

Pierre TRUDEL, « Les mutations du droit à l'âge numérique », dans Hervé FISCHER (éd.), *Les défis du cybermonde*, Québec, P.U.L., 2003, p. 51-55.

Les mutations du droit à l'âge numérique

Pierre TRUDEL

Professeur, Centre de recherche en droit public

Université de Montréal

pierre.trudel@umontreal.ca

La numérisation et les changements qu'elle induit dans les façons de produire et de transmettre l'information remettent en cause les paradigmes du droit. La redéfinition du contexte des échanges d'information affecte les représentations sur ce qu'il paraît rationnel de régir. Elle accentue la mutation des raisons justifiant d'édicter ou non du droit ou des lois. Les modes d'intervention ainsi que les techniques d'énonciation du droit connaissent des mutations : il est devenu impossible de légiférer avec des règles qui seraient « claires » à l'égard de situations en mutations constantes. Les lieux étatiques d'élaboration du droit sont de plus en plus supplantés par les réseaux et les pratiques des acteurs contribuant à le relayer. L'énonciation des règles de droit s'effectue de plus en plus au moyen de procédés aptes à ménager des ouvertures entre les différents systèmes normatifs qui coexistent dans la société.

L'influence du numérique se manifeste au niveau des représentations sociales. Ce que permet ou facilite la numérisation contribue à modifier les façons de voir. Or, le droit est largement pensé en fonction des représentations qui prévalent dans la société. Avec la numérisation, les dysfonctions pourront paraître amplifiées et les rationalités qui fondent le droit connaîtront des mutations. Ces mutations se reflètent sur ce qui fonde le droit ainsi que les moyens et mécanismes par lesquels il s'énonce et s'applique. Par les changements qu'elle induit dans les processus de production et de circulation de l'information, la numérisation recèle un important potentiel de mutation des fondements de plusieurs règles juridiques. Les débats sur la portée et les limites du droit d'auteur de même que sur les possibilités de « censurer » l'information en témoignent quotidiennement.

En favorisant une redéfinition des espaces de référence, le cyberspace porte le germe d'une mutation des paramètres selon lesquels se conçoit la légitimité du droit. La numérisation permet l'existence d'un espace virtuel : le cyberspace. Cet espace résultant de l'environnement-réseau n'est pas réductible à l'espace physique : ses balises se définissent suivant d'autres critères. L'avènement d'un espace qui paraît dépourvu de plusieurs des repères familiers sur lesquels reposent les principes et les pratiques du droit affecte les représentations. Les références à l'espace connaissent des mutations; les interactions sont de moins en moins sensibles aux frontières nationales. Lorsqu'il s'agit de procurer les régulations des conduites dans les espaces virtuels, on observe une perte de pertinence, voire de légitimité, du droit des États.

Le droit prend son sens et s'applique en regard des communautés qui l'ont produit ou y ont consenti. Le droit moderne se fonde sur le paradigme de l'État, l'État territorial doté de la souveraineté afin de régir l'ensemble des conduites se déroulant sur le territoire qu'il contrôle. Les règles de conduite sont généralement élaborées dans le contexte de débats politiques et reflètent généralement les valeurs des populations. Les comportements, le sens et la portée des règles s'apprécient eu égard aux cultures et aux éthiques qui prévalent dans la communauté nationale. Des systèmes de valeurs différents les uns des autres coexistent dans le cyberspace. Ce dernier possède la faculté de télescoper les manifestations de valeurs procédant de civilisations éloignées. En rapprochant les territoires, le cyberspace brouille les cadres de

référence. Les communautés sont définies en fonction de leurs intérêts, de la langue qu'ils utilisent ou des prédilections qu'ils partagent. Cela réclame une normativité qui serait apte à répondre aux préoccupations des communautés du cyberspace plutôt qu'à celles des États-nations.

Telle qu'elle est traditionnellement envisagée, la règle de droit présuppose une situation présentant des coordonnées spatio-temporelles stables. Dans le cyberspace, les lieux et rôles se redéfinissent et se redistribuent en fonction de circonstances n'obéissant pas à un modèle prévisible. Les messages y ont un caractère éphémère qui peut rendre problématique la preuve de leur diffusion. Les réseaux numériques permettent de conserver l'information pour une longue période. Ils facilitent la délocalisation des informations et les recombinaisons. L'échange d'information s'effectue à plus grande vitesse que dans l'univers-papier. La vitesse d'élaboration des normes paraît modifiée : les pratiques s'élaborent avec une vélocité accrue. On parle déjà des coutumes du commerce en ligne alors que cette réalité existe depuis moins d'une décennie. Les catégories fondamentales par lesquelles le droit appréhende les situations sont ainsi remises en cause.

La façon dont le droit est compris et appliqué est en partie tributaire du médium par lequel il est communiqué. La place prise par les précédents dans le *Common Law* à compter du XIX^e siècle s'explique en grande partie par la disponibilité de textes imprimés. Avant que soient disponibles des publications imprimées des jugements, le rôle des précédents y était moins manifeste. Les conséquences de la numérisation sont démultipliées par l'hypertextualisation. Un potentiel de synergie entre les sources du droit est ainsi mobilisé. L'auteur américain Ethan Katsh observe¹ que le passage de l'environnement de l'information imprimée à l'environnement constitué par les réseaux procure au droit un environnement nouveau le rendant moins tangible et moins fixé. La place prise par la loi qui prétendrait exprimer des règles de conduite « claires » se rétrécit au profit d'une législation formulée sous la forme de standards commandant d'apprécier les circonstances dans lesquelles doit s'appliquer la loi.

La numérisation amplifie des problèmes ou des contradictions latentes. L'environnement cyberspatial affecte les perceptions relatives aux conséquences de la circulation de l'information. La diffusion d'une information à la *Gazette officielle* peut aller de soi dans l'univers de l'imprimé. On ressentira des hésitations à diffuser le même contenu sur Internet là où les moteurs de recherche et les autres outils permettent le repérage et la conservation à faible coût. Les menaces pour la vie privée qui semblaient marginales dans l'univers de la publication sur papier prennent des dimensions nouvelles lorsqu'il est question de diffuser sur Internet. On dénote ici un effet d'amplification des limites et des dysfonctions du droit. Les systèmes juridiques ont développé des règles de protection de la vie privée et formulé le principe du caractère public de certaines informations à partir d'un contexte où la disponibilité de l'information demeurerait relativement limitée par les capacités de recherche et d'extraction. Ces possibilités de diffusion qui résultent des capacités de recherche en réseau alimentent les tendances à une relecture des standards d'appréciation de ce qui constitue la vie privée et l'espace public. Cela alimente aussi des revendications pour un renforcement des protections pour la vie privée même au prix d'un rétrécissement du champ des informations jusqu'ici réputées du domaine public. Si le cadre juridique n'est pas convenablement compris, étudié et critiqué, le risque d'hypertrophie des règles s'accroît. Pour répondre aux inquiétudes réelles ou imaginaires, le réflexe des législateurs ne répondant qu'aux revendications des groupes de pression pourra être de surmultiplier les règles sans véritablement parvenir à protéger les droits et valeurs qui sont mises à mal.

Ainsi, la numérisation soulève des enjeux centraux au plan des fondements du droit, les modes d'intervention et d'énonciation du droit. Les critères de distinction entre les espaces et les informations publiques et privées sont remis en cause. Les modalités de la production et de la

¹ E. Katsh, *Law in a Digital World*, New York, Oxford University Press, 1995, p. 23

circulation de l'information appellent de nouvelles façons d'envisager et de reconcevoir les droits et les devoirs des personnes. Dans plusieurs pays, les dimensions juridiques sont prises en considération de façon prioritaire dans les efforts de redéfinition des cadres sociaux favorisée par la numérisation. En fin de compte, on reconnaît de plus en plus que le droit, surtout les recherches afin de le reconceptualiser, fait partie de toute politique de soutien à l'innovation.

Texte paru dans Hervé FISCHER (éd.), *Les défis du cybermonde*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2003, pp. 51 à 54.