court ou moyen terme par un sapement de l'ordre. Cela ne veut pas dire que le fonctionnement hiérarchique du droit ne soit pas durable. Il peut durer des siècles. Ce fut le cas de la monarchie ou de l'Empire romain. Mais sa fin est toujours très néfaste pour le droit dans la mesure où elle sape tout vestige de l'ordre. Seul le réseau peut éviter ces passages par des zones de troubles. Par conséquent, en raison de son cadre technique politique et résistant, le cyberspace implique une disparition du principe de relevance et place le droit dans un contexte primaire et un fonctionnement réseautique. Il est donc normal de saisir l'existence d'un jeu de droit réseautique dans le cyberspace. Sur ce point voir Renaud Berthou, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, *op. cit.*, p 316 et suiv.

<sup>31</sup> Si elles imposent un fonctionnement réseautique du droit, les caractéristiques de l'espace Internet imposent aussi des règles de jeu réseautiques aux ordres juridiques. En effet, en raison du contexte d' « irrelevance » qu'elles engendrent, les ordres juridiques du cyberspace doivent tout d'abord posséder la capacité de créer des outils de communication avec les autres acteurs. Mais ils doivent aussi pouvoir changer leur attitude et ce de façon adéquate face à tous les autres acteurs. Ces règles imposées aux ordres juridiques peuvent être dénommées « règles de négociation externe ». Elles ont pour conséquence d'ouvrir les processus de création du droit des acteurs d'Internet aux ordres juridiques étrangers. D'autre part, afin de créer du droit, ces mêmes ordres doivent disposer de la capacité de consolider leur cohésion en raffermissant le lien qui les unit à leurs membres. Cette règle peut être dénommée « règle de cohésion interne ». Elle a pour conséquence d'ouvrir les processus de création du droit aux membres des ordres juridiques. Sur ce point voir Renaud Berthou, *op. cit.*, p 318 et suiv.

<sup>32</sup> Pour obtenir plus de précisions sur les résultats présentés dans ce tableau voir : Renaud Berthou, *op. cit.*, p 253-311.

L'ordre juridique étatique	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Développement de la place des sujets individuels lors de l'émergence et de la recréation du droit et de la place des sujets collectifs dans l'émergence et l'application du droit</li> <li>- Ouverte externe du processus de création du droit en amont de la prise de décision et accessoirement au niveau de la recréation du droit</li> </ul>
L'ordre juridique européen	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Développement de la place des sujets individuels lors de la formation du projet de droit et de la place des sujets collectifs au niveau de l'émergence et de la recréation du droit</li> <li>- Ouverte externe du processus de création du droit au niveau de l'élaboration du projet de droit et accessoirement au niveau de la recréation du droit</li> </ul>
L'ordre juridique international	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Reconnaissance officieuse des sujets individuels</li> <li>- Développement de la place des sujets collectifs dans l'émergence et l'application du droit</li> <li>- Ouverte externe du processus de création du droit en amont de la prise de décision, au niveau de l'élaboration du projet de droit</li> </ul>
<b>Bilan global</b> : Développement d'une création du droit en réseau sur Internet	

Pour appréhender ce changement, il convient toutefois ici de relever que les notions de pluralisme et de complexité rendent compte de phénomènes particuliers. En effet, la notion de pluralisme renvoie à une prise en compte des autres ordres juridiques (et par extension à une prise en compte des entités juridiques que sont les individus et les groupes). Le paradigme du pluralisme juridique implique ainsi « *que, à côté du droit de l'Etat, il existe d'autres droits ou d'autres systèmes juridiques qui cohabitent avec lui, parfois en harmonie, parfois en conflit, mais qui, dans tous les cas, vivent indépendamment du droit de l'Etat* »<sup>33</sup>. Le pluralisme renvoie aussi à un concept de juridicité élargi et notamment à une prise en compte du droit alternatif, libre ou social<sup>34</sup>, c'est-à-dire au droit spontanément issu de la société. Pour sa part, la complexité renvoie à un enchevêtrement des relations des ordres juridiques (et par extension à un enchevêtrement des entités juridiques que sont les individus et les groupes) et non plus à une coexistence des ordres juridiques. En effet, « *le terme de complexité évoque autre chose que la simple complication. Il renvoie à l'idée de récursivité et d'enchevêtrement d'un niveau institutionnel à un autre* »<sup>35</sup>. La complexité est ainsi une ouverture institutionnelle

<sup>33</sup> André-Jean Arnaud et Maria José Farinas Dulce, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p 65.

<sup>34</sup> *Ibid*, p 66. Référence au concept de *freies recht*, notamment aux écrits de Ehrlich, et à l'idée de droit social développée par G. Gurwitsch. Pour cet auteur, il existe ainsi un droit social à caractère extra étatique, constitué par des systèmes juridiques dans les associations ou les groupes intermédiaires.

<sup>35</sup> *Ibid*, p 233.

d'un ordre juridique basée sur les notions d'enchevêtrement et de récursivité. Mais, la complexité est aussi un concept qui renvoie à la modélisation comme à la stratégie<sup>36</sup> et permet de découvrir l'intelligibilité d'un système tout en n'échappant pas aux paradoxes<sup>37</sup>. Par ailleurs, les concepts de pluralisme et de complexité peuvent être subsumés sous le concept de réseau, ce dernier se définissant alors comme une structure d'interconnexion instable, composée d'éléments en interaction, qui crée une collaboration et un enchevêtrement d'entités par lesquels celles-ci s'entrecroisent, s'opposent, s'entraident tout en restant chacune elles-mêmes<sup>38</sup>. Cette définition conduit en effet à considérer que le réseau implique que des entités diverses (et donc séparées) soient mises en relation d'interaction. En ce sens, les notions de pluralisme et de complexité sont des outils appropriés pour « étudier le multiple et l'apparemment inextricable »<sup>39</sup>.

D'autre part, la création du droit n'évolue pas seulement de façon sectorielle. En effet, au-delà du droit d'Internet, y apparaissent diverses relations pluralistes et complexes entre les membres des ordres juridiques et entre les ordres juridiques. L'image de la création du droit dans l'univers juridique évolue vers le modèle du réseau. En fait, des relations juridiques de ce type, initiées à partir d'Internet, s'y répandraient en dehors de ce secteur, dans un nombre

<sup>36</sup> André-Jean Arnaud et Maria José Farinas Dulce, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p 238 et 241. Ces auteurs présentent ainsi la modélisation : « Pour affronter l'apparente confusion née de l'enchevêtrement des récursivités, la théorie de la complexité offre un outil conceptuel adéquat permettant de comprendre l'économie du système. Il s'agit de la modélisation, ou construction de modèles systémiques dévoilant, outre la structure du système, les dynamiques des actions, interactions, rétroactions et récursivités qui se nouent entre les divers sous-systèmes structurellement repérés. En somme, la modélisation permet de révéler comment le système se structure, comment il fonctionne et comment il se transforme en fonctionnant. Mais il ne s'agit, par ce procédé, de rien d'autre que d'obtenir des modèles d'explication et de compréhension, éventuellement de pronostics ». Par ailleurs, pour ces auteurs, « l'accroissement de la complexité entraîne un retour à la stratégie qui est un travail avec l'aléa, avec l'incertain ». Elle constitue donc une manière de pouvoir déterminer l'incertain et « s'oppose, en cela, au programme, qui est une séquence d'événements prédéterminés s'accomplissant de manière implacable et nécessaire ».

<sup>37</sup> La complexité est ainsi liée à l'augmentation des connaissances et génère des paradoxes dans la mesure où s'y affrontent « des raisons juridiques divergentes ». En effet, dans la complexité aucune des raisons juridiques en conflit ne s'efface ou, pour le dire autrement, la raison la plus forte ne se vaccine pas ni ne s'immunise en absorbant à faibles doses des éléments de la raison concurrente (A-J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, les voies du droit, 1991, p 245.). La complexité engendre la création innovatrice d'une « raison nouvelle à partir des raisons en conflit », ce qui réduit le désordre. On y raisonne pas en tiers exclu mais par « l'acceptation d'une coexistence de régulations non unifiées » et par « l'acceptation simultanée du fait que cette acceptation n'est qu'une solution, sans prétention universelle ni perpétuelle, mais qu'elle est réellement une solution » (A-J. Arnaud, *op.cit.*, p 247.). La complexité permet alors de cerner la prévisibilité et la rationalité d'un système et de le rendre intelligible mais elle soulève des paradoxes.

A propos de ces paradoxes de la complexité, il est possible de relever l'existence d'une contradiction même concernant « la nécessaire, et en même temps, impossible gestion de la complexité » (A-J. Arnaud et M.J. Farinas Dulce, *op. cit.*, p 242.). De même, « tandis que la complexité semble par certains aspects, provenir du progrès de la connaissance lui-même, elle se complexifie avec lui » (*Ibid*). Ainsi selon A-J. Arnaud, « nous avons à notre disposition de plus en plus de données, en même temps que la certitude qu'il nous en manque plus encore pour exercer notre analyse et nous faire un jugement. Nous obtenons, également, de plus en plus d'informations sur les relations que ces données entretiennent entre elles, tout en sachant que nous échappent la plupart des boucles et enchevêtrements qui caractérisent ces relations. Le résultat est que nous découvrons, de ce fait, que notre ignorance progresse avec la connaissance, et qu'au lieu de comprendre toujours mieux, les choses apparaissent toujours moins simples, plus complexes » (*Ibid.*).

<sup>38</sup> Maffesoli Michel, *Le temps des tribus, Le déclin de l'individualisme dans les sociétés postmodernes*, La table ronde, 1998, p 246.

<sup>39</sup> André-Jean Arnaud et Maria José Farinas Dulce, *op. cit.*, p 208.

exponentiel d'ordres juridiques. C'est notamment ce qu'illustrent à petite échelle les phénomènes de démocratie électronique et de forumisation du droit<sup>40</sup>. Alors, Internet apparaît aussi comme une source « universelle » d'évolution de la création du droit. Il semble imprimer de façon persistante un mouvement réseautique dans les processus de création du droit de nombreux ordres juridiques, et ceci sans que pour autant cette évolution réseautique ne contrarie la diversité de la création du droit garantie notamment par le respect matriciel d'Internet envers le pluriel<sup>41</sup>.

Cet effet global de réseautisation, est tout d'abord du à des causes primaires d'évolution, c'est à dire aux logiques ayant conduit à l'intégration de l'outil Internet<sup>42</sup>. Mais, il doit aussi être

<sup>40</sup> Les actions de démocratie électronique qui se multiplient dans les Etats sont ainsi une reprise « dans le contexte réel », bien que sous contrôle, des pratiques d'e-démocratie développées par les internautes. Quant à la forumisation du droit, initialement pratiquée sur Internet, elle inspire actuellement certaines actions étatiques à destination du monde réel et virtuel (la tentative du Forum des droits sur Internet en France et ses pendant étrangers) ou certaines actions européennes. En recourant à un débat public sur l'avenir de l'Union, à une convention, à de nombreuses consultations, à l'utilisation d'Internet (sites, forums, mise à disposition des pièces du débat voire des textes constitutionnels en formation...) et en empruntant la voie des référendum étatiques, le processus d'élaboration du projet de traité sur l'Union européenne semble en effet s'être inspiré de ce modèle d'action. Sur ces concepts de démocratie électronique et de forumisation du droit voir : Renaud Berthou, « La démocratie électronique ou l'Internet et l'évolution de la participation des agents politiques à la prise de décision dans l'ordre juridique étatique », <<http://www.artjuridique.com>> (rubrique expo thesis), Janvier 2002, 22 p. Renaud Berthou, « La forumisation du droit : à propos des perspectives et enseignements d'une expérience originale de création du droit », <<http://www.artjuridique.com>> (rubrique expo thesis), à paraître dans la Revue Droit et Société, 2005, 31 p.

<sup>41</sup> Internet est en effet tout d'abord lié au pluriel au niveau de son action réseautique. De façon prospective, les modalités de son influence réseautique augmenteront ainsi à court terme l'originalité des processus de création du droit puis la préserveront à long terme. En créant des groupes ou en attirant, il en fera ainsi autant d'expérimentateurs de la voie réseautique. De même, il laissera subsister des degrés de conversion réseautique. Mais Internet pourrait aussi engendrer le développement de constructions juridiques qui seront à leur tour garantes de la diversité de la création du droit. Il est ainsi possible qu'il conduise à l'édification d'un processus d'agencement entre ordres juridiques mais alors, pour ne pas être remis en cause, ce processus d'agencement devra promouvoir l'existence plurielle des groupes et de leurs processus de création du droit. Il ne pourra subsister qu'en fonction de la qualité de cette diversité des processus qui constitue sa raison d'être. D'autre part, Internet serait aussi susceptible de faire émerger un ordre juridique gestionnaire dépositaire de ce processus d'agencement. Or, ce dernier ne pourra pareillement qu'être respectueux de l'originalité des ordres juridiques. Construit à plusieurs, il reposera en effet sur une structure pluraliste. Dès lors, il ne pourra qu'avoir qu'un fonctionnement respectueux des groupes et de leurs processus. D'ailleurs, dans l'hypothèse où cette construction chercherait à contrôler ou combattre des groupes sociaux et leurs processus, elle remettrait en cause son existence. L'absence de relevance qui règne dans le cyberspace ne lui permettra pas en effet de s'imposer face à ses créateurs. Elle subira leur contestation, son action sera remise en cause et son maintien compromis. C'est notamment pourquoi il existe une faible probabilité de dépasser le stade d'un ordre juridique gestionnaire sur Internet. Le cyberspace serait donc matriciellement lié au pluriel. Il semble appelé à augmenter et à préserver l'originalité des processus de création du droit. De par les modalités de son action réseautique et les constructions juridiques qu'il rend possible, il initie en effet une pluralité de processus de création du droit qui garantie d'ailleurs elle-même la qualité réseautique de son impact, une réduction de la diversité de la création du droit ayant alors pour effet de réduire le nombre d'entités juridiques, leurs différences et par conséquent l'ampleur de l'évolution réseautique mise en place au niveau virtuel puis réel. Renaud Berthou, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, op. cit., p 365-373.

<sup>42</sup> Les évolutions terrestres des acteurs d'Internet sont en effet tout d'abord dues aux logiques ayant conduit à l'intégration de l'outil Internet dans les ordres juridiques. Néanmoins, cette cause primaire diffère selon qu'il s'agisse des ordres privés ou publics. La cause principale des évolutions des ordres publics réside ainsi davantage dans un besoin de ces ordres de s'adapter au changement et au progrès social, en fait dans une défense face au changement social, alors que, dans les ordres

relié à des causes secondaires d'évolution comme par exemple à l'importation de virus juridiques ou d'une nouvelle vision de la matière juridique dans les acteurs du droit du cyberspace<sup>43</sup>. Ces dernières causes secondaires peuvent d'ailleurs être considérées comme

---

juridiques privés, la cause primaire d'évolution s'inscrit davantage dans une logique de réalisation du but, c'est-à-dire dans la capacité d'Internet à améliorer la réalisation de leur but. Renaud Berthou, *op. cit.*, p 344 et suiv.

<sup>43</sup> A côté des causes primaires des évolutions terrestres des processus de création du droit des acteurs d'Internet, il existe ainsi des causes secondaires d'évolution non négligeables. En effet, Internet produit aussi des évolutions de par son caractère d'espace juridique et notamment de par les conséquences que sa fréquentation induit. Il introduit ainsi tout d'abord une nouvelle exploitation et une nouvelle vision du droit dans les ordres qui s'y intéressent et conduit alors à penser différemment la création du droit. Depuis l'espace terrestre, il existe en effet trois grandes exigences à respecter pour faire un droit adapté à l'espace Internet : l'exigence méthodologique de la primauté du réseau, l'exigence d'action sur les nœuds et l'exigence d'évolution dans les concepts utilisés. Or, ces exigences issues des règles du jeu posées par l'espace Internet forgent une vision particulière du droit dans laquelle celui-ci tend à être conçu comme un mal nécessaire, un outil de gestion aussi dangereux qu'imprécis et un outil moins politique. Le droit apparaît alors comme une matière faite par tous, malléable, servant essentiellement à éviter le désordre et sa création évolue sur un plan global. Le cyberspace remet en fait en cause l'exploitation du droit et s'immisce dans le tréfonds de la régulation juridique. Il atteint directement le cœur du système : la vision du droit. Or, de ce fait, il conduit à penser différemment la création du droit dans le monde réel. Il engage à élaborer un droit plus souple, plus ouvert et plus pratique. Cela explique donc les évolutions qui y sont repérables.

Mais le cyberspace engendre aussi une sorte de contamination par virus juridique qui constitue un facteur secondaire puissant d'évolution politique et juridique dans le monde réel. La fréquentation d'Internet conduit en effet aussi les ordres juridiques à importer tout un tas d'outils juridiques internétiques porteurs d'une idéologie qui agissent en leur sein comme des virus en créant des changements successifs. Il en va ainsi par exemple de l'autorégulation qui porte une nouvelle vision du droit. En effet, cette importation permet de court-circuiter le processus d'adaptation au changement social et de dépasser les actions de maîtrise du pouvoir politique. Elle introduit des changements que les détenteurs du pouvoir politique n'étaient pas prêts à accepter et qu'ils devront officialiser à terme. Elle ouvre le processus législatif, élargit le pouvoir, le partage et le fait se répandre dans tout le corps social. En fait, cette importation affecte la création du droit, et par ricochet remet en cause le pouvoir politique qui est lié à la maîtrise du droit. Les détenteurs de ce pouvoir ne peuvent alors plus instituer le lien social et dicter leur volonté dans un droit qui a pris son autonomie. Ils doivent négocier pour faire du droit et parfois constater le droit créé. De plus, il se produit une refonte des processus de création puisque les détenteurs du pouvoir doivent changer les modèles pour éviter d'être contesté. Internet crée donc une réaction en chaîne qui a l'allure d'une innovation historique. Touchant la régulation juridique, il perturbe la régulation politique qui à son tour initie une réforme juridique. Alors que jusqu'à présent, les ordres juridiques semblaient changer par le haut (pour changer le droit on initiait une révolution politique), avec ce réseau, c'est le droit qui change la sphère politique et consolide son évolution. Ce processus est possible car la création du droit est à ce point liée au régime politique que la troubler c'est faire vaciller le pouvoir politique. Il existe certes des limites à cette action d'Internet. Tout d'abord, les virus juridiques importés sont encore essentiellement contenus dans le domaine « internétique ». Par ailleurs, comme cela s'est passé pour les virus issus du droit de la mer ou de l'espace, il n'est pas sûr que les virus d'Internet arrivent à rencontrer les conditions de leur prolifération. Enfin, il est difficile d'imaginer que cette contamination des ordres juridiques par importation soit très rapide. Cependant, il ne faut pas sous-estimer les conséquences de l'importation de ces micro-innovations juridiques. En effet, un ordre juridique, comme tout organisme ne peut changer du tout au tout. Il ne suffit pas de décréter son changement pour que le cœur du système évolue. Pour faire évoluer le fonctionnement d'un ordre juridique, il est plus sûr de trouver de petits points de passage. Ils sont un meilleur gage du succès de la transformation. Par exemple, on peut remarquer que l'introduction des procédés des MARC dans le droit économique, apparemment inoffensive, s'est néanmoins répandue dans l'ensemble du droit et a permis (au moins en partie) la conception d'un droit négocié. De même, la perestroïka, qui était une micro-évolution dans le système juridique de l'URSS, a engendré une révolution. Mais c'est davantage la révolution française qui est riche d'enseignements sur ce point. Ce qui a permis de changer l'ordre juridique dominant à cette époque, c'est en effet la simple abrogation du vote par ordre et du droit des privilèges. Il y a là une illustration marquante de l'idée du point de passage. Il convient donc d'être

particulièrement efficaces car, bien que subtiles et d'action différée, elles n'en atteignent pas moins directement le cœur du système juridique. Il suffira ainsi au virus juridique, par exemple à celui des MARC<sup>44</sup> ou de la forumisation, une fois le système pénétré, de rencontrer les conditions de sa prolifération, par exemple un besoin de droit négocié, pour activer une série de réactions en chaîne et une puissante logique de changement. D'autre part, ce phénomène de réseautisation est aussi lié aux capacités d'attraction d'Internet sur les ordres juridiques et au renouveau des groupes qu'il engendre. En effet sans ces deux logiques d'action, Internet ne disposerait pas de la capacité d'atteindre de façon réseautique la création du droit dans sa globalité<sup>45</sup>.

Ce phénomène de réseautisation et d'érosion internétique est par ailleurs déjà aisément repérable au sein de l'action terrestre des principaux acteurs d'Internet comme le montre le tableau suivant<sup>46</sup>.

---

attentif à l'importation des outils forgés par la vision du droit développée sur Internet. Ces derniers peuvent constituer des points de passage conduisant à une évolution juridique et politique globale. A côté de la nouvelle exploitation et vision du droit importée par Internet, cette contamination par virus juridique constitue alors aussi un facteur secondaire puissant d'évolution. Renaud Berthou, *op. cit.*, p 347 et suiv.

<sup>44</sup> Abréviation désignant les Modes Alternatifs de Règlement des Conflits.

<sup>45</sup> De par les enjeux qu'il comporte et dangers qu'il implique, Internet constitue en effet une force d'attraction pour les ordres juridiques. Il est devenu un passage quasiment obligé pour les ordres juridiques. Par conséquent, peu de groupes actuellement en exercice pourront éviter l'évolution qu'il engendre. Seuls quelques ordres « imperméables » ou « épargnés » semblent pouvoir y échapper. D'autre part, outre le fait d'attirer les groupes, Internet engendre aussi la création de nouveaux groupes primaires et secondaires et oriente alors ces derniers vers des processus réseautiques. Son action réseautique sur la création du droit est donc importante. Il fait office d'accélérateur réseautique des processus de création du droit de nombreux ordres juridiques et modifie la création du droit dans sa globalité. Dans la mesure où son action est difficilement contrôlable, il apparaît initié un changement de paradigme en faisant passer la création du droit à l'ère du réseau. Sur ce point voir : Renaud Berthou, *op. cit.*, p 353 et suiv.

<sup>46</sup> Pour obtenir plus de précisions sur les résultats présentés dans ce tableau voir : Renaud Berthou, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, *op. cit.*, p 324-342.

Principaux acteurs d'Internet	Evolutions engendrées par Internet dans l'espace terrestre
L'ordre juridique spontané	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Impact d'Internet accessoire au niveau de la structuration de la société civile</li> <li>- Ouverture interne et externe informelle du circuit de fabrication du droit (soit ici des principes de création du droit)</li> <li>- Accentuation de cette dynamique d'ouverture en cours et action de structuration de la société civile prévisible</li> </ul>
L'ordre juridique économique	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Impact d'Internet repérable au niveau de la structuration de l'ordre économique</li> <li>- Ouverture interne et externe de la méthode économique de fabrication du droit au niveau de la formation du projet de droit et parfois de l'application- recréation du droit</li> <li>- Accentuation de cette dynamique d'ouverture en cours</li> </ul>
L'ordre juridique étatique	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ouverture interne et externe du processus de création du droit au niveau de l'émergence du droit</li> <li>- Accentuation de cette dynamique en cours</li> </ul>
L'ordre juridique européen	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ouverture interne du processus de création du droit au niveau de l'émergence du droit et de l'adoption du droit pour les membres individuels et de l'élaboration du droit pour les membres collectifs</li> <li>- Ouverture externe du processus de création du droit plus contenue et informelle</li> <li>- Accentuation de cette dynamique en cours</li> </ul>
L'ordre juridique international	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ouverture interne et externe informelle du processus de création du droit au niveau de la formation du projet de droit</li> <li>- Accentuation de cette dynamique en cours</li> </ul>
<b>Bilan global :</b> Erosion internétique, développement d'une évolution de nature réseautique	

Au vu de ces résultats d'analyse, Internet se présente alors comme un facteur de développement d'une pluralité de processus réseautiques. Il a un impact direct sur la création du droit. Sans pour autant être la seule cause du développement réseautique que connaissent

les processus de création du droit à l'ère postmoderne, il s'agit d'un outil majeur d'évolution. Il initie un changement de paradigme en remplaçant celui de la coopération et de la diversité par celui du réseau et du pluriel. Reste que, relever l'action d'Internet sur le phénomène de création du droit ne peut suffire. Il convient aussi d'envisager les conséquences de cette évolution qu'il engendre.

### **III Start LiveUpdate : [www.principes-d'action.eu](http://www.principes-d'action.eu)**

L'action d'Internet sur la création du droit aura sans aucun doute des conséquences très importantes sur les ordres juridiques. En effet, elle ne pose pas simplement un problème d'adaptation dans l'utilisation des processus de création du droit. C'est pourquoi, d'ailleurs, il convient de ne pas seulement s'attacher à rechercher une manière d'encadrer cette évolution des processus de création du droit. Cette action initie plus globalement un problème de réforme structurelle. Elle met en danger la stabilité des ordres juridiques et même du monde juridique. En perturbant leurs bases les plus solides, elle oblige quasiment tous les ordres juridiques à de très profondes transformations structurelles. C'est donc à l'étude (A) et au traitement de ces répercussions (B) qu'il convient avant tout de s'intéresser.

#### **A - Réparer le fichier ? - <http://www.principes.net>**

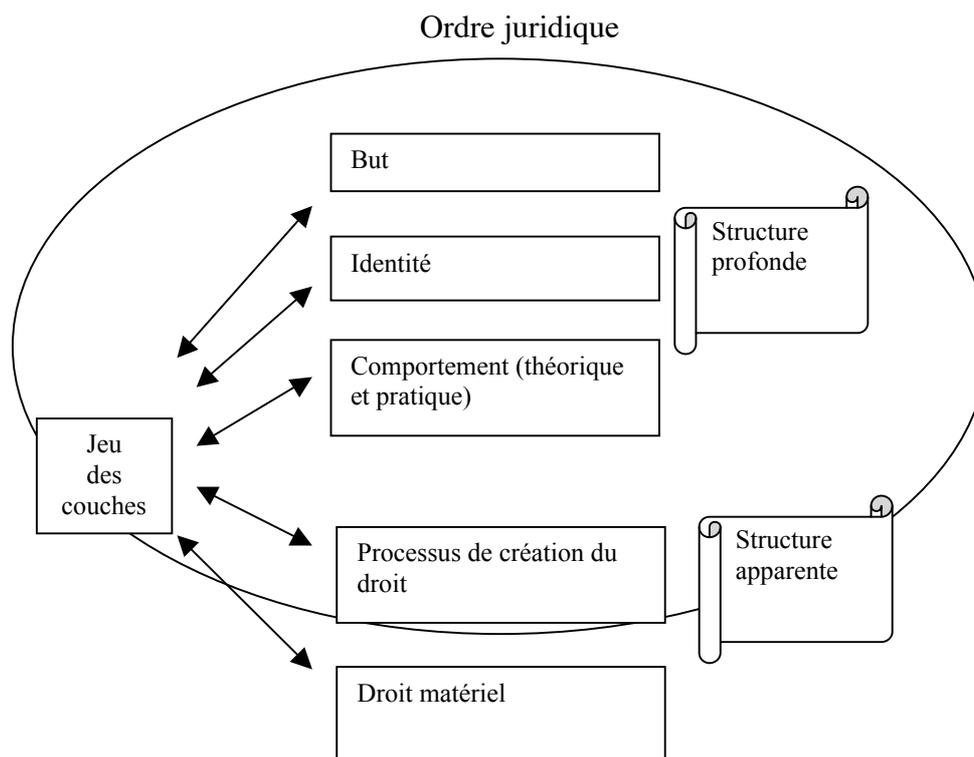
D'un point de vue théorique, et dans la mesure où les processus de création du droit sont liés à la structure interne des ordres juridiques, une évolution non préparée et conséquente de ces processus, comme celle initiée par Internet, peut ainsi obliger les ordres juridiques à modifier, retravailler ou redéfinir leurs structures profondes.

Sous un angle organisationnel, un ordre juridique possède en effet un certain nombre de « couches structurelles apparentes et profondes »<sup>47</sup> et les processus de création du droit se présentent comme liés à ces autres strates de telle façon qu'il y a interdépendance entre eux.

---

<sup>47</sup> Les ordres juridiques disposent ainsi tout d'abord de couches structurelles superficielles : les processus de création du droit et le contenu du droit. Expressions d'un soubassement plus profond, ce sont des moyens d'action pour les ordres juridiques, des moyens de réaliser leur but, d'exprimer leur identité et leur comportement. De façon métaphorique on peut dire que le processus de création du droit représente ainsi l'organe d'expression, voire la bouche de l'ordre juridique. C'est ce qui lui permet d'articuler ses idées. C'est un outil au profit d'une identité et d'un comportement. Il est créé pour les servir. Le droit matériel, pour sa part, n'est que la parole de l'ordre. C'est le discours du pouvoir politique. Par ailleurs, les ordres juridiques se composent de couches structurelles plus profondes. La première est celle du but, tout ordre disposant en effet d'un but commun. C'est elle notamment qui définit l'ampleur des activités de l'ordre juridique. C'est en quelque sorte la couche où « l'affectio societatis » forme l'objet social des groupes sociaux. Il existe deux degrés ou types de buts : les buts principaux et les buts organisationnels nécessaires à ces buts principaux. La deuxième couche structurelle profonde des ordres juridiques est celle de l'identité. Elle renvoie notamment à un magma de signification et un capital de valeurs et de traditions propres à l'ordre juridique. Quant au comportement, la troisième couche structurelle profonde des ordres juridiques, il renvoie aux principes d'action qu'un ordre utilise. Ces derniers sont liés à son identité mais en constituent une application pratique. Parfois, cette couche est exprimée dans le droit : c'est par exemple le cas des Droits de l'homme dans l'ordre étatique français. Mais, cette couche semble comprendre plus précisément tous les grands principes d'action supportant la structure de l'organisation qu'ils soient exprimés ou non. Il apparaît néanmoins opportun de séparer le comportement théorique et pratique. Le premier comportement est constitué des principes qui traduisent l'identité en terme de vision globale du fonctionnement de l'organisation, ceux qui pensent l'organisation. Le deuxième comportement est constitué des principes qui donnent vie à l'organisation et sont directement liés à la réalité. Renaud Berthou, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, thèse dact., CEDRE, Université de Rennes I, Ecole Nationale Supérieure des Télécommunications de Bretagne, 2004, <<http://www.artjuridique.com>> (rubrique expo thesis), p 377-396.

Au sein des ordres juridiques, il existe ainsi un lien structurel, soit un jeu des strates fait de répercussions enchevêtrées, au nom duquel une évolution dans une couche structurelle n'y reste pas circonscrite. Dans le cadre de cette interdépendance enchevêtrée, les couches structurelles sont poreuses, rétroagissent les unes sur les autres et un réajustement peut avoir lieu à partir de n'importe quel niveau. Par conséquent, d'un point de vue théorique, une évolution des processus de création du droit comme celle engendrée par Internet met en cause les couches structurelles profondes d'un ordre juridique en l'obligeant à faire évoluer son comportement et son identité<sup>48</sup>. C'est ce jeu organisationnel qu'illustre le schéma suivant.



Par ailleurs, concrètement, ce type d'évolution des processus de création du droit initié par Internet rend inefficace ou encore politiquement et socialement dangereux les comportements et identités antérieures des ordres juridiques<sup>49</sup>. Dès lors, afin de pouvoir agir

<sup>48</sup> En effet, puisqu'un ordre ne peut éviter de se servir de son processus de création du droit et que l'évolution de celui-ci se répercute ailleurs en raison d'une interdépendance structurelle, un changement non voulu et conséquent de ces moyens d'action des ordres juridiques empêche ces entités de se comporter comme à l'accoutumé et de maintenir leurs identités.

<sup>49</sup> Un changement involontaire et conséquent dans les processus de création du droit empêche ainsi tout d'abord les ordres juridiques de déployer une action efficace. En effet, un ordre juridique ne peut agir en évitant de passer par son processus de création du droit. Alors, si un important changement non désiré y survient, l'identité et le comportement de l'ordre juridique se trouvent aux prises avec une machine expressive inadéquate et son action devient inefficace. D'autre part, en rendant inefficaces les actions des ordres juridiques basées sur une structure profonde non modifiée, une évolution involontaire et importante des processus de création du droit rend aussi nocive politiquement une action classique. A cause d'une telle évolution, les actions classiques engendrent en effet une contestation de la légitimité des ordres juridiques et incitent même les agents politiques à abolir le système juridique. Les ordres juridiques doivent alors modifier leurs identités et leurs comportements pour éviter cette dangerosité politique des structures profondes non modifiées. Enfin, une évolution involontaire et conséquente dans la création du droit engendre aussi une évolution de l'organisation

de façon adéquate, ces organisations juridiques devront entreprendre une réforme de leur structure profonde.

Or, cette évolution structurelle est problématique. Pour les ordres juridiques, elle revient à adopter des principes structuraux dont Internet révèle l'existence mais qui sont inexploitablement par eux en l'espèce.

Internet dévoile en effet les modalités de réalisation des réformes structurelles exigées de la part des ordres juridiques. Cet espace révèle ainsi logiquement les principes structuraux nécessaires à un encadrement de l'évolution réseautique de la création du droit<sup>50</sup>. Il met tout d'abord en avant l'intérêt du théorème identitaire de la régulation, plus connu aujourd'hui sous le nom de gouvernance<sup>51</sup>. Par ailleurs, il dévoile l'utilité de deux déclinaisons comportementales de ce théorème : celle du principe comportemental communicationnel et celle du principe comportemental du choc juridique<sup>52</sup>. Or, ces principes, de nature théorique et

---

sociale. En effet, les processus de création du droit déterminent la capacité des ordres juridiques à influencer sur les comportements humains et à contrôler les rapports sociaux. Un changement de type de processus de création du droit entraîne donc un changement dans les possibilités d'instituer un groupe social et fait évoluer les rapports sociaux. De plus, le droit étant désormais la principale règle sociale, cet effet est accru. Dès lors, une action involontaire et conséquente sur la création du droit perturbe profondément l'organisation sociale et les ordres juridiques ne peuvent plus garder leurs identités et comportements antérieurs sauf à s'exposer aux conséquences redoutables d'une perte de maîtrise du fonctionnement social des communautés qu'ils abritent. Ils doivent adapter leurs structures profondes aux traits du nouveau processus de création du droit afin de pouvoir sauvegarder de la possibilité d'action. Au vu de ces conséquences, il est donc compréhensible que l'évolution engendrée par Internet, en tant qu'évolution involontaire et importante des processus de création du droit, entraîne une évolution de la structure profonde des ordres juridiques. Renaud Berthou, *op. cit.*, p 396 et suiv.

<sup>50</sup> Il s'agit de principes qui satisfont au jeu de création du droit en vigueur sur l'espace Internet et permettent aux ordres juridiques de reprendre de la maîtrise dans le cadre du droit en réseau.

<sup>51</sup> Internet met ainsi en avant l'utilité d'adopter une identité régulatrice pour les ordres juridiques placés dans un contexte de droit en réseau. Cette modalité de pensée de l'action connaît en effet certains succès sur cet espace réseautique. Elle permet d'y fixer du droit. D'un point de vue théorique, cette identité combine respect et intégration des entités juridiques (pluralisme et complexité). Elle renvoie notamment « à l'entrelacement d'actions multiples, complémentaires, contradictoires, juxtaposées » et repose sur une vision de l'action publique consistant à garantir la lutte des ordres et de leurs droits entre eux. Elle est liée notamment aux concepts de pluralisme ordonné, de procéduralisation, de réseau ou de gouvernance, cette dernière notion se laissant appréhender comme un « processus de coordination d'acteurs, de groupes sociaux, d'institutions qui ne sont pas tous étatiques ni même publics pour atteindre des buts propres, discutés et définis collectivement dans des environnements fragmentés, incertains » (Jacques Commaille et Bruno Jobert, « La régulation politique : l'émergence d'un nouveau régime de connaissance ? », in Jacques Commaille et Bruno Jobert, *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 1999, p 16.). A l'inverse de l'identité réglementariste, l'identité régulatrice consiste ainsi d'abord à maintenir en équilibre un système complexe. Cela signifie qu'elle implique, pour les ordres juridiques, de gérer un multiple en évitant qu'un élément fasse pencher vers lui la balance (au moins s'il n'y a pas de nécessités). L'identité régulatrice consiste à prendre en considération l'état des choses et à faire coexister les différents ordres. Pour se faire, elle conduit à limiter l'impérativité des droits, à combiner toute forme de droit comme le contrat, les usages et la loi (en ce sens, les MARC, les chartes et codes privés sont des instruments d'une action régulatrice). Mais, au-delà de cette vision de l'identité régulatrice dans l'interne des ordres juridiques, à une échelle externe, il s'agit d'une pensée juridique qui conduit les ordres juridiques à s'ouvrir aux autres et à accepter une perte de pouvoir sur le droit. Autrement dit, cette identité implique pour ces ordres de jouer honnêtement avec leurs congénères en acceptant un certain nombre de risques juridiques inhérents au jeu. Renaud Berthou, *op. cit.*, p 411 et suiv.

<sup>52</sup> *Ibid*, p 424 et suiv. Internet met en effet en avant l'utilité du « moyen du choc juridique » concernant l'action des ordres juridiques dans un contexte de création du droit en réseau, l'expression de choc juridique renvoyant alors à une reconfiguration du niveau de matière juridique présente au sein des

aux contours flous, sont difficiles à mettre en œuvre. En l'état, ils ne constituent pas des guides de réforme aisément exploitables et il est possible d'envisager l'émergence d'une perte de pertinence d'action généralisée pour les ordres juridiques.

L'évolution de la création du droit engendrée par Internet risque donc de mettre en danger la stabilité des ordres juridiques comme celle du monde juridique. A cause d'elle, les diverses entités touchées par Internet seraient appelées à perdre de la pertinence d'action. L'avenir de ces structures juridiques serait alors bien inquiétant si toutefois l'Union européenne ne venait pas ici apporter certaines voies de solutions exploitables.

## **B - Télécharger un antivirus structurel - ftp://Europe.org**

L'ordre juridique européen ne semble pas ainsi appelé à subir les mêmes conséquences que ses congénères. Sa structure profonde étant déjà adaptée aux exigences du réseau, son action garderait alors une certaine efficacité dans le nouveau paradigme de la création du droit.

L'Union européenne est en effet un ordre juridique construit sur le pluralisme et la complexité qui a déjà intégré les principes du réseau dans sa structure profonde<sup>53</sup>. Ces tendances juridiques qui ont émergé sous des formes atténuées dans l'histoire européenne se sont en fait progressivement imposées dans son identité organisationnelle. Au gré de ses époques historiques, de ses égarements guerriers, de sa prétention à l'universalité, de ses doutes et élargissements, l'Europe a ainsi en quelque sorte accouchée de bien plus qu'une devise : « l'union dans la diversité », c'est aussi un magma identitaire et complexe de significations. D'autre part, l'Union a su décliner cette identité au niveau comportemental. Structuré sur des principes d'action tels que celui de « la conjugaison des stratégies d'intégration et de coopération »<sup>54</sup> ou celui de « la dialectique de l'élargissement et de l'approfondissement »<sup>55</sup>,

---

ordres juridiques et accessoirement aussi à une action institutionnelle puisque, pour diminuer ou augmenter le niveau de droit, il faut notamment agir sur les lieux de production du droit. Mais, Internet engage à penser que créer un choc juridique n'est pas la seule action comportementale requise pour répondre au contexte d'une création du droit en réseau. Il nous apprend aussi qu'il est nécessaire, pour les ordres juridiques, d'adopter un principe comportemental communicationnel, c'est à dire, qu'il leur faut développer des moyens de discussion pour gérer leur coexistence après ce choc juridique. En effet, un choc juridique ne peut avoir comme effet que de permettre aux ordres juridiques de retrouver des conditions plus optimum pour un dialogue dans l'espace Internet. Mais, en aucun cas, ce choc ne serait suffisant pour améliorer de façon appropriée leurs relations sur cet espace. Certes, à ce niveau de droit, à ce degré de standard juridique, la discussion et la coexistence des ordres juridiques sera facilitée : ils pourraient plus facilement converser, s'accorder et définir des voies de consensus. Néanmoins cela n'est pas suffisant pour répondre aux règles du jeu imposées par Internet. Ce principe comportemental communicationnel peut être défini comme un principe attribuant une priorité d'action à la discussion et conduisant donc à développer des moyens de discussion, ceux-ci étant des outils juridiques permettant aux divers ordres juridiques de s'engager dans des tractations juridiques voire dans des réceptions juridiques. Ce principe vise à prendre en compte la diversité des ordres juridiques. Il s'agit d'un principe d'action conduisant à l'intégration ou l'enchevêtrement des ordres et renvoyant à un comportement complexe. C'est en ce sens d'ailleurs qu'il constitue une application du théorème identitaire de la régulation.

<sup>53</sup> Pour une étude complète de la structure de l'Union européenne sous cet angle, voir Renaud Berthou, *op. cit.*, p 443-478.

<sup>54</sup> Il existe en effet au sein de l'ordre juridique européen une stratégie d'intégration cherchant « à réaliser l'union économique et politique de l'Europe en transférant progressivement certaines compétences relevant de la souveraineté des Etats à des instances administratives ou électives transnationales ». Cette stratégie qui s'inspire de la supranationalité privilégie la prise de décision à la majorité. Mais l'Union européenne utilise aussi une stratégie de la coopération tendant au même but avec moins d'ambition puisqu'elle cherche à « rapprocher, à harmoniser et à coordonner les politiques menées par les Etats, dans le respect de leurs souverainetés respectives ». C'est notamment en raison de sa présence que dans les domaines où les Etats ont convenu de mener des actions conjointes, les décisions des instances inter-gouvernementales ont été prises à l'unanimité.

l'Union reste en effet en cohérence dans sa stratégie d'action<sup>56</sup> combinant respect et intégration des entités avec sa nature identitaire pluraliste et complexe. Elle développe même depuis plusieurs années un « modèle communautaire » d'action cohérent au niveau de son comportement théorique externe<sup>57</sup>.

Plus concrètement<sup>58</sup>, elle utilise par ailleurs d'autres fleurons à tendance réseautique au niveau constitutionnel : son principe d'action de « répartition des compétences » qui enchevêtre compétences communautaires et nationales<sup>59</sup> ; ses principes d'action de « distribution horizontale » et de « répartition verticale » des compétences qui associent Etats et institutions communautaires<sup>60</sup> ou encore sa « séparation organique et sa coopération fonctionnelle des

Or, ces stratégies, d'abord successivement mises en œuvre, ont été combinées progressivement depuis les années 70 et de façon affirmée depuis le traité de Maastricht. Voir sur ce point : Jean-Louis Quermonne, *Le système politique européen, Des communautés économiques à l'Union politique*, Montchrestien, coll. « Clefs politique », 1993, p 14 et suiv.

<sup>55</sup> Ce principe d'action consistant en quelque sorte à créer une Union tout à la fois plus large et plus soudée a d'ailleurs récemment été activé lors de l'élargissement à 25 et de la tentative concomitante de réforme institutionnelle initiée par le projet de Constitution européenne. Ce projet avait en effet notamment pour objectif de rendre l'Union plus opérationnelle après l'accroissement de ses membres. Sur ce point voir Renaud Berthou, *op. cit.*, p 463 et p 474 et suiv.

<sup>56</sup> Référence au comportement théorique de l'Union européenne en interne et en externe constitué des principes d'action qui traduisent son identité en terme de vision globale du fonctionnement de l'organisation. Voir sur ce point la définition des couches structurelles des ordres juridiques donnée ci-dessus.

<sup>57</sup> Référence au modèle communautaire développé envers les pays ACP dans le cadre des relations d'aide de l'Union avec les pays tiers. Renaud Berthou, *op. cit.*, p 462.

<sup>58</sup> Référence au comportement pratique de l'Union européenne constitué des principes d'action qui donnent vie à l'organisation et sont directement liés à la réalité. Sur ce point se reporter à la définition des couches structurelles des ordres juridiques donnée ci-dessus.

<sup>59</sup> Ceci notamment parce qu'il existe dans l'Union une absence de clause générale de répartition des compétences et une interprétation large du principe des compétences d'attribution. voir sur ce point le jeu des compétences exclusives/partagées/concurrentes/retenues/réservées/impliquées et le jeu des clauses d'adaptation, Denys Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF, collection droit fondamental, 2001, p 127 et suiv.

<sup>60</sup> La distribution horizontale qui exprime « *la dévolution du pouvoir d'arrêter des normes dans un domaine déterminé* » renvoie en effet tout d'abord à une pluralité de modes de distributions (compétences exclusives/partagées/réservées...) dont on peut aussi rendre compte en terme de gradation en allant notamment du dessaisissement total des Etats membres vers le maintien de leur compétence exclusive (compétences abolies/transférées/encadrées/coordonnées/réservées et compétences externes explicitement attribuées/fondées sur les clauses d'adaptation/implicitement reconnues/exclusives ou partagées.). Or, ces modes de distribution traduisent déjà en eux-mêmes un pluralisme par répartition (les compétences réservées) ou une complexité (les compétences mixtes ou partagées). Mais, la distribution horizontale renvoie aussi à des principes d'interprétation des compétences (la préemption, la loyauté communautaire, la subsidiarité, la proportionnalité). Il s'agit de concepts régulateurs, c'est-à-dire de notions « *sous-jacentes aux différents modes de distribution des compétences et qui ont pour fonction de servir d'axes de référence, en vue de justifier, d'aménager ou de corriger l'interprétation des règles de compétences dans chaque situation particulière* ». Ces concepts, qui constituent le cœur du système de répartition, fonctionnent comme des principes généraux du droit. Ils dirigent le raisonnement du juge. Or, ils développent un fonctionnement enchevêtré des ordres juridiques communautaire et nationaux.

De même, la répartition verticale des compétences qui traduit « *le partage des pouvoirs de mise en œuvre, en fonction de l'intensité normative des règles communes et de l'autonomie des Etats membres dans l'exécution du droit communautaire* » renvoie à un axe vertical « *exprimant un partage de compétences dans la mise en œuvre des règles communes* », c'est-à-dire à « *une intervention conjointe des institutions communautaires et des Etats membres en vue d'assurer le complément normatif, l'application administrative et la sanction effective des normes communautaires* ». Ce principe consiste ainsi en « *une tension structurelle entre le principe de décentralisation, qui fait des Etats membres le relais de la mise en œuvre du droit communautaire, et le principe d'uniformité, qui suppose une coopération contrôlée des autorités nationales à l'application effective des normes*

pouvoirs »<sup>61</sup> qui conduisent à faire rentrer les membres de l'Union<sup>62</sup> dans des pouvoirs séparés de façon organique et à faire collaborer ces derniers par enchevêtrement<sup>63</sup>. Mais son circuit normatif est aussi atteint par cette tendance pluraliste et complexe : les sources du droit européen, comme par exemple la directive, reposent en effet sur une association coopérative poussée<sup>64</sup> ; quant à ce qui concerne le pan des effets du droit communautaire, ses principes jurisprudentiels unitaires de l'effet direct et de la primauté<sup>65</sup> se sont finalement développés dans le sens d'une collaboration entre Etats membres et ordre communautaire<sup>66</sup> alors pourtant qu'ils étaient à la source du « coup d'Etat juridique » et fédéraliste ayant

---

*communes* ». Il participe donc à l'enchevêtrement des Etats membres et de la Communauté. Voir sur ce point Denys Simon, *op. cit.*, p 130 et suiv et Renaud Berthou, *op. cit.*, p 467.

<sup>61</sup> La séparation organique des pouvoirs implique que coexistent dans l'Union « plusieurs légitimités distinctes incarnées par les différentes institutions » : à la Commission la légitimité intégrative ; aux organes interétatiques (Conseil de l'Union européenne, Conseil européen et Comités) la légitimité intergouvernementale ; au Parlement la légitimité démocratique ; à la Cour de justice et au tribunal de première instance la légitimité juridictionnelle ; et enfin aux constellations d'organes complétant le dispositif institutionnel des légitimités spécifiques. D'autre part, la collaboration fonctionnelle implique qu'il n'y a pas dans l'Union de « spécialisation fonctionnelle qui attribuerait à chaque organe une mission déterminée et exclusive ». Dans cet ordre juridique, il existe ainsi une dissociation marquée entre l'organe et la fonction : aucun organe n'a une fonction exclusive, aucune fonction n'est exercée par un seul organe. Les pouvoirs sont alors « associés selon des modalités complexes à la réalisation des tâches et à la mise en œuvre des instruments juridiques qui leur sont attribués par la charte constitutionnelle de base ». Voir sur ce point Denys Simon, *op. cit.*, p 130 et suiv et Renaud Berthou, *op. cit.*, p 467.

<sup>62</sup> Il s'agit des Etats, de certains ordres juridiques infra-étatiques (notamment à travers le comité des régions) et de certains ordres privés (notamment à travers le comité économique et social qui est composé d'un groupe d'employeurs, de travailleurs et de représentants des intérêts généraux).

<sup>63</sup> Ainsi, ces entités juridiques ne discutent plus entre elles directement, plus subtilement, elles se fondent dans des pouvoirs qui collaborent entre eux.

<sup>64</sup> Voir sur ce point Renaud Berthou, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, *op. cit.*, p 467 et suiv.

<sup>65</sup> Si l'affirmation théorique des effets du droit communautaire repose sur le principe de base de l'immédiateté du droit communautaire selon lequel il n'y a pas de réception du droit communautaire que ce soit pour le droit originaire ou pour l'ensemble du droit dérivé, au-delà de ce concept qui constitue « le noyau incompressible s'agissant de la pénétration du droit communautaire dans les ordres juridiques internes », l'articulation entre droit communautaire et droit national a été pensé classiquement d'une part en terme d'effet direct et d'autre part en terme de primauté.

Or, pour sa part, l'effet direct est un principe provenant du pouvoir de création du droit des tribunaux. Il a été déduit par la Cour de diverses caractéristiques des traités constitutifs. On peut considérer qu'en vertu de ce principe une norme de droit communautaire crée des droits en faveur des particuliers qui peuvent s'en prévaloir devant les juridictions nationales à l'occasion d'un litige. Pour être appliquée, il faut que la norme soit suffisamment claire et précise, qu'elle présente un caractère inconditionnel et qu'elle puisse produire ses effets en l'absence de toute mesure nationale ou communautaire complémentaire (ces critères étant souples). De plus, il existe des « effets à géométrie variable ». Quant à elle, la primauté est pour sa part un principe qui peut se comprendre en raison de la nature de la Communauté, de l'autonomie et de l'unité du droit communautaire. Il s'entend de la primauté d'une règle communautaire sur une règle interne de sens contraire. Il vaut à l'encontre d'une règle nationale antérieure ou postérieure au traité ou d'une règle constitutionnelle interne et joue en faveur de toutes les dispositions du droit originaire et dérivé. Ce principe est lié à l'effet direct et impose au juge interne d'écarter la règle nationale afin d'assurer lui-même la primauté. En son nom, toutes les autorités nationales (le juge, le législateur, l'administration) doivent ainsi refuser d'appliquer le droit national contraire et doivent même faciliter l'application du droit communautaire (effet abrogatoire empêchant l'application et effet bloquant empêchant la formation). Il a nécessité des actions constitutionnelles et jurisprudentielles pour être appliqué dans les Etats membres. Voir sur ce point Denys Simon, *op. cit.*, p 386 et suiv.

<sup>66</sup> Voir sur ce point Renaud Berthou, *op. cit.*, p 469-470.

conféré à l'Union le statut d'ordre juridique<sup>67</sup>. De même, au niveau du système contentieux de l'Union, il est possible de repérer un certain nombre de principes d'action affectés par une « complexité congénitale »<sup>68</sup> dont notamment une coopération juridictionnelle et le mécanisme de la question préjudicielle qui en est issu par lequel la Cour devient le collaborateur des juridictions internes sans se substituer à elles et rend « une décision abstraite, laissant au juge interne (les Etats) le soin d'en tirer les conséquences dans le litige »<sup>69</sup>. Enfin, dans son comportement pratique externe, les relations extérieures de l'Union reposent sur de nombreux principes prometteurs<sup>70</sup> dont une stratégie d'accords de partenariats en matière d'élargissement utilisant des exigences d'entrée pluralistes et complexes de compatibilité<sup>71</sup> (et non de ressemblance et de contrôle) nécessaires à un processus d'adhésion cohérent.

De par ces originalités structurelles, l'Union figure alors parmi les tentatives les plus élaborées « d'Etat en réseau ». Dans le nouveau cadre réseautique du droit, elle n'aurait donc pas à affronter une crise identitaire ou comportementale bloquant son action. Son contenu structurel se révèle compatible avec une augmentation de la coopération et de la diversité de la création du droit.

Bien sûr, cet ordre juridique dispose de carences démocratiques inquiétantes et ses récents échecs en matière de consultation citoyenne sont là pour le rappeler. Le projet de constitution européenne a en effet dévoilé avec fracas son éloignement des attentes et préoccupations des sujets de droit. D'autre part, plus globalement, sa dynamique pluraliste et complexe apparaît limitée tant en qualité qu'en taille<sup>72</sup>. L'ordre juridique européen ne prendrait ainsi en compte pas assez d'entités juridiques et pas assez bien. Il aurait en fait à faire face à deux carences : l'une théorique, l'autre humaine<sup>73</sup>. Mais, plusieurs de ces faiblesses de son comportement

<sup>67</sup> Le traité (de Rome) n'avait pas en effet institué pour des raisons politiques évidentes de hiérarchie entre les normes communautaires et les normes nationales, mais dès 1963 la Cour de justice prit sur elle de poser le principe de l'effet direct du droit communautaire (arrêt Vand Gend & Loss suivi en 1974 par l'arrêt Van Duyn V. Home office) et en 1964 reconnue le principe de la primauté du droit communautaire. Or, cette avancée constitutionnelle du principe fondamental de la primauté rendit le processus d'intégration juridique quasiment irréversible et conféra à la Communauté les caractéristiques d'un ordre juridique et même pour certains l'une des caractéristiques les plus fondamentales d'un système fédéral. En effet, avec ce principe (plus celui de l'applicabilité directe) et l'aide du recours préjudiciel en interprétation des juridictions nationales vers la Cour de justice, l'intégration européenne pouvait alors prospérer. Il serait donc possible de penser que le statut d'ordre juridique de l'Union voire même « les traits fédéraux de la Communauté » sont d'essence juridique, d'origine jurisprudentielle et relèvent d'un « *coup d'Etat juridique* » ayant pour base les effets du droit communautaire. Voir sur ce point Laurent Cohen-Tanugi, « Le rôle premier du droit dans l'intégration européenne », in Marcel Scotto, *Les institutions européennes*, éditions Le Monde, marabout, 1994, p 133-136.

<sup>68</sup> Pour D. Simon, la mise en œuvre du droit communautaire est à tout le moins affectée de façon globale par une « *complexité congénitale* » dont la raison réside dans « *le hiatus logique entre les rapports d'ordres normatifs structurés par un principe d'intégration hiérarchisée et les rapports d'ordres juridictionnels, articulés selon un principe de partage coordonné* ». Denys Simon, *op. cit.*, p 474.

<sup>69</sup> Jean-Claude Gautron, *Droit européen*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> édition, Mémento, 1995, p 139.

<sup>70</sup> Voir sur ce point Renaud Berthou, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, *op. cit.*, p 472 et suiv

<sup>71</sup> Référence au concept de pluralisme ordonné lequel consiste à rendre compatible les différences. Mireille Delmas-Marty, « un pluralisme ordonné », *Le droit dans la société, Cahiers français*, n° 288, La documentation Française, octobre-décembre 1998, p 26.

<sup>72</sup> Sur ce point voir Renaud Berthou, *op. cit.*, p 480-488.

<sup>73</sup> Si le pluralisme et la complexité du comportement européen connaissent certaines faiblesses, c'est ainsi d'abord parce que la pensée juridique européenne est bloquée entre la modernité et la postmodernité. En effet, si la pensée juridique d'un ordre, laquelle fait lien entre le comportement

pratique pourraient être traitées et corrigées grâce à la ressource du transformisme européen<sup>74</sup>. Avec cette force évolutive et constructive inhérente à sa nature, l'ordre juridique européen dispose en effet d'un atout majeur dont il peut se servir pour résorber ses handicaps structurels. Il peut au moins y puiser les forces nécessaires au dépassement du blocage de la pensée européenne et de son blocage humain<sup>75</sup>. D'ailleurs, l'Union européenne est en train d'utiliser cette ressource. Elle a élaboré et inscrit diverses réformes pluralistes et complexes dans ce cadre dont une particulièrement prometteuse dans son esprit et son contenu sur le thème de la gouvernance<sup>76</sup>. Il y a donc tout lieu de penser que cet ordre juridique devrait résorber la plupart de ses handicaps.

Or, de ce fait, l'Union européenne apparaît comme un guide de réforme structurel (et non matériel) mobilisable à l'attention des autres ordres juridiques mis en difficulté dans un contexte de droit en réseau. Grâce à elle, ces derniers pourraient en effet réussir à appliquer les principes identitaires et comportementaux que l'évolution de la création du droit engendrée par Internet exige. Plus précisément, sa structure offrant des points de repère utiles, elle ferait office d'appui transitoire et servirait de savoir-faire dans le droit en réseau. A un

---

théorique / le comportement pratique / et la réalité, est en dissonance avec le sens structurel de celui-ci, le comportement de ce dernier présente alors des incohérences avec son identité et avec la ligne globale de son comportement théorique et pratique. Or, la pensée juridique européenne se trouve en dissonance avec le sens structurel de l'ordre juridique européen. Elle n'est ainsi ni pluraliste ni complexe, et ne dispose pas encore d'un paradigme incontestable sur lequel penser l'Europe. Dès lors, elle engendre des handicaps comportementaux dans l'ordre juridique européen. Elle introduit dans la structure de cet ordre des distorsions, sources de handicaps. Elle oriente le comportement pratique européen vers un pragmatisme qui n'est pas forcément cohérent avec sa ligne théorique. C'est notamment ce qu'a dévoilé la présence de discussions de nature moderne sur la création d'un poste de Président, d'un poste de ministre des affaires étrangères et d'un nouveau système de sources du droit autour du « projet de traité instituant une Constitution pour l'Europe ». Mais, les déficiences comportementales de l'ordre juridique européen sont aussi dues à une carence humaine résidant dans les « qualités » du personnel et du peuple européen. En effet, en raison de leur modernité, le personnel humain de l'Union européenne et le peuple européen participent à la formation des handicaps de cet ordre juridique. Ils imprègnent sa structure comportementale de leur modernité et empêchent l'émergence d'une pensée juridique postmoderne. Sur ce point voir Renaud Berthou, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, *op. cit.*, p 488 et suiv

<sup>74</sup> Le transformisme européen renvoie tout d'abord au caractère évolutif de l'ordre juridique européen. Mais il ne se résume pas à un ensemble de mécanismes d'amélioration de la structure de l'Union et notamment aux procédures de révision et aux mécanismes d'adaptation européens. Il apparaît aussi comme une force évolutive proche des mécanismes de règlement des conflits dont l'origine est à chercher dans la guerre et dans la volonté de s'en éloigner qui a animé l'Europe. Renaud Berthou, *op. cit.*, p 493 et suiv.

<sup>75</sup> *Ibid*, p 496. Tout d'abord, dans la mesure où cette ressource appelle une mobilisation des capacités réflexives humaines et les oriente vers l'action, elle peut faire évoluer la pensée juridique européenne. En effet, le transformisme n'est enfermé ni dans la théorie ni dans le pragmatisme. Par ailleurs, il peut mobiliser les esprits et faire peser dessus la pression d'une obligation « pratique » de résultat. C'est notamment le cas lorsqu'il est utilisé dans son contexte légal. Il constitue donc un cadre permettant une recherche d'une raison juridique appropriée. De plus, le transformisme européen n'impose pas un contexte d'urgence, il offre le temps nécessaire à la création. Enfin, c'est un cadre qui n'exclut pas l'innovation et tend même à requérir une prise de risque. Mais s'il est utilisé de façon suffisamment ouverte, ce transformisme est aussi capable de faire évoluer les hommes européens. En impliquant les citoyens européens et les identités collectives dans le changement, il peut réduire leur opposition et bénéficier de leurs apports. En mélangeant les technocrates, les hommes politiques et le peuple, il peut aussi faire évoluer leurs aspects modernes. Il est à même d'initier une critique des élites et d'engager une réforme des mentalités.

<sup>76</sup> Sur ces actions et notamment celle relative à la gouvernance voir Renaud Berthou, *op. cit.*, p 497 et suiv.

niveau organisationnel proche de la structure étatique, cet ordre juridique propose du moins des réponses exploitables bien qu'imparfaites face à l'impact d'Internet. Pour le reste, il convient d'attendre le développement d'un véritable modèle exploitable de « l'Etat en réseau » et de « l'ordre juridique réseautique » qu'il appartient au génie politique et juridique de mettre à jour sans tarder.

### **Close and go to...**

Au terme de cette étude, il peut donc être admis que de parler d'Internet revient désormais avant tout à traiter du phénomène de création du droit et que, en raison de cette intimité problématique, l'inversion de l'équation est tout autant préconisée. Il convient notamment de saisir Internet comme un facteur d'évolution de la création du droit, inscrivant cette dernière dans le cadre d'une pluralité réseautique. Par ailleurs, l'évolution de la création du droit initiée par Internet doit aussi être appréhendée comme une source de lourdes modifications structurelles apte à obliger la plupart des ordres juridiques à modifier leurs structures profondes y compris en recourant au temporaire appui européen. Ces réflexions quelque peu prospectives n'ayant été ici point livrées pour inquiéter mais tout au contraire pour motiver l'effort dans le sens de la nécessaire conversion réseautique des acteurs de la postmodernité.

Enfin, cette étude aura alors peut-être aussi permis d'entrer plus avant au sein de la matrice juridique et de mettre à jour cette idée selon laquelle la force ordonnatrice qu'abrite le droit aurait désormais engendré un faiseur autonome de matrice et de configuration juridique derrière le visible du droit. En s'attaquant au binôme « espace virtuel-crédation du droit », cette réflexion dévoile en effet involontairement notre condition de prisonniers matriciels, nos possibilités d'action juridiques s'avérant ici in fine encerclées par des bornes de l'ordre ou règles de jeu matricielles issues, au-delà des apparentes volontés humaines, des besoins réseautiques d'une force ordonnatrice autonome.

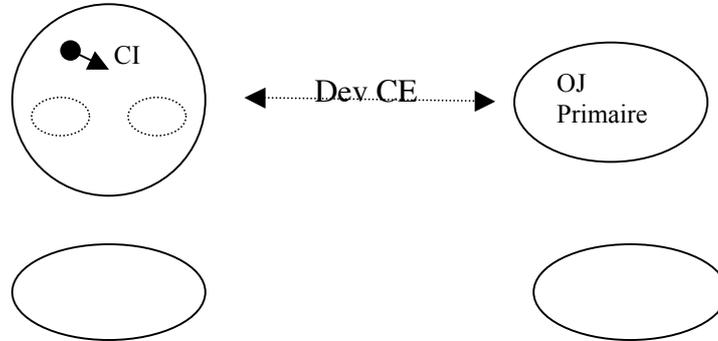
Cette étude pourrait même inciter à croire qu'à la volonté générale aurait toujours été substituée celle d'une « force de l'ordre » déclinant les matrices au gré des circonstances et besoins du moment : hiérarchie plus ou moins tempérée pour les siècles passés, réseau pour l'avenir. Un point est donc maintenant capital : quoiqu'il en soit vraiment de la matrice juridique ou de son « grand designer », il est plus que temps de savoir où nous mettons les pieds et de s'attaquer pour cela de nouveau au grand oublié du processus d'hominisation, c'est à dire à cette source délaissée et particulièrement vigoureuse de savoir que constitue la création du droit. C'est là que gisent sans doute nombre de réponses.

## Annexes

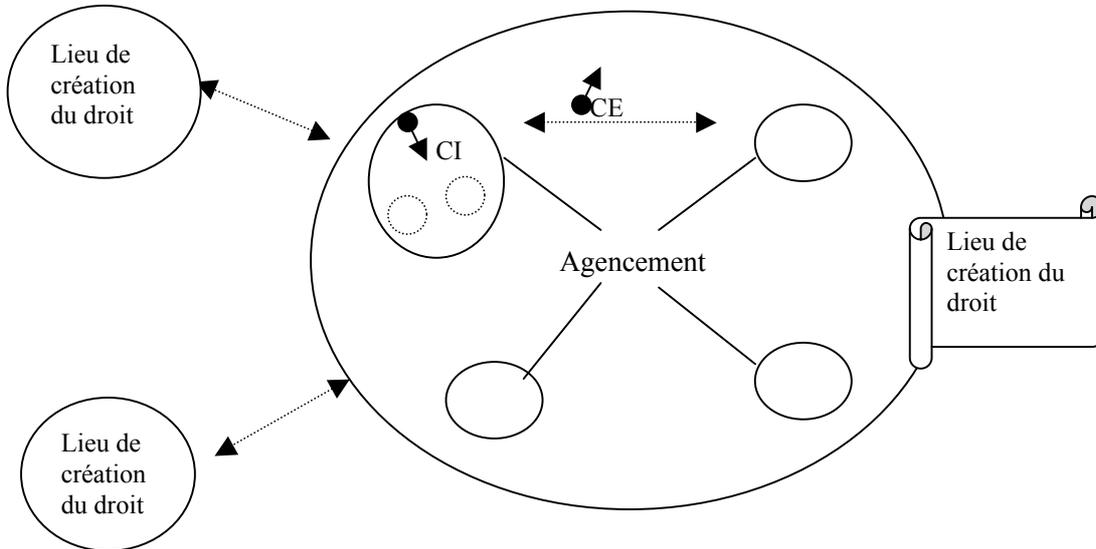
### ANNEXE 1 : Schématisation des « stades » de la création du droit

<b>Légende</b>	
	: Division en ordre juridique
	: Lieu de création de droit et ordre juridique
	: Coopération
	: Coopération à double sens
	: Coopération éventuelle ou discontinue
	: Coopération éventuelle ou discontinue à double sens
	: Coopération généralisée
CE	: Coopération externe
CI	: Coopération interne
OJ	: Ordre juridique
Dev	: Développement
	: Coopération multidirectionnelle permanente
	CE/CI : Baisse de la coopération interne ou externe
	CE/CI : Augmentation de la coopération interne ou externe

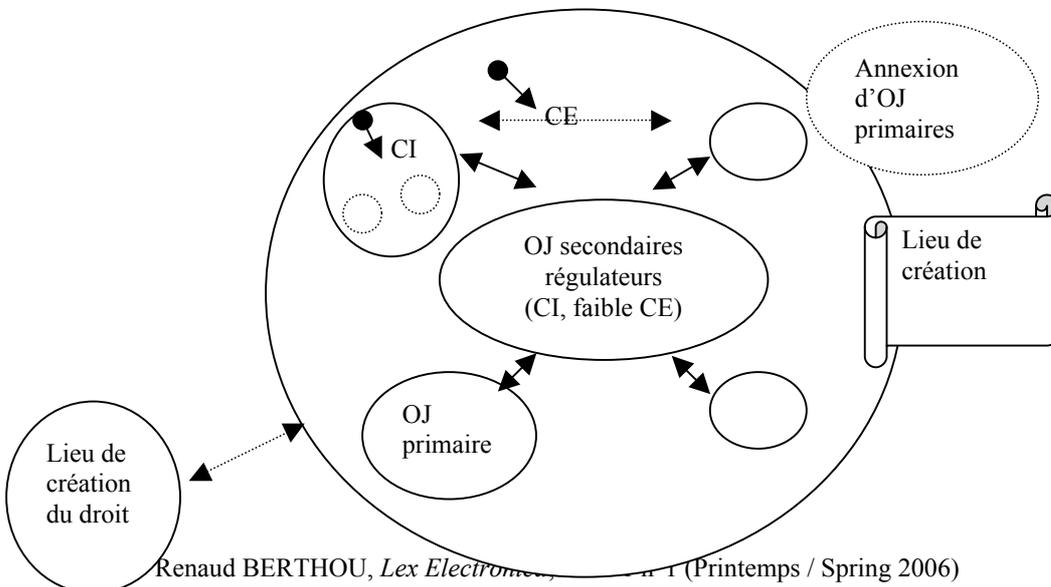
**I Le temps originel des communautés primitives et les transformations dues à la sédentarisation paléolithique**



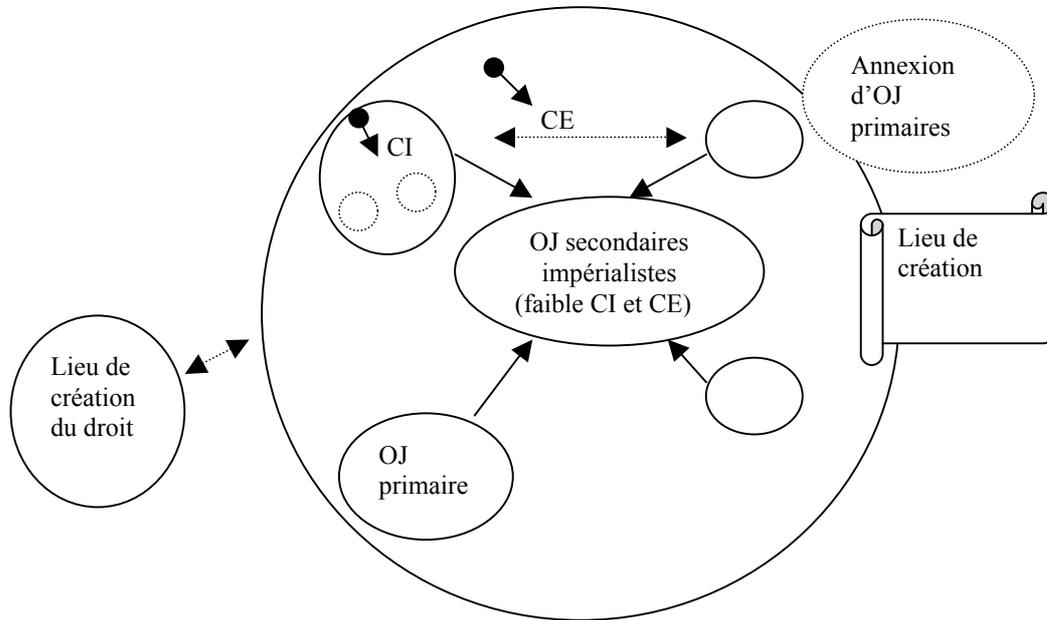
**II La naissance des processus d'agencement**



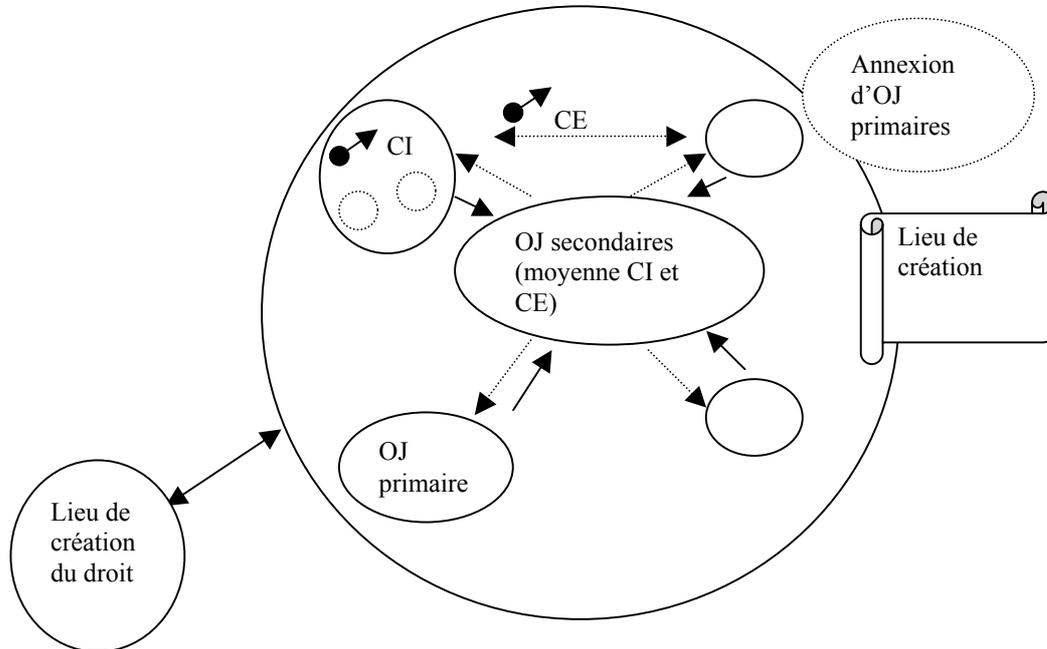
**III Le temps des ordres régulateurs**

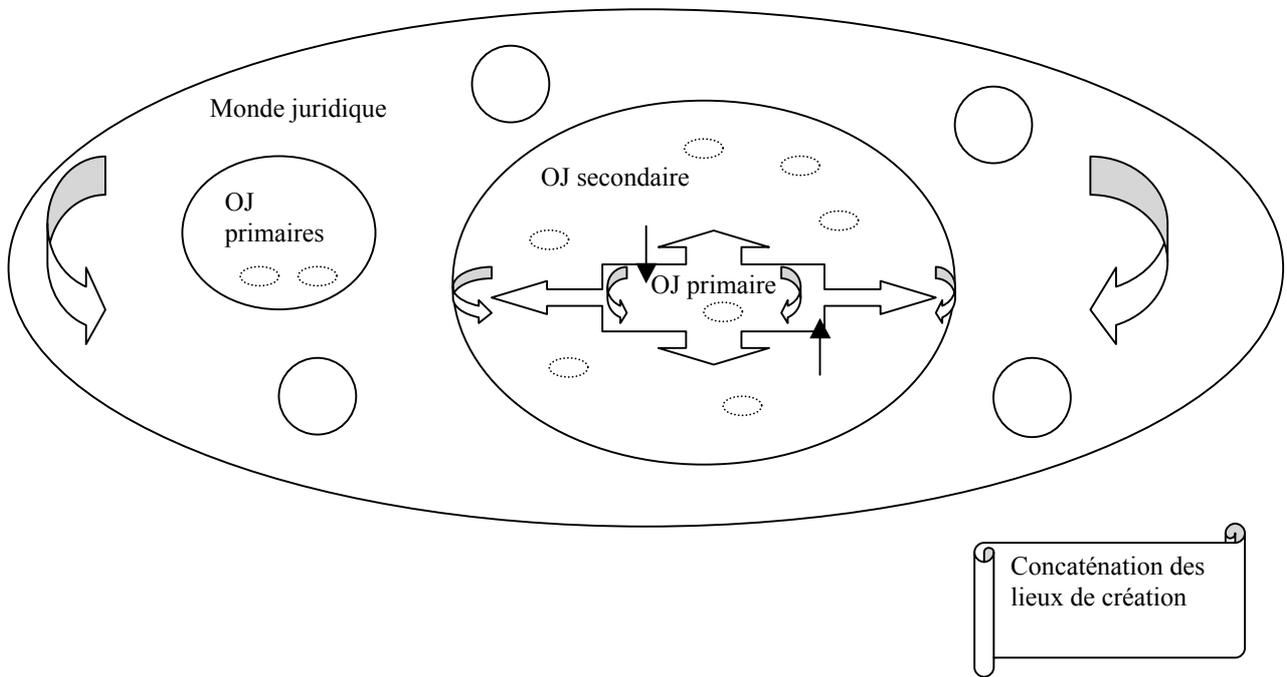


#### IV Le temps des ordres juridiques impérialistes



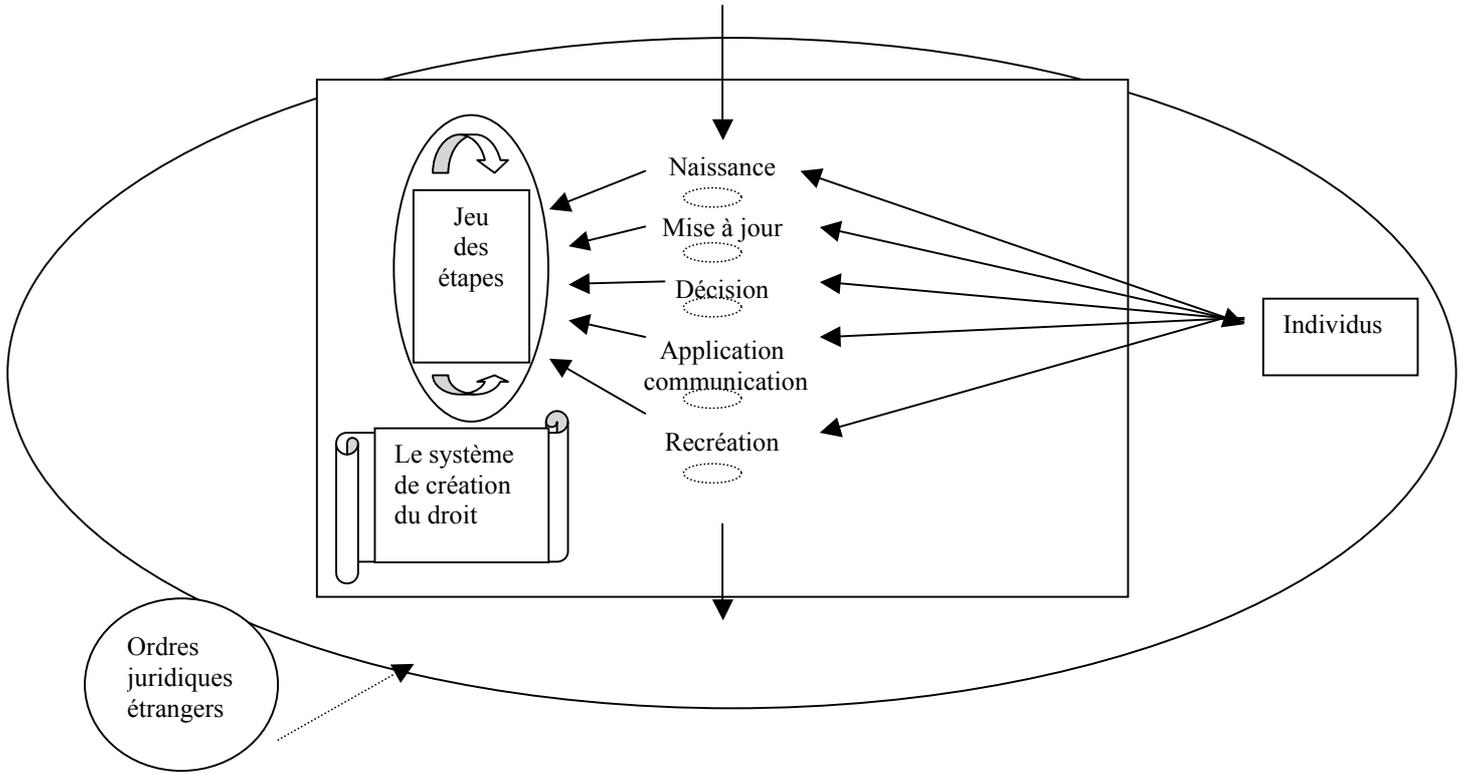
#### V Epoque contemporaine (entre modernité et postmodernité)



**VI Epoque postmoderne (Internet)**

## ANNEXE 2 : Schématisation des processus de création du droit des ordres juridiques primaires et secondaires

### L'ordre Juridique primaire

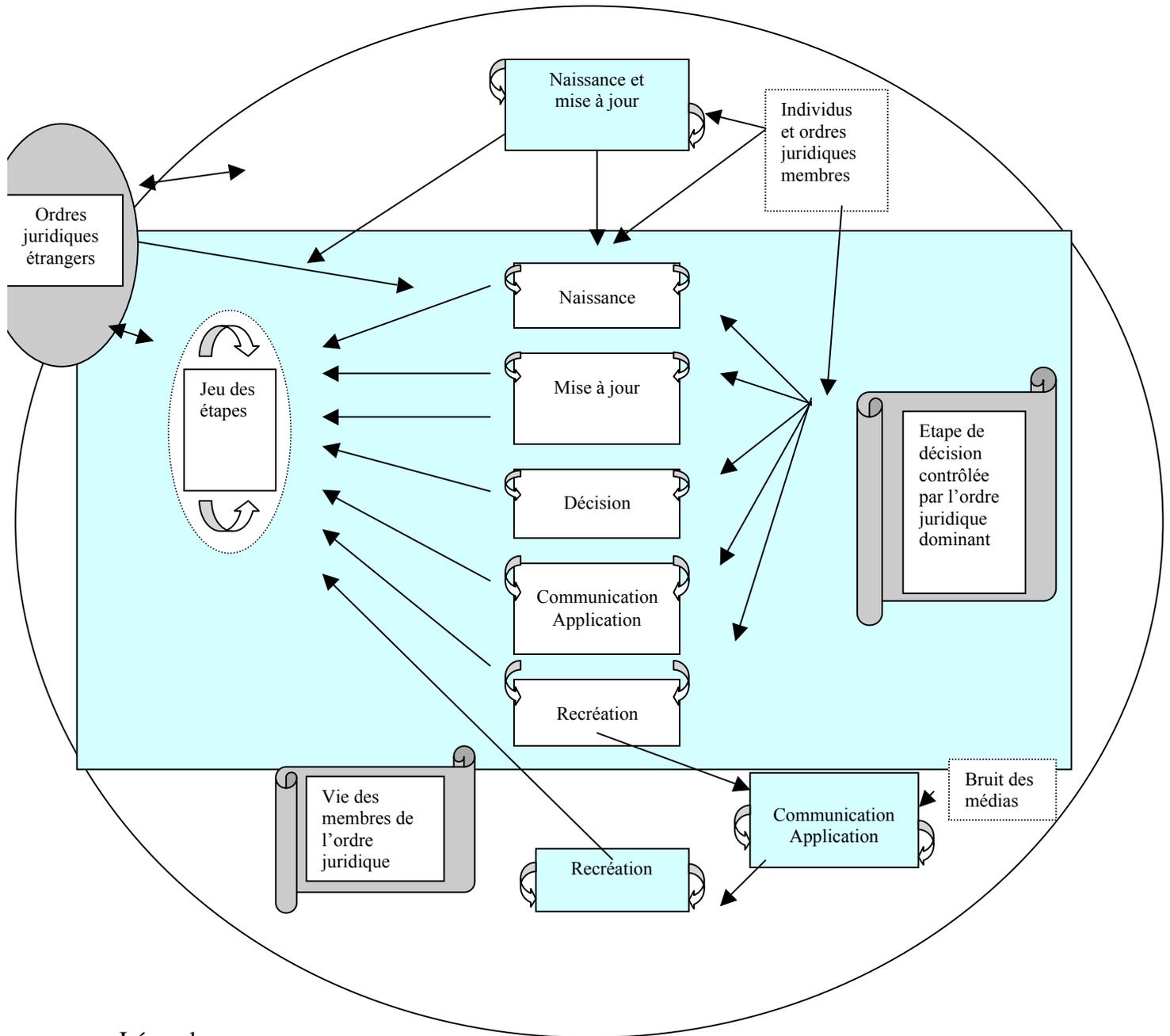


Légende

-  Possibilité de création d'un système complexe
-  Action
-  Jeu complexe
-  Jeu complexe

-  Action possible
-  Ordre juridique
-  Jeu des étapes

## L'ordre juridique secondaire



### Légende

- Action
- ↔ Action réciproque
- ⋯→ Action éventuelle
- ▭ Etape-système officielle

- ↻ Jeu complexe
- ▭ Etape-système non officielle
- Ordre juridique

## Exemple : Le « débat » français sur la dépénalisation de la Marijuana

