HAL
open science

Hors-texte, prolégomènes et épilogue

Boris Barraud

To cite this version:

Boris Barraud. Hors-texte, prolégomènes et épilogue. Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux - Pour une conception pragmatique du droit, L'Harmattan, 2012. hal-01369314

HAL Id: hal-01369314

https://amu.hal.science/hal-01369314v1

Submitted on 20 Sep 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Repenser la pyramide des normes
à l’ère des réseaux

Logiques Juridiques

Collection dirigée par Gérard Marcou

Le droit n'est pas seulement un savoir, il est d'abord un ensemble de rapports et pratiques que l'on rencontre dans presque toutes les formes de sociétés. C'est pourquoi il a toujours donné lieu à la fois à une littérature de juristes professionnels, produisant le savoir juridique, et à une littérature sur le droit, produite par des philosophes, des sociologues ou des économistes notamment.

Parce que le domaine du droit s'étend sans cesse et rend de plus en plus souvent nécessaire le recours au savoir juridique spécialisé, même dans des matières où il n'avait jadis qu'une importance secondaire, les ouvrages juridiques à caractère professionnel ou pédagogique dominent l'édition, et ils tendent à réduire la recherche en droit à sa seule dimension positive. A l'inverse de cette tendance, la collection *Logiques juridiques* des Éditions L'Harmattan est ouverte à toutes les approches du droit. Tout en publiant aussi des ouvrages à vocation professionnelle ou pédagogique, elle se fixe avant tout pour but de contribuer à la publication et à la diffusion des recherches en droit, ainsi qu'au dialogue scientifique sur le droit. Comme son nom l'indique, elle se veut plurielle.

Dernières parutions

Romain RAMBAUD, *Le droit des sondages électoraux,* 2012.
Étienne Muller, *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, 2011.
Bin LI, *Entre droit humain et droit du commerce, La protection de la propriété en Chine, Tome 2*, 2011.
Bin LI, *Légitimité, légalité et effectivité, La protection de la propriété en Chine, Tome 1*, 2011.
Remus TITIRIGA, *La comparaison, technique essentielle du juge européen*, 2011.
Norma Caballero GUZMAN, *Les codes des impôts en droit comparé*, 2011.
Catherine LOGÉAT, *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, 2011.
Richard GAUDET, *L'ingénierie patrimoniale des PME*, 2011.
François-Xavier MILLET, *Le contrôle de constitutionnalité des lois de transposition. Etude de droit comparé France-Allemagne*, 2011.
Georges LABRECQUE, *Les différends territoriaux en Amérique Latine,* 2011.
Charles-Edouard DELVALLEZ, *Le juge administratif et la primauté du droit communautaire*, 2011.

Boris Barraud

Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux

Pour une conception pragmatique
du droit

L'HARMATTAN

© L'HARMATTAN, 2012
5-7, rue de l'École-Polytechnique ; 75005 Paris

http://www.librairieharmattan.com
diffusion.harmattan@wanadoo.fr
harmattan1@wanadoo.fr

ISBN : 978-2-296-96179-1
EAN : 9782296961791

Que cet ouvrage soit modestement dédié à celles et ceux qui ne connaissent
pas la chance inouïe de pouvoir affronter la vie en étudiant,
qui avancent avec pour seuls espoirs le vacarme
des armes et le souffle de la révolte.

SOMMAIRE

Hors-texte **13**

Prolégomènes – De la hiérarchie à l'hétérarchie des normes **19**

Partie I / LE DROIT DE L'INTERNET ET L'ARCHAÏSME DE LA « PYRAMIDE » **103**

Titre I / L'archaïsme de la « pyramide » confirmé par l'impotence des sources classiques du droit face à l'Internet **107**

Chapitre I / Une incapacité normative de la loi anémiant la « pyramide » **109**

Chapitre II / Une marginalisation de l'État condamnant la « pyramide » **135**

Titre II / L'archaïsme de la « pyramide » conforté par l'importance des sources jurisprudentielles du droit de l'Internet **155**

Chapitre I / Une capacité normative du juge ébranlant la « pyramide » **157**

Chapitre II / Une « privatisation » de la justice ruinant la « pyramide » **171**

Partie II / LE DROIT DE L'INTERNET ET LE PRAGMATISME DU « RESEAU » 181

Titre I / Le pragmatisme du « réseau » vérifié par la dominance des sources privées du droit de l'Internet 185

Chapitre I / Un couronnement de la co-régulation esquissant le « réseau » 189

Chapitre II / Un sacrement de l'autorégulation agréant le « réseau » 211

Titre II / Le pragmatisme du « réseau » validé par l'éminence des sources transnationales du droit de l'Internet 245

Chapitre I / Un avènement de l'ordre juridique européen ébauchant le « réseau » 249

Chapitre II / Un déploiement de l'ordre juridique international approuvant le « réseau » 271

Epilogue – Entre l'utopique Etat-monde et le réseau de pyramides 299

Dictionnaire du droit postmoderne 305
Glossaire du positivisme juridique et lexique général 329
Index 337
Bibliographie 363
Table des matières 389

TABLE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

AAI Autorités administratives indépendantes
AFNIC Association française pour le nommage Internet en coopération
ARCEP Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
ARJEL Autorité de régulation des jeux d'argent en ligne
art. Article
Ass. Nat. Assemblée nationale
AJ Actualité juridique
AJDA Actualité juridique droit administratif
ALD Actualité législative Dalloz
Bull. civ. Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de Cassation
Bull. crim. Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation
c/ Contre
CA Cour d'appel
Cass. civ. 1ère Première Chambre civile de la Cour de Cassation
Cass. crim. Chambre criminelle de la Cour de Cassation
Cass. soc. Chambre sociale de la Cour de Cassation
CCE Communication commerce électronique
CE Conseil d'Etat
cf. *Confer* (se référer à)
Chron. Chronique
CNIL Commission nationale de l'informatique et des libertés
CNN Conseil national du numérique
CNUDCI Commission des Nations unies pour le droit commercial international.
Cour EDH Cour européenne des droits de l'Homme
Cons. Considérant
Cons. const. Conseil constitutionnel
Convention EDH Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
CP Code pénal
CPI Code de la propriété intellectuelle
CPI Cour pénale internationale
CPCE Code des postes et des communications électroniques
CPP Code de procédure pénale
CSA Conseil supérieur de l'audiovisuel
D. Recueil Dalloz
DADVSI Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information
dir. Direction
doc. Document
éd. Édition

***et* alii.** Et autres
FAI Fournisseur d'accès à Internet
Gaz. Pal. Gazette du Palais
GBDE *Global business dialogue on e-society*
HADOPI Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet
http *Hypertext Transfer Protocol*
Ibid. *Ibidem*, mêmes texte et auteur que la note précédente
IMP *Interface Message Processor*
IP Internet *Protocol*
ISO Organisation internationale de normalisation
JCP Juris-classeur périodique (Semaine juridique)
JO Journal officiel
JOAN Journal officiel de l'assemblée nationale
JOCE Journal officiel des communautés européennes
JORF Journal officiel de la République française
JOUE Journal officiel de l'Union européenne
LCEN Loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004
Légip. Légipresse
LGDJ Librairie générale de droit et de jurisprudence
MARC Mesures alternatives de résolution des conflits
n. Note
***n*°** Numéro
NCP / FTP *Network Control Protocol / File Transfer Protocol*
NTIC Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication
obs. Observations
OCDE Organisation de coopération et de développement économique
OMC Organisation mondiale du commerce
OMPI Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
ONG Organisation non gouvernementale
ONU Organisation des Nations Unies
Op. cit. *Opere citato*
ord. Ordonnance
p. Page
P2P Pair à pair (*peer to peer*)
pp. Pages
PUF Presses universitaires de France
RDAI Revue de droit des affaires internationales
RDP Revue de droit public
Rec. Recueil Lebon
réf. Référé
RFDC Revue française de droit constitutionnel
RIDC Revue internationale de droit comparé
RIEJ Revue interdisciplinaire d'études juridiques

RLDI Revue Lamy droit de l'immatériel
RRJDP Revue de recherche juridique droit prospectif
RTD civ. Revue trimestrielle de droit civil
RTDH Revue trimestrielle des droits de l'Homme
s. Et suivants
s. d. Sans date
Sén. Sénat
t. tome
TCP/IP *Transmition Control Protocol* / Internet *Protocol*
TGI Tribunal de grande instance
TIC Technologies de l'Information et de la Communication
trad. traduction de
TUE Traité sur l'Union européenne
UE Union Européenne
UGC *User Generated Content*, contenu généré par l'utilisateur
UIT Union internationale des télécommunications
UNESCO Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
v. Voir
VoIP Voix sur réseau IP
vol. Volume
WWW *World Wide Web*
§ Numéro de paragraphe

Note au lecteur :
L'astérisque située à la droite d'un mot ou d'une expression dans le texte permet de signaler qu'il ou elle fait l'objet d'une entrée au sein du dictionnaire des pages 305 et suivantes ; l'appel de note de bas de page placé entre parenthèses*(111) *signifie que la note ne contient qu'une simple indication bibliographique ; l'appel de note de bas de page dépourvu de parenthèses*111 *renvoie à des développements complémentaires, des citations, des exemples ou des correspondances.*

HORS-TEXTE

Le 21 juillet 1798, venu combattre les mamelouks sur le plateau de Gizeh – au pied des tombeaux de Khéops, Khéphren et Mykérinos –, Napoléon Bonaparte prononça cette courte mais mémorable harangue : « Soldats, allons combattre ! Et songez que du haut de ces pyramides quarante siècles vous contemplent ».

Quarante siècles ; de toute évidence, ces édifices appartiennent à des temps révolus et ne s'habillent plus que d'un doux parfum d'archaïsme ; *a fortiori* quelques 200 ans après que l'empereur ait trépassé sur son îlot de Sainte-Hélène. Si, à travers l'Antiquité, le Moyen-âge puis la Renaissance, l'ambitieux tétraèdre du pharaon Khéops est demeuré le plus haut édifice jamais construit par l'Homme, il se voit aujourd'hui allègrement débordé par les tours des ouvriers d'une irrésistible postmodernité architecturale.

Certes, la « pyramide » qu'il est ici question de visiter ne repose pas depuis tant d'années sous l'étourdissant soleil des bords de Nil. D'ailleurs, elle n'enfièvre guère les voyageurs ; seuls quelques explorateurs patentés l'ont un jour approchée, rapportant de leurs périples des photographies amèrement brumeuses. Et, lorsque les hommes du futur Napoléon 1er battaient les déserts du nord-est africain, ses plans n'avaient pas même été esquissés puisque c'est le XXe siècle qui, bien plus tard, l'édifierait. En somme, elle n'a de commun avec ces tombaux ancestraux – faits de pierre, de terre et de feu – que l'idée d'une forme géométrique dont les faces latérales triangulaires siègent sur une base polygonale et convergent vers un sommet commun.

Cette « pyramide » figure la hiérarchie des normes juridiques, dogme du droit auquel – depuis toujours – seul l'iconoclaste ose s'attaquer. Néanmoins, à l'heure de l'insaisissable siècle internetique, alors que les réseaux « bouleversent le droit »[(1)], il s'agirait plus que jamais d'une « fausse idée claire »[(2)] ; et cette autre variété de pyramide revêtirait à son tour de vieux oripeaux.

---

[1] FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les bouleversements du droit par Internet », in CHEVALIER (J.-M.), et *alii*, *Internet et nos fondamentaux*, PUF, Paris, 2000, p. 37.

[2] AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *RRJDP*, 1er avril 2007, n° 5, pp. 557-581 ; ou in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 983-1014.

L'an 2000 ne pouvait se contenter de signer sobrement le crépuscule d'un millénaire ; aussi a-t-il marqué avec fracas le passage à une ère nouvelle. Dans la sphère juridique notamment, le postmodernisme – façonné par la globalisation et par son éminent ambassadeur, l'Internet – se déploie de façon exponentielle, conquérant chaque jour d'autres adeptes convaincus que, désormais, les normes se négocient en dehors du cadre de l'État ou que la justice ne se rend plus devant les cours et tribunaux. Ainsi rouillées par l'accélération pharaonique du temps, les munitions de la « pyramide » mériteraient d'être refondues.

Il est certain que, jusqu'à lors, le droit et sa philosophie ont toujours su s'accommoder des révolutions – qu'elles soient techniques ou sociales – et que celle du numérique et des réseaux ne mènera pas plus que ses prédécesseurs à la décadence de l'empire juridique. Mais les soldats de la doctrine devront lutter âprement ; devant la guerre paradigmatique qui s'annonce, chaque partie fourbie ses armes.

«*Ubi societas, ubi ius* », selon un adage latin que nul ne saurait mettre en doute[3]. Mais, une fois cela dit, une fois cela acquis définitivement, le juriste se trouve néanmoins en délicate posture ; car que renferme au juste ce *ius* ? Le droit, autant que la norme, est en fait indéfinissable ; et personne ne résiste à la tentation de la définition[4]. Or, prise dans les tourments des mutations portées par les réseaux, la tentation devient obsession.

Afin de contrarier cette frustration naissante, la méthode empirique doit être privilégiée. En naviguant sur la mer internetique et en observant les règles régissant l'activité de ses plaisanciers, flibustiers et autres corsaires, peut-être est-il permis d'aboutir à quelque conclusion pertinente.

La hiérarchie des normes et le droit de l'Internet, telle est donc l'étonnante réunion que l'on se propose d'organiser. Si la rencontre de Napoléon Bonaparte et des pyramides égyptiennes a pu consister en un moment particulièrement atypique de l'Histoire du monde, voici une entrevue, à l'échelle de l'histoire théorico-juridique, tout autant surprenante.

---

[3] « Là où il y a une société, il y a du droit ». En d'autres termes, une société ne peut pas vivre sans droit, sans lois, sans normes.

[4] Selon Jacques Leclercq, « chaque juriste y va de sa définition [du droit] ». Il n'est pas lieu de déroger à la règle. LECLERCQ (J.), *Du droit naturel à la sociologie*, t. 1, Spes, Paris, 1960, p. 53. Cité par OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 271.

Préalablement à une telle entreprise – à la lisière de la théorie du droit et du droit pratique –, quelques préliminaires sémantiques paraissent nécessaires[5].

Tout d'abord, « hiérarchie des normes » et « pyramide des normes » seront tenues pour synonymes, désignant la thèse kelsenienne de l'agencement linéaire des règles de droit[6].

Ensuite, « norme » et « règle » seront également appréhendées en tant qu'équivalentes. En revanche, il faudra distinguer les « normes juridiques étatiques » – émanant de la mise en œuvre de ses prérogatives par l'État – des « normes » ou « normes juridiques », c'est-à-dire tout élément, notamment moral, susceptible de produire des effets de droit, soit de contraindre un individu à adopter un comportement déterminé. Suivant cette conception, l'essentiel réside en l'approche subjective de la validité de l'obligation ; si le sujet s'estime libre de s'en départir, il n'y a pas de norme. En conséquence, dans l'espace de ce droit à géométrie variable[7], ce qui est norme pour un certain individu peut ne pas l'être pour d'autres.

Néanmoins, au sein des propos introductifs et selon la conception du droit étudiée[8], la « norme » renverra nécessairement à la règle de droit telle qu'envisagée dans le cercle de la théorie et des auteurs en question.

En outre, un « ordre juridique » sera imaginé en tant qu'ensemble cohérent et homogène de sources de normativité.

Le droit, enfin, sera considéré – de façon éminemment simpliste – comme consistant en l'ensemble des normes s'appliquant à une situation précise et concrète, englobant les normes juridiques étatiques mais sans qu'elles ne puissent l'épuiser.

---

[5] Bien que chercher à définir ces termes soit en quelque sorte l'objet parallèle des développements à venir et que débuter par la conclusion s'avère fort peu académique.

V. *infra*.

[6] Le respect de la pensée de l'auteur impose un tel choix, bien qu'il soit parfois possible d'employer l'expression « hiérarchie des normes » en tant que générique englobant les modèles divergents de la « pyramide » viennoise.

[7] Quand la géométrie d'une pyramide n'emporte nulle incertitude. Il sera évidemment temps de revenir sur les problématiques liées à l'effacement de la frontière entre les formes juridiques et non juridiques de régulation sociale.

[8] Ceci est important afin de comprendre que, selon la partie des développements en cause et selon le point de vue adopté (positivisme juridique ou droit en réseau), les mots seront susceptibles de revêtir des sens différents, parfois opposés.

Toutefois, au-delà de ces propositions, il s'agira de toujours demeurer modeste, car qu'est-ce donc au fond que le droit ? Je le sais bien sûr, quelle évidence pour un juriste ! Mais si je souhaite l'expliquer à quelqu'un qui me le demande, alors soudain je l'ignore[9].

La définition du droit n'est certainement pas une « entreprise désespérante »[(10)], ni une « difficulté quasi-insurmontable »[(11)]. Mais le précipice qu'elle creuse dans les abysses de la connaissance provoque, chez celui qui s'en approche, un véritable « vertige sémantique »[(12)] ; et il n'est surtout pas lieu d'imaginer permise une description du phénomène juridique revêtant « la précision, la clarté et la cohérence »[13] propre à toute vérité scientifique.

---

[9] Cette habile tirade est empruntée à Saint Augustin qui disait à propos du temps : « Qu'est-ce donc que le temps ? Si personne ne me le demande, je le sais ; si je souhaite l'expliquer à quelque un qui me le demande, je l'ignore ». St Augustin, *Confessions*, XIV, p.17.

[10] VIRRALY (M.), *La pensée juridique*, LGDJ, Paris, 1960, p. 1.

[11] RIGAUX (F.), Introduction à la science du droit, Vie ouvrière, Bruxelles 1974, p. 5.

[12] GOYARD-FABRE (S.), « Le droit, tâche infinie », in *Définir le droit*, t. 2, *Droits*, vol. 11, 1990, p. 25.

[13] FRANCOIS (L.), *Le problème de la définition du droit. Introduction à un cours d'évolution de la philosophie du droit à l'époque contemporaine*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, Liège, 1978, p. 9.

Les quatre références ci-dessus sont citées par OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., p. 269.

Les auteurs expliquent : « L'on aura reconnu dans ces positions extrêmes deux attitudes qui semblent trop souvent caractériser la pensée juridique – et peut-être toute forme de pensée en général –, à savoir le scepticisme et le dogmatisme qui constituent deux limites entre lesquelles il semble à la fois possible et nécessaire de se mouvoir ».

Dans le divorce du fait et du droit,
c'est le droit qui a tort.

Jean Carbonnier

Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur

PROLEGOMENES

DE LA HIERARCHIE
A L'HETERARCHIE
DES NORMES

1. Le droit de l'Internet constituera la dernière – et la principale – étape du périple théorico-juridique qui va à présent débuter. Il sera alors temps de procéder à un enchaînement ordonné de constats empiriques afin de pouvoir confirmer ou infirmer la thèse selon laquelle, à l'heure de la globalisation numérique, les normes ne s'organiseraient plus de façon linéaire et verticale, suivant le respect d'une parfaite hiérarchie de leurs sources, mais de manière désordonnée et horizontale, tel un réseau. Au terme de cette enquête, la conclusion apparaîtra impitoyable pour la « pyramide » des normes : elle qui a longtemps trouvé toute sa justesse et sa pertinence au sein d'un cadre étatique clairement circonscrit s'efface au profit d'une « hétérarchie des normes* ». Avec cette image, tout aspect de subordination ne disparaît pas, mais la foule des pôles de normativité emporte une pluralité concomitante de « pyramides » déstructurées.

2. Cependant, avant de pouvoir s'achever ainsi en terre postmoderne, l'expédition devra s'émanciper pas à pas des contrées classiques et de leurs lignes droites, se risquer à arpenter des chemins de plus en plus tortueux et sauvages. Évoluant paradoxalement autant dans le temps que dans l'espace, elle ferra tout d'abord escale chez les positivistes où elle procèdera à une description de la théorie de Hans Kelsen, le « père » du droit moderne ; puis, elle prendra la route des propositions alternatives, s'arrêtant en particulier devant le postulat du droit en réseau des Professeurs François Ost et Michel Van de Kerchove[14] ; enfin, elle approchera de sa destination et pourra se concentrer sur l'histoire courte mais palpitante de l'Internet et de son droit.

[14] Par souci de commodité et de style, ces prescients intellectuels belges seront désignés par leurs simples noms patronymiques.

Hans Kelsen[15]

[15] Photographe inconnu.

Hans Kelsen naît en 1881 à Prague, alors principale ville de l'empire austro-hongrois. Après avoir rédigé en 1920 la Constitution de l'Autriche devenue indépendante – qui en régit toujours la vie politique et qu'il dote d'une Cour constitutionnelle, institution très originale pour l'époque – et après avoir longtemps enseigné la philosophie du droit dans la capitale de ce pays – d'où l'expression école de Viennes –, il est contraint de fuir, à l'orée de l'*Anschluss* et de la seconde guerre mondiale, en raison de ses origines juives et d'un antisémitisme de plus en plus grinçant en Europe centrale. Ainsi, en 1929, alors qu'il avait été nommé membre à vie de la Cour constitutionnelle, la majorité politique en place – proche du milieu fasciste – fait voter un amendement permettant de révoquer ce privilège. Un temps à Cologne, puis à Genève et à Prague, il se résigne finalement, en 1939, à l'exil et embarque pour les États-Unis dont il ne reviendra jamais. Il enseigne alors à Harvard puis à Berkeley ; tandis que, parallèlement, il achève la rédaction de la seconde édition de sa « Théorie pure du droit » qui est publiée en 1959. Il meurt en 1973 à Orinda, en Californie. V. TROPER (M.), « Hans Kelsen », in HUISMAN (D.), dir., *Dictionnaire des philosophes*, 2e éd., PUF, Paris, 1993.

I / LA THEORIE KELSENIENNE ET LE PARADIGME DE LA « PYRAMIDE »

3. Le premier espace dans lequel il s'agit de s'attarder se situe entre Vienne et la Californie, là où Kelsen – figure la plus emblématique de la théorie générale du droit du XXe siècle – élabora la « théorie pure du droit »[16], œuvre de sa vie dont découlent l'école du positivisme juridique* (ou normativisme*) et la « pyramide » des normes ; autant de préceptes qui martèlent de manière irréfragable l'esprit des juristes des pays de droit écrit comme de *common law*.

La « théorie pure du droit »

4. En premier lieu, une mise en contexte est nécessaire ; car ce sont les faits qui mènent à la théorie et en aucune façon le contraire. Lorsque l'auteur autrichien écrit, au milieu du XXe siècle – à l'instar de la plupart des auteurs ayant marqué durablement la théorie juridique –, prévaut encore une vision du monde caractérisée par l'ordre et la stabilité, nonobstant la terrible parenthèse que fut la Seconde Guerre mondiale. L'État, souverain et indiscuté, épaulé par une stricte séparation des pouvoirs et une répartition précise des compétences, impose alors sa volonté au niveau interne ; tandis qu'au delà des frontières, les traités de Westphalie[17] s'appliquent et assurent l'avènement d'une certaine pérennité des relations internationales. L'univers juridique est encore celui pensé par Hobbes, Descartes et Montesquieu : simple, droit, rationnel et mécanique[18]. Il apparaît très exactement encadré,

---

[16] V. KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. par Charles Eisenmann, Dalloz, 2e éd., Paris, 1962.

La 1ère édition parut en 1934, soit près de trois décennies avant la seconde. Durant cet intervalle, le penseur du droit vit sa vision évoluer profondément, notamment sous l'influence du réalisme. Aussi est-il plus opportun et juste à son égard de se concentrer en premier lieu sur la dernière mouture de sa théorie.

[17] Les traités de Westphalie vinrent mettre un terme à la guerre de Trente Ans, en 1648. Ils furent l'occasion d'introduire un système dit « westphalien » organisant les relations internationales modernes autour des principes directeurs que sont la non-ingérence dans les affaires d'autrui, l'équilibre des puissances et l'inviolabilité de la souveraineté nationale.

[18] François Ost et Michel Van de Kerchove proposent une description très imagée de cet univers juridique : « [Était généré] un rigoureux système binaire d'appartenance et de non-appartenance. […] Ami ou ennemi, national ou étranger, fait ou droit, légalité ou opportunité, public ou privé, lettre ou esprit, *de lege lata* ou *de lege ferenda*, droit naturel ou droit positif… Tout un univers juridique s'ordonnançait ainsi autour d'un foisonnement de dichotomies

par des frontières fortes et fixes, ce qui ne peut qu'inviter les théoriciens à en rendre compte d'une certaine manière.

5. L'œuvre de Kelsen se décompose en deux axes principaux : une théorie de l'État et une théorie du droit. Peuvent être distinguées en ce second deux nouvelles branches : une théorie épistémologique, cherchant à déterminer le statut d'une science du droit, et une théorie générale du droit qui a pour objet « la description du système juridique au moyen d'un modèle valable pour tous les droits positifs nationaux, quels que soient leurs contenus »[(19)]. Concernant la première branche, il ne s'agit pas de chercher à décrire les méthodes et enseignements existant. L'ambition de Kelsen est évidemment plus grande : bâtir le socle d'une véritable science qu'il qualifie de « pure » parce que « débarrassée de la métaphysique et de l'idéologie qui l'ont jusqu'alors encombrée et radicalement distinguée de la pratique des juristes »[(20)]. Le positivisme[21] doit donc décrire le droit tel qu'il s'applique, en s'abstenant de toute appréciation morale[22]. À l'opposé d'une « théorie du droit pur »[23], la « théorie pure du droit » – objective et rationnelle – fait abstraction de toute idéologie, de toute influence psychologique ou sociologique. Elle se veut axiologiquement neutre[(24)] et détachée du traditionnel « syncrétisme de méthodes »[25].

6. Contrairement aux sciences sociales qui étudient les conduites humaines et les faits à travers le prisme de la causalité – « si A est, B est » –,

---

toujours recommencées, jamais en défaut ». OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, pp. 11-12.

[19] *Ibid.*

[20] TROPER (M.), « Hans Kelsen », *op. cit.*, p. 1215.

[21] Il s'agit du positivisme méthodologique de Hans Kelsen, Alf Ross, Michel Troper ou Éric Millard. D'autres courants positivistes parallèles existent, notamment le positivisme légaliste* qui veut que seul le droit positif tienne valeur juridique et ait à être respecté.

[22] Kelsen explique que « la théorie du droit devient ainsi une analyse de la structure du droit qui, libérée de tout jugement de valeur éthico-politique, vise à être la plus exacte possible ». KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 254.

[23] Une « théorie du droit pur » consisterait en l'étude du droit naturel découlant de principes supérieurs à l'Homme.

[24] V. WEBER (M.), *Le savant et le politique*, 10 X 18, coll. Bibliothèques, Paris, 2002.

[25] Kelsen écrit : « Pourquoi se dénomme-t-elle théorie pure du droit ? C'est pour marquer qu'elle souhaiterait simplement assurer une connaissance du droit, du seul droit, en excluant de cette connaissance tout ce qui ne se rattache pas à l'exacte notion de cet objet. […] Il suffit de jeter un coup d'œil sur la science du droit traditionnelle, telle qu'elle s'est développée au cours des XIXe et XXe siècles, pour s'apercevoir clairement combien il s'en faut qu'elle satisfasse à ce postulat de pureté. Sans aucun esprit critique, elle a mêlé science du droit d'une part, psychologie, sociologie, éthique et théorie politique d'autre part. […] La théorie pure du droit cherche à éviter un syncrétisme de méthodes qui obscurcit l'essence propre de la science du droit et qui rend floues et vagues les bornes qui lui sont assignées par la nature de son objet : le droit ». KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 1-2.

la science juridique voulue par Kelsen se penche sur la notion d'imputabilité, « si A est, B doit être »[(26)]. Ainsi, l'auteur austro-américain différencie-t-il – c'est l'un de ses principaux fil d'Ariane – le *sein** et le *sollen**, c'est-à-dire l'être et le devoir être. Être ou devoir être, telle est la question qui taraude son esprit et, aussi perfectionniste que le Hamlet de Shakespeare, il peine à trouver une réponse capable de le satisfaire pleinement[27]. Cette distinction, empruntée à la théorie kantienne[28], présente l'étonnante spécificité de receler, derrière une apparente simplicité – ce qui est ne doit pas être et ce qui doit être n'est pas –, des conséquences insoupçonnées et qu'il développe à l'envie.

7. Et puis le *sein* et le *sollen*, le fait et la norme, permettent d'encadrer une notion essentielle aux développements à venir : la validité*[29]. « Dire qu'une norme se rapportant à la conduite d'êtres humains est valable, c'est affirmer qu'elle est obligatoire, que ces individus doivent se conduire de la façon qu'elle prévoit »[(30)]. Aussi la validité est-elle la fin principale recherchée par la hiérarchie des normes et, plus généralement, par le droit ; il s'agit donc d'un mot-clé à épurer ; un être juridique n'a de sens qu'à condition d'être valide. Or le droit de l'Internet place cette notion au cœur de ses problématiques, notamment à l'aune des dires de Kelsen selon lesquels,

---

[26] V. TROPER (M.), « Hans Kelsen », *op. cit*., p. 1215

[27] Kelsen ne nie pas la simplicité peut-être trop grande de cette partie essentielle de son ouvrage : « La norme est un devoir être (*Sollen*), alors que l'acte de volonté dont elle est la signification est être (*Sein*). […] La différence entre *sein* et *sollen*, être ou devoir être, ne peut pas être expliquée davantage. Elle est donnée à notre conscience de façon immédiate. […] Personne ne peut nier que, du fait que quelque chose est, il ne peut pas suivre que quelque chose doive être ». KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit*., pp. 7-8.

[28] Kelsen a beaucoup emprunté à Kant et notamment sa théorie de la connaissance. Mais il ne retient pas l'idée selon laquelle existent des normes transcendant le droit édicté par le pouvoir politique et rejette celle selon laquelle la fonction du juriste serait de rechercher la conformité du droit positif au droit naturel, condition de sa validité et de son caractère obligatoire.

Il écrit : « Si l'on conçoit les normes qui fondent les valeurs en prescrivant certaines conduites comme émanant d'une autorité supra-humaine, […] ces normes se présentent alors avec la prétention d'exclure que des normes prescrivant des conduites opposées puissent valoir. […] Pour une théorie scientifique des valeurs, seules entrent en ligne de compte des normes posées par des actes de volonté humaine et des valeurs fondées par elles ». KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 25.

[29] Kelsen écrit : « Par le mot *validité*, nous désignons le mode d'existence spécifique des normes. Lorsque nous voulons exprimer le sens ou la signification d'un acte qui pose une norme, nous disons : par cet acte, tel comportement humain est ordonné, prescrit, commandé, défendu ; ou, au contraire, tel comportement est permis, autorisé, habilité […]. Si […] nous employons le mot *sollen* dans un sens qui englobe toutes ces significations, nous pouvons exprimer l'idée de la validité d'une norme en disant : quelque chose doit être ou être fait, ou : quelque chose ne doit pas être ou être fait ». *Ibid.*, p. 13.

[30] *Ibid.*, p. 255.

« [quand] une norme demeure dépourvue d'efficacité* de façon durable, elle n'est plus considérée comme [valide]. Ainsi, l'efficacité est une condition de la validité des normes juridiques en tant qu'il faut qu'elle s'ajoute à leur édiction pour qu'elles ne perdent pas leur validité »[31]. En allant plus loin, il est tentant d'affirmer que la validité est l'efficacité ; ce sont là les objectifs, les chevaux de bataille, qui aujourd'hui doivent être indéfectiblement poursuivis par les diverses sources du droit. Le combat engagé sans doute sera-t-il remporté par celles qui auront été les plus persévérantes dans cette lutte là. En outre, Kelsen distingue différents domaines de validité : « Les normes n'ont pas seulement un domaine de validité spatial et temporel ; elles ont encore un domaine de validité personnel et un domaine de validité réel (ou matériel) »[32]. Ce sont tous ces éléments qui doivent se révéler valides. Or l'Internet emporte des règles qui, notamment dans le cadre spatial et personnel, peinent à prouver leur légitimité.

La définition du droit et de la norme

8. Définir le droit, voici une bien curieuse et périlleuse aventure que l'avènement du XXIe siècle et de sa kyrielle de révolutions ne fait que complexifier toujours plus. Chacun parle du droit, chacun fabrique et pratique le droit, mais personne ne saurait définir le droit ; ou plutôt existe une pléiade d'acceptions divergentes. Or il est évidemment impératif de circonscrire avec minutie l'objet que l'on entend étudier.

La contrainte par l'État

9. La conception positiviste – simple mais efficace – donnée par le Professeur René David sera retenue dans un premier temps : « on appelle droit les règles qui sont, dans un certain pays, imposées par la contrainte*,

---

[31] *Ibid.*, p. 15.

Par ailleurs, l'auteur distingue normes subjectives* et objectives*. Les premières correspondent à la volonté de voir quelqu'un se comporter d'une certaine façon, cela ne signifiant aucunement qu'une norme valide ait été créée. La norme objective est celle édictée en vertu d'un cadre juridique précis et légitime.

[32] *Ibid.*, p. 19.

Kelsen précise sur ce point que « la conduite que règlent les normes est une conduite humaine […] ; de sorte que dans toute conduite déterminée par une norme, on peut distinguer un élément personnel : l'homme qui doit se conduire d'une certaine façon, et un élément matériel : la façon dont il doit se conduire ».

sous le contrôle des Cours de justice »[33]. Le droit s'apparente ainsi à un « ordre immanent de contrainte »[34] ; et cette idée est retenue par Kelsen comme pilier fondamental de la notion puisqu'il écrit que « seul l'élément de contrainte permet de clairement distinguer le droit de tout autre ordre social »[35]. Or l'unique cadre permettant d'imaginer l'existence d'un tel droit est – à l'époque du théoricien autrichien – l'État, « ordre de contrainte centralisé* et limité dans son domaine de validité territorial* »[36]. Le droit ne saurait donc être autre qu'étatique ; il doit émaner d'un État de droit, d'un ordre juridique au sein duquel le pouvoir n'existe qu'en vertu de formes juridiquement précisées et n'est confié qu'à des individus ou institutions juridiquement désignées. Aujourd'hui, soit à l'heure du « village global* »[37] et de l' « État-monde* », cet élément qui constitue l'une des pierres angulaires de l'édifice kelsenien parait s'effriter, risquant d'emporter l'effondrement du monument dans son ensemble. Aussi la recherche du rôle joué par l'État dans le grand spectacle de la globalisation* – dont l'acteur principal s'appelle l'Internet – sera-t-elle l'un des leitmotivs des questionnements à suivre.

Le droit en tant que régulateur social

10. Au-delà de la distinction traditionnelle entre loi des pays civilistes et précédent des nations de *common law*, le droit, suivant la pensée éclairante de Hart, apparaît universellement comme « l'instrument principal de contrôle social » constitué d'un ensemble « de modèles et de principes généraux »[38]. Pour cela, selon le Professeur René David, il doit choisir entre deux modèles antinomiques. D'un premier point de vue, les juristes auraient

---

[33] DAVID (R.), « Les différentes conceptions de l'ordre social et du droit », in *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, p. 93.
[34] TROPER (M.), « Hans Kelsen », *op. cit.*, p. 1215.
[35] KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit.*, p. 73.

En outre, le maître autrichien explique qu' « il faut rejeter toute définition du droit qui ne le caractérise pas comme un ordre de contrainte. […] C'est un facteur extrêmement important pour la connaissance des relations sociales, un facteur extrêmement caractéristique des ordres sociaux qualifiés de « droits », qui est érigé en critère ». *Ibid.*, p. 73.
[36] *Ibid.* p. 73.
[37] Mc LUHAN (M.), *Message et Massage, un inventaire des effets*, éd. Jean-Jacques Pauvert, Paris, 1968 (titre original : « *The medium is the massage, an inventory of effets* »).
[38] HART (H. L. A.), *Le concept de droit* (trad. de *the concept of law*, Oxford, 1961, par Michel Van de Kerchove), Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976, p. 155.

Hart poursuit : « S'il n'était pas possible de communiquer des modèles généraux de conduite, que des multitudes d'individus sont susceptibles de considérer, sans autre directive, comme leur enjoignant d'adopter une conduite déterminée […], rien ne saurait exister de ce que nous reconnaissons maintenant comme étant du droit ».

pour « simple » mission d'établir des procédures stables et opportunes, le fond important peu dès lors que les faits varient inexorablement d'une espèce à l'autre et que créer des étiquettes ne saurait permettre de rendre les décisions les plus justes[39]. D'un second et préférable point de vue, à l'inverse, le droit devrait indiquer *ab initio* la façon dont le juge traitera l'affaire, afin de prévenir toute insécurité juridique* et même si la marge de manœuvre et d'adaptation de celui-ci se trouve annihilée[40]. Ainsi, l'auteur explique-t-il justement que « la procédure n'est à tout prendre que la servante du droit [qui] doit comprendre avant tout des règles de fond, faisant savoir aux uns et aux autres comment ils doivent se comporter, quels sont leurs droits et quelles sont leurs obligations »[(41)]. C'est ainsi que toute société se régule et s'équilibre.

La norme, unité de mesure du droit

11. Quant au terme générique de norme, il permet de désigner individuellement chacune des obligations, permissions ou interdictions qui forment cet ensemble appelé le droit. Il s'agit du *sollen* de Kelsen : « le mot « norme » exprime l'idée que quelque chose *doit être* ou se produire, en particulier qu'un homme doit se conduire d'une certaine façon »[(42)]. Ainsi la loi, par exemple, oblige les individus à mettre en conformité leurs faits et gestes, peu important qu'ils perçoivent ledit texte comme légitime ou illégitime[43]. En revanche, un quelconque acte humain tel qu'un ordre ou une décision ne saurait consister en autre chose qu'un *sein*[44].

---

[39] Le Professeur David écrit : « Tout ce que peut faire le juriste sur le plan général où il se situe, est de mettre au point une méthode, des règles concernant le choix du juge, le comportement des plaideurs, la recevabilité des preuves, leur administration ». DAVID (R.), « Les différentes conceptions de l'ordre social et du droit », *op. cit.*, p. 93.

[40] Selon le Professeur David, « la sécurité des relations juridiques* exige que l'on sache de façon suffisamment certaine, à l'avance, quelle solution, en cas de conflit, interviendra. La chose importante est la prévisibilité des solutions ». *Ibid.* p. 93.

[41] *Ibid.*, p. 93.

[42] KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit.*, p. 6.

[43] Kelsen écrit : « Leurs significations de droit caractéristiques, les faits […] les reçoivent de normes qui ont trait à eux ; ce sont ces normes qui leur confèrent une signification juridique, de telle sorte qu'ils peuvent être interprétés d'après elles ». *Ibid*., p. 5.

[44] Par la suite, sera adoptée une définition différente de la norme faisant qu'un ordre, s'il est perçu comme obligatoire par son destinataire, devient alors une norme. V. *infra*, sur la définition de la norme.

V. TROPER (M.), « Hans Kelsen », *op. cit.*, p. 1215. Le Professeur Michel Troper donne la définition suivante : « La norme n'est pas un acte humain. Elle n'est pas non plus un énoncé, mais seulement la signification d'un énoncé […]. Une norme ne se définit donc pas

12. La difficulté principale consiste en la détermination de ce que sont les normes. Ce n'est que par la suite que leur agencement pyramidal ou réseautique peut être envisagé. Du point de vue du positivisme juridique, il n'y a de norme et donc de droit qu'en conséquence de la volonté d'un quelconque pouvoir constituant, législatif ou réglementaire. Ce critère permet de le distinguer du jusnaturalisme ou de la conception pragmatique* qu'il apparaîtra opportun d'adopter dans le corps de ces dissertations. Naviguant sur des eaux scabreuses au sens kelsenien, le Professeur Éric Millard distingue les normes explicites*, qui se trouvent parmi les textes d'essence juridique – de la constitution au contrat –, des normes implicites*, rencontrées hors de tout cadre de droit – par exemple des usages – mais néanmoins susceptibles d'être mises en œuvre par « l'autorité de concrétisation »[(45)]. Alors que la théorie kelsenienne se concentre uniquement sur les « sources formalisées* » du droit[46], la thèse des normes implicites se révèlera particulièrement pertinente à l'aune du droit de l'Internet. Tracer une ligne de démarcation claire et précise entre ce qui relève du juridique et ce qui n'est pas du droit ressemble donc à une mission impossible, obligeant inexorablement au parti pris[47] ; et la tendance générale que la juridicité postmoderne entraîne dans son sillage réside en une ouverture de ces frontières déjà fort poreuses.

13. Si ont été séparées quelque peu les approches du droit et de la norme, cette méthode visait paradoxalement la mise en exergue du lien intime qui unit les deux notions ; en témoigne la définition que donne Kelsen de ces frères siamois : « Le droit […] est un ordre ou règlement normatif de l'action humaine, c'est-à-dire un système de normes qui règlent la conduite d'êtres humains »[(48)]. Proche de celle proposée par le Professeur René David, cette interprétation achève d'emporter la conviction selon laquelle définir le droit n'est pas chose aisée. Certes, l'on aboutit aisément à la conclusion

---

par ses caractères propres, mais seulement par son appartenance à un ordre normatif, qui confère à un acte humain sa signification spécifique ».

[45] MILLARD (E.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 2006, p. 15.

[46] *Ibid*., p. 15.

Le Professeur Millard distingue trois sources du droit : les « sources formalisées », qui trouvent leur validité dans la procédure d'édiction établie strictement par l'État (Constitution, lois…) ; les « sources conformalisées », dont la validité réside davantage dans leur efficacité intrinsèque (coutumes, jurisprudence…) ; les « sources informalisées », qui peuvent être d'origine sociale ou encore idéologique. Toutes trois peuvent « être tenues pour valides » et obligatoires par les sujets.

[47] Par exemple, Kelsen rejette en bloc l'idée selon laquelle la coutume serait une source du droit.

V. KELSEN (H.), *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 13.

[48] *Ibid.*, p. 6.

tautologique qu'il s'agit d'un ensemble organisé de normes de procédure et de fond régissant les rapports juridiques dans un espace spatio-temporel donné, mais l'apport est maigre dès lors que l'on ne sait pas décrire précisément les contours et formes de la norme, mis à part en se référant au droit. Seulement, en procédant ainsi, le serpent se mord la queue ; le voyageur prend un chemin identique en sens contraire, revenant maladroitement sur ses pas ; c'est dire qu'il a peu avancé. En conséquent, penser l'agencement de ces normes insaisissables sous forme pyramidale ou réseautique ne se révèle que plus périlleux.

L'ordre juridique, un outil indispensable

14. Concernant la notion d'ordre juridique[49], comme le note le Professeur Éric Millard, elle « [n'est] pas unifiée dans l'usage qui en est fait en théorie du droit »[(50)]. Il faut dès à présent en retenir une conception élargie en avançant qu'il s'agit du droit – soit un ensemble de normes coordonnées et unitaires[51] – applicable dans un espace et à un moment précisément circonscrits ; ou un ensemble cohérent de sources de normes applicables à une communauté homogène de sujets de droit[52]. La règle de droit n'existe donc qu'au sein d'un ordre juridique qui lui confère sa validité* et, pour Kelsen, cet ordre est un ordre juridique de contrainte*[53] puisque, en l'absence de sanction, une norme qui décrit un acte socialement indésirable peut revêtir un sens moral mais aucunement un sens juridique. Par ailleurs,

---

[49] Kelsen décrit cette notion en ces mots : « L'ordre juridique est un système de normes générales et de normes individuelles qui sont unies les unes aux autres par le fait que la création de chacune des normes qui appartient à ce système est réglée par une autre norme du système ». KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 314.

[50] MILLARD (E.), « La hiérarchie des normes : critique sur un fondement empiriste », *op. cit.*, p. 3.

[51] Selon Kelsen, le droit est « un ensemble de règles doué d'une unité telle qu'il nous est permis de l'appréhender comme un système ». KELSEN (H.), Théorie pure du droit, *op. cit*., p. 42.

[52] Le Professeur Éric Millard – se fondant sur les conceptions dynamique et statique du droit – distingue ordre juridique et système juridique : « Par ordre […], je parlerai d'un ensemble de normes également valides à un instant *t*, qui peut être présenté de manière structurée et donc hiérarchisée (une conception statique du droit existant). Par système juridique, je parlerai au contraire d'une conception dynamique : un ordre prévoyant ses propres conditions d'évolution ». MILLARD (E.), « La hiérarchie des normes : critique sur un fondement empiriste », *op. cit*., p. 3.

[53] « Dire que juridiquement on ne doit pas voler, et que l'on doit rendre les sommes empruntées, cela revient à dire que le voleur doit être puni et le débiteur défaillant exécuté ». KELSEN (H.), « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », in *Recueil des cours*, t. 42, 1932, p. 125.

rien n'interdit – ou plutôt rien n'empêche – que des ordres juridiques distincts se chevauchent. Alors les questions de leur cohabitation et de l'éventuelle primauté des uns ou des autres apparaissent, sans que des réponses évidentes ou quelque certitude ne les accompagnent. Là encore, il s'agit de problématiques que le droit de l'Internet conduit à soulever.

La hiérarchie ou « pyramide » des normes[54]

15. Prendre pour synonymes les expressions « hiérarchie des normes » et « pyramide des normes » ne va pas de soi ; il serait tout à fait concevable de considérer que le paradigme de la « pyramide » serait propre à Hans Kelsen et à sa « Théorie pure du droit » quand l'idée de hiérarchie des normes consisterait en un concept générique englobant toutes les thèses traitant du thème de l'agencement des normes, dont la « pyramide » viennoise et le « réseau » belge de Ost et Van de Kerchove[55]. C'est d'ailleurs comme ceci que peut être lu – sans que cela n'emporte aucun préjudice, bien au contraire – le titre chapeautant ces travaux : « La hiérarchie des normes et le droit de l'Internet ». Néanmoins, le parti pris au cœur de ces lignes sera de

---

[54] Existent des conceptions multiples, variées et parfois délicates à appréhender de la hiérarchie des normes, au sein même du positivisme juridique. Un exemple pertinent ressort de l'ambiguïté que le Professeur Éric Millard décèle entre hiérarchie des normes et hiérarchie des énoncés, soit entre *sollen* et support du *sollen*. Ainsi écrit-il : « La hiérarchie des normes ne peut se confondre […] avec quelque hiérarchie que ce soit des énoncés, postulée *a priori* (une pyramide des actes) ou comprise comme hiérarchie des fonctions d'édiction (une hiérarchie des autorités normatives) ». MILLARD (E.), « La hiérarchie des normes : une critique sur un fondement empiriste », in BRUNET (P.) et MILLARD (E.), dir., *Raisonnement juridique et hiérarchie des normes*, à paraître, p. 37.

L'auteur retient que Hans Kelsen, Herbert Hart et Norberto Bobbio sont les trois penseurs ayant apporté la plus importante contribution à la théorie de la hiérarchie des normes. Cependant, il apparaît objectivement que la « Théorie pure du droit » du premier surpasse allègrement les œuvres de ses deux confrères (respectivement le « Concept de droit » et la « Théorie de la science juridique ») dans l'esprit de la grande majorité des juristes. V. MILLARD (E.), « La hiérarchie des normes : une critique sur un fondement empiriste », *op. cit*., pp. 5-60 ; KELSEN (H.), *Théorie pure du droit, op. cit.* ; HART (H. L. A.), *Le concept de droit* (traduction de *The concept of law*, Oxford, 1961, par Michel Van de Kerchove), Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976; BOBBIO (N.), *Essais de théorie du droit (Recueil de textes)*, LGDJ, coll. La pensée juridique, Paris, 1998. V. *infra*.

[55] Ainsi le Professeur Millard – qui entend opposer une théorie empirique de la hiérarchie des normes à la théorie normativiste* – dit ne pas comprendre par hiérarchie des normes « la vulgate souvent utilisée par les juristes […] qui [l'] assimile à une pyramide d'actes juridiques s'ordonnant de manière cohérente parce que les actes inférieurs seraient parfaitement conformes matériellement aux actes supérieurs ». MILLARD (E.), « La hiérarchie des normes, critique sur un fondement empiriste », *op. cit*., p. 3.

tenir ces formulations comme équivalentes, en particulier afin de respecter l'esprit kelsenien qui veut que la « pyramide » soit une métaphore permettant de désigner la théorie de la hiérarchie.

Une ébauche de réponse à l'incertaine validité de la norme

16. « Garantie essentielle des libertés individuelles et de la souveraineté du peuple »[(56)], poursuivant les valeurs « de cohérence, de sécurité, de stabilité et d'obéissance »[(57)], l'axiome de la hiérarchie des normes permet – à l'aune d'une approche théorique – de répondre à une question relevant paradoxalement davantage de la pensée jusnaturaliste, celle du fondement du droit, de la source de sa force obligatoire[58]. Malgré ce caractère chimérique, l'œuvre de Kelsen se consacre pour une grande part à la quête d'une réponse solide et ferme.

17. L'auteur viennois ne voit de normes qu'en des actes ayant une validité objective*[59]. Existent des actions d'autorité possédant une signification subjective* de norme pour leurs auteurs qui souhaitent enjoindre certaines personnes de se comporter d'une manière spécifique, mais il ne saurait y avoir dans pareille situation de normes valides édictées. « Du *sein** ne peut jaillir le *sollen** »[(60)]. Ce n'est que si un acte de volonté est concrétisé en vertu et conformément à l'habilitation d'une norme supérieure qu'il présente la signification objective de norme et qu'il apparaît

---

[56] MILLARD (E.), « La hiérarchie des normes : critique sur un fondement empiriste », *op. cit.*, p. 46.

[57] OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 18.

[58] Le Professeur Paul Amselek explique que « dans la tradition moraliste du jusnaturalisme, ce problème du fondement du droit est un problème d'éthique civique qui concerne le fond de la politique juridique et les relations entre les dirigeants publics et les citoyens dirigés. […] L'on n'est tenu d'obéir au droit positif que dans la mesure où il s'agit, par son contenu, d'un droit authentique, « valable », conforme à un modèle transcendant – droit naturel ou justice naturelle – conçu comme émanant de la volonté divine ou inscrit dans la nature des choses ». AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *op. cit.*, p. 562.

[59] Kelsen étaye sa thèse de la validité en recourant à la hiérarchie des normes. Ainsi, il décrit : « La validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme. En terme figuré on qualifie la norme qui constitue le fondement de la validité d'une autre norme de norme supérieure par rapport à cette dernière, qui apparaît donc comme une norme inférieure à elle. […] Seule une autorité compétente peut poser des normes valables, et la compétence en question ne peut reposer que sur une norme habilitant à la création de normes ». Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit*., pp. 256-257.

[60] AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *op. cit.*, p. 562.

valide et habillé de force obligatoire[61]. En d'autres termes, chaque norme juridique trouve le fondement de sa validité dans la conformité de son édiction aux conditions prescrites par une autre norme juridique, antérieure et supérieure à elle[62]. Enfin, car il faut bien que l'échelle possède un dernier barreau, les normes finales portent exception à cette règle et consistent en des actes matériels d'exécution prescrivant une conduite humaine particulière.

18. En revanche, le contenu, la forme linguistique employée ou la valeur morale se révèlent totalement indifférents. Les normes positives ne relèvent pas d'une même catégorie du fait de traits caractéristiques qui les grèvent individuellement – par exemple en raison de leur fond ou finalité sociale –, elles forment un tout, un système ou un ordre et ne se reconnaissent qu'en raison de leur appartenance à celui-ci. Si le droit naturel est fort intérieurement – c'est-à-dire qu'il comporte des droits et obligations que nul ne saurait discuter –, le droit positif se montre fort extérieurement, car il ne tire ses caractères que d'autres normes l'ayant précédé.

19. Dans l'hypothèse où la condition de conformité ferait défaut, alors un contentieux aboutirait sans aucun doute à l'annulation de la norme en cause. Comme pour l'homme se conformant au dictat d'une règle principalement en raison du voile de contrainte la recouvrant, la norme elle-même prend le parti de la conformité par peur de la sanction. Cet élément essentiel permit l'émergence d'un contrôle de constitutionnalité en Europe[63].

---

[61] Kelsen recourt à l'exemple de la contrainte exercée sur un individu que l'on écroue suite à la condamnation prononcée par un tribunal : « Pourquoi cette contrainte est-elle un acte juridique appartenant à un ordre juridique déterminé ? Parce qu'elle a été prescrite par une norme individuelle établie par un tribunal. Cette norme elle-même est valable parce qu'elle a été créée conformément au code pénal. À son tour, la validité du code pénal résulte de la Constitution de l'Etat qui fixe la procédure pour l'édiction des lois et désigne l'organe compétent ». KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. par Henri Thévenaz, La Baconnière, 1ère éd., Paris, 1953, p. 115 ; cité par AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchies des normes juridiques », *op. cit.*, p. 562.

[62] Les possibilités de décrire ou définir la hiérarchie des normes sont évidemment nombreuses et Kelsen, dans *Théorie pure du droit*, précise à plusieurs reprises sa pensée. Dans les premières pages, il avance simplement – presque trivialement – que « les normes qui confèrent à un acte la signification d'acte de droit – ou d'acte contre le droit – sont elles-mêmes créées au moyen d'actes de droit, et à leur tour ces actes reçoivent leur signification juridique d'autres normes ». KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit.*, p. 7.

[63] Kelsen munit l'Autriche d'une Cour Constitutionnelle en 1920 (v. *supra*), le Général De Gaulle et Michel Debré insérant la France dans le mouvement – par le Conseil Constitutionnel – à l'occasion de l'édiction de la Constitution de la Ve République, en 1958.

Les États-Unis connaissent de leur côté le contrôle de constitutionnalité depuis le célèbre et fondamental arrêt de la Cour Suprême « Marbury c/ Madison » (5 U. S. 137) du 24 février 1803 ; mais il s'agit d'un contrôle par voie d'exception et décentralisé. À l'inverse,

Auparavant, au temps des régimes parlementaires, lorsqu'une telle veille faisait défaut, le législateur demeurait pathologiquement souverain malgré la supériorité théorique de la Constitution et des traités internationaux[64]. Seulement, cette justice constitutionnelle ne doit jamais, à l'inverse, mener à un « gouvernement des juges* » ; son action ne doit jamais être dictée par des aspirations ou considérations politiques ; il doit s'agir tout au plus d'un « juge aiguilleur* »[65] indiquant au législateur lorsque sa loi enfreint la Constitution et limitant ce contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation.

20. Il faudrait enfin intégrer la problématique de la modification de la norme ; sa pertinence ne pouvant par nature qu'être temporaire, son amendement ou son abrogation représentent autant d'enjeux. Néanmoins, ne pèse aucun doute sur le fait que ce que la norme construit, elle peut le déconstruire. Ainsi les réponses à ces questionnements abondent-elles en même temps que celles afférentes à la création véritable de la norme.

Des « cascades » de normes dynamiques

21. Chez les kelseniens, l'espace normatif se présente tel un « monde en circuit fermé, s'alimentant à lui-même »[(66)] puisque chaque norme est énoncée en suivant la procédure instituée par une norme supérieure, tandis que se trouve repoussée toute « norme pure et simple »[67]. Cela conduit à une vision « dynamique* » de l'ordre juridique que le Professeur Paul Amselek illustre par l'expression « cascades d'édictions de normes »[(68)]. Mais, en se plaçant du point de vue du fond du droit, il semble permis de conclure également à la qualification d'ordre juridique statique* ; chaque norme doit présenter un contenu conforme à sa supérieure, de telle sorte qu'elle ne fait finalement que mettre en œuvre celle-ci sans jamais y ajouter. Toutefois, Kelsen place le critère du contenu en totale quarantaine, si bien qu'il

---

le contrôle par voie d'action, tel que pratiqué aujourd'hui en France, fait intervenir un organe spécifique.

[64] V. la jurisprudence *Arrighi* (CE, 6 novembre 1936, *Rec*., p. 966) consacrant la théorie dite de la « loi-écran » qui empêche le contrôle de la constitutionnalité d'un acte réglementaire pris en application d'une loi. Cet arrêt n'a jamais été démenti jusqu'à lors.

[65] Cette expression est amicalement empruntée à Louis Favoreu.

[66] AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *op. cit*., p. 562.

[67] *Ibid*.

Le Professeur Michel Troper explique à ce sujet qu'une norme « ne se définit que par l'ordre normatif auquel elle appartient. La norme juridique ne se distingue donc de la norme morale ou de la norme religieuse que par son appartenance à un ordre normatif spécifique : l'ordre juridique ou droit ». TROPER (M.), « Hans Kelsen », *op. cit*., p. 1215.

[68] TROPER (M.), « Hans Kelsen », *op. cit*., p. 1215.

affirme : « n'importe quel contenu peut être droit »[69]. L'ordre juridique doit donc pencher en faveur de la qualification de dynamique[70], *a fortiori* dès lors que les normes morales sont qualifiées par la pensée du maître autrichien de « système de normes statique »[71].

Les différents paliers de la « pyramide »

22. Dans la mesure où les normes situées aux degrés les plus élevés de la hiérarchie s'avèrent irrémédiablement moins nombreuses que les normes inférieures, puisque « le droit organise sa propre production »[72] et que chacune entraîne de façon arborescente la genèse de plusieurs autres, Kelsen eut pu recourir – à l'instar de ce qui se fait en matière de généalogie – à

---

[69] KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit*., p. 261.

[70] Kelsen écrit : « Les systèmes de normes qui se présentent comme des systèmes juridiques ont pour l'essentiel un caractère dynamique. Une norme juridique n'est pas valable parce qu'elle a un certain contenu, […] elle est valable parce qu'elle est créée d'une certaine façon. […] C'est pour cette raison et cette raison seulement qu'elle fait partie de [cet] ordre juridique ». KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit*., p. 261.

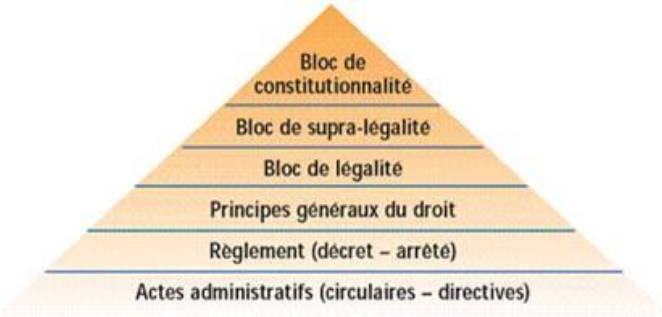
[71] Dans ce dernier cas, toutes les règles seraient directement empruntées à une norme unique, à la portée extrêmement générale et chapeautant toutes les autres (1), tant et si bien qu'il serait possible d'extraire les unes des autres par simple opération de prélèvement, « comme le particulier du général » (2), telles des poupées gigognes. L'on serait alors clairement confronté à un ordre hiérarchique « indéfendable » (3), de « type axiomatique » (4) et surtout non juridique à l'aune des propos kelseniens. Par opposition – et même si Kelsen concède qu'il est « parfaitement possible qu'un seul et même système de normes combine le principe statique et le principe dynamique » (5) –, ce dernier doit l'emporter dans la sphère du « droit juridique » (6).

(1) V. *infra*, par comparaison avec la *grundnorm** ou norme fondamentale. « Telles sont, par exemple, les normes morales interdisant le mensonge, la tromperie ou le parjure ; elles sont déduites d'une norme fondamentale prescrivant de dire la vérité ». À l'inverse, ce qui caractérise le type dynamique est le fait que « la norme fondamentale présupposée ne contient rien d'autre […] qu'une règle qui détermine comment doivent être créées les normes ». KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit*., pp. 258-259. (2) *Ibid*., p. 261. (3) *Ibid*., p. 259. Kelsen explique qu'il ne saurait exister dans la nature comme nulle part de « norme immédiatement évidente ». (4) AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *op. cit*., p. 564. (5) KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit*., p. 261. (6) Et ce n'est pas là un pléonasme.

[72] « L'autoproduction du droit suit […] de la loi de Hume, c'est-à-dire du fait, sur le plan ontologique, qu'une norme ne peut pas résulter d'un ensemble de causes naturelles, et, sur le plan logique, du fait qu'un énoncé prescriptif ne peut être inféré de prémisses qui ne seraient que descriptives ». PFERSMANN (O.), « De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, M. Van de Kerchove, F. Ost », *op. cit*., p. 737.

La loi de Hume est une proposition philosophique de David Hume qui interdit le passage logique de l'être au devoir être et inversement. V. pour les conséquences de ce théorème kelsenien KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit*., p. 228.

l'image de l'arbre[73]. Il emprunte finalement une toute autre métaphore, néanmoins pertinente et entrée dans la postérité du droit en tant que classique : il compare la structure de l'ordre juridique à une pyramide, c'est la « pyramide » des normes[74]. Ainsi, se déploient – du sommet jusqu'à la base – la Constitution originaire, les Constitutions dérivées[75], les lois et les règlements (décrets ou arrêtés) ; enfin, le rez-de-chaussée de l'édifice kelsenien est formé par les actes administratifs (circulaires ou directives)[76]. Il n'est pas surabondant de préciser qu'évoquer une « pyramide » des normes invite bien souvent à s'intéresser à la hiérarchie de leurs sources. En effet, les développements à venir se concentreront souvent moins sur les normes en elles-mêmes que sur leurs origines.



La pyramide des normes[77]

---

[73] Partant d'un foyer de création originel unique, tels les ancêtres d'une lignée de descendants, les différentes normes s'engendreraient et se démultiplieraient de manière exponentielle, amenant à recourir à l'image déjà empruntée de l'arborescence.

[74] « L'ordre juridique, décrit Kelsen, n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée [pour ainsi dire] d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques ». KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit.*, p. 299.

[75] Partant, la légitimité des Constitutions dérivées de la Constitution originaire – soit la première apparue dans le nouvel ordre juridique – ne pose aucun problème puisqu'elles ne font qu'appliquer les dispositions de celle-ci. En revanche, la question du fondement de la Constitution originaire mène à davantage de tergiversations (v. *infra*, sur la *grundnorm**).

[76] Pourraient être ajoutés aux actes administratifs les actes juridiques privés, c'est-à-dire les contrats, ainsi que les jugements. Mais cela n'aurait que peu de sens dès lors que seules les parties ou personnes en cause et éventuellement intéressées sont susceptibles de se conformer à ces « normes » dont la portée restreinte ne justifie pas mieux qu'une présence dans les sous-sols de la « pyramide ».

[77] Source : http://www.maires-aveyron.fr.

L'heureuse expression « bloc de constitutionnalité » de Louis Favoreu permet de joindre au corps de la Constitution les textes ayant une même valeur au sens de la

23. En 1952, le futur Professeur Jean-Louis Quermonne relevait, au sein de sa thèse de doctorat, que la hiérarchie des normes juridiques était « partout présente » en droit français – si bien qu'il s'agissait peut-être d'un véritable « principe fondamental » – mais que, pour autant, elle n'était « nulle part exprimée »[(78)]. Plus tard, le Conseil Constitutionnel vint donner ses lettres de noblesse à la pyramide en relevant expressément, dans plusieurs de ses décisions, des « exigences propres à la hiérarchie des

---

jurisprudence Constitutionnelle. Ainsi en va-t-il en France du préambule de la Constitution de la IVe République datant de 1946, de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (v. la décision n° 73-51 du 27 décembre 1973, relative à la « loi de finance pour 1974 »), de la Charte de l'environnement de 2004 ou de principes tirés de lois républicaines éparses tels que, par exemple, la liberté d'association ou l'indépendance des professeurs d'université (v. la décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, relative à la « loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association »). Seulement cette primauté n'est pertinente que pour les constitutions dites « rigides », c'est-à-dire élaborées ou votées soit directement par le peuple au moyen du référendum, soit par un organe *ad hoc* exceptionnel, et dont la procédure de révision fait également intervenir des procédures particulières. À l'inverse, une constitution « souple » possède une valeur identique à la loi puisqu'elle est modifiable par le Parlement suivant la procédure législative classique.

Afin de rebondir sur cette expression, l'on nomme « bloc de supra légalité » l'ensemble des normes émanant de traités ou conventions supranationales. Mais l'avènement de l'Union Européenne et du droit communautaire mène à des écueils importants puisque la Cour de Justice de la Communauté européenne affirme depuis longtemps que le droit communautaire doit primer sur l'ensemble des normes de droit interne des États membres ; si bien que, d'un point de vue externe, le « bloc de supra légalité » serait également un « bloc de supra constitutionnalité » et les juges ne devraient pas appliquer de dispositions constitutionnelles contraires au droit européen. V. *infra*, sur le droit communautaire de l'Internet.

« Le bloc de légalité » recouvre l'ensemble des actes du Parlement : lois ordinaires et organiques, mais également ordonnances ratifiées. S'y distingue une supériorité des lois organiques, chargées de préciser les modalités d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics, en raison de leur caractère plus général et surtout de leur procédure particulière d'adoption.

Les principes généraux du droit trouvent leur place dans cette pyramide, bien qu'existant indépendamment de tout texte ; ce sont les Cours et tribunaux qui les « découvrent » à travers le filtre des dispositions légales existantes. Néanmoins, « il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises » (art. 5 du Code civil). Cette prohibition des arrêts de règlement permet de douter de la légalité de cette source du droit. Que la Cour de Justice de l'Union Européenne comme le droit international privé reconnaissent leur légitimité permet de les placer au sein de la hiérarchie des normes, mais à un échelon nécessairement *infra* législatif.

Enfin, les règlements sont supérieurs aux actes administratifs individuels, bien qu'émanant souvent de la même autorité.

[78] QUERMONNE (J.-L.), *L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques en droit public français*, thèse Caen, 1952, p. 268. Cité par AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *op. cit.*, p. 557.

normes juridiques dans l'ordre interne »[79]. Certes aujourd'hui « largement intériorisée tant par les gouvernants que par les gouvernés »[(80)], si bien que le Professeur Philippe Malaurie affirme lui sans détour qu'elle est « un principe fondamental dans les pays démocratiques »[(81)], l'idée de la hiérarchie des normes n'en demeure pas moins – il faut le répéter – « une fausse idée claire »[(82)] ; tantôt « garante des libertés fondamentales », tantôt « aporie kelsenienne »[(83)]. Bien que « propriété transcendante et autoritaire, dite habituellement classique […] ou académique […], conforme aux apparences […] et au jeu de l'édiction des normes »[(84)], cette théorie revêt un habit d'ambivalence curieux et insoupçonné tant elle se révèle « à la fois étrangement familière au juriste et extraordinairement complexe »[(85)].

---

[79] V. Cons. Const., 309 DC du 9 juin 1992, *RJC* I.502 ; 338 DC du 10 mars 1994, *RJC* I.585 ; 368 DC du 15 décembre 1995, *RJC* I.643 ; 381 et 382 DC du 14 octobre 1996, *RJC* I.683 et 684. Par la suite, la formule fur reprise par le Conseil d'Etat : CE, 24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique*, *Rec*., p. 30. Arrêt et décisions cités par AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *op. cit*., p. 557.

[80] OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, pp. 43-44.

[81] MALAURIE (Ph.), *Introduction à l'étude du droit*, Cujas, Paris, 1991, p. 160. Cité par OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., p. 44.

[82] AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *op. cit.*, p. 562. V. *supra*.

[83] LOMBARD (M.), « Régulation et hiérarchie des normes. Propos conclusifs », art. disponible à http://www.regulation.sciences-po.fr/fr/documentation/DER_2/Lombard2.pdf, site consulté le 19/11/2010.

[84] DE BECHILLON (D.), « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation, réflexions critiques », *Revue de la recherche juridique*, *Droit prospectif*, 1994, n°1, p. 252.

[85] MILLARD (E.), « La hiérarchie des normes : critique sur un fondement empiriste », *op. cit*., p. 3.

II / LES DIFFICULTES ORIGINELLES DE LA « PYRAMIDE »

24. Après cet arrêt en gare kelsenienne – à la lisière de l'Histoire, de la philosophie et de la sociologie –, l'épique épopée de la hiérarchie des normes et de ses wagons de considérations postmodernes approche à présent de la frontière du positivisme, là où la théorie du maître autrichien n'est plus souveraine et où de premières voix voient de nouvelles voies.

La hiérarchie des normes dans la pensée de Hart et Bobbio

25. Hans Kelsen ne saurait évidemment détenir le monopole de la théorie de la hiérarchie des normes. Aussi serait-il peu éclectique de ne pas évoquer – ne serait-ce que succinctement – les idées de deux autres grandes figures de la modernité juridique*, contemporaines elles aussi du XXe siècle : Hart et Bobbio ; le premier plaçant ladite théorie, à l'instar de l'école de Vienne, au cœur de ses réflexions, le second n'y voyant en revanche pas un fondement nécessaire à l'analyse du droit[(86)].

26. Le penseur britannique, tout d'abord, voit ses convictions largement se confondre avec celles de Kelsen puisqu'il distingue lui aussi les normes relatives aux modèles de comportement (qu'il qualifie de « normes primaires* ») et celles afférentes à la production du droit (les « normes secondaires ») qui ont pour mission de servir les premières en les identifiant et mettant en œuvre. L'auteur retient la subordination des unes aux autres comme critère de validité* et d'unité*. Cependant, Hart se distingue du « père » du positivisme en recourant à une démarche davantage empirique, s'insérant dans le cadre d'un projet descriptif qui l'amène à une définition des « règles » nettement différente. Ainsi affirme-t-il notamment que la norme fondamentale – la fiction de la *grundnorm* chez Kelsen –, qui confère sa légitimité à la Constitution, n'a nullement besoin d'être supposée pour les besoins de la science juridique puisqu'elle existe au sein même de la société en tant que « métanorme »[(87)]. Enfin, en terme épistémologique, Hart refuse que sa science du droit soit placée au cœur du carcan d'une vision fermée du système juridique, telle celle de Kelsen. Partant, il porte l'idée d'une bivalence de l'appréhension de la règle : il y aurait un aspect externe – le point de vue de celui qui refuse la règle et donc ne fait que l'observer loin de sa sphère – et un aspect interne, le point de vue de celui à qui la règle

---

[86] V. MILLARD (E.), « La hiérarchie des normes : critique sur un fondement empiriste », *op. cit.*, pp. 29-31.
[87] HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, *op. cit.*, pp. 136-138.

s'applique parce qu'il l'accepte[88] ; les affirmations émanant de ces deux yeux opposés ne pouvant qu'être différentes mais complémentaires[89].

27. Quant au théoricien italien, il ne trouve pas de raison de rechercher un fondement à la validité des normes par-delà la Constitution. Il juge bonnement et opportunément que le droit positif – valide formellement* et conforme matériellement – se suffit à lui-même et permet de circonscrire les systèmes ou ordres juridiques sans autre forme de procès. C'est sur ce parti pris de la *grundnorm*, divisant irrémédiablement ces brillants esprits, qu'il faut un instant se focaliser.

La problématique *grundnorm*

L'aporie du « premier domino normatif »

28. Traiter de la *grundnorm** au sein de paragraphes consacrés aux limites de la théorie kelsenienne peut surprendre un lecteur averti ; il s'agit en tout cas d'un choix délicat, un risque, un jeu avec la pensée de l'auteur de *Théorie pure du droit* quelque peu malhonnête. Mais il semble – à bien y réfléchir – que la première des critiques aptes à être adressées à la hiérarchie des normes se situe en son cœur même, apparaissant en première ligne comme pour mieux masquer sa gaucherie. Sans doute cette impasse s'avérait-elle à un tel point patente et susceptible de retirer toute crédibilité à sa théorie que Kelsen rechercha à la muer en un argument supplémentaire en sa faveur. Mais il est difficile d'affirmer que l'essai a été réussi tant cette idée de la *grundnorm* apparaît pareille à un ovni théorique, si bien que d'aucuns en viennent à se demander si l'auteur austro-américain embrassait réellement ses propos, convaincu de leur pertinence ; et le Professeur Paul Amselek d'évoquer sans retenue « la coquecigrue la plus fameuse de toute la littérature philosophico-juidique »[(90)].

29. La théorie kelsenienne voit en cette norme fondamentale supposée la solution à une problématique subjective : l'exercice de « la fonction de la

---

[88] V. HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, *op. cit*., pp. 113-116.

[89] Il s'agirait alors d'écouter à la fois les observations de celui qui décrit simplement comment se comportent les hommes face à la règle puis émet des prédictions sur la tournure des évènements, et de celui qui met en œuvre concrètement devoirs-être et obligations, en récoltant personnellement les fruits ou subissant les désagréments.

[90] AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *op. cit*., p. 566.

connaissance »[91] ; et la solution à une problématique objective : le complément indispensable à la hiérarchie des normes – en tant que stade ultime légitimant la Constitution – telle qu'observée dans la réalité juridique. En effet, schématiquement et un peu caricaturalement, il est à ce stade des développements possible d'avancer qu'un acte administratif est légitime en raison d'un règlement qui trouve lui-même son fondement dans la loi, laquelle tire sa validité de la Constitution. Mais ce dernier niveau de texte – c'est un pléonasme de le dire – ne possède nulle norme supérieure lui conférant son caractère obligatoire ; il n'existe dans l'ordre juridique aucune norme positive supérieure à la Constitution et susceptible de fonder sa validité, si bien que – comme dans un jeu de dominos – cette constatation retirerait sa qualité de norme à la loi, donc au règlement, puis à l'acte administratif. Mécaniquement, en remontant la ligne de normativité, l'on aboutit inéluctablement à une Constitution historiquement première ou originaire et qui ne trouve pas son explication en une norme positive supérieure et antérieure à elle. Puisque la validité est « le mode d'existence spécifique des normes »[92], la Constitution – qui est la règle sur laquelle repose l'ordre juridique dans son ensemble – doit impérativement être valide et donc recevoir ce caractère d'une norme supérieure. Parce qu'il « renonce à rapporter la validité de la Constitution […] à une norme qui aurait été posée par une autorité métajuridique telle que Dieu ou la Nature », Kelsen ne perçoit « qu'une réponse possible : la validité de cette Constitution [et] son caractère de norme obligatoire doivent être supposés »[93]. En conséquent, il postule l'existence, au sommet de la pyramide, d'une *grundnorm*[94], soit littéralement une « norme fondamentale ». Il explique que cette norme « logique-transcendantale »[95] est nécessaire du point de vue de la théorie de la connaissance[96] ; mais il ne s'agit de son aveu même que d'une pâle

---

[91] KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit*., p. 273.
[92] KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit*., p. 13.
[93] *Ibid*., p. 265.

L'auteur ajoute que cette hypothèse est « nécessaire pour interpréter* les actes posés conformément aux dispositions [de la norme fondamentale] comme la création ou l'application de normes juridiques générales valables ».

[94] Kelsen décrit que, comme « il est impossible que la quête du fondement de la validité d'une norme se poursuive à l'infini, comme la cause de la cause d'un effet », cette quête « doit prendre fin avec une norme que l'on supposera dernière et suprême ». Puis, il ajoute que, « en tant que norme suprême, il est impossible que cette norme soit posée, elle ne pourrait être posée que par une autorité qui devrait tirer sa compétence d'une norme encore supérieure […]. La norme suprême ne peut donc être que supposée ». KESLEN H., *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit*., p. 257.

[95] KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2e éd., p. 266. Par là, le maître autrichien se rapprochait de Kant et de sa *Critique de la raison pure*.

[96] Le Professeur Michel Troper explique : « La science du droit est contrainte de recourir à l'hypothèse de la norme fondamentale pour pouvoir considérer qu'elle est en présence d'un

supposition, une proposition, une hypothèse indémontrable mais nécessaire au juriste afin d'assurer la cohérence et l'unité de l'ordre juridique[97]. Elle affirmerait : « On doit se conduire de la façon que la Constitution prescrit »[(98)] ; et la preuve du fait que cette *grundnorm* existe serait, laconiquement, que les normes positives se révèlent, *de facto*, « en gros et de façon générale appliquées et observées »[(99)].

Le « mouton noir » du positivisme juridique

30. Avec ce postulat de la *grundnorm*, Hans Kelsen se rapproche du jusnaturalisme de façon patente. Supposer la présence d'une telle norme suprême transcendante revient clairement à recourir à l'axiome du droit et de la volonté naturels, extrahumains[100]. Il mène même la contradiction à son paroxysme en affirmant que, si ladite norme fondamentale contient des dispositions relatives à la procédure d'édiction des règles inférieures, elle est également susceptible de supporter le contenu de ces dernières[101]. Revenant à sa conception, il rappelle alors – fort heureusement – que, nonobstant cette

---

droit et constituer ainsi son objet. C'est pourquoi Kelsen estime qu'il ne formule pas une théorie, puisque tout juriste qui entend traiter la Constitution comme une norme se fonde implicitement sur la même hypothèse, ni une hypothèse de type scientifique, puisqu'elle n'est pas vérifiable. […] Kelsen affirme qu'il s'agit d'une fiction, en donnant à ce mot la signification […] de procédé intellectuel ». TROPER (M.), « Hans Kelsen », *op. cit*., p. 1215.

[97] Kelsen semble accorder plus qu'une grande importance à cette idée d'unité, tant elle accompagne souvent dans son discours les explications afférentes à la *grundnorm*. Ainsi explique-t-il : « Toutes les normes dont la validité peut être rapportée à une seule et même norme fondamentale forment un système de normes, un ordre normatif. […] Parce qu'elle est le fondement de la validité de toutes les normes qui appartiennent à un seul et même ordre juridique, la norme fondamentale assure l'unité de ces normes dans leur pluralité ». KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit*., pp. 257 et 273.

[98] *Ibid*., p. 267.

Kelsen imagine également, dans une autre formulation, qu' « il faut observer les règles contenues dans la première Constitution ». KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 1ère éd., *op. cit*., p. 38.

[99] KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit*., p. 287.

[100] Carl Schmitt, qui s'est livré dans les années 1930 à une véritable guerre de papier contre Kelsen, note que ce dernier en arrivait finalement toujours à recourir, en définitive, aux postulats du droit naturel qui posent que le droit n'est légitime qu'en raison de la volonté de Dieu ou, en tout cas, de la Nature. V. TROPER (M.), BEAUD (O.) et *alii*, *La controverse sur : Kelsen contre Schmitt*, Panthéon-Assas, coll. Colloques, Paris, 2007.

[101] L'auteur explique que les normes de niveau inférieur servent à « appliquer les normes générales qui attachent à un fait particulier, défini de façon abstraite, une conséquence déterminée, [en les] individualisant » ; la norme la plus générale, et contenant donc la totalité du droit, étant logiquement la *grundnorm*. KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit*., p. 310.

possibilité que le contenu soit ainsi déterminé, la norme n'est toujours valide qu'en raison du respect au moment de sa rédaction des conditions prescrites[102]. Toutefois, recourir à l'extravagance d'une autorité virtuelle supérieure au Constituant – de la part du tenant du positivisme juridique et d'une science du droit stricte et totalement absoute des égarements métaphysiques – consiste en une attitude incroyablement marginale, qui ne saurait remettre en cause l'entièreté de sa pensée, mais qui oblige au dubitativisme et à l'appréhender avec davantage de prudence. Que les quatre côtés de la « pyramide » – soit l'ensemble des normes valides – reposent sur un socle[103] fictif risque fort de fragiliser terriblement l'édifice[104].

31. La *grundnorm* n'emporte donc aucune unanimité et s'avère peu reprise par les autres théoriciens du droit[105]. Cela se comprend aisément tant il s'agit – plutôt que d'un postulat constructif – d'une tentative de réponse anticipée à une objection trop apparente. Le Professeur Paul Amselek évoque « une sorte de béquille – pièce rapportée ou prothèse – qui soutient tout le système et a pour fonction d'en assurer la fermeture »[(106)]. Se plaçant dans la droite lignée de Bobbio, l'auteur rappelle que l'Histoire regorge d'exemples d' « actes proprement constituants ou originaires de commandement juridique »[(107)]. Sans doute le fondement de la validité d'une Constitution se situe-t-il en premier et dernier lieu dans la volonté du peuple l'adoptant par référendum, en démocratie, ou dans le désir du tyran, en dictature[108]. En outre, il n'est pas possible de modifier directement la norme

---

[102] Kelsen expose ainsi que « la norme fondamentale se borne à déléguer une autorité créatrice de normes […]. La norme qui forme le point de départ de la question ne vaut pas en raison de son contenu ; elle ne peut pas être déduite de la norme fondamentale supposée par une opération logique ». KESLEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit*., p. 260.

[103] Il faudrait dire « ont à leur sommet commun », mais, sur ce point là, d'aucuns architectes remarquent qu'il est surprenant que les éléments fondamentaux de la structure soient au sommet et non à la base. Cela relève néanmoins d'une anecdote amicale.

[104] Selon le Professeur Paul Amselek, « autrement dit, en matière juridique, la réalité dépendrait de la fiction ». AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *op. cit*., p. 567.

[105] V. *supra*, sur les idées de Hart et Bobbio.

[106] AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *op. cit*., p. 567.

[107] *Ibid*.

[108] Le Professeur Amselek, qui ne tarit pas d'alternatives aux préceptes kelseniens, ajoute : « La conception même de l'ordre juridique ne saurait être retenue : ce qui donne à une norme sa nature de norme juridique, ce n'est pas sa prétendue appartenance à un ordre dont elle tirerait sa validité, mais la qualité de dirigeant public de son auteur et finalement la fonction même de direction publique des conduites […] à laquelle elle participe. C'est ce qui fait, notamment, que les normes édictées par le premier Constituant apparaissent d'emblée comme des normes juridiques ». AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *op. cit*., p. 564.

fondamentale, celle-ci étant « par nature » inaccessible ; mais elle se trouve nécessairement réformée lorsque la Constitution se voit révisée. Or, selon le maître autrichien, ce n'est normalement pas cette dernière qui surplombe la *grundnorm* mais bien l'inverse ; la « pyramide » marche sur la tête.

32. Il faut noter, enfin, que cette norme fondamentale ne parait pas être une norme kelsenienne puisque aucune sanction* ne lui est attachée ; il s'avère alors catastrophique d'admettre que l'ordre juridique puisse s'appuyer de tout son poids sur des jambes de verre[109]. Au-delà de cette dernière anomalie, l'école viennoise n'a sans doute jamais réglé la problématique du fondement de la Constitution – même en ajoutant quelque étage transcendant à sa pyramide et en affirmant que celui-ci, car suprême, n'en aurait aucun autre en son dessus – puisque la question demeure pleine et intacte : quel est le fondement de la *grundnorm* ? À moins qu'elle soit « en vigueur comme par enchantement »[(110)], il en faut malgré tout un. Et s'il était un fondement de la *grundnorm*, où trouver le fondement de ce fondement ? Voici un *regressio in finitum*, un puit sans fond, une aporie sur lesquels il serait contreproductif de s'arrêter plus de temps et sur lesquels il ne sera pas lieu de revenir[111].

Les autres critiques originaires de la hiérarchie des normes

33. Malgré une apparente adhésion générale à l'idée de « pyramide » des normes, celle-ci connaît nombre de difficultés que les auteurs aiment soulever – parfois de façon virulente[112] –, rappelant que cette théorie de

---

[109] Ainsi le Professeur Paul Amselek poursuit-il : « Tout à son souci de fonder le caractère obligatoire du droit, Kelsen ne s'est pas rendu compte d'une inconséquence dans sa pensée : la norme fondamentale, en effet, ne règle pas les modalités d'édiction de la première Constitution et ne confère donc pas de validité à cette dernière, même si elle prescrit de s'y conformer ». AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *op. cit*., p. 570.

[110] *Ibid*., p. 566.

[111] Le Professeur conclut : « Aux prises avec un faux problème, il n'est pas surprenant que Kelsen aboutisse en définitive à une pseudo-solution, qui se ramène à cette lapalissade : pour pouvoir objectivement avancer qu'on doit obéir au droit, il faut supposer … qu'on doit obéir au droit ». AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *op. cit*., p. 570.

[112] Le Professeur Paul Amselek va ainsi jusqu'à affirmer que « ces idées reposent sur des pétitions de principe arbitraires et, à vrai dire, indéfendables ». AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *op. cit*., p. 564.

En outre, ne seront évidemment pas traités les discours radicaux prônant, notamment, que les normes n'existent pas et que le droit consiste simplement en l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux et la prédiction qui peut en être faite ; alors même que

l'espace juridique est une approche certes pertinente, couramment admise dans la doctrine juridique française comme « une idée qui va de soi »[(113)], mais à ne pas appréhender en tant que vérité irréfragable. Or, notamment dans les facultés de droit, la hiérarchie des normes se présente à l'étudiant tel un dogme dont personne ne doute et, partant, dont il ne peut douter.

Les mises en cause internes à la pensée kelsenienne

34. Kelsen dût affronter quelques pierres d'achoppement au-delà de l'énigmatique *grundnorm*. Outre le fait que ses propos se révèlent parfois incohérents ou paradoxaux[114] – mais cela doit lui être pardonné, une œuvre d'une telle densité ne pouvant se trouver totalement épurée d'écueils –, est remarquable tout d'abord que l'appellation « hiérarchie des normes » n'a pas toujours établi l'unanimité et certains auteurs ont pu évoquer une « hiérarchie des textes »[(115)] ou une « hiérarchie des actes juridiques »[(116)] ; or s'entendre sur les mots à employer afin de désigner l'objet à étudier consiste en un prémisse indispensable. Aujourd'hui, ces deux dernières terminologies paraissent néanmoins désuètes devant l'omnipotence de la thèse kelsenienne et de l'école normativiste*.

35. Ensuite, d'un point de vue théorique, Ost et Van de Kerchove relèvent des écueils « internes à la pensée même de Kelsen ». Les auteurs belges notent une contradiction patente « entre sa conception de la structure du système juridique et sa théorie de l'interprétation*, théorie qui conduit à

---

ce sont des normes qui instituent les tribunaux, lesquels ne font que se fonder sur d'autres normes pour donner leurs verdicts.

[113] V. AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *op. cit.*, p. 567.

[114] Par exemple, Kelsen explique terriblement maladroitement que, « si par le terme « droit » on entend ce qui appartient à un certain système juridique, alors est droit tout ce qui est créé suivant la procédure prescrite par la Constitution sur laquelle se fonde l'ordre. Cela ne veut pas dire toutefois que tout ce qui est créé selon cette procédure est du droit au même titre qu'une norme juridique. Le produit de cette procédure est une norme juridique seulement s'il a pour objet de régler la conduite humaine ». KESLEN (H.), *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. de Béatrice Laroche et Valérie Faure, Bruylant-LGDJ, Paris, 1997, p. 177.

[115] MORANGE (J.), « La hiérarchie des textes dans la Constitution du 4 octobre 1958 », Dalloz, 1959. Chron. p. 23 ; GOUR (C.), « Hiérarchie des textes et respect de la légalité en droit public cambodgien », Annales de la Faculté de Droit de Phnom-Penh, vol. IV, 1962. Cités par AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *op. cit.*, p. 557.

[116] QUERMONNE (J.-L.), *L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques en droit public français*, *op. cit.* ; LACHAUME (J.-F.), *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français*, LGDJ, 1966. Cité par AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *op. cit.*, p. 557.

admettre que les organes d'application d'une norme juridique, en interprétant celle-ci, se trouvent amenés, malgré leur situation de subordination, à déterminer partiellement sa signification, voire à créer une norme qui ne trouverait pas son fondement en elle »[117]. Quant au Professeur Éric Millard, il postule qu'une place première doit être conférée à « l'acte de concrétisation », ce à quoi Kelsen ne s'était guère résolu. L'auteur explique que, loin de toute cohérence ou unité, les actes de concrétisation traduisent « les contradictions, les obscurités et la permanence de certaines croyances »[118], ce qui aurait pour effet de blesser l'ordre rigoureux de la hiérarchie des normes.

Les mises en cause par la pratique juridique

36. C'est essentiellement sous un angle pratique, lorsque « ce modèle théorique [est] confronté à la réalité juridique »[(119)], que les difficultés apparaissent criardes et intéressantes à étudier ; tel sera d'ailleurs l'objet de ces développements. Nombreux sont les exemples de normes appliquées, pourvues de force obligatoire et liées à des sanctions – c'est-à-dire en vigueur –, alors même qu'elles ne s'avèrent guère valides au sens kelsenien, la procédure d'édiction n'ayant pas été respectée[120]. Cette situation se

---

[117] OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 45.

Kelsen affirme que « l'on ne peut inférer la validité d'une norme individuelle de la validité d'une norme générale » et que « l'adoption d'une norme individuelle correspondant à la norme générale […] présuppose la reconnaissance de la norme générale à appliquer de la part du tribunal qui est compétent pour l'appliquer », ce qui « peut, mais ne doit pas nécessairement arriver […] car le juge peut […] ne pas reconnaître sa validité pour ce cas ». KESLEN (H.), *Théorie générale des normes*, trad. par Olivier Beaud et Fabrice Malkani, PUF, Paris, 1996, pp. 321-322. Cité par TROPER (M.), « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », in *Revue internationale de philosophie*, n°138, 1981, p. 520.

Le Professeur Éric Millard propose une définition de l'interprétation plus pragmatique : il s'agit d'un « acte de volonté, [afin de] choisir entre des sens acceptables linguistiquement de l'énoncé (norme explicite*) ou de donner un autre sens (norme implicite*) ». MILLARD (E.), « La hiérarchie des normes : critique sur un fondement empiriste », *op. cit.*, p. 38. V. *infra*, sur la conception pragmatique du droit et de la norme.

[118] *Ibid*., p. 40.

L'auteur va jusqu'à développer qu' « il n'est pas nécessaire que cet acte de concrétisation traduise une hiérarchie des normes. [En conséquent] rien ne nous permet de tenir que la structure d'un système juridique soit hiérarchisée ».

[119] *Ibid*. p. 38.

[120] « Est […] une pure pétition de principe l'affirmation selon laquelle il n'y a que des normes [valides] et qu'une norme est [valide] ou n'est pas. Comment peut-on sérieusement soutenir qu'une réglementation édictée par une autorité publique selon une procédure irrégulière ne

rencontre spécialement en l'absence de Cour constitutionnelle ou si cette dernière ne possède pas un pouvoir plein et entier[121]. A cet instant, la primauté de la Constitution n'est plus qu'un pâle précepte sans implication réelle ; d'autant plus dès lors que, par ailleurs, les juridictions ordinaires ne disposent pas de la possibilité de juger de la constitutionnalité des lois[122]. De plus, le modèle pyramidal se révèle à l'évidence simpliste devant certaines espèces démontrant qu'une telle linéarité ne saurait correspondre à un réel nécessairement emberlificoté, ce que Carré de Malberg mit en évidence dès les années 1930[123]. La conception de l'ordonnancement juridique défendue par Kelsen serait donc impropre – car trop simpliste et peu pragmatique – à décrire des pratiques beaucoup plus enchevêtrées[124].

37. Et puis – d'un point de vue axiologique – l'essentiel est peut-être davantage de savoir déterminer comment chaque citoyen aborde les normes, juge de leur valeur plutôt que de leur validité* et décide de s'y conformer ou

---

serait pas une règlementation, une règlementation entachée d'irrégularité certes, mais une règlementation ? […] La pensée de Kelsen sur ce point encore a, de toute évidence, un parfum d'aporie ». AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes », *op. cit*., p. 564.

[121] Tel a longtemps été le cas, en France, des lois promulguées sans que le Conseil Constitutionnel n'ait pu être saisi. L'apparition récente de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) tend à contrecarrer cette difficulté en permettant d'aboutir à la saisine du Conseil Constitutionnel bien que la loi en question soit déjà en vigueur.

Développant cette question, la Professeur Otto Pfersmann explique que, « à défaut de contrôle de légalité, la norme illégale va prévaloir sur la loi et, à défaut de contrôle de constitutionnalité, la loi inconstitutionnelle va prévaloir sur la constitution ». PFERSMANN (O.), « De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, M. Van de Kerchove, F. Ost », *op. cit*., p. 737.

[122] En outre, il faut rappeler que, arguant de l'existence de Constitutions souples, il a pu être soutenu qu' « on ne saurait affirmer *a priori* qu'une norme ne peut en aucun cas modifier celle dont elle tire sa validité ». VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, LGDJ, Paris, 1960, p. 174. Cité par OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., p. 47.

[123] V. CARRÉ DE MALBERG (R.), *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degré avec les institutions et les idées consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Sirey, Paris, 1933.

Ainsi, en France, le pouvoir du Premier ministre de prendre les décrets est-il reconnu par la Constitution et non par la loi, ce qui devrait placer lois et décrets au même niveau ; de même, les ministres et certaines autorités administratives voient leur aptitude à prendre des arrêtés gouvernée par des décrets du Premier ministre, mais également directement par des dispositions législatives.

[124] Sur ce terrain là, le Professeur Paul Amselek décrit : « Les vues développées par Kelsen sont entachées d'irréalisme. […] Les différentes autorités publiques tirent le principe de leurs compétences normatrices de catégories de normes juridiques les plus diverses qui ne s'articulent nullement selon un fil continu d'édictions, sur le fondement de normes supérieures antécédentes ». AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *op. cit*., p. 564.

non en fonction de la contrainte*[125] – notamment morale – y afférant. Or, en ces termes, il est criard que les individus considèrent des éléments aussi nombreux que divers avant la norme supérieure qui autorise ses subordonnées. Illustrent particulièrement ce constat les phénomènes sociaux tels que la vindicte populaire, défendant certains comportements par la seule arme du jugement moral d'autrui[126], la croyance en la légitimité du pouvoir politique ou le respect de valeurs éthiques pouvant être héritées de multiples sources. Partant, la culture ou l'éducation participeraient sans doute autant que la norme supérieure de la valeur subjective* du droit[127] ; il est alors opportun de distinguer « contraintes juridiques » et « contraintes non juridiques »[(128)], c'est-à-dire sociales ou politiques, toutes permettant l'émergence du caractère obligatoire d'une norme. Au final, il semble, suivant Hart, que les normes juridiques constituent quelques unes mais pas l'entièreté des règles qui guident les comportements humains dans la société.

38. En outre, concomitamment à l'écriture par Kelsen de sa *Théorie pure du droit*, l'avènement d'un ordre juridique international commençait à malmener celle-ci, en particulier en tendant à remettre en cause le caractère moniste* prôné par l'auteur et qui obligeait toute norme soit à s'intégrer, soit à s'exclure[129]. De plus en plus, le droit international devenait directement

---

[125] « Les contraintes, explique le Professeur Éric Millard, ne sont pas des sources du droit, mais sont en revanche des éléments qui expliquent (causent) la sélection parmi des *stimulis* par l'autorité (consciemment ou inconsciemment) ». MILLARD (E.), « La hiérarchie des normes : une critique sur un fondement empiriste », *op. cit*., p. 28.

[126] Hart emploie à ce sujet l'idée de « sentiment » devant traduire que plus que la contrainte juridique, parfois, la contrainte sociale* et les expériences psychologiques poussent l'homme à se conformer aux règles. Il écrit : « Ce qui est nécessaire, c'est qu'il y ait une attitude de réflexion critique à l'égard d'un certain type de comportement, considéré comme un modèle commun, et que ce modèle se révèle lui-même dans les critiques (y compris l'auto critique) ». HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, *op. cit*., p. 78.

[127] À ce propos, le Professeur Éric Millard explique : « la plupart de nos concitoyens sont persuadés qu'il existe des obligations […] ; et il est vraisemblable que derrière cette représentation d'obligations, ce sont des directives pratico-morales […] davantage qu'une théorie de la norme ». MILLARD (E.), « La hiérarchie des normes : une critique sur un fondement empiriste », *op. cit*., p. 29.

[128] V. TROPER (M.), CHAMPEIL-DESPLATS (V.) et GRZEGORCZYK (Ch.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, Paris, 2005. Cité par MILLARD (E.), « La hiérarchie des normes : une critique sur un fondement empiriste », *op. cit*., p. 21.

[129] Ost et Van de Kerchove expliquent que « l'ordre juridique international demeurait encore largement « un ordre de coordination » (1), plutôt que d'intégration, entraînant différentes formes d' « interpénétrations » de systèmes (2) ». OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., p. 46.

(1) VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, *op. cit*., p. 209 ; (2) VIRALLY (M.), « Sur un pont aux ânes, les rapports entre droit international et droit interne », in *Mélanges offerts à André Rolin*, Pedone, Paris, 1964, p. 491.

applicable en droit interne, l'Etat participant activement à sa fabrique, si bien que se dévoilait une sorte de « méli-mélo juridique » que sans doute Hans Kelsen craignait effroyablement. Aussi de nombreux esprits prescients avancèrent-ils déjà la notion de pluralisme juridique* qui « reconnaît à la fois la multiplicité des pouvoirs créateurs de droits et leurs interactions »[(130)]. Quant à la jurisprudence, la coutume ou les principes généraux du droit[131], s'ils possèdent effectivement et indiscutablement la qualité de normes, ils pénètrent toutefois difficilement le schéma pyramidal positiviste puisque résultant de modes de genèse « originaires » et non « dérivés » comme la loi ou le règlement[(132)].

39. Les critiques rencontrées par la hiérarchie des normes juridiques ne sauraient guère s'épuiser en ces mots[133] ; tel est sans doute la rançon de la gloire des thèses viennoises. Ainsi le Professeur Éric Millard regrette-t-il encore que la conception kelsenienne ne vaille que dans le cadre d'une « démocratie procédurale »[134] ; et il y aurait d'autres reproches à lister,

---

[130] RIGAUX (F.), *Introduction à la science du droit*, Vie ouvrière, Bruxelles, 1974, p. 364. Cité par OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., p. 46.

[131] Concernant les principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'État et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la république, v. particulièrement les débats auxquels ils ont pu donner lieu dans la doctrine administrativiste et constitutionnaliste française, notamment lorsque mobilisés par la haute Cour administrative (CE, 3 juillet 1996, *Moussa Koné ;* CE, 11 juillet 1956, *Amicale des Amanites de Paris*). V. par exemple CHAPUS (R.), « De la valeur des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif », Dalloz, 1966, chron. 119.

[132] V. OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., p. 47.

[133] Cette observation du Professeur Paul Amselek peut encore être citée : « Une norme édictée par le législateur conformément à la procédure législative organisée par la Constitution devrait être considérée comme appartenant à l'ordre juridique et cependant, selon Kelsen, si cette norme prescrit un comportement sans que soit prévue une sanction à caractère contraignant, elle ne peut pas être interprétée* comme une norme juridique ». AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes », *op. cit*., p. 564.

Quant au Professeur Éric Millard, il décèle – sur un plan totalement théorique – d'autres obstacles : « la difficulté de concilier une interprétation scientifique […] et une interprétation authentique (qui décide de la norme effective, y compris si cette décision paraît inacceptable du point de vue scientifique) » ; ou le fait que l' « interprétation de l'énoncé (acte de volonté) dans l'acte de concrétisation […] parait la démonstration la plus simple de l'impossibilité de considérer que les sources puissent se limiter à des éléments formels ». MILLARD (E.), « La hiérarchie des normes : une critique sur un fondement empiriste », *op. cit*., p. 7 et 19.

[134] Le Professeur Millard estime ainsi que « la hiérarchie des normes est la garantie essentielle des libertés individuelles et de la souveraineté du peuple », mais seulement « dans une démocratie procédurale […] comme la conséquence inéluctable de tout non cognitivisme éthique ». MILLARD (E.), « La hiérarchie des normes : une critique sur un fondement empiriste », *op. cit*., p. 46.

émanant spécialement de la plume aiguisée et avisée du Professeur Paul Amselek[135].

40. Enfin – et c'est tout particulièrement cette dernière difficulté qui sera mise en exergue par la suite –, plus les horloges et calendriers font leur œuvre et moins il devient possible d'identifier avec précision et certitude, quelle que soit la norme, sa supérieure qui habilite une autorité à l'édicter. Sur ce plan, d'aucuns opposent désormais aux positivistes le fait que « la réalité – c'est-à-dire, en l'espèce, la réglementation juridique des compétences normatrices – est beaucoup plus complexe, plus enchevêtrée que le schéma kelsenien ne le laisse paraître »[136]. Ces tourments semblent s'accentuer sensiblement sous l'effet du mouvement des sociétés, de la mondialisation*, ce qui se traduirait par le passage d'un droit moderne* à un droit postmoderne*, celui du XXIe siècle internetique*.

---

[135] L'auteur fait encore remarquer, non sans raison, que Kelsen confond norme et acte normateur. En effet, s'il est une hiérarchie, elle se situe entre norme juridique et acte juridique d'édiction de normes, la norme supérieure régissant l'acte de création et non la norme inférieure elle-même. V. AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *op. cit*., p. 564.

[136] AMSELEK (P.), « Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n°1, 1978, p. 13.

Le Professeur poursuit : « les différentes autorités publiques tirent le principe de leur compétence normatrice de catégories de normes juridiques les plus diverses qui ne s'articulent nullement, de ce point de vue, selon une échelle continue ».

III / DE LA CRISE DU DROIT MODERNE A L'AVENEMENT DU DROIT POSTMODERNE

Le droit, une histoire inachevée

41. Le droit a une histoire. Et, comme toute histoire, elle évolue au gré du temps qui s'écoule, parfois brutalement – charriant des cassures topiques –, parfois lentement, à tel point que l'œil humain peut peiner à s'en apercevoir. Le droit s'invente et se réinvente au jour le jour, de temps en temps paisiblement, le plus souvent dans la douleur. Le droit ne saurait être naturel. Ce n'est pas la Nature qui bâtit l'Histoire, elle n'édifie pas même la religion – qui un jour, telle la justice, fut inventée[137] – ; elle ne saurait modeler les normes[138]. Le droit ne consiste qu'en des choix et des volontés humains. Ainsi, de tout temps, il n'est apparu guère « donné et hiérarchisé », mais davantage « construit et capillaire »[(139)].

42. Nonobstant ces considérations, certains discours se sont imposés dans les esprits avec une telle prééminence – devenant littéralement irréfragables – que l'on en vient fort souvent à omettre les problématiques auxquelles ils répondaient à leurs époques. Lorsque Kelsen, Hart, Bobbio et autres grandes figures de la théorie juridique écrivirent leurs œuvres – car il s'agit d'œuvres, des œuvres qui posent toujours aujourd'hui leurs lourdes empreintes sur la réflexion de la foule des juristes –, prévalaient encore au sein des systèmes normatifs des caractéristiques telles que l'ordre ou la stabilité. Malgré les catastrophes politiques propres au milieu du XXe siècle, les flots du droit étaient alors limpides, clairs comme à la source, et il s'avérait plutôt aisé de voir en leur transparence. Seulement, depuis lors, cette eau a coulé sous des ponts étranges, elle s'est polluée et donc troublée, devenant parfois totalement saumâtre, tandis que de nouveaux ponts – toujours plus curieux – ont été dressés afin de permettre les voyages de l'homme plus aisés et rapides ; en attendant qu'un quelconque tsunami ne

---

[137] Et sans doute pas découverte, car, si Dieu existe, il n'y a cependant aucune raison fondant la mosaïque des religions. Selon Nietzsche, la religion a été « inventée, fabriquée ». Sans doute ce diagnostic est-il valable quant au droit. Cité par FOUCAULT (M.), « La vérité et les formes juridiques », in *Dits et écrits*, n° 139, 1974, p. 1411.

[138] Michel Foucault propose cette conception : « le monde ne cherche absolument pas à imiter l'homme, il ignore toute loi. Gardons-nous de dire qu'il y a des lois dans la nature. C'est contre un monde sans ordre, […] sans forme, sans sagesse, sans harmonie, sans loi, que la connaissance doit lutter ». FOUCAULT (M.), « La vérité et les formes juridiques », in *Dits et écrits*, n° 139, 1974, p. 1414.

[139] *Ibid.*

balaye nonchalamment ces constructions. Dire que le monde a changé serait un doux euphémisme. Les marchés se sont globalisés* et les cultures mondialisées* ; l'Europe est devenue un « État de nations », tandis que les États-nations – petit à petit – se sont effacés ; des pouvoirs privés influents et autonomes sont apparus et les constellations technologiques du numérique* – dont l'étoile Internet brille de mille feux – ont bouleversé en même temps qu'harmonisé le ciel quotidien de chaque individu, de chaque entreprise et de chaque juriste ; tout cela à l'échelle de la planète. Les faits sociaux se sont effroyablement complexifiés sous l'effet d'un progrès scientifique et technique insatiable, notamment en matière de communication ; en somme, le monde est devenu en 50 ans une chose loufoque que ces auteurs ne reconnaîtraient sans doute pas[140].

43. Le paysage juridique contemporain[141] – au sein duquel les foyers de création du droit se sont démultipliés de façon exponentielle et à une vitesse saisissante[142], la loi générale et impersonnelle a glissé vers le contrat ou le droit négocié*[143] et le droit jurisprudentiel* s'est émancipé, tandis que la souveraineté étatique s'est peu à peu trouvée dissoute[144] – annoncerait, c'est

---

[140] Pauline Maisani et Florence Wiener expliquent qu'un tel mouvement « implique la caducité de l'idée weberienne selon laquelle la régulation légale-rationnelle permet sinon d'éradiquer, au moins de maîtriser la complexité des faits sociaux. L'émergence de nouvelles sources de régulation juridique s'explique parce que l'État ne domine plus une réalité de plus en plus mouvante ». MAISANI (P.) et WIENER (F.), « Réflexions autour de la conception postmoderne du droit, *Droit et Société*, 1994, n° 27, p. 447.

[141] Le Professeur Mireille Delmas-Marty livre, comme toujours en des termes virevoltants, une description peu souriante de ce paysage juridique : il correspondrait au « grand désordre d'un monde tout à la fois fragmenté à l'excès, comme disloqué par une mondialisation anarchique, et trop vite unifié, voire uniformisé, par une intégration hégémonique qui se réalise simultanément dans le silence du marché et le fracas des armes ». DELMAS-MARTY (M.), « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 951.

[142] Selon le politologue Philippe Moreau-Desfarges, « la production du droit est anarchique, illimitée et permanente. Le droit ne descend plus d'en haut. Ses sources sont multiples […]. [Il] est en négociation* constante, la volonté générale laissant la place aux jeux des volontés particulières ». MOREAU-DESFARGES (Ph.), *La Gouvernance*, PUF, coll. Que sais-je, Paris, 2003, p. 63.

[143] Pauline Maisani et Florence Wiener développent à ce propos que des entreprises, des associations, voire des particuliers, avides d'autonomie, deviennent sources du droit, ce qui « atteste de la vitalité et même de la revendication de la société civile en ce qui concerne sa participation à l'établissement des règles destinées à régir les comportements de ses membres ». MAISANI (P.) et WIENER (F.), « Réflexions autour de la conception postmoderne du droit », *op. cit*., p. 446.

[144] Le Professeur Karim Benyekhlef note que le concept de l'État demeure, mais pas celui de la souveraineté sans lequel le premier n'est finalement que peu de choses. V. BENYEKHLEF (K.) et *alii*, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Themis, Montréal, 2008, p. 637.

peu de le dire, « des temps difficiles à vivre pour le droit »[(145)]. Et le monisme juridique* centré sur l'ordre étatique pourrait bien avoir vécu, ses théories acolytes telles que la « pyramide » des normes le suivant inexorablement dans une profonde décadence. Ces éléments revêtent de force et de prégnance les propos de Michel Foucault selon lesquels, « si le pouvoir est partout, ce n'est pas qu'il englobe tout, c'est qu'il vient de partout. [Il ne faut donc pas rechercher ces pouvoirs] dans un foyer unique de souveraineté d'où rayonneraient des formes dérivées et descendantes, [mais plutôt dans] la multiplicité des rapports de force qui sont immanents au domaine où ils s'exercent »[146].

44. Devant ce constat, Ost et Van de Kerchove ne manquent pas de s'alarmer : « les juristes, gardiens du temple, ont-ils pris la mesure du séisme qui en ébranle les bases ? »[147]. Le dilemme est patent : faut-il que le droit ne mue jamais, au risque de rapidement se voir ignoré ; ou bien doit-il s'accommoder de ces dynamiques sociales transétatiques, peu important qu'il se retrouve par là transfiguré ou pis dévalué ? La société « postmoderne » qui correspond à la société de l'information* invite à « repenser le droit »[(148)], en particulier la théorie de la hiérarchie des normes, afin de comprendre puis répondre à la complexité* dangereuse et insaisissable de cette époque du « tout pour tous, tout le temps et partout ». Il n'est pas encore sûr à ce stade que ladite théorie soit devenue archaïque et obsolète ; en revanche il est certain qu'il faut *a minima* s'intéresser à la question et en débattre[149].

---

[145] RICOEUR (P.), « La pluralité des instances de justice », in *Le Juste*, Esprit, Paris, 1995, p. 140.

[146] Le philosophe entend ainsi s'affranchir du « système souverain-loi qui a si souvent fasciné la pensée politique ». FOUCAULT (M.), *La volonté de savoir*, Gallimard, Paris, 1975, pp. 122 et 128. Cité par OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., p. 12.

[147] OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., p. 9.

Et les auteurs de rebondir magistralement : « Voilà que les points de fuite se diversifient […] ; les espaces se déterritorialisent, les frontières deviennent poreuses et réversibles, les séparations se brouillent, les distances se contractent ou s'allongent à volonté [réf. à une lithographie de Escher présente p. 6 de leur ouvrage] ». OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau…*, *op. cit*., p. 10.

[148] CHEVALLIER (J.), « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », in MORAND (C.-A.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Paris, 2001, p. 38. Cité par PECH (L.), « Droit et gouvernance : vers une privatisation du droit », document de travail de la Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie, mars 2004, n° 2004-02, disponible à http://www.chaire-mcd.ca/, site consulté le 22/11/2010, p. 43.

[149] D'ailleurs, sur ce point, le Professeur Mireille Delmas-Marty propose que la « pyramide » ne devrait pas s'écrouler puisque l'on serait en présence d'un « espace rhizomatique de la

Le temps de la rupture paradigmatique

45. Radicalement, « si l'on fait le bilan des efforts en théorie du droit de notre siècle, force est de constater que la tentative de concevoir la science du droit comme connaissance du droit a échoué »[(150)]. Aussi de nombreux penseurs avant-gardistes proposent-ils de quêter de nouveaux facteurs juridiques à prendre en considération, tels que l'équité ou la procéduralisation du droit*[151] ; quand bien même cela amènerait à placer la conception « moderne mais dépassée »[152] du droit – soit celle de Kelsen, centrée sur l'État et sa régulation unilatérale – au sein des bibliothèques d'Histoire[153].

---

régulation qui ne s'oppose pas à l'espace pyramidal de la réglementation » car il n'y aurait ni « symétrie » ni « antagonismes » entre eux. Elle distingue ces deux éléments en affirmant que « l'un agit comme modèle, l'autre agit comme processus immanent qui renverse le modèle et ébauche une carte, même s'il constitue ses propres hiérarchies ».

Puis elle conceptualise cette idée d'espace rhizomatique : « la norme n'a plus alors la rigidité marque de la réglementation traditionnelle déterminant un espace juridique clos, homogène et hiérarchisé. Différente, la régulation se développe dans un nouvel espace, « non-euclidien », conçu comme un champ ouvert et hétérogène, organisé selon des connexions multiples, comme des lignes de fuite ou des rhizomes ». DELMAS-MARTY (M.), « Les Nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », disponible à http//www.reds.mshparis.fr/communication/textes/cplx01.htm, site consulté le 12/01/2011.

[150] SOMEK (A.), Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positiven Rechts, *Wiener Universitätsverlag*, Viennes, 1996. Cité par PFERSMANN (O.), « De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, M. Van de Kerchove, F. Ost », *op. cit*., p. 734.

[151] Le Professeur René David remarque que, de plus en plus, « l'administration jouit d'un […] pouvoir discrétionnaire, le juge de pouvoirs d'équité ; la règle de droit subsiste, mais elle perd de sa rigueur : elle ne constitue plus qu'un modèle, ou elle se borne à fixer des limites […] entre lesquelles on cherchera à découvrir quelle est la solution la plus juste ». DAVID (R.), « Les différentes conceptions de l'ordre social et du droit », in *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, Economica, Paris, 1982, p. 94.

[152] A l'image du Code de Procédure Civile qui inexplicablement a remplacé le Nouveau Code de Procédure Civile, il faut parfois se méfier des appellations et le « droit moderne » désigne les théories du XXe siècle qui aujourd'hui seraient « passées de mode ».

[153] Par exemple, face à ces mutations nombreuses et loin d'être congruentes du rôle de l'État, l'historien Pierre Rosanvallon évoque une « immense révolution de nos représentations juridiques et politiques qui rend nécessaire le dépassement de l'État-providence ». Selon lui, en effet, « l'hyper socialisation par le haut ne permet plus de répondre aux demandes induites par la désocialisation à la base ». ROSANVALLON (P.), *La crise de l'État-providence*, Ed. Du Seuil, Paris, 1992. Cité par MAISSANI (P.) et WIENER (F.), « Réflexions autour de la conception postmoderne du droit, *Droit et Société*, 1994, n° 27, p. 447.

Pauline Maisani et Florence Wiener résument la crise du droit moderne* en trois axes principaux : les difficultés de l'État dans l'exercice de sa fonction de régulation et par conséquent dans l'élaboration des normes juridiques ; la crise de rationalité* de la norme suscitée par « son incapacité croissante à rendre compte du réel et à le façonner » ; le rejet par les citoyens du droit positif et étatique, ne le trouvant plus légitime en tant que source de

46. Assez étonnement, en droit français, l'illustration la plus prégnante de cette nouvelle donne se situe, depuis déjà plusieurs décennies, dans le domaine social. Le législateur n'y joue souvent qu'un rôle subsidiaire, posant des règles générales au possible et laissant le soin aux représentants des salariés et du patronat de décider des dispositions particulières[(154)], le tout à l'aune d'un principe de faveur totalement antinomique de l'idée de hiérarchie des normes[155]. Cependant, c'est bien de façon globale que la « pyramide » des normes semble s'empreindre d'archaïsme. Une rupture paradigmatique deviendrait alors nécessaire, ou plutôt inéluctable.

47. À l'heure où l'État – face à des sociétés éclatées – « perd le contrôle de la règle de droit » et où « le *dominium* du droit formel* est remis en cause »[(156)], la postmodernité juridique*[157] se présente comme un concept capable de permettre à la théorie kelsenienne de capituler avec les honneurs, c'est-à-dire de se retirer sans toutefois que son ancienne pertinence d'avant XXIe siècle ne soit remise en cause[(158)]. A l'intérieur de ce nouveau cadre, le pouvoir serait notamment capturé par les « juristes du marché » et leur « conception néolibérale du droit »[(159)] ; il s'agirait de considérer enfin à leur juste validité les normes traditionnellement reniées par les tenants du

---

régulation sociale*. V. MAISSANI (P.) et WIENER (F.), « Réflexions autour de la conception postmoderne du droit », *op. cit*., pp. 446-447.

[154] V. sur ce point CHOURAQUI (A.), « Normes sociales et règles juridiques : quelques orientations sur des régulations désarticulées », *Droit et société*, n° 13, 1989, pp. 417-434. Cité par V. MAISSANI (P.) et WIENER (F.), « Réflexions autour de la conception postmoderne du droit », *op. cit*., p. 447.

[155] Le principe de faveur veut que l'accord ou la convention collective plus favorable aux salariés que la loi prime sur cette dernière et donc s'applique en priorité, malgré la contradiction avec un texte « supérieur » au vu de l'échelle des normes.

[156] PECH (L.), « Droit et gouvernance : vers une privatisation du droit », *op. cit*., p. 14.

[157] La définition du droit postmoderne donnée par le sociologue portugais Boaventura de Sousa Santos n'est pas dépourvue d'intérêt : « il s'agit d'un droit sans aura, interstitiel et presque informel, qui reflète les relations sociales au lieu de les modeler, de telle sorte que la distinction entre connaissance juridique professionnelle et non professionnelle perd sens (de même que le décalage entre droit théorique et droit pratique disparaît) ». SOUSA SANTOS (B.), « *The post-modern transition : law and politics* », in SARAT (A.) et KEARNS (T. R.), dir., The fate of law, *University of* Michigan *Press*, Ann Arbor, 1991. Cité par MAISSANI (P.) et WIENER (F.), « Réflexions autour de la conception postmoderne du droit », *op. cit*., p. 448.

Les auteurs complètent cette définition en qualifiant tour à tour le droit postmoderne par les adjectifs fluctuant, banalisé, étendu, flexible, pluriel, complexe et souple.

[158] V. notamment CHEVALLIER (J.), *L'État postmoderne*, LGDJ, Paris, 2003.

[159] CHEVALLIER (J.), « L'évolution du droit administratif », *RDP*, 1998, p. 1794. Cité par ISRAEL (N.), « L'émergence du réseau et des nouveaux modes de règlement des conflits à l'épreuve de Michel Foucault », contribution au séminaire interdisciplinaire de l'université Paris 10, 3 décembre 2004, disponible à www.cahiers-ed.org/ftp/cahiers1/C1_israel.pdf, site consulté le 18/11/2010, p. 59.

positivisme kelsenien mais portant néanmoins en elles des effets normatifs forts et incontestables. La compréhension du pourtour normatif d'une activité quelconque ne peut plus découler uniquement d'une vision linéaire du phénomène juridique ; aujourd'hui, les différents mécanismes élaborés – codes de conduite*, certification, modes alternatifs de règlement des conflits – constituent autant d'éléments pleinement juridiques. Serait ainsi emprunté le chemin d'une « démocratisation sociale par le droit » synonyme de « normes plus accessibles, rendues à de justes proportions et désacralisées »[160] ; la place de la règle juridique au sein de l'ordre social se verrait repensée, notamment à l'aune d'une « relativisation du droit* »[161] « abrogeant » purement et simplement des conceptions jusqu'alors acceptées sans réserve. Les auteurs partisans de la postmodernité juridique prennent acte des écueils insolubles que creuse la réalité du droit et dans lesquels s'engouffrent inexorablement les conceptions modernes. Aussi entendent-ils consacrer une rupture épistémologique majeure : il s'agirait toujours de rendre compte du réel, mais à travers « un renouvellement des outils théoriques et des cadres de pensée »[162].

48. Afin d'imaginer ce à quoi s'apparentera l'avenir, le Professeur Karim Benyekhlef s'adonne à un étonnant et paradoxal voyage historique au cœuvreur du Moyen Âge, « période clé pour la science juridique »[163] et temps de la norme prémoderne*. Il y relève des similitudes avec l'époque postmoderne frappantes : l'environnement était « décentralisé, centrifuge, fragmenté, non territorial et pluraliste », ce qui donnait lieu à « une confrontation des pouvoirs [et à] une concurrence des normativités »[164]. L'étude de ce « creuset de la tradition juridique occidentale »[165] permettrait en premier lieu de relativiser les traits d'inévitabilité et de perpétuité du système actuel.

49. Par ailleurs, existent sans doute autant de stades d'évolution – de la totale continuité à la rupture radicale – que de domaines juridiques, si bien que fournir une analyse globale ne saurait être satisfaisant. Le réel se situe inexorablement quelque part entre les paradigmes, dans une « situation de perplexité et d'hésitation »[166]. Face à cette conjoncture, certains arguent

---

[160] MAISANI (P.) et WIENER (F.), « Réflexions autour de la conception postmoderne du droit », *op. cit*., p. 445.
[161] *Ibid*.
[162] *Ibid*., p. 446.
[163] BENYEKHLEF (K.) et *alii*, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit*., p. 400.
[164] *Ibid*.
[165] *Ibid*.
[166] OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau…*, *op. cit*., p. 21.

qu'il faut sauter d'une théorie à l'autre sans arrière-pensée, la nouvelle étant à l'évidence plus pragmatique[167] ; d'autres, plus nombreux, préfèrent à l'inverse résister aux côtés du paradigme archaïque – notamment en formulant des hypothèses *ad hoc* propres aux évolutions constatées, c'est-à-dire des « exceptions qui confirment la règle »[168] –, ce qui permet de rendre compte des survivances fatalement intenses du modèle antérieur[169]. Ost et Van de Kerchove notent ainsi que des « obstacles épistémologiques » sont parfois dressés, tels des barrières devant l'envahisseur postmoderne, afin d' « étendre (indûment) le pouvoir explicatif [du paradigme officiel] et disqualifier les interprétations concurrentes »[170]. Sur ce point, ils concluent par une supposition à charge : « Peut-être que, pour des raisons qui lui sont

---

[167] Ost et Van de Kerchove font remarquer qu'une telle attitude est exceptionnelle. Ils citent le sociologue allemand Gunter Teubner qui entendait abandonner le droit étatique et ses « méthodes de commande et de contrôle », lui préférant « le droit spontané* [d'une] société hétérarchique* ». TEUBNER (G.), « Un droit spontané dans la société mondiale ? » in *Le droit saisi par la mondialisation*, MORAND (Ch.-A.), dir., Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 197 s.

Les auteurs évoquent également le Professeur Jean-Guy Bellay et son ouvrage consacré au « droit soluble » dans lequel il tente de démontrer « la limite qui consisterait dans la dilution de la normativité juridique dans la solution de la régulation sociale* globale ». BELLEY (J.-G.), « Une métaphore chimique pour le droit », in BELLEY (J.-G.), dir., *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 7 s. Cités par OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., p. 15.

[168] Magistraux dans leur démonstration, Ost et Van de Kerchove expliquent qu' « il arrive, après un temps, un moment où, les exceptions se multipliant, la théorie devient à ce point alambiquée que le rapport principe-exceptions se renverse... » Il serait alors « temps de changer de paradigme ». OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., p. 16.

[169] Le constitutionnaliste italien Gustavo Zagrebelski – quant à la capacité de résistance au changement des idéologies juridiques telles que le positivisme juridique – relève « la force d'inertie des grandes conceptions juridiques qui continuent souvent à agir, de façon résiduelle, même quand elles ont perdu leur raison d'être à cause de la modification des conditions qui les avaient justifiées à l'origine ». ZAGREBELSKY (G.), *Le droit en douceur*, trad. Michel Leroy, Economica, Paris, 2000, p. 42. Cité par OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., p. 15.

[170] OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., p. 16.

Les auteurs wallons citent en tant qu'exemples le fait que, « plutôt que de prendre acte du pouvoir créateur de la jurisprudence, on s'attache encore à présenter ce phénomène comme […] une manifestation inacceptable de gouvernement des juges* » ; ou encore le fait que, « plutôt que de prendre l'exacte mesure du phénomène d'autorégulation [par exemples la *lex mercatoria* ou la *lex electronica**], on feint de croire que cette normativité privée n'est qu'une illustration du principe classique d'autonomie de la volonté » de l'article 1134 du Code civil.

V. *infra*, sur la jurisprudence et l'autorégulation.

propres, la doctrine juridique a intérêt à entretenir ces représentations trompeuses ainsi que les illusions qui les nourrissent »[171].

50. Les auteurs wallons relèvent nombre de propositions – quelques fois folkloriques – empreintes de la volonté de subroger la « pyramide », puis en tirent le constat cinglant selon lequel l'on serait au cœur d' « une période de crise caractéristique de la transition d'un paradigme à l'autre »[(172)]. Ils citent pêle-mêle les thèses et métaphores[(173)] des « pyramides inachevées », des « hiérarchies discontinues », des « hiérarchies alternatives », des « hiérarchies inversées »[(174)], de la « stratification* »[(175)] ou de l' « archipel »[176]. Ces théories naissantes – à l'aune d'une approche

---

[171] *Ibid*., p. 16. V. également *infra*, conclusion.
Ost et Van de Kerchove ajoutent qu' « il n'en reste pas moins qu'une science du droit critique […] doit pouvoir affronter ces remises en question et tenter, en se gardant cependant de tout effet de mode, de formuler un nouveau cadre théorique susceptible à la fois de rendre compte des survivances du modèle précédent [et] des raisons de ses nombreuses transformations ».
[172] *Ibid*., p. 14.
[173] *Ibid*., pp. 49-50.
[174] DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, Le Seuil, Paris, 1994, pp. 94 s.
[175] TROPER (M.), « Kelsen, la théorie de l'interprétation », *Revue Internationale de Philosophie*, n° 138, 1981, p. 526.
[176] TIMSIT (G.), *Archipel de la norme*, PUF, Paris, 1997.
Peuvent être ajoutées les idées d' « enchevêtrement » (1), de « rhizome » (2), de « polycentricité* » (3), de « structuration réticulaire », d' « espèce de hiérarchie » comportant « bien des tempéraments » (4), de « compénétration » (5), de « coordination » (6), d' « interpénétrations de systèmes » (7), d' « interlégalité* », du « caméléon* » (8), de « logique rhapsodique » (9) et de « pluralité de pyramides comportant des hiérarchies de normes renversées* » (10), cette dernière ne manquant pas de rappeler la figure de l'hétérarchie des normes*. Parmi ces théories, dont la plupart ne perdureront nécessairement pas, vient en première ligne la « conception pyramidale relativiste » dessinant une « pyramide rotative » et dynamique où le législateur, l'administration, le juge et le particulier sont susceptibles, selon l'instant, de se trouver au sommet de l'édifice (11).

(1) VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, *op. cit*., p. 177 ; (2) DELEUZE (G.) et GUATARI (F.), *Mille plateaux. Capitalisme et schizophrénie*, Minuit, Paris, 1980, p. 32 ; DELMAS-MARTY (M.), « Introduction au thème les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », in CLAM (J.) et MARTIN (G.), dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Paris, 1998, p. 212 ; FAGET (J.), *Le rhizome pénal. Milieu ouvert et décentralisation de la politique criminelle*, Conseil de la recherche du Ministère de la Justice, Bordeaux, s. d. ; (3) HIRVONEN (A.), Polycentricity. The multiple scènes of law, Pluto *Press*, Londres, 1998, pp. 2 s. ; (4) AMSELEK (P.), « Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique », *op. cit*., p. 13 ; (5) RIGAUX (M.-F.), *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Larcier, Bruxelles, 1985, p. 181 ; (6) RIGAUX (F.), *La loi des juges*, Odile Jacob, Paris, 1997, pp. 230-231 ; (7) RIGAUX (F.), « Quelques réflexions sur l'évolution constitutionnelle de la Belgique et les relations internationales », in *Mélanges Paul Visscher*, Pedone, Paris, 1984, p. 175 ; (8) SOUSA SANTOS (B. de), « *Law : a map of misreading. Toward a postmodern conception of law* », Journal of law and society, vol. 14, n° 3, 1987, pp. 298 à 299 ; (9) VOGLIOTTI (M.), « La « rhapsodie » : fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser

normativiste* en tout cas – apparaissent étranges au juriste ; la plupart n'ont que faire de l'opposition entre jusnaturalisme et positivisme ; elles se placent en son dessus, la dépassent, l'ignorent. Elles procèdent à une étrange hybridation d'éléments *a priori* totalement antinomiques, ce qui conduit à des ovnis juridiques tels que des « souverainetés partagées ou relatives », des « citoyennetés multiples et fragmentées » ou encore une « validité* des normes juridiques conditionnelle et provisoire »[(177)]. Kelsen et l'école viennoise n'auraient certainement pas survécu à l'audition de tels « monstres théoriques ».

51. La tâche pour la science du droit s'annonce colossale. Elle s'annonce surtout enivrante.

Les vocabulaires de la postmodernité juridique

52. Le Professeur Karim Benyekhlef place au cœur de la postmodernité juridique* – à laquelle il a consacré, en 2008, un ouvrage colossal – les notions d'internormativité* et de pluralisme*, « concepts-clés […] capables de mieux saisir les réalités normatives émergentes »[(178)]. Il recourt également aux idées de « gouvernance globale* »[(179)] ou de « souveraineté collective »[(180)], autant de noumènes chargés de marquer à la fois une rupture avec le passé et une certaine continuité, notamment de la démocratie et du gouvernement[(181)]. Surtout, ils doivent constituer tout à la fois un outil de compréhension des mutations des systèmes juridiques et un garde-fou afin de ne pas commettre les erreurs qui mèneraient à un cataclysme social irrémédiable : l'ineffectivité du droit*.

53. L'internormativité, tout d'abord, désigne les phénomènes d'échanges et d'emprunts entre ordres juridiques différents, le plus souvent à l'échelon international et notamment de l'Union Européenne[182]. Mais elle

---

l'écriture juridique contemporaine », *RIEJ*, n° 46, 2001, pp. 141 s. ; (10) TROPER (M.), « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *op. cit*., p. 528 ; (11) *Ibid*., p. 544..

[177] OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit, op. cit*., p. 15.

[178] BENYEKHLEF (K.) et *alii*, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation, op. cit*., pp. 43 et 45.

[179] *Ibid*., p. 631.

[180] *Ibid*., p. 632.

[181] V. BENYEKHLEF (K.) et *alii*, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation, op. cit*., p. 127.

[182] Il sera particulièrement temps de revenir sur la conception de l'internormativité au moment d'étudier le droit international et européen de l'Internet, *in fine* de ces travaux.

peut pareillement évoquer les relations entretenues entre divers « ensembles normatifs » non hiérarchisés ou se référer aux éléments d'interprétation* – imitations ou renvois – tirés *a priori* de l'extérieur et pourtant employés par des organes juridictionnels afin de traiter les cas hypercomplexes à eux soumis[183]. Cette notion et son émancipation devraient obliger à conférer davantage de poids à des études comparatives semble-t-il devenues indispensables[184].

54. Quant au concept de pluralisme juridique[185], s'il n'est guère l'apanage du droit postmoderne[186], ce dernier le remet aujourd'hui clairement au goût du jour. Traduisant le fait que le droit n'émane plus d'un

---

[183] Le Professeur Mireille Delmas-Marty apporte ici la contradiction en rappelant que Rodolfo Sacco nuance les effets de ces imitations ou emprunts puisque, selon lui, « le droit commun produit par imitation est loin d'être unifié, […] l'imitation ne modifie pas les moules conceptuels forgés par l'histoire et n'atteint que les strates les plus superficielles des systèmes de droit ». DELMAS-MARTY (M.), « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *op. cit.*, p. 951.

[184] Cela bien que certains auteurs, au nombre desquels Jean Carbonnier, se sont souvent montrés méfiants à l'égard du droit comparé, assimilant irrémédiablement le droit à l'État. Le doyen craignait ainsi l'affirmation d'un « panjuridisime dévastateur » : « plus il y a de lois qui s'entrechoquent, plus la passion du droit […] est enivrante, tel le métier de changeur qui s'épanouit dans la multiplication des monnaies ». CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, Paris, 1996, p. 45. Cité par DELMAS-MARTY (M.), « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *op. cit.*, p. 951.

Le Professeur Mireille Delmas-Marty répond avec une entière pertinence que, « quels que soient les risques inflationnistes du métier de changeur juridique, l'échange est inévitable car l'isolement est devenu impossible ».

[185] Le Professeur Otto Pfersmann propose la définition suivante : « le pluralisme affirme que plusieurs systèmes juridiques, indépendants les uns des autres, s'appliquent en même temps dans le même espace et par rapport aux mêmes personnes ». PFERSMANN (O.), « De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, M. Van de Kerchove, F. Ost », *op. cit.*, p. 740.

De son côté, le Professeur Jacques Commaille invite à distinguer pluralisme normatif (« la relativisation de la place du droit dans l'économie ») et pluralisme juridique. Il définit ce dernier comme « l'affirmation d'une multiplicité de lieux de production et de gestion de la norme juridique ». COMMAILLE (J.), « Normes juridiques et régulation sociale : retour à la sociologie générale », *in* CHAZEL (F.) et COMMAILLE (J.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991. Cité par MAISSANI (P.) et WIENER (F.), « Réflexions autour de la conception postmoderne du droit », *op. cit.*, p. 448.

[186] Il est bon, sur ce point, de rappeler qu'antérieurement aux codifications napoléoniennes les sources du droit étaient multiples : décisions royales et seigneuriales, droit canonique, droit naturel, coutumes et usages… En outre, il faut se souvenir que Portalis et les auteurs des premiers textes de loi contemporains entendaient combattre la confusion et l'insécurité juridiques* qui régnaient jusqu'à lors. De ce point de vue, le retour en arrière constaté dans la postmodernité juridique peut effrayer. V. ARNAUD (J.), *Critique de la raison juridique vol. 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation, op. cit.*, p.187.

foyer unique de production de normes, l'État, mais est façonné par une ribambelle d'acteurs aussi divers que variés – et principalement économiques –, il s'oppose frontalement au monisme juridique* kelsenien et permet d'englober les normes postmodernes désignées par l'anglicisme « *soft law* » (droit mou*). Le terme « polycentricité »*[187] se rencontre également, caractérisant – autant que le pluralisme – des ordres juridiques nouveaux et terriblement inaccessibles pour la hiérarchie des normes, en particulier dès lors que le droit se trouve « privatisé* »[(188)] et l'État radicalement marginalisé. Si ces thèses ne s'avèrent évidemment pas encore suffisamment mûres pour tirer sur la bride de l'unanimité[189] – si bien qu'il n'est pas lieu de parler de disparition de la loi, il faut préférablement évoquer son effacement[190] –, nombreux sont les exemples tels que l'autorégulation* aptes à caractériser leur perspicacité. À l'instar de l'internormativité, le facteur exogène déterminant de ce passage du monisme au pluralisme réside en la mondialisation* ; et l'élément ayant permis la progression exponentielle du « village global* » est sans nul doute l'Internet. Que l'on se situe dans un espace de droit local, étatique ou supranational, le sentiment est que ces strates ne font qu'une ; les systèmes juridiques se superposent, s'entrecroisent et se combinent de manière dynamique et assez anarchique, d'où d'inévitables et nécessaires recoupements et unifications des règles à travers l'interlégalité*[191]. Pluralisme juridique et internormativité possèdent

---

[187] Certains auteurs parlent préférablement de « polycentricité* », notamment le Professeur Jean Arnaud qui explique que ce terme « exclut la structure pyramidale du droit dessinée par Kelsen. […] De nombreuses difficultés naissent évidemment de la reconnaissance de cette dispersion des sources de la décision juridique. C'est d'ailleurs pourquoi les juristes demeurent sinon obstinément aveugles – le réalisme n'est-il pas censé être la vertu cardinale du juriste ? – du moins très réticents à l'idée d'une polycentricité. […] A vrai dire, [elle] n'est un problème pour les juristes qu'autant qu'ils persévèrent à poser la question de la production de la norme juridique dans les termes orthodoxes de l'État souverain monocentriste ». ARNAUD (J.), *Critique de la raison juridique vol. 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, Paris, 2003, p. 186.

[188] V. PECH (L.), « Droit et gouvernance : vers une privatisation du droit », *op. cit*.

[189] Pour certains, le recul de la norme étatique est à relativiser tant l'État préserve « une position centrale par rapport aux autres ordres juridiques, auxquels il est en mesure d'imposer sa tutelle ou sa médiation ; et la complexification des processus de production du droit n'est pas telle qu'elle sape une hiérarchie des normes qui apparaît consubstantielle au système de l'État de droit ». CHEVALLIER (J.), « Vers un droit postmoderne ? Les transformations de la régulation juridique », *op. cit*., p. 675.

[190] Il apparaît d'évidence que la loi, pendant encore un certain temps, devra encadrer l'activité normative des acteurs privés afin de leur assurer une sécurité juridique* minimale. En revanche, il semble qu'elle ne soit plus en mesure de contrarier ou contredire lesdits acteurs. En recourant à la métaphore, l'on pourrait afficher qu'en haut de la pyramide ne reste plus qu'une sobre vigie législative.

[191] Le Professeur Boaventura de Sousa Santos illustre parfaitement tout à la fois ce sentiment et le recours à la notion d'interlégalité en ces termes : « nous vivons dans un temps de

donc des sens proches ; ils traduisent le passage à une ultracomplexité juridique* antinomique d'une théorie kelsenienne trop simpliste.

55. D'autres formules postmodernes doivent être appréhendées avec le plus grand sérieux par qui souhaite établir une théorie du droit juste et congruente. En premier lieu, le cosmopolitisme*[192], « favorisant la paix, l'égalité et l'altérité, et privilégiant l'harmonisation à l'uniformisation* »[(193)], pourrait offrir les bases d'une constitution mondiale, d'une nouvelle manière de réaliser l'État de droit. L'ONU et l'UE présentent ainsi des signes patents de cosmopolitisation.

56. Cette doctrine émergeante et les différentes notions et allégories qui l'accompagnent – synthétisant la polyphonie des sources du droit – sont en passe de réaliser le rêve de Michel Foucault : « libérer le droit de la tutelle du discours sur la souveraineté »[194] et, au-delà, « libérer la rationalité politique des discours ordinairement servis sur l'individu, l'État et leurs rapports »[(195)]. L'heure pourrait être à l'avènement d'une « hétérarchie des normes* »[196], dénomination sans doute la plus modérée, en raison de sa

---

porosité juridique, où de multiples réseaux d'ordres juridiques nous forcent constamment à des transitions ou à des empiètements. Notre vie juridique se caractérise par le croisement de différents ordres juridiques, c'est-à-dire l'interlégalité. L'interlégalité est la contrepartie phénoménologique de la pluralité juridique, ce qui fait qu'elle et le deuxième concept-clé d'une conception postmoderne du droit ». SOUSA SANTOS (B.), « Droit, une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », in Journal of law and society, vol. 14, n° 3, p. 403. Cité par ISRAEL (N.), « L'émergence du réseau et des nouveaux modes de règlement des conflits à l'épreuve de Michel Foucault », *op. cit*., p. 64.

[192] Le Professeur Karim Benyekhlef donne du cosmopolitisme, idée déjà défendue notamment par Kant, la définition suivante : il s'agit d'un « ensemble de règles émanant d'une pluralité de sources et [comprenant], d'une part, des normes visant à réguler les activités transnationales, et d'autre part, des normes qui s'articulent autour des principes de la démocratie et des droits de la personne. […] Les individus sont titulaires de ces droits quels que soient leur nationalité ou leur lieu de résidence. […] Les normes cosmopolitiques […] ont préséance sur tous les autres types de normes nationales, internationales, transnationales ». BENYEKHLEF (K.) et *alii*, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit*., p. 691. V. également pp. 638 s. pour les développements de cette idée par l'auteur.

[193] *Ibid*., p. 638.

[194] Selon Michel Foucault, « la théorie du droit est restée obsédée par le personnage du souverain ». FOUCAULT (M.), *Il faut défendre la société*, Gallimard-Le Seuil, coll. Hautes études, Paris, 1997, pp. 33 et 150-151. Cité par ISRAEL (N.), « L'émergence du réseau et des nouveaux modes de règlement des conflits à l'épreuve de Michel Foucault », *op. cit*., p.58.

[195] ISRAEL (N.), « L'émergence du réseau et des nouveaux modes de règlement des conflits à l'épreuve de Michel Foucault », *op. cit*., p. 59.

[196] Le Professeur Éric Millard, au-delà du contexte postmoderne, propose son analyse quant à cette idée d'hétérarchie des normes : « La théorie de la hiérarchie des normes est une conséquence de la reconnaissance (par des autorités réelles) de la validité des normes. En ce sens, il y a évidemment de multiples hiérarchies envisageables, et sans doute plusieurs

proximité sémantique avec « hiérarchie », pour illustrer l'abandon du paradigme de la « pyramide ». Néanmoins, un modèle semble gagner terriblement en assurance et prendre de plus en plus de gallon dans l'esprit des juristes, surpassant toutes les propositions parallèles : le « réseau » d'Ost et Van de Kerchove. Alors que l'espace numérique subroge progressivement l'espace réel, si bien que même le profane du droit imagine sans peine combien nombre de références ont à être repensées et adaptées à la nouvelle conjoncture[(197)], ce paradigme s'habille d'une pertinence patente, en premier lieu car son appellation et ses connotations ne se montrent guère dépourvues de pragmatisme[(198)].

57. L'appréhension des grandes problématiques naissantes[199], avec le « réseau », se veut uniquement et modestement descriptive – rechercher avec minutie le réel afin de le conquérir sans souffrances – et en aucune façon politique ou tendancieuse[200]. Dans le sillage des auteurs wallons, se présente alors une réflexion sur la réorganisation des sources juridiques proche à la fois de la théorie du droit et du droit vivant, obligeant le scientifique du droit à muer en juriste-sociologue.

---

hiérarchies qui coexistent ». MILLARD (E.), « La hiérarchie des normes : critique sur un fondement empiriste », *op. cit*., p. 40.

[197] V. notamment ROQUES-BONNET (M.-Ch.), *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?* Michalon, Paris, 2010.

[198] V. OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., pp. 28 et 30-32.

[199] Ce paradigme émergeant doit permettre d'apporter quelques indications et mêmes affirmations face aux grandes interrogations qui se présentent aux tenants d'une théorie postmoderne du droit, c'est-à-dire écartant les notions ayant longtemps présidé de souveraineté, de territoire et de hiérarchie :

- Faut-il encore placer au cœur du système juridique un régulateur central et les pouvoirs publics disposent-ils toujours des pouvoirs leur permettant de mener à bien leurs missions ?
- En cas de réponse par la négative, comment peut-on organiser des actions collectives *a minima* efficaces ?

[200] Cela à l'instar de Hans Kelsen qui affirmait que sa *Théorie pure du droit* « se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit […]. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait. D'un mot : elle entend être science du droit, elle n'entend pas être politique juridique ». KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit*., p. 1.

Partant, sous cet angle là en tout cas, le « réseau » prendrait le relais de la « pyramide » ; il ne s'opposerait nullement à elle.

IV / LA THEORIE DE OST ET VAN DE KERCHOVE[201] ET LE PARADIGME DU « RESEAU »[202]

58. En guise de préliminaire, ces remarquables mots empruntés à Natacha Israël et dans lesquels il est tentant de se fondre : « le droit contemporain raisonne sur le mode de l'indétermination, d'un désordre qui n'est pas chaos mais épanouissement ou évanouissement en réseau »[203].

Le « réseau », une notion polysémique

59. Devant une information qui n'a de cesse de lézarder inlassablement sur la planète – à la vitesse de la lumière, par les réseaux de fibre optique –,

---

[201] Les Professeurs François Ost et Michel Van de Kerchove, des facultés universitaires Saint-Louis de Bruxelles, s'inscrivent dans une large mouvance anti-positiviste, anti-analytique et postmoderne dénichée principalement – sans doute par commodité – dans la littérature juridique francophone. Il est bon de noter que le thème de l'après-positivisme et de l'après-hiérarchie des normes se révèle néanmoins très en vogue chez nombre d'auteurs de langue anglaise ou allemande. V. PFERSMANN (O.), « De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, M. Van de Kerchove, F. Ost », *op. cit*., p. 731.

Ces auteurs ont déjà proposé de nombreuses contributions à la théorie du droit, dans des domaines très variés. V. notamment *Jalons pour une théorie critique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987 ; *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Paris, 1988 ; *L'accélération du temps juridique*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2000.

[202] OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

La lecture de cet ouvrage « vivifiant » (1), écrit de façon pédagogique, à grand renfort de mots simples et d'allégories qui le rendent accessible, intelligible et surtout captivant, est évidemment un complément essentiel de ces dissertations.

(1) BOY (L.), « De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, M. Van de Kerchove, F. Ost », art. disponible à http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2003-1-page-145.htm#s1n3, site consulté le 7/02/2011.

L' « œuvre » se divise en deux parties : les « bougés de la pyramide », soit l'étude des éléments postmodernes qui entraînent la crise* du paradigme de la « pyramide » ; puis l'émergence du « réseau ». Le Professeur Otto Pfersmann rappelle que « l'objectif de réfutation est connu comme préalable de la construction d'une théorie alternative ». PFERSMANN (O.), « De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, M. Van de Kerchove, F. Ost », *op. cit*., p. 731.

[203] ISRAEL (N.), « L'émergence du réseau et des nouveaux modes de règlement des conflits à l'épreuve de Foucault », *op. cit*., p. 58.

L'objectif est en effet de s'inscrire « à mi-chemin entre l'arbre et le chao, entre un ordre linéaire et hiérarchisé et un désordre absolu ». Le réseau doit donc être « plus que la machine, mais moins que le vivant, plus que le linéaire, mais moins que l'hypercomplexe, plus que l'arbre, mais moins que la fumée ». MUSSO (P.), *Télécommunications et philosophie des réseaux. La postérité paradoxale de Saint-Simon*, PUF, Paris, 1997, p. 53.

« les réseaux sont des modes d'organisation aux avantages extraordinaires, parce qu'ils sont naturellement flexibles et adaptables, qualités essentielles pour survivre et prospérer dans un environnement qui change vite »[204]. Et l'Internet s'impose évidemment comme le vecteur le plus pertinent de leur déploiement[(205)]. Néanmoins, l'idée de réseau est aussi ancienne que l'humanité ; d'ailleurs possédait-elle certainement d'avantage de sens à l'époque préhistorique qu'à celle de l'État et de l'ordre. Si elle revient aujourd'hui sur le devant de la scène à travers l'espace numérique, la structuration réseautique du droit et de la société sans doute n'est-elle que la redécouverte de modèles forts anciens.

60. Suivant un sens propre et ouvert, un réseau consiste en « un ensemble de nœuds interconnectés », un nœud pouvant s'apparenter à « un point d'intersection d'une courbe par elle-même »[(206)]. Or, dans un réseau, « aucun point n'est privilégié par rapport à un autre, aucun n'est univoquement subordonné à tel ou tel »[(207)]. Le « réseau » incarne donc – cela va de soi – une image habilement choisie, désignant un ensemble de mailles ou de nœuds reliés tel un filet, un rets[208] ou une toile. Cependant, selon le philosophe Pierre Musso, il s'agit aujourd'hui d'un véritable « sac à métaphores »[(209)] et le mot relève d'une polysémie patente tant il se trouve employé dans tous les champs et dans tous les sens, notamment en matières informatique, sociologique, astronomique, biologique ou encore militaire. Toutefois, malgré que la notion soit ainsi « encombrée de sens »[210], Ost et

---

[204] *Ibid.*

Et l'auteur de poursuivre en précisant que l'Internet permet aux réseaux de « démontrer leur aptitude naturelle à l'évolution tout en autorisant la coordination et la gestion de la complexité*, […] d'où une association sans précédent de souplesse et d'efficacité, de prise de décision coordonnée et d'exécution décentralisée, qui offre une forme d'organisation supérieure à l'activité humaine ».

[205] V. CASTELLS (M.), *La galaxie Internet*, Paris, Fayard, 2001, p. 9.

[206] CASTELLS (M.), *La société en réseau, l'ère de l'information*, Fayard, Paris, 2001, p. 576.

[207] SERRES (M.), *Hermès ou la communication*, Éd. de Minuit, Paris, 1968, p. 11. Cité par OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit, op. cit.*, p. 24

[208] « Réseau », « filet » et « rets » dérivent du mot latin *retis*.

[209] MUSSO (P.), *Télécommunications et philosophie des réseaux. La postérité paradoxale de Saint-Simon*, PUF, Paris, 1997, p. 36.

[210] BAKIS (H.), *Les réseaux et leurs enjeux sociaux*, PUF, Paris, 1993, p. 8.

L'auteur explique : « nombreux sont les chercheurs relevant de différentes disciplines des sciences sociales qui sont persuadés que l'analyse des réseaux offre un véritable paradigme ». Plus loin, il précise que le terme est en outre pour le moins ambigu : « alors que l'on parle de « réseau hiérarchisé », le réseau est parfois compris comme permettant le maximum de liberté dans un ensemble social aux contours mal définis sans stabilité dans le temps et étant le contraire de toute structure organisée ». *Ibid.* p. 5. Cité

Van de Kerchove identifient un « noyau de signification »[211] sur lequel ils fondent leur théorie. Cette variété d'acceptions – avec autant de connotations positives que négatives[212] – est peut-être justement ce qui donne toute sa force au « réseau », être instable, précaire et évanescent. Les contradictions de la notion sont sans doute le meilleur reflet des apories du droit et de ses théories.

Le « réseau », une théorie de l'ultracomplexité juridique

61. Le « réseau » ici en cause – il est opportun de le rappeler « une fois » – se caractérise en premier lieu par le fait qu'il se construit en opposition au paradigme pyramidal kelsenien[213]. Il est le fruit de la crise* de ce modèle et cherche à occuper le siège laissé vacant à force de déficiences étatiques, notamment devant les problématiques transnationales*. Là où la hiérarchie des normes envisage le droit tel une succession linéaire et arborescente de normes, le « réseau » ne connaît guère de « point privilégié par rapport à un autre, [car] aucun n'est univoquement subordonné à tel ou tel »[(214)]. « Toile » ou « filet » servant de matrice au développement d'une gouvernance globale*, ce paradigme postmoderne permet d'illustrer les « liens normatifs qui se tissent entre les acteurs multiples souvent inégaux et

---

par OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 23.

[211] OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 24.

Les auteurs prennent soin d'effectuer une revue d'effectif sémantique en développant que « le réseau constitue une « trame » ou une « structure », composée d' « éléments » ou de « points », souvent qualifiés de « nœuds » ou de « sommets », reliés entre eux par des « liens » ou « liaisons » [et] assurant leur « interconnexion » ou leur « interaction » ».

[212] Ost et Van de Kerchove ajoutent, quant au sens de la notion de réseau, qu'y sont associées des « représentations ambivalentes », tantôt « négativement connotées, [tantôt] très favorablement considérées ». Ils illustrent cela par les exemples des réseaux mafieux ou terroristes et des réseaux policiers, ferroviaires ou de distribution ; puis ils expliquent que « la présence de connotations opposées […] illustre parfaitement bien les jugements de valeur contrastés susceptibles d'être émis concernant le changement de paradigme ». OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., pp. 24-25.

[213] De son côté, l'auteur autrichien rejette implicitement l'idée de droit en réseau : le droit « n'est pas un complexe de normes en vigueur les unes à côté des autres ». KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit*., p. 266.

[214] SERRES (M.), *Hermès ou la communication*, Éd. de Minuit, Paris, 1968. Cité par BAKIS (H.), *Les réseaux et leurs enjeux sociaux*, PUF, Paris, 1993, p. 8 ; et par OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., p. 24.

des situations diverses survenant dans une pluralité de juridictions »[(215)]. Il traduit, en outre, le constat selon lequel se placer au sein d'un ordre juridique s'avère inopportun pour qui souhaite proposer une analyse pertinente, tant coexistent de multiples systèmes entretenant des rapports complexes et non hiérarchisés. Le droit résultant du « réseau » est négocié* et non imposé ; il se renouvelle constamment, si bien que ses traits caractéristiques se nomment plasticité, complexité et mobilité ; et les acteurs qui le produisent présentent des natures totalement hétérogènes. En résumé, il semble que le « réseau » sache « se transformer [tout en] conservant son modèle (sa forme) »[(216)]. A l'aune du développement exponentiel des réseaux sociaux, cette figure s'avère principalement synonyme d'indépendance et de liberté ; et elle se retrouve de plus en plus fréquemment dans le domaine politique aussi bien qu'en matière économique ou encore sociétale[217]. Aussi traduit-elle encore le fait que le droit postmoderne* se construit brique par brique sous l'action de chacun, comme s'il s'agissait d'un grand réseau socio-juridique dans lequel tout individu est susceptible d'entrer et de se montrer actif.

62. Une longue citation de l'ouvrage de Ost et Van de Kerchove apparaît ici indispensable, tout d'abord car la paternité de la théorie du « réseau » leur revient, ensuite car cette description du nouveau paradigme apparaît aussi claire que fondamentale : « Avec le réseau, l'État cesse d'être le foyer unique de la souveraineté […] ; la volonté du législateur cesse d'être reçue comme un dogme […] ; les frontières du fait et du droit se brouillent ; les pouvoirs interagissent (les juges deviennent co-auteurs de la loi […]) ; les systèmes juridiques […] s'enchevêtrent ; la connaissance du droit, qui revendiquait hier sa pureté méthodologique […], se décline aujourd'hui sur le mode interdisciplinaire et résulte plus de l'expérience contextualisée que d'axiomes *a priori* ; la justice, enfin, […] s'appréhende en termes de balances d'intérêt et d'équilibrations de valeurs aussi diverses que variables »[(218)]. Plus loin, les auteurs bruxellois évoquent la « vision du monde sous-jacente au réseau »[219], dénombrant les valeurs à elle associées :

---

[215] BENYEKHLEF (K.) et *alii*, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit*., p. 716.

[216] *Ibid*., p. 720.

[217] Le rôle joué par les réseaux sociaux au cours des événements révolutionnaires s'étant déroulé au Maghreb durant les premiers mois de 2011 est un exemple prégnant de cette société en réseau qu'il faut accepter et assimiler tant elle ne saurait être combattue.

[218] OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., p. 14.

[219] Ils écrivent « le modèle pyramidal repose sur une ontologie substantialiste et mécaniciste […], tandis que le modèle du réseau relève d'une ontologie relationnelle et cybernétique, liée à une pragmatique de l'intersubjectivité et de la communication : le monde

« créativité », « souplesse », « apprentissage », « douceur »[220] et « pluralisme » ; afin de les opposer à celles liées à la « pyramide » : « cohérence », « stabilité », « sécurité » et « obéissance »[(221)]. Les antinomies entre ces modèles apparaissent alors frappantes et il est aisé de comprendre que le premier n'est en aucun cas le fruit de l'évolution du second ou un ersatz, mais bel et bien une proposition autonome, un risque calculé.

63. Aux côtés d'une perspective « pluraliste et relativiste* »[222], Ost et Van de Kerchove entendent mettre en œuvre la « théorie des révolutions scientifiques* » de Thomas Kuhn[223]. Cette dernière – qui pourrait se voir opposer une théorie des évolutions scientifiques[224] – permet de démontrer que, lorsque des méthodes jusque-là dominantes et même parfois acceptées sans plus de discussion se trouvent confrontées à des difficultés – voire des crises – qu'elles ne parviennent plus à endiguer, lorsque des changements de circonstances suscitent la déliquescence de l'interprétation*, lorsque les perceptions scientifiques évoluent, de nouvelles méthodes sont susceptibles de supplanter les premières. Il y a alors « changement de paradigme »[225].

---

complexe et récursif de l'interactivité généralisée dont on commence seulement à découvrir la grammaire ». OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, op. cit.*, p. 18.

[220] Les auteurs expliquent que le réseau serait « doux » dans le sens de « convivial », c'est-à-dire qu'il permettrait la coexistence pacifique et même productive de valeurs néanmoins *a priori* totalement opposées. Ils opposent la vision linéaire selon laquelle une valeur ne peut qu'être totalement intégrée ou rejetée sans réserve.

[221] OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, op. cit.*, p. 18.

[222] Ost et Van de Kerchove imaginent la consécration de « mondes où les souverainetés politiques seraient relatives, les citoyennetés partagées, les rationalités multiples, les valeurs plurielles... Un monde en réseau. […] Un réseau de mondes enchevêtrés ». OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, op. cit.*, p. 8.

[223] Le philosophe américain explique que, durant les périodes de « science normale », les chercheurs s'attachent à un cadre théorique commun, le paradigme. Toutefois, dès lors qu'apparaissent « des faits d'observation qui ne cadrent plus avec le modèle explicatif », ledit paradigme se trouve mis en cause. Les chercheurs opposent alors des « hypothèses *ad hoc* » et des « obstacles épistémologiques » afin de maintenir la prééminence du modèle ; mais, à ce moment, il est vraisemblable que s'opère la marche vers une théorie de substitution – c'est le stade pré-paradigmatique* de la « guerre des écoles » – et que triomphera finalement, après une « révolution scientifique », un nouveau paradigme synonyme de nouvelle période de « science normale ». KUHN (Th. S.), *La structure des révolutions scientifiques*, trad. Champ Flammarion, Flammarion, Paris, 1991, p. 10.

[224] Dans ce cas, à l'inverse, lesdites évolutions aboutiraient à renforcer le modèle en le perfectionnant, et non à le remettre en cause.

[225] OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, op. cit.*, p. 19.

Certes, le discours des deux auteurs belges ne supporte pas encore la force dogmatique de la *Théorie pure du droit* kelsenienne ; et le Professeur Otto Pfersmann de s'inquiéter à la vue des révolutions proposées : « Que reste-t-il de la grande aventure de la théorie du droit du XXe siècle ? »[(226)]

L'État, une simple maille du filet

64. Au creux de ce réseau, l'État n'est plus guère qu'une simple maille du filet parmi tant d'autres. Il ne gouverne plus – ou du moins plus seul – et doit se satisfaire d'être un acteur de la gouvernance sans que lui soit confié le premier rôle[227]. Le « Léviathan » de Thomas Hobbes[(228)] et ses lois « générales et impersonnelles » paraissent imploser et s'évaporer, laissant émerger une organisation horizontale au sein de laquelle les sujets de droit définissent eux-mêmes les règles auxquelles ils se soumettent. En outre, les différentes sources juridiques, dont les pouvoirs et l'influence paraissent toujours inégaux, produisent des normes qui paradoxalement « se caractérisent par l'absence de subordination entre elles »[(229)]. À l'instar de Michel Foucault, d'aucuns affichent alors que le pouvoir ne disparaît pas et ne disparaîtra pas ; il ne faut simplement « plus le chercher dans un foyer unique de souveraineté d'où rayonneraient des formes dérivées et descendantes », mais davantage « dans la multiplicité des rapports de force qui sont immanents au domaine où ils s'exercent »[(230)]. Le pouvoir ne s'est pas évanoui, les endroits de l'autorité et de la normativité se sont seulement incroyablement décuplés. Enfin, quant à la notion toujours centrale de sanction* – qui traduisait en faits l'exercice du pouvoir et l'application des normes juridiques –, une hypothèse est que l'emprisonnement ou la

---

Le Professeur Pascal Nouvel définit un paradigme comme « la somme des découvertes scientifiques universellement reconnues qui, pour un temps, fournissent à une communauté de chercheurs des problèmes types et des solutions ». NOUVEL (P.), « Paradigme », in LECOURT (D.), dir., *Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences*, PUF, Paris, 1999, p. 718.

[226] PFERSMANN (O.), « De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, M. Van de Kerchove, F. Ost », *op. cit*., p. 731.

[227] Cette évolution peut notamment être illustrée par l'idée de « transgouvernementalisme* ». V. *infra*.

[228] V. HOBBES (Th.), *Léviathan ou traité de la matière, de la forme et du pouvoir ecclésiastique et civil*, trad. Philippe Folliot, Gallimard, coll. Folio, Paris, 2000.

[229] DUONG (L.-M.) « Les sources du droit d'Internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 790.

[230] FOUCAULT (M.), *La volonté de savoir*, Gallimard, Paris, 1976, pp. 121-122. Cité par BENYEKHLEF (K.), *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit*., p. 726.

condamnation à une amende pécuniaire auraient fait place à une autre forme de réprimande apparemment tout autant dissuasive : l'exclusion du réseau[231].

65. Si l'État n'incarne plus qu'un maillon du droit, ne reçoit plus qu'un rôle secondaire, alors c'est bien qu'il ne disparaît pas et que de fortes résurgences de la « pyramide » des normes demeurent effectives. Il ne faut d'ailleurs pas s'y tromper, Ost et Van de Kerchove entendent s'adonner à un exercice dialectique en écoutant, d'un côté, le discours de la « pyramide » et, de l'autre, la parole du « réseau ». Ils ne prennent guère – *a priori* – le parti de chercher à démontrer la valeur de ce second paradigme ; ils avancent avec objectivisme[232], ce qui sera la voie à suivre au sein de ces développements[233]. La situation serait donc fortement alambiquée, le changement de paradigme ne pouvant quoi qu'il en soit faire l'économie du passage par un stade « pré-paradigmatique* »[234]. Assurément, l'État n'est plus le foyer unique de souveraineté, mais il en demeure un ; aussi la solution réside-t-elle peut-être en la vision du Professeur Manuel Castells : un « État en réseau* »[235]. Néanmoins, doit être privilégiée l'idée d'un État participant au réseau – sans en incarner en lui-même – puisque se morfondre dans l'unilatéralisme plutôt que rejoindre les circuits économiques et politiques transnationaux serait courir, à moyenne échéance, à la perte.

---

[231] V. *infra*, sur l'autorégulation.

C'est en tout cas la pensée du Professeur Karim Benyekhlef : « Si un protagoniste refuse d'obéir aux protocoles du réseau, il se met lui-même hors-jeu. L'exclusion constitue une sanction dissuasive puisqu'elle mène à la marginalisation de l'acteur exclu du réseau ». BENYEKHLEF (K.), *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit*., p. 727.

[232] OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., p. 37.

[233] V. *infra*, sur « la problématique de la hiérarchie des normes et du droit de l'Internet, une étude empirique ».

[234] Il n'est pas inutile de se répéter sur ce point puisque Ost et Van de Kerchove affirment que « la thèse fondamentale de [leur] ouvrage est que, de la crise du modèle pyramidal, émerge progressivement un paradigme concurrent, celui du droit en réseau, sans que disparaissent pour autant des résidus importants du premier, ce qui ne manque pas de complexifier encore la situation ». OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., p. 14.

[235] V. CASTELLS (M.), The power of identity, Blackwell *Publishers*, Malden (Mass), 2004, p. 364. Cité par BENYEKHLEF (K.), *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit*., p. 723.

Le Professeur de Berkeley explique que cet « Etat-réseau » est en concurrence avec une foultitude d'autres réseaux qui cherchent à le subroger, notamment les réseaux mafieux, les réseaux d'entreprises ou les mouvements d'opinion. Il ajoute qu'ainsi l'État perd de son « pouvoir » mais pas de son « influence », sans malheureusement approfondir cette nuance. Sans doute faut-il comprendre que si, dans les faits, il tend à être aspiré par un réseau global, en revanche il garde un rôle symbolique très profond.

66. Les auteurs wallons utilisent à moult reprises l'expression « boucles étranges* » empruntée au physicien et informaticien américain Douglas Richard Hofstadter[(236)]. Cet outil plutôt lyrique leur sert à peindre les « phénomènes de bouclage ou de récursivité »[(237)] qui font déjouer le modèle hiérarchique classique, incapable d'assimiler les manifestations de plus en plus patentes de « discontinuité, [d'] inachèvement et [d'] alternance »[(238)]. Ces « boucles étranges » subrogent les lignes droites kelseniennes, vont et viennent – sans stratégie préconçue – entre les foyers de création du droit, naviguent lascivement entre les « savoirs qui se partagent le réel »[(239)] et donc le pouvoir. Par ailleurs, le choix du terme « réseau » n'est évidemment en aucune manière innocent, notamment à l'égard des thèses du pluralisme* et de l'internormativité* qu'il peut parfaitement accompagner.

67. Surtout, la théorie élaborée pourrait permettre à Ost et Van de Kerchove de s'essayer à une définition du droit[(240)], tâche au combien délicate[241]. Aussi faut-il tout d'abord relever avec eux que les « zones d'incertitude » s'avèrent infiniment plus denses aujourd'hui qu'à l'heure du positivisme juridique[242], quand bien même une simplicité trop poussée

---

[236] V. HOFSTADTER (D. R.), *Je suis une boucle étrange*, trad. Julien Bambaggi et Bella Arman, Dunod, Paris, 2008.

[237] OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, pp. 49-50.

[238] *Ibid*, p. 50.

[239] KECK (F.) et LEGRAND (S.), « Les Épreuves de la psychiatrie », in LE BLANC (G.) et TERREL (J.), dir., *Foucault au Collège de France : un itinéraire*, Presses Universitaires de Bordeaux, Histoire des Pensées, Bordeaux, s.d., p. 69. Cité par ISRAEL (N.), « L'émergence du réseau et des nouveaux modes de règlement des conflits à l'épreuve de Michel Foucault », *op. cit.*, p. 60.

[240] V. OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), « La définition du droit : une question sans réponse ? » in *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, pp. 267 s.

[241] Les auteurs citent ainsi Paul Valery : « Nous parlons facilement du droit… Mais qu'est-ce que le droit… ? Nous le savons [et] nous ne le savons pas ». VALERY (P.), *Regards sur le monde actuel*, Paris, 1962, p. 37. V. *supra*, hors-texte.

En outre, le Professeur Léon Raucent propose cette belle conclusion : « Une approche rapide du droit objectif conduit à penser que sa définition a la simplicité de l'évidence ; une étude plus approfondie qu'elle a l'inaccessibilité du mystère ». RAUCENT (L.), *Pour une théorie critique du droit*, Duculot, Gembloux, 1975, p. 21.

[242] Les théoriciens belges opposent ainsi le temps où le législateur occupait « une place centrale, sinon exclusive, dans la formation du droit, conférant à la fois à celui-ci une plus grande homogénéité et des frontières plus tranchées » ; et le temps postmoderne dans lequel se multiplient « les frontières floues et les zones de recouvrement entre les règles juridiques et les formes non juridiques de régulation sociale* ». OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.),

aboutissait déjà à nombre d'apories. Ils avancent que, désormais, « le droit se trouve aussi bien partout que nul part »[(243)], tant il est « soluble »[(244)] ; ce qui n'augure pas d'une description précise de l' « objet-droit ». En effet, les auteurs prennent en réalité davantage le parti de chercher à expliquer la fausseté des dizaines de définitions existantes[(245)], aboutissant à la conclusion que la description du droit permet « une pluralité de conceptions qu'aucun critère de vérité ne saurait départager ou hiérarchiser »[246]. Le droit est ainsi fait qu'il faut accepter de ne jamais en voir les contours ou frontières, que seuls son centre et sa périphérie proche sont identifiables. La théorie du droit en réseau apporte donc une contribution modeste à la description du droit ; elle assimile le fait que, à l'instar du concept de temps, personne ne saura jamais croquer un portrait satisfaisant de cet « objet-droit ».

Les critiques de la thèse du « réseau »

68. Il est évidemment permis de s'alarmer face à l' « assemblage non coordonné et aléatoire de décisions, de règles [et] de conventions »[247] ainsi présenté. Et puis, en matière juridique, le principe du contradictoire vaut de l'or ; l'honnêteté intellectuelle impose donc que quelques lignes de ces développements soient sacrifiées aux critiques de la théorie du « réseau », lesquelles émanent principalement de la plume avisée, aiguisée et acérée du Professeur Otto Pfersmann. Ce dernier relève tout d'abord une incohérence dans le recourt en matière juridique à la théorie « historique et

---

« La définition du droit : une question sans réponse ? » in *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., p. 267.

[243] *Ibid*.

[244] BELLEY (J.-G.), « Une métaphore chimique pour le droit », *op. cit*., p. 7. Cité par OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., p. 267.

[245] V. OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., p. 271.

[246] *Ibid*.

Ost et Van de Kerchove se fondent sur des travaux selon lesquels « l'imprécision des frontières [du droit] n'est pas imputable aux déficiences optiques des scientifiques qui les observent. C'est au contraire une propriété intrinsèque du droit qui rend improbable la définition stricte, universelle et permanente de son contenu ». Ainsi est-il opportun de prendre le parti d'une définition peu précise mais englobante du droit. ASSIER-ANDRIEU (L.), *Le droit dans les sociétés humaines*, Nathan, Paris, 1996, p. 36.

[247] PFERSMANN (O.), « De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, M. Van de Kerchove, F. Ost », *op. cit*., p. 740.

L'auteur fait remarquer qu' « un tel système instable présente trivialement les propriétés d'un réseau […], mais alors il ne s'agit pas d'un objet normatif offrant les propriétés minimales d'un ordre juridique ».

sociologique » des révolutions scientifiques de Kuhn ; elle ne permettrait aucunement de valider ou invalider des modèles théorique concurrents comme le souhaitent Ost et Van de Kerchove[248]. Ensuite, l'auteur blesse gravement le droit en réseau en expliquant qu' « une construction plurielle de l'identité d'un système juridique est une pétition de principe : comme il y a pluralité de critères, il y a pluralité de systèmes selon que l'on se place du point de vue de l'un ou de l'autre de ces critères. Une telle stratégie ne renforce pas la thèse, mais l'affaiblit, car la thèse du monisme* n'a jamais nié que si l'on adoptait une autre perspective […] on allait arriver à d'autres résultats »[(249)]. Les propos des auteurs wallons seraient, en *sus*, dépourvus de cohérence dès lors qu'ils ambitionneraient de démontrer la faiblesse de la « pyramide » au moyen d'une conception de la validité formelle*, mais également morale ou sociale[250]. La théorie du « réseau » ne serait en définitive qu'une mise à jour de celle du jusnaturalisme, intégrant un vocabulaire et des problématiques contemporains mais ne proposant, sur le fond, que peu d'arguments novateurs. Et le Professeur Otto Pfersmann de déplorer que ne soient traitées que des « questions de contenu » et point de « cadre d'analyse des contenus »[(251)]. Il conclut ainsi en ces mots : « Ce type de conception [n'est pas] nouveau. Il fait au contraire partie des plus vielles affirmations de la doctrine traditionnelle »[252]. Néanmoins, remettre au goût du jour la théorie du droit naturel, il fallait oser, il fallait y parvenir.

---

[248] V. PFERSMANN (O.) « De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique, M. Van de Kerchove, F. Ost », *op. cit.*, p. 732.

L'auteur détaille : « la thèse de Kuhn suppose la validité d'un modèle d'explication indépendant de ses propres résultats ».

En outre, il regrette l'absence de débat épistémologique autour du choix de la méthode de la dialectique. Cette remarque s'avère totalement fondée étant donné l'intitulé de l'ouvrage d'Ost et Van de Kerchove : « Pour une théorie dialectique du droit ».

[249] *Ibid.*, p. 740.

[250] Pourtant, il semble bien que le droit postmoderne ait pour premier caractère de requérir l'insertion de ces dernières au cœur de la théorie du droit et donc en tant que critère de validité.

[251] PFERSMANN (O.), « De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, M. Van de Kerchove, F. Ost », *op. cit*., p. 741.

[252] *Ibid*.

L'auteur ajoute que la théorie traditionnelle « a toujours considéré que le raisonnement juridique n'est jamais seulement juridique, qu'il ne pouvait se réduire à la considération du seul droit positif et qu'il fallait intégrer la morale comme la pratique. […] Cette construction ne dénote pas un projet de clarification et de renforcement d'un potentiel explicatif, mais la réaffirmation de la conception jusnaturaliste selon laquelle il ne peut y avoir qu'un art et non une science du droit ».

V / L'INTERNET ET LE DROIT, LE PASSAGE A L'ULTRACOMPLEXITE JURIDIQUE

69. L'image du réseau a certes largement précédé le déploiement des NTIC et de l'Internet ; il n'en demeure pas moins que ce sont ces derniers qui aujourd'hui lui confèrent toute sa pertinence et son pragmatisme, en « éliminant les distances et le temps »[253] et en développant une coordination internationale de flux informationnels pluriels. Dès lors, le choix d'illustrer le passage du paradigme de la « pyramide » à celui du « réseau » par le droit applicable à l'Internet semble s'imposer. Il permet également de préciser que ce qui s'avère vérifié concernant ce droit spécifique ne saurait l'être indubitablement au sujet d'autres branches de normes plus classiques. Il s'agira donc de ne jamais succomber à la tentation des raccourcis maladroits et des généralisations ou banalisations non démontrées, ce que préciseront davantage les dernières lignes de ces prolégomènes[254].

Les NTIC et la réinvention du droit

70. Le Professeur Manuel Castells décrit que, dorénavant, « des technologies agissent sur l'information », alors que lors des précédentes révolutions techniques « des informations agissaient sur la technologie »[(255)]. L'auteur de la Silicon Valley – ce qui lui confère d'emblée une certaine légitimité – poursuit : « l'information faisant partie intégrante de toute activité humaine, tous les processus de notre existence individuelle et collective sont directement modelés […] par le nouveau *medium* technologique »[(256)]. Naissent ainsi de l'influence des NTIC* une recherche du réseau, une logique du réseau, une culture du réseau*, une pensée-réseau qui s'immiscent jusqu'au sein des esprits les plus avertis de la théorie juridique. Et au final, matériellement, NTIC et réseau se confondent puisque ces premières correspondent aujourd'hui principalement à l'Internet. C'est là un premier exemple patent de convergence*[257].

---

[253] BENYEKHLEF (K.), *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation, op. cit*., p. 719.
[254] V. *infra*., sur la problématique de la hiérarchie des normes et du droit de l'Internet, une étude empirique.
[255] CASTELLS (M.), *La société en réseau. L'ère de l'information*, *op. cit*., p. 101.
[256] *Ibid*.
[257] La notion de convergence prend de l'importance, aux côtés de l'intégration, afin de désigner la tendance à accéder à une foultitude de services à travers un minimum d'instruments. Ainsi en va-t-il par exemple d'un *smartphone* avec accès à l'Internet.

71. Il est alors judicieux de remarquer que, depuis l'an 2000 et l'achèvement par Ost et Van de Kerchove de l'écriture de l'ouvrage ici en cause, les NTIC et l'Internet ont connu une croissance toujours exponentielle, se sont émancipés et démocratisés en un souffle, venant conférer à la thèse du « réseau » une illustration pratique épatante. Toutefois, ce serait se fourvoyer que d'oublier que, plus que l'étiquette, c'est le contenu du bocal qui compte ; et avoir déniché un qualificatif pertinent ne constitue évidemment pas une fin en soi ; il s'agit seulement d'un commencement prometteur.

72. En matière économique, depuis une vingtaine d'années, les entreprises se trouvent devant l'obligation de décupler leurs investissements immatériels[258] ; le droit entre alors évidemment dans l'arène afin de permettre à une sécurité juridique* minimale d'accompagner lesdites dépenses[259], car l'économie – chacun le sait trop bien – ne se base que sur la confiance*[260]. Quant au domaine juridique, les NTIC l'affectent directement dans nombre de ses sous-matières et les incertitudes se révèlent malheureusement légion. Du droit public avec la problématique de la territorialité* au droit civil à travers l'exemple du droit de propriété, du droit pénal avec l'apparition de nouvelles infractions au droit des affaires et à ses innombrables questionnements liés à la propriété intellectuelle et au commerce électronique, les remises en cause abondent et ne trouvent que rarement un répondant satisfaisant. Ces « temps de révolution technologique accélérée » correspondent logiquement à « ceux du doute de l'ensemble de la société à l'égard du rôle du droit lui-même et de sa prétention à continuer

---

[258] Bertrand Warusfel montre parfaitement combien « maîtriser une technologie innovante, acquérir et maintenir à jour un savoir efficace, développer une organisation « apprenante » […] sont considérés aujourd'hui comme des facteurs de croissance et de développement plus importants que les facteurs traditionnels de production ». WARUSFEL (B.), « Le droit des nouvelles technologies : entre technique et civilisation », *La lettre de la rue Saint-Guillaume*, juin 2002, n° 127, p. 56.

[259] « Sauf, selon Bertrand Warusfel, à engager, sans garantie, des contentieux aléatoires sur le fondement de la responsabilité civile et du parasitisme. […] Même dans le domaine des innovations techniques, précise-t-il en outre, le droit des brevets éprouve des difficultés à s'ouvrir aux nouvelles formes de l'industrie contemporaine ». Cela explique par exemple les controverses sur la brevetabilité en matière de logiciel ou de procédés biotechnologiques. WARUSFEL (B.), « Le droit des nouvelles technologies : entre technique et civilisation », *op. cit.*, p. 56.

[260] C'est à la fois sa force et sa faiblesse : sa force lorsqu'elle répond présente et emporte optimisme et prises de risques, sa faiblesse lorsqu'elle disparaît et pousse les acteurs vers une attitude casanière.

Réside en cette notion de confiance la raison d'être du droit de l'Internet. V. *infra*, sur la confiance.

à régir les rapports sociaux, politiques et économiques »[261]. Ce sera le propos de ces développements que d'étudier la façon dont ces vides sont susceptibles d'impacter la théorie de la hiérarchie des normes.

73. L'armada juridique, c'est une certitude, n'abandonnera pas le combat engagé contre la puissante technique. Et ses valeureux soldats lui resteront fidèles jusqu'au terme de la lutte. Seulement demandent-ils que les arcs et flèches de bois soient remplacés par des « armes et munitions postmodernes » ; un premier acte symbolique serait d'abandonner la *summa diviso*[262] à propos de laquelle dire qu'elle s'empreint d'archaïsme est un doux et gentil euphémisme. L'enjeu majeur est de parvenir à concilier les normes juridiques et techniques – malgré leurs antinomies souvent criantes – et, pour cela, de se résoudre à se délester des mécanismes traditionnels ; ce qui s'avère inéluctablement délicat car douloureux. Mais, à force de persévérance, l'évolution est permise.

74. L'heure où les juristes devront réinventer le droit a sonné. Quelle chance, quel bonheur !

L'Internet et le droit, un parcours chaotique

75. « Internet ? Mais c'est une poudrière juridique ! »[263] Ainsi s'exclamait Gérard Haas, recourant à une expression de géopolitique toujours bienvenue et que d'aucuns préféreront grandement à celle selon laquelle « Internet, c'est la mort du droit »[264]. Cette technologie présente, il est vrai, nombre de traits susceptibles de défier la sphère juridique dans ses certitudes les plus profondes. Durant les années 1990, lorsqu'elle prit son envol, beaucoup imaginèrent, non sans raison, que la liberté allait y trouver un espace de « non-droit »* dans lequel s'épanouir pleinement, loin du tumulte des parlements. Dès l'origine, l'Internet et le droit ont donc noué des relations peu cordiales, émaillées de conflits et de contradictions. Néanmoins, la jurisprudence ne tarda pas à considérer que ledit espace ne pouvait consister en une quelconque exception à l'État de droit ; « après tout ce vieux droit avait sans désemparer avalé un poste de TSF et un cinématographe, il pouvait sans peine digérer un ordinateur et sa

---

[261] WARUSFEL (B.), « Le droit des nouvelles technologies : entre technique et civilisation », *op. cit.*, p. 55.
[262] Soit la séparation classiciste s'il en est entre droits public et privé.
[263] HAAS (G.), *Internet et protection des données personnelles*, Litec-jurisclasseur, Paris, 2004.
[264] FALQUE-PIERROTIN (I.), « Internet et le droit », conférence donnée à l'Académie des sciences morales et politiques, 26 mai 2008.

câblerie »[265]. Puisqu'il ne se trouve plus guère que les déserts australs qui ne tendent pas à converger vers le réseau – si bien que peut-être bientôt mangera-t-on ou dormira-t-on en ligne –, et puisqu'il devient, de Hong-Kong à Québec, le quotidien indéfectible de chaque individu, l'extraordinaire intérêt de son étude est une chance à saisir.

La technologie et l'espace social internetiques

76. Un premier écueil doit d'entrée être prévenu : alors que pour tous le terme « Internet » semble intimement commun – tant il se voit usité à tort et à travers et sans précautions –, peu en connaissent les véritables signifiants. Polysémique, la notion émane de l'anglais *internetworking*, soit « se mettre en réseau » ; elle renvoie donc à un outil technique mais également à un espace social spécifique[266], ce second sens conquérant chaque jour plus d'importance. Quant au premier, s'il englobe le *World Wide Web*, il ne saurait s'y délimiter ; d'autres services tels que les courriers électroniques, les chats, le téléchargement de fichiers ou l'*Usenet* utilisent le réseau des réseaux multimédia sans s'apparenter pour autant à des sites de communication au public en ligne*.

77. Profitant du passage fondamental de l'analogique au numérique*[267], les premiers travaux liés à l'Internet furent entrepris aux États-Unis durant les années 1960, poursuivant des fins politiques et militaires[268] ; ils

---

[265] *Ibid.*

Le Conseiller d'État Isabelle Falque-Pierrotin cite, non sans un certain humour, un rapport de l'académicien Gabriel de Broglie titrant « La législation actuelle s'applique, non sans difficulté ».

[266] Cette distinction est proposée par Renaud Berthou, au sein de sa thèse de doctorat consacrée à l'impact de l'Internet sur les modes de genèse des normes. BERTHOU (R.), *L'évolution de la création du droit engendré par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, thèse Université de Rennes 1, 2004, p. 13.

[267] Si la transition des combinés téléphoniques électromécaniques aux combinés digitaux n'est pas apparue comme une grande révolution pour l'usager, du point de vue technologique elle est tout à fait fondamental car ayant permis cette évolution.

[268] Dans un contexte de « Guerre Froide » devenu critique, fut commandée à une agence américaine une réflexion sur un système de commande à distance permettant d'activer certaines armes même sous le feu nucléaire. Finalement, en 1969, le réseau Arpanet devint opérationnel, utilisant un mode de transmission par paquets et un ordinateur spécifique (l'*Interface Message Processor*, IMP) servant d'interface entre le réseau et les ordinateurs à relier (les hôtes). Néanmoins, en 1970, cette forme primitive d'Internet ne reliait que quatre universités américaines. « On pouvait présenter le réseau comme une marguerite, dont le cœuvreur était l'Arpanet et les pétales les réseaux locaux ». HUITEMA (Ch.), *Et Dieu créa l'Internet...*, Eyrolles, Paris, 1995, p. 64.

aboutirent finalement au protocole TCP/IP[269]. Seulement, le réseau informatique d'alors s'avérait bien peu convivial puisque les rares utilisateurs devaient maîtriser son âpre langage. Plus tard, les élaborations du protocole HTTP et du WWW[270] vinrent ajouter des outils de marque au TCP/IP, permettant l'élaboration des sites Internet et le « surf sur la toile » ; le tout devenant accessible au grand public grâce à la création des premiers navigateurs, en 1993[271]. Les quelques réseaux qui avaient un temps espéré concurrencer l'Internet – tels que Bitnet - durent se résoudre à emprunter la voie du TCP/IP, lequel profite depuis d'un durable monopole du protocole[272].

78. L'usage de l'Internet s'est démocratisé à une vitesse folle ; jamais dans son histoire l'Homme n'avait assisté à pareil déploiement universel. Entre 1995 et 2010, le nombre d'utilisateurs s'est vu multiplié par 125 et, aujourd'hui, près de 2 milliards d'êtres humains font un usage quotidien des

---

[269] *Transmition Control Protocol* / *Internet Protocol*, il s'agit plus précisément d'une suite de protocoles. Fut tout d'abord, en 1969, élaboré le protocole NCP / FTP (pour *Network Control Protocol* / *File Transfer Protocol*), avant qu'une partie du réseau militaire ne soit ouverte à des universitaires, lesquels allaient permettre d'accélérer grandement le développement de ces nouvelles technologies.

Ainsi, les ingénieurs américains Vinton Gray Cerf et Bob Kahn aboutirent-ils au protocole TCP / IP, en 1974, toujours dans le cadre de programmes de recherche de l'armée. Ce protocole permit le fonctionnement et le développement des réseaux descendants de l'Arpanet : Milnet (militaire), Nsfnet, et enfin et surtout Internet, à partir de 1983, fruit de la réunion du TCP/IP et du système d'exploitation Unix propre au réseau Usenet, lequel s'était développé parallèlement durant les années 1970.

Le réseau s'ouvrant aux entreprises, à différents services et enfin aux particuliers, « on commençait à ne plus parler de rosace ni de dentelle, mais au contraire d'un tissu complexe maillant le monde entier ». HUITEMA (Ch.), *Et Dieu créa l'Internet...*, *op. cit*., p. 66.

[270] Pour *Hypertext Transfer Protocol* et *World Wide Web* (la « toile d'arraignée mondiale »).

La paternité du WWW revient à Tim Berners-Lee et Robert Cailliau – l'un étant de nationalité anglaise, l'autre belge – qui conduisirent le projet d'un langage hypertexte à terme en 1989. Cependant n'était pas alors visé le grand public mais seulement la communauté des chercheurs du CERN (centre européen pour la recherche nucléaire).

Le TCP/IP est peut-être le premier langage universel se diffusant à très grande échelle, la consécration technologique de l'espéranto de Zamenhof. Sans doute un jour les hommes, comme ces « machines », parleront-ils tous une même langue, au cœur d'une société monde dont l'Internet participe grandement de la pose des premières pierres.

[271] Peuvent être cités notamment Mosaïc puis Netscape.

[272] Le protocole revêt un habit plus que simplement technique puisque certaines règles normatives en tirent leur fondement. Il est l'incarnation du pouvoir au sein du réseau. Aussi le Professeur Benyekhlef explique-t-il que, « malgré sa simple nature de règle du jeu, le protocole n'est pas neutre : il est le résultat des négociations*, des consensus* […] et des rapports de force des protagonistes du réseau ». BENYEKHLEF (K.), *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit*., p. 727.

services liés au TCP/IP[273]. Le conseiller d'État Isabelle Falque-Pierrotin décrit, sans qu'il faille nécessairement y voir une hyperbole : « Le monde numérique s'est installé comme un souffle »[274].

79. Quant à l'espace social spécifique que constitue le réseau, il se concrétise par les idées de « communautés virtuelles* », de « cyberespace* »[275] et de « cyberculture* »[276] signifiant combien il s'agit d'un lieu au sein duquel les individus entretiennent des relations tout à fait originales et inédites[277]. Il n'est pas anodin de remarquer que, parmi les principes qui ont présidé au fonctionnement des premières communautés virtuelles* – formées quasi-exclusivement de chercheurs –, figurait le projet « d'un monde scientifique [dans lequel] la compétence l'emporte sur la hiérarchie »[(278)]. Ce sont alors d'extravagantes problématiques qui apparaissent, notamment pour la matière juridique. Par exemple, se pose inévitablement la question de la place et du statut à accorder au droit spontané* ainsi produit et correspondant peu ou prou à la cyberculture[279],

---

[273] V. le site internetworldstats.com, lequel permet de constater les terribles fractures numériques existant à l'échelle de la planète puisque huit américains du nord sur dix utilisent l'Internet contre seulement un africain sur dix (statistiques datant de juin 2010).

[274] FALQUE-PIERROTIN (I.), « Internet et le droit », *op. cit*.

[275] L'on doit l'expression « cyberespace » à William Gibson et à son roman de science-fiction *Neuromancien*. Y est décrite une société « hypertechnologique » dans laquelle l'ordinateur règne en maître : c'est « une hallucination consensuelle vécue quotidiennement par des dizaines de millions d'opérateurs […], des traits de lumière disposés dans le non-espace de l'esprit, comme les lumières de ville dans le lointain ». GIBSON (W.), *Neuromancien*, trad. Jean Bonnefoy, J'ai lu, coll. SF, Paris, 1984, p. 64.

Renaud Berthou précise qu'il s'agit d'un « endroit où les interactions sociales se produisent indépendamment des contraintes géographiques, […] où l'identité de chacun se construit selon sa propre volonté [et où] le temps se compresse en un temps réel ». BERTHOU (R.), *L'évolution de la création du droit engendré par Internet*, *op. cit*., pp. 20-21.

[276] La « cyberculture » peut se définir comme un « ensemble d'attitudes […] né à partir du mariage entre les technologies informatiques et les médias de communication » ; cet ensemble d'attitudes correspondant au « produit d'un mouvement socio-culturel pour apprivoiser et « humaniser » les nouvelles technologies ». LEMOS (A.), « Les communautés virtuelles », *Sociétés*, n°45, 1994, pp. 253-261. Cité par BERTHOU (R.), *L'évolution de la création du droit engendré par Internet*, *op. cit*., p. 21.

[277] V. BERTHOU (R.), *L'évolution de la création du droit engendré par Internet*, *op. cit*., pp. 17 s.

Dès le temps de l'Apranet, des communautés virtuelles* ont vu le jour, dotées de « liens sociaux intenses ». Il s'agissait tout d'abord de regroupements coopératifs d'informaticiens et de chercheurs estimant que « la collaboration a plus d'efficacité que la compétition entre chercheurs ». FLICHY (P.), *L'imaginaire d'Internet*, *op. cit*., p. 56. Cité par BERTHOU (R.), *L'évolution de la création du droit engendré par Internet*, *op. cit*., p. 19.

[278] BERTHOU (R.), *L'évolution de la création du droit engendré par Internet*, *op. cit*., p. 19.

[279] Il faut remarquer que cette idée de « cyberculture » ne va pas de soi. Ainsi n'y avait-il jamais eu, jusqu'à présent, de culture émanant d'un réseau de communication, pas de « minitel-culture » ou de « téléphone-culture » par exemple. Mais, selon Pierre Lévy, les

laquelle s'organise principalement autour des préceptes de liberté, d'égalité[280] et de gratuité[281]. En 1998, un rapport au Conseil d'État décrivait de manière alarmante que « ce qui est illégal hors ligne l'est en ligne »[282]. Si nul ne saurait, après que dix années de pratique se soient écoulées, adhérer à cette thèse, il n'en demeure pas moins que, au sein de la « civilisation numérique » et de ses us et coutumes, la question du droit se propose de manière totalement étrange et inédite.

Les questions d'un droit de l'Internet et de son contenu

80. En aucune manière un quelconque doute sur ce point ne doit perdurer : il existe effectivement un droit de l'Internet et il n'est pas lieu d'en débattre davantage. Certes, d'aucuns considèrent qu'il est préférable d'évoquer un « droit applicable à Internet » puisque les règles en question ont rarement été créées pour cet objet précisément, se trouvant souvent empruntées à d'autres sphères juridiques ; mais la polémique ne parait pas pertinente et il ne semble guère pertinent de s'y attarder davantage. Suivant les définitions ici retenues[283], le droit de l'Internet désigne l'ensemble des normes applicables au réseau et à ses activités, peu important leurs origines et qui les prête. Cette distinction doit donc elle aussi s'évanouir immédiatement.

---

propriétés de l'Internet – notamment l'interactivité – auraient entraîné « une intelligence collective génératrice de culture, […] une construction coopérative d'un contexte commun ». LEVY (P.), *Qu'est-ce que le virtuel ?* La découverte, coll. Poche, Paris, 1998, p. 95. Cité par BERTHOU (R.), *L'évolution de la création du droit engendré par Internet*, *op. cit*., p. 282.

[280] Empiriquement, il est aisé de constater que chacun est libre de « surfer » selon son bon vouloir et de consulter les sites souhaités sans aucune barrière, ce qui – notamment vis-à-vis de la protection de la jeunesse – emporte nombre de difficultés. Loin des frontières, les divers sites sont reliés par des liens hypertextes qui permettent de voyager à une vitesse jamais atteinte. De plus, tous les internautes sont égaux et seuls juges, en dernier ressort, de ce qu'ils doivent ou peuvent voir. Il n'y a, en principe, aucune condition d'accès à un site si ce n'est d'en connaître ou trouver l'adresse.

[281] A noter que ce principe de gratuité est désormais davantage un idéal qui doit être concilié avec le fait que l'Internet est devenu l'un des principaux lieux d'échange et de commerce. V. *infra*, sur le commerce électronique.

[282] Cité par FALQUE-PIERROTIN (I.), « Internet et le droit », *op. cit.*

L'auteur décrit un Internet qui « bouleverse notre approche du droit ». Selon elle, le réseau informatique « met en question […] nos concepts juridiques fondamentaux, de la propriété à la liberté ». Et le conseiller d'État de conclure que, « à travers le prisme du droit, c'est finalement à un réexamen des bases de nos sociétés contemporaines auquel nous convie Internet ».

[283] V. *supra*, hors-texte, sur les définitions du droit et de la norme.

81. En revanche, l'incertitude trouve un territoire conséquent sur lequel poser ses valises et s'épanouir dès lors que l'attention n'est plus portée à la problématique de l'existence dudit droit mais à celle de son contenu. Ce dernier comprendrait certaines normes provenant de l'activité étatique, mais encore et surtout une galaxie de règles informelles hautement délicates à cerner. Une part considérable de la doctrine remarque à quel point le droit de l'Internet peut différer des autre matières dites plus « classiques » ; il se voit ainsi tour à tour qualifié de « trouble »[(284)], de « décentralisé »[(285)] ou de « polycentrique* »[(286)]. Renaud Berthou, qui a consacré une thèse à la fabrique des normes en vigueur sur le réseau, note que celui-ci « impose un jeu de droit dans les ordres juridiques où, par manque de relevance[287], les faiseurs de [règles] se heurtent sans qu'aucun ne s'impose »[(288)]. Ce droit serait donc produit suivant un mode réseautique, tous les sujets de droit, tous les acteurs de l'Internet se trouvant intégrés au cœur du processus de genèse de la norme[289].

82. Par ailleurs, le droit de l'Internet impose de recourir abondamment aux notions novatrices de la postmodernité juridique et en particulier à celle

---

[284] BERTHOU (R.), « Le droit au gré d'Internet : à propos d'une réseautisation fort peu anodine de l'univers juridique », *Lex electronica*, printemps 2006, vol. 11, n° 1, p. 10.

[285] CHEVALLIER (J.), « Vers un droit postmoderne ? », in CLAM (J.) et MARTIN (G.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. « Droit et Société », Paris, 1998, p. 32. Cité par BERTHOU (R.), « Le droit au gré d'Internet : à propos d'une réseautisation fort peu anodine de l'univers juridique », *op. cit*., p. 10.

[286] BELL (T. W.), « *Polycentric law* », Humane Studies Rewiew, vol. 7, n° 1, hiver 1991/92. Cité par BERTHOU (R.), « Le droit au gré d'Internet : à propos d'une réseautisation fort peu anodine de l'univers juridique », *op. cit*., p. 10.

[287] « Le principe de relevance traduit 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 permet ainsi que certains ordres juridiques en renient d'autres ou les placent en situation d'infériorité ». ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, 2e éd., trad. Lucien François et Pierre Gothot, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », Paris, 1975, p. 106. Cité par BERTHOU (R.), « Le droit au gré d'Internet : à propos d'une réseautisation fort peu anodine de l'univers juridique », *op. cit*., p. 11.

Renaud Berthou ajoute à cette définition que, « sur Internet, le principe de relevance ne peut […] exister. La construction technique du réseau n'autorise pas l'existence d'ordre juridique dominateur ».

[288] BERTHOU (R.), « Le droit au gré d'Internet… », *op. cit*., p. 11.

[289] V. BERTHOU (R.), *L'évolution de la création du droit engendré par Internet*, *op. cit*., p. 316.

Selon l'auteur, cette situation correspond paradoxalement à un contexte primaire. Pour lui, c'est lorsque les sociétés se complexifient et que des pouvoirs institutionnalisés émergent que les sources du droit évoluent, éventuellement vers un contexte dans lequel les aspects hiérarchiques prennent de l'importance. Il affirme qu' « il en va ainsi en période de grands troubles politiques comme lors des révolutions où le réseau permettra de trouver rapidement un ordre nouveau ».

du pluralisme*[290] qui oblige à considérer pleinement le droit spontané issu de la cyberculture et qui traduit le fait qu'un tel droit n'a de sens qu'à condition que les différents ordres juridiques en cause œuvrent de concert. Il coïncide, en outre, avec l'entrée dans une ère « hypercomplexe » marquée par « la récursivité et l'enchevêtrement des niveaux institutionnels »[(291)] ; le terme « complexe » possède ainsi une complète légitimité afin de qualifier l'Internet et plus particulièrement son droit, « multiple et apparemment inextricable »[(292)]. Or ces divers éléments s'expriment préférablement en évoluant aux côtés de l'image du réseau, « structure d'interconnexion instable, composée d'entités en interaction, […] qui s'entrecroisent, s'opposent, s'entraident tout en restant chacune elle-même »[(293)].

83. Une dernière mise au point apparaît nécessaire. Il est possible de lire ici ou là – mais davantage sous des plumes peu aguerries – que l'Internet constitue une « zone de non droit* » ou encore qu'il est « ingouvernable »[294]. Ces expressions, de la part d'un juriste, ne sauraient – quel que soit le sujet traité – en aucun cas être retenues. En effet, une décision quelconque se trouve toujours prise conformément à un contexte de droit[295] ; et la liberté, c'est déjà du droit. Plus pragmatiquement, l'espace juridique dispose de suffisamment de principes généraux et abstraits pour embrasser les situations ou technologies nouvelles ; que l'application de ces règles se fasse dans la douleur correspond à une toute autre problématique. Peut d'ailleurs être citée avec ironie cette pensée de l'avisé Professeur Michel Vivant : « c'est plutôt

---

[290] V. *supra*, sur la notion de pluralisme juridique.

[291] ARNAUD (A.-J.) et FARINAS DULCE (M. J.), *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 233.

[292] *Ibid*., p. 208.

[293] BERTHOU (R.), « Le droit au gré d'Internet : à propos d'une réseautisation peu anodine de l'univers juridique », *op. cit*., p. 16.

[294] Cette seconde expression est le fait du conseiller d'Etat Isabelle Falque-Pierrotin, laquelle n'a pas à être comptabilisée parmi lesdites plumes peu aguerries. Néanmoins, elle évoque également un Internet qui « échappe à tout contrôle, […] forme de désenchantement face à un monde internationalisé et menaçant ». Il s'agit d'une opinion étonnante de la part de la directrice du Forum des Droits sur l'Internet* et à laquelle il est délicat d'adhérer. FALQUE-PIERROTIN (I.), « Internet et le droit », *op. cit*.

[295] Pour ne citer qu'un exemple, le 20 mai 2010, le Conseil des Prud'hommes de Boulogne Billancourt a validé le licenciement de deux salariés pour « dénigrement de l'entreprise » et « incitation à la rébellion » par l'intermédiaire du réseau social Facebook ; ainsi, ce dernier ne saurait en aucun cas incarner une « zone de non droit ». Quant aux manifestations organisées *via* ces réseaux – telles que les « apéros géants » ou plus banalement des défilés politiques –, elles sont soumises sans l'ombre d'un doute aux dispositions légales prévoyant que le fait de ne pas les déclarer aux autorités de police administrative – tout à fait légitimes à les interdire – constitue un délit. V. DUPUY-BUSSON (S.), « La liberté d'expression sur Internet : les réseaux sociaux (Facebook Twitter…) ne sont pas des zones de non-droit », *Les Petites affiches*, 15 juillet 2010, n° 140, pp. 10 s.

l'excès de droit qui guette Internet et internautes »[296] ; et l'éminent spécialiste, aux antipodes du vide juridique, de qualifier le droit de l'Internet tour à tour d' « entrelacs de normes* » puis de « labyrinthe juridique* »[297].

Du « Far West *juridique » à l'ultracomplexité désarticulée*

84. L'Histoire du droit internetique peut être décortiquée en deux phases distinctes[298]. Tout d'abord, devant l'inconnu et la modernité proposés par les années 1990, alors que le réseau constituait pour beaucoup un « *Far West* juridique »[299], la société civile mit en œuvre une régulation normative spontanée dont le contenu côtoyait de près celui de la cyberculture*[300]. Elle conclut ainsi une sorte de « contrat social* »[301] et un véritable ordre juridique – indépendant, cohérent et organisé – vit le jour, traduisant son « éthique du réseau » par des codes de conduites* et autres chartes d'utilisation[302]. Le plus marquant au sein de cet « ordre spontané* de

---

[296] VIVANT (M.), « Préface », in WERY (E.) et VERBIEST (Th.), *Le droit de l'internet et de la société de l'information***,** *droits européen, belge et français*, Larcier, coll. Création information communication, Bruxelles, 2001, p. 9.

[297] *Ibid*., p. 10.

[298] V. BERTHOU (R.), *L'évolution de la création du droit engendré par Internet*, *op. cit*., pp. 217-218.

[299] FAUCHOUX (V.) et DEPREZ (P.), *Le droit de l'Internet : lois, contrats et usages*, Litec, Paris, 2008, p. 1.

[300] Pour Renaud Berthou, les principes juridiques issus de la société civile correspondent à la cyberculture puisque « les racines du droit s'amalgament dans le cadre d'une culture ». Sans doute est-il vrai qu'une culture indique une idée particulière du droit. BERTHOU (R.), *L'évolution de la création du droit engendré par Internet*, *op. cit*., p. 282.

[301] Howard Rheingold, s'appuyant sur le « well » – l'une des premières cybercommunautés* –, démontre que l'Internet est le fruit d'un « contrat social », de la rencontre d'une contre-culture hippie et de l'informatique. En conséquent, les idées de liberté d'expression totale et d'autorégulation devaient idéalement primer, ce qui éloigne radicalement des idées de Rousseau. L'expression « contrat social » traduit surtout l'idée que les internautes, à partir d'une position d'égalité, ont su construire leur monde normatif. RHEINGOLD (H.), *Les communautés virtuelles, autoroutes de l'information : pour le meilleur ou pour le pire ?* trad. Lionel Lumbroso, Addison-Wesley, coll. Mutations Technologiques, 1995.

Il n'est pas inutile de rappeler que, pour Jean-Jacques Rousseau, « ce que l'homme perd par le contrat social, c'est sa liberté naturelle et un droit illimité à tout ce qui le tente et qu'il peut atteindre. Et, ce qu'il gagne, c'est la liberté civile et la propriété de tout ce qu'il possède ». ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Nathan, coll. Les intégrales de philo, Paris, 1991, p. 37.

[302] Un exemple topique de cette édiction totalement privée du droit réside en la Netiquette*, « règle d'or » de la « Déclaration d'indépendance du cybermonde* ». V. *infra*, sur la Netiquette*.

révolte »[303] résidait sans doute dans le rejet de tout droit étatique[304] ; sans prétendre à l'état d'anarchie[305], les pionniers de l'Internet – faisant fi des utopies – souhaitaient un espace au sein duquel les frères ennemis que sont l'égalité et la liberté cohabiteraient pacifiquement.

85. Par la suite, cet ordre se vit agressé par des concurrents extérieurs revendiquant la charge de l'encadrement juridique du réseau et diluant la morale sociale sécrétée. Dès lors que les activités en ligne devenaient à la fois un enjeu de société et un enjeu commercial, les ordres économique[306], étatique, européen et international[307] vinrent imposer leurs règles du jeu aux acteurs de l'Internet dont l'ordre spécifique se disloqua irrémédiablement[308]. Aujourd'hui, l'architecture du droit de l'Internet se présente en conséquence comme un agrégat de différents ordres distincts, un « *melting pot* juridique* », un réseau de sources de droit, ce qui ne saurait demeurer sans incidence sur l'ordonnancement théorique des normes enfantées.

86. Enfin, relativement aux ordres publics, la conjoncture juridique demeura longtemps celle de l'absence de législation spécifique appréhendant l'Internet. Pourtant, il faut le répéter, l'heure n'était certainement pas au désert normatif et nombre de textes trouvaient à s'appliquer à défaut. Seulement, les incompréhensions et maladresses se révélaient inéluctablement nombreuses[309] ; sans doute est-ce un propre de la nouveauté

---

[303] BERTHOU (R.), *L'évolution de la création du droit engendré par Internet*, *op. cit*., p. 220.

[304] Dans la « Déclaration d'indépendance du cybermonde », la Nétiquette est « la seule loi que toutes les cultures qui nous constituent s'accordent à reconnaître de façon générale ». BARLOW (J.-P.), « Déclaration d'Indépendance du Cybermonde », *op. cit*.

[305] Selon Renaud Berthou, le principe était alors le « rejet du droit étatique, sans pour autant sombrer dans un refus des normes juridiques ». BERTHOU (R.), *L'évolution de la création du droit engendré par Internet*, *op. cit*., p. 217.

[306] Le choc fut évidemment rude lorsque l'idée d'utiliser l'Internet en tant qu'instrument de commerce émergeât. Le principe de gratuité, notamment, pâtit terriblement de cette ouverture. Néanmoins, Pierre Lévy présente cette rencontre entre société civile et ordre économique comme un « mariage heureux » dès lors qu'ils ont, selon lui, su coexister pacifiquement. LEVY (P.), *Cyberculture, Rapport au Conseil de l'Europe dans le cadre du projet « Nouvelles technologies : coopération culturelle et communication* », Odile Jacob, Paris, 1997, pp. 276 s. Cité par BERTHOU (R.), *L'évolution de la création du droit engendré par Internet*, *op. cit*., p. 222.

[307] Sans doute est-ce l'entrée en jeu des ordres juridiques publics qui a le plus porté atteinte à l'ordre spontané*.

[308] Il semble que l'ordre spontané ne possédait pas les moyens de pérenniser sa régulation. Ainsi Howard Rheingold se plaignait-il de ne disposer sur le réseau que « d'un folklore, comme cette netiquette que les anciens essayent d'inculquer aux hordes de nouveaux ». RHEINGOLD (H.), *Les communautés virtuelles, autoroutes de l'information : pour le meilleur ou pour le pire ?*, *op. cit*., p. 67.

[309] V. sur ce point ONNO (J.), « Internet et le droit », *Petites affiches*, 6 mars 2000, n° 46, pp. 13 s.

contre lequel il s'avère difficile de lutter. Les illustrations de la profondeur des problématiques soulevées par le réseau, dans ce cadre d' « hypercomplexité désarticulée », abondaient ; c'est ici tout l'intérêt de l'étude du droit de l'Internet. En premier lieu, la liberté d'expression – principe fondamental et emblématique de toute société démocratique[310] – se transporta si bien dans le monde numérique, notamment sous l'influence de l'approche américaine[311], qu'il fallut transposer le régime de la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 aux sites de communication au public en ligne*[312]. En matière de propriété intellectuelle, de nombreux conflits concernèrent les noms de domaine relatifs à des personnalités célèbres ou à des marques déposées et donc protégées[313]. Quant au droit d'auteur[314], aux droits voisins ou au droit au respect de la vie privée[(315)], s'ils avaient en théorie vocation à s'appliquer sans discussion dans l'espace de l'Internet autant que dans l'espace physique, la pratique montra que les infractions étaient nombreuses et rarement réprimées. Plus récent, le « droit à l'oubli

---

[310] V. l'art. 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclamant la liberté de communication.

[311] Ainsi, dans une décision du 26 juin 1997, la Cour suprême des États-Unis préféra la libre circulation des idées sur l'Internet aux prétentions fédérales de réglementer les propos ou images pornographiques au nom de la protection des mineurs. V. *Reno vs ACLU* : 521 U.S. 844, 1997. Plus tard, dans une décision du 16 avril 2002, il fut admis que les dispositions d'une loi adoptée afin de lutter contre l'exploitation sexuelle des enfants à travers l'Internet violaient le premier amendement. V. *Ashcroft vs Free Speech Coalition*, n° 00-795, 2002. L'influence de ces décidions américaines se ressent en Europe dans la « Déclaration sur la liberté de la communication sur l'Internet » de 2003 (Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 840e réunion des Délégués, Strasbourg, 28 mai 2003). Cette dernière met en exergue l'importance de la liberté d'expression et de la libre circulation de l'information sur l'Internet, ainsi que la nécessité d'assurer que le contrôle *a priori* des communications demeure l'exception. V. PECH (L.), « Approches européenne et américaine de la liberté d'expression dans la société de l'information », *CCE*, juillet 2004, n° 7, étude 20.

[312] Ce que fit la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. V. DUPUY-BUSSON (S.), « La liberté d'expression sur Internet : les réseaux sociaux (Facebook Twitter…) ne sont pas des zones de non-droit », *op. cit.*, pp. 10 s.

[313] La coopération entre les différents acteurs permit d'aboutir à une solution équitable à travers la mise en place d'organismes de nommage. En France, par exemple, l'AFNIC (Association Française pour le Nommage Internet en Coopération), créée en 1997, est une association chargée de gérer les adresses en « .fr ». V. sur cette question l'art. 45 du CPCE ; la loi n° 2004-669 du 09 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle ; le décret n° 2007-162 du 6 février 2007, relatif à l'attribution et à la gestion des noms de domaine de l'Internet ; l'arrêté du 19 février 2010.

[314] Une œuvre est protégée durant la vie de son auteur et les soixante-dix années suivant son décès ; en conséquent, toute utilisation nécessite l'obtention d'une autorisation d'exploitation. Toutefois, sur l'Internet, les infractions se comptent en dizaines de milliers.

[315] V. sur ce point FRAYSSINET (J.), n. sous TGI Privat, 3 septembre 1997, *Petites Affiches*, 11 novembre 1998, p. 19.

numérique »[316] pourrait également être cité ; et ce ne sont là que quelques vagues d'un océan d'interrogations[317].

L'Internet et le droit aujourd'hui

87. Un rapport déposé en juillet 1998 au Conseil d'État[318] affirmait que l'ensemble des lois en vigueur avait assurément vocation à régir les activités des acteurs de l'Internet. Toutefois, procède de la « toile » bien davantage qu'une « duplication du monde réel »[(319)] – si les individus intervenant dans les deux sphères s'avèrent identiques, leurs agissements et tempéraments divergent souvent totalement de l'une à l'autre – ; il s'agit d'un « espace nouveau de sociabilité humaine »[(320)], la fameuse cyberculture proposant des défis inédits et aux arrières goûts prononcés d'apories au « cyberdroit »[(321)]. Malgré leurs mutations, le droit d'auteur, le droit des marques, le droit commercial, le droit du travail ou le droit pénal – du haut de leurs siècles d'ancienneté, du haut de leurs pyramides – peinent et peineront immanquablement toujours à se montrer effectifs au sein de cet espace qui n'est pas le leur.

---

[316] V. DUPUY-BUSSON (S.), « Les réseaux sociaux (Facebook Twitter…) ne sont pas des zones de non-droit », *op. cit.*, pp. 10 s.

Selon Séverine Dupuy-Busson, le droit à l'oubli numérique est loin d'être garanti aujourd'hui en droit français.

[317] En matière de droit commercial, s'est longtemps posée la question de savoir si la réglementation française sur la protection des consommateurs dans la vente à distance devait s'appliquer sur l'Internet. Là encore, pouvaient être distingués principe et pratique. En droit pénal, la conciliation entre liberté d'expression et protection de la jeunesse est un débat qui reprend une vigueur forte avec le réseau. Comment poursuivre et punir les auteurs de sites pédophiles ou xénophobes est une question ne voyant poindre que peu de réponses satisfaisantes. Quant à la responsabilité des hébergeurs, elle a été souvent appréhendée par les tribunaux, sans toutefois qu'une ligne jurisprudentielle ne puisse se dégager. La convergence* entre droits de l'Internet et de l'audiovisuel ou la possibilité incertaine de taxer les activités en ligne sont d'autres problématiques ; et la liste est ici loin de l'exhaustivité. V. sur ces différents questionnements ONNO (J.), « Internet et le droit », *op. cit.*, pp. 13 s. ; v. également « Le statut juridique des sites de vidéos en ligne », art. disponible sur http://fr.jurispedia.org/index.php/Statut_juridique_des_sites_de_vid%C3%A9o_en_ligne_%28fr%29.

[318] V. THERY (J.-F.) et FALQUE-PIERROTIN (I.), « Internet et les réseaux numériques », étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 2 juillet 1998, disponible à http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/984001519/index.shtml.

[319] FALQUE-PIERROTIN (I.), « Internet et le droit », *op. cit*.

[320] *Ibid*.

[321] V. FERAL-SCHUHL (Ch.), *Cyberdroit 2011 / 2012*, Dalloz, 5e éd., Paris, 2010.

88. Après que les législateurs européen puis nationaux se soient convaincus de prendre en main le réseau – ce qui aboutit en France aux lois du 1er août 2000[322] et du 21 juin 2004[323] –, certains osent néanmoins avancer que le droit de l'Internet – après une enfance et une adolescence quelque peu perturbées – aurait désormais atteint l'âge de la maturité[(324)]. Sont en effet posés des définitions et des régimes *a priori* précis et aptes à circonscrire les diverses et multiples activités en ligne[325].

89. Nonobstant cette floraison de textes, il demeure préférable de se garder, à l'instar du Professeur Emmanuel Derieux, de l'affirmation selon laquelle le droit de l'Internet serait aujourd'hui adulte. Sa fragilité et ses tergiversations subsistent de manière trop conséquente pour permettre une telle analyse, ainsi qu'en témoigne l'intitulé d'un article consacré par l'auteur à la loi LCEN : « Instabilité et incertitudes législatives dans le

---

[322] Loi n° 2000-719 du 1er août 2000, modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

Ce texte inséra un régime de responsabilité spécifique à certains acteurs de l'Internet dans le *corpus* juridique français.

[323] Loi n°2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004, transposant la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, et la directive 2000/58/CE du 12 juillet 2002 sur la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

[324] V. FROCHOT (D.) et MOLINARO (F.), « Dossier spécial : droit de l'Internet, un droit presque adulte », art. disponible sur http://www.les-infostrateges.com/article/0512228/droit-de-l-internet-1-un-droit-presque-adulte, site consulté le 12/01/2011.

[325] Ainsi, l'art. 1er de la loi du 21 juin 2004 dispose : « on entend par communication au public par voie électronique toute mise à disposition du public […], par un procédé de communication électronique, […] d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée ». La « communication au public en ligne* » est ensuite décrite comme « toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur ». Le caractère public de l'offre de contenus, élément constitutif essentiel de l'objet du droit de la communication ou des médias, conduit à distinguer cette « communication au public en ligne » du « courrier électronique » que le même texte envisage en tant que « tout message […] envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau […], jusqu'à ce que [le destinataire] le récupère ». En outre, la spécificité du support Internet a obligé à une refonte du système de « responsabilité en cascade » de la loi sur la liberté de la presse de 1881 et la LCEN définit les acteurs que sont le « fournisseur d'accès à Internet », le « fournisseur d'hébergement » et l' « éditeur de services », permettant ainsi de répondre – au moins en partie – à la question des responsabilités sur le réseau et d'identifier les personnes en cause lorsque des contenus illicites sont mis à disposition du public.

domaine des communications au public par voie électronique »[(326)]. Partant, l'expression « droit adolescent » doit être privilégiée. Les nouvelles technologies ne bouleversent pas les conditions d'application du droit, elles mènent à des situations inédites que les normes existantes ne savent maîtriser. L'heure du *sui generis* a sonné.

Le droit de l'Internet, un droit « spécial »

90. Quand l'idée d'un droit adulte mérite *a minima* d'être débattue, celle d'un « droit spécial »[327] établit en revanche une unanimité inviolable. Cette qualification, volontairement large, fait preuve de pertinence – si ce n'est d'élégance – justement parce que susceptible de décrire des règles provenant de sources multiples, indépendantes et constituant globalement – et pour un œil extérieur – « quelque chose de spécial ». Par exemple, en matière de commerce électronique, nombreuses sont les normes à s'appliquer spécifiquement aux cybervendeurs, en faisant une activité totalement autonome juridiquement[328]. Et d'autres régimes particuliers concernent les sites de vente aux enchères ou de jeux d'argent et de paris sportifs[329] ; tandis qu'en droit pénal, des infractions propres au réseau ont été édictées, notamment quant à la pédophilie ou la corruption de mineurs[330]. Si, « par nature », un droit est inexorablement « spécial » – c'est-à-dire qu'il déroge

---

[326] DERIEUX (E.) : « Instabilité et incertitudes législatives dans le domaine des communications au public par voie électronique », *Les Petites Affiches*, 17 novembre 2004, n° 230, pp. 37-39.

[327] Selon Éric Barbry, « le droit de l'internet est devenu, au fil des années, un « droit spécial », dérogeant aux règles et principes classiques du droit de la responsabilité, de la propriété, […] du droit pénal ou encore de la procédure elle-même ». BARBRY (E.), « Le droit de l'Internet est devenu au fil des années un droit spécial », *La Gazette du Palais*, 23 octobre 2010, n° 296, p. 14.

[328] Le contrat sous forme électronique doit, sous peine de nullité, comporter des clauses particulières et la loi encadre strictement la manière par laquelle l'acheteur accepte les conditions générales de vente. En matière d'information et de responsabilité, le commerçant en ligne se voit imposé le régime juridique le plus sévère. V. art. L 121-20-3 du Code de la consommation, modifié par la LCEN.

[329] La légalité de ce type de service en ligne dépend de l'obtention d'un agrément préalable délivré par l'ARJEL.

[330] V. l'art. 227-22 et l'art. 227-23 du CP.

Par ailleurs, existent des procédures *ad hoc* au monde de l'Internet, notamment pour les contentieux relatifs aux noms de domaine (mises en œuvre par l'AFNIC ou l'OMPI). Se trouvent également le « référé contrefaçon » décrit par l'art. L 716-6 du CPI ou la requête à fin de suppression ou d'identification, prévoyant une procédure de notification – n'étant pas à proprement parler judiciaire – afin d'avertir un hébergeur de l'existence d'un « contenu manifestement illicite » (art. 6 de la LCEN).

nécessairement aux régimes communs –, cela s'avère particulièrement patent quant au cadre normatif applicable à l'insaisissable Internet[331]. Il ne saurait en être autrement eu égard aux vitesses méphistophéliques et aux parades machiavéliques qu'offre aux internautes mal attentionnés le réseau. Aussi l'étiquette « spécial » convient-elle à ce droit en premier lieu du fait de son impuissance et de ses insuffisances ; l'impact de la technologie du pair à pair[332] sur les prérogatives des auteurs d'œuvres protégées en étant la première « jurisprudence ». C'est, aujourd'hui, la légitimité même de la propriété intellectuelle qui se trouve mise en ballottage en raison d'une inefficacité chaque jour plus manifeste ; et certaines voix de proposer une « utilisation du droit d'auteur contre le droit d'auteur »[(333)] afin de parvenir à un système davantage équilibré et donc efficace, notamment en suivant la voie des logiciels libres[334]. Attendu que l'Internet se joue de toute contrainte,

---

[331] Cette spécificité peut encore se percevoir dans le fait que les articles 1382 et 1383 du Code civil, établissant le régime de la responsabilité délictuelle, n'ont plus vocation à s'appliquer puisque la LCEN prévoit un régime propre aux acteurs de la communication en ligne. Puis, en matière de propriété intellectuelle, les particularismes propres au droit de l'Internet sont légion, comme en témoigne le régime applicable aux noms de domaine et surtout les lois visant la lutte contre le téléchargement illégal.

V. la loi n° 2006-961 du 1er août 2006, relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009, favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet et la loi n° 2009-1311 du 28 oct. 2009, relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet. Ces textes, ayant entraîné des débats mémorables car agités et parfois houleux, ont d'abord introduit la généralisation des mesures techniques de protection – lesquelles ont été abandonnées car trop mal perçues par les consommateurs –, puis ont établi un régime de « riposte graduée » afin de responsabiliser et, le cas échéant, sanctionner les internautes contrefacteurs. Mais les obstacles techniques sont importants. V. *infra*.

[332] Le pair à pair est plus souvent évoqué sous son appellation anglophone : *peer to peer* ou P2P.

[333] LAURENT (Ph.), *Logiciel libre : le droit d'auteur contre le droit d'auteur*, mémoire Master en droits intellectuels, Facultés universitaires de Bruxelles, 2003.

[334] Ici, les idées sont rougeâtres et l'égalitarisme maître mot. La propriété disparaît et laisse place à « la recherche du développement collectif, de l'efficacité par le nombre et la diversité, […] l'abandon de l'appropriation personnelle au bénéfice d'une société » (1). Puisque « la culture doit être accessible à tous et gratuite et [que] le marché est un facteur d'appauvrissement de la diversité culturelle » (2), peut-être le P2P porte-t-il l'espoir d'un avenir brillant pour les auteurs, départis du joug d'une industrie culturelle souvent oppressante. Il n'en est rien et, si le disque a disparu, c'est évidemment toute une partie de la musique qui s'est évanouie avec lui. Face à ces thèses que Proudhon ou Marx n'auraient eu aucune peine à soutenir, d'aucuns avancent que « la gratuité, c'est le vol » (3). Un monde au sein duquel seuls les plus fortunés seraient en mesure de créer – à titre de loisir – ne s'avèrerait guère diversifié.

(1) LAURENT (Ph.), *Logiciel libre : le droit d'auteur contre le droit d'auteur*, *op. cit.* (2) FALQUE-PIERROTIN (I.), « Internet et le droit », *op. cit.* Le Conseiller d'État ajoute que, « dans ce discours idéologique, l'information est identifiée à l'œuvre, ce qui conduit à considérer que l'information étant libre, l'œuvre doit l'être aussi. La propriété

l'issue se situe forcément moins dans la loi et la répression que dans la discussion et le consensus*.

91. En dernier lieu, la spécificité du droit de l'Internet se décèle dans le fait que les normes d'origine étatique n'en constituent qu'une part minime et basse. Le régime législatif des activités en ligne s'insère au cœur d'un contexte qui le pousse constamment vers l'ineffectivité* et les pouvoirs publics réagissent – avec autant de bonne volonté que de maladresse – au moyen de textes spéciaux dont la normativité se montre, de façon récurrente, incertaine. Le réseau et ses communautés transnationales gomment les frontières, se jouent des systèmes nationaux, si bien que leur appliquer la loi ressemble à un terrible casse-tête pour les gouvernants. En réalité, « dans le domaine très technique et particulièrement évolutif d'Internet, la norme ne peut se réaliser que par son acceptation sociale* »[(335)] ; sa validité, du point de vue des utilisateurs, se fonde donc davantage dans son contenu que dans son mode d'édiction, nonobstant les pensées de Hans Kelsen dont ils se désintéressent totalement ou qu'ils ignorent tout bonnement. En conséquent, de nouveaux modes de production du droit se font jour, édifiant un complexe juridique relativement opaque, difficilement descriptible, composé tout à la fois des législations – qui préservent un mérite certain : persévérer malgré la nausée –, des nombreuses décisions de justice venues compenser les manques de ces premières et « de générations spontanées d'usages forgés par les utilisateurs eux-mêmes »[(336)]. C'est ici que le bât blesse pour la théorie positiviste, peu accoutumée à appréhender des règles d'essence privée et paraétatique. « Dans le monde réel, la situation était relativement simple : l'État était maître du droit et la règlementation étatique nationale […] s'imposait largement »[337]. Dans le monde immatériel, la donne est différente ; reste à la comprendre.

---

intellectuelle doit donc être rejetée comme étant une spoliation de la collectivité ». (3) OLIVENNES (D.), *La gratuité, c'est le vol*, Grasset, Paris, 2007.

[335] DUONG (L.-M.) « Les sources du droit d'Internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *op. cit*., p. 783.

[336] FAUCHOUX (V.) et DEPREZ (P.), *Le droit de l'Internet : lois, contrats et usages*, *op. cit*., p. 6.

[337] FALQUE-PIERROTIN (I.), « Internet et le droit », *op. cit*.

Le conseiller d'État prend soin de préciser : « Il y avait bien les entreprises qui brisaient un peu ce schéma en établissant […] des règles communes dans des domaines très spécialisés [la *Lex mercatoria*] et des enjeux de coopération internationale* entre États (justice, terrorisme, finances). Mais, de façon générale, le monde réel était normé par un droit d'origine étatique et nationale ».

VI / LA PROBLEMATIQUE DU DROIT DE L'INTERNET ET DE LA HIERARCHIE DES NORMES, L'ETUDE EMPIRIQUE D'UN MARIAGE IMPOSSIBLE

92. La fréquentation de l'espace juridique internetique – quel apport formidable – amène le visiteur à repenser le droit et ses modalités de genèse. Une vision postmoderne de la norme s'insinue : privée, non politique, transnationale et éminemment réseautique ; aussi ne parait-il plus suffisant de se cantonner à une étude des processus étatiques de création du droit. Par suite, il s'agirait de déterminer si ces évolutions seront ou non transportées dans l'espace réel, si l'Internet saura influencer des matières juridiques « classiques » afin de les rendre plus souples, ouvertes et pragmatiques. L'avenir pourrait ressembler à ce sommaire dessin tant, avec le réseau, se produit une refonte des modes de fabrique de la règle de droit si profonde que les détenteurs du pouvoir doivent muer en véritables caméléons politiques*. Avant que ne prenne forme la Révolution française, peu imaginaient qu'il soit possible de voter différemment que par ordres. Puis, soudain, les privilèges furent abolis et l'ordre juridique connut une mutation formidable[338].

93. Ces prolégomènes[339] ont tout d'abord permis la mise en lumière de la théorie qui, durant plusieurs décennies, domina amplement la réflexion des juristes. Ensuite, ils ont éclairé les difficultés par elle rencontrées et le paradigme qui se propose de la subroger. Enfin, ils ont focalisé les projecteurs de l'attention sur l'Internet et son droit, laboratoire de la postmodernité juridique. Il s'agit à présent de mélanger ces différents ingrédients afin de juger de la pertinence respective des modèles de la « pyramide », dans lequel la loi est « le centre de gravité »[(340)] et où des

---

[338] Si les créateurs des normes applicables à l'Internet se remarquent par l'absence de volonté politique sous-entendue, ces mutations ne sont pas sans conséquences d'un point de vue politique et Renaud Berthou remarque que le droit de l'Internet « introduit des changements que les détenteurs du pouvoir politique n'étaient pas prêts à accepter et qu'ils devront officialiser à terme. […] Ils ne peuvent 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 ». L'ordre normal des choses voudrait que ce soit les réformes politiques qui impactent les réformes juridiques et non le contraire. BERTHOU (R.), *L'évolution de la création du droit engendré par Internet*, *op. cit*., p. 347.

[339] Il semblait primordial de détailler les thèses en présence avec grande minutie, sans quoi la lecture des développements subséquents se trouverait sans doute délicate. Cela explique la longueur de ces propos introductifs et la qualification de « prolégomènes ».

[340] DUONG (L.-M.) « Les sources du droit d'Internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *op. cit*., p. 783.

normes parfaitement hiérarchisées s'enchaînent de manière linéaire et fluide, et du « réseau », curieux conglomérat de règles désorganisées. Cependant, avant de plonger en ce chaud bouillonnement, il convient d'opérer certaines mises en garde et de préciser quelques éléments d'ordre méthodologique.

Une épreuve de l'actualité de la hiérarchie des normes à travers l'exemple de l'Internet

94. Sans doute le droit de l'Internet d'aujourd'hui constitue-t-il un patron du droit, dans son sens généraliste, de demain. C'est là tout l'intérêt d'adopter l'exemple du réseau afin d'illustrer le déploiement du « réseau » – l'antanaclase n'étant évidemment pas anodine – et le chercheur se trouve naturellement tenté de s'abandonner à l'étonnante étude de la structure de ces édifices lointains et dont seulement les premières briques ont été posées. Si leurs architectes se montrent fort hésitants et malhabiles, le terrain se révèle terriblement glissant et délicat à maîtriser, obligeant à inventer de nouvelles techniques de construction faisant fi des méthodes traditionnellement employées. Ainsi, les compromis entre juridicité et réalités pratiques ne sauraient transcender le stade inquiétant de la précarité. Or, jusqu'à présent, nul endroit de la planète n'était parvenu à récuser le droit ; les espaces terrestre, aérien ou maritime – nonobstant leurs particularismes – ont été accaparés sans coup férir par les normes. Mais l'espace numérique – qui pourtant, à l'inverse des précités, est le fait de l'homme et non de la nature – semble emprunter une autre voie, ou plutôt un flot d'autres voies[341]. Bâtir un cadre doué de suffisamment de caractère pour permettre à l'Internet de ne pas devenir celui qui aura échappé à la règle – au sens propre du terme – consiste en une expérience des plus stimulantes pour le juriste. L'ouvrage est titanesque ; il est surtout passionnant.

95. En raison de l'influence du positivisme juridique et de la place prépondérante confiée indéfectiblement à la logique étatique[342],

---

[341] Est fréquemment opérée l'analogie entre l'Internet et l'océan : l'on « navigue » ou « surf » sur la « toile » et les « pirates » écumant ces eaux sont nombreux. Il ne s'agit évidemment que d'analogies juridiquement fort maladroites tant l'immatérialité et l'artificialité du réseau en font un objet totalement à part. Certainement est-ce un réflexe relevant de l'irrationnel ; l'Internet s'avère certes visible par le biais de cartes représentant le parcours des communications (V. www.cybergeography.org), mais il n'est pas représentable pour autant. V. BOUVERESSE (J.), *Prodiges et vertiges de l'analogie*, Raisons d'agir, Paris, 1999.

[342] L'approche positiviste du phénomène de création du droit mène à envisager une œuvre institutionnelle « simple ». Il s'agit alors de décrire les autorités habilitées à créer du droit et les procédures, ou à analyser de façon exégétique les textes créés. L'expansion d'une vision légaliste* du droit a ainsi conduit les juristes à limiter le phénomène juridique au seul cadre

le phénomène de l'élaboration du droit[343] n'est classiquement pas abordé avec un œil objectif. Néanmoins, chaque organisation para-étatique* qui prospère et se propose des règles propres et indépendantes est une démonstration supplémentaire de l'impéritie des lignes droites kelseniennes, incapables de rendre compte d'éléments qui requièrent, afin d'aborder la vérité, une approche sociologique et même historique[344]. Aussi – il faut le répéter – l'appréhension des théories relatives à l'organisation des normes requiert-elle une attention renforcée quant aux sources du droit ; l'agencement des textes correspond nécessairement à celui de leurs rédacteurs. La notion d'ordre juridique doit donc constituer un cadre privilégié des dissertations à venir[345]. De plus, les espaces juridiques[346] au sein desquels lesdits ordres évoluent – terrestre et virtuel[347] – n'ont pas à se trouver ignorés ; certainement les difficultés à juridiciser le second et son particularisme ambiant résultent-ils déjà de ses caractéristiques totalement divergentes de celles du premier et du fait que seuls des esprits fréquentent ses contrées immatérielles.

étatique et même parfois à l'aspect perceptible du circuit légal. V. BERTHOU (R.), *L'évolution de la création du droit engendré par Internet*, *op. cit*., pp. 94 s.

[343] Suivant la thèse du Professeur Norbert Rouland, la création du droit renvoie aux processus par lesquels des groupes d'hommes s'équipent progressivement d'un ensemble de règles qui leur apparaît essentiel à un bon fonctionnement de leur collectivité. Le droit, selon l'auteur, est, « à travers la diversité des expériences, ce que chaque société considère comme indispensable à sa cohérence et à sa reproduction ». ROULAND (N.), *Aux confins du droit, anthropologie juridique de la modernité*, Odile Jacob, Paris, 1991, p. 138.

[344] Selon Jean Gaudemet, « 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 ». Il pointe notamment le besoin de nouveaux outils et propose l'emploi de la notion de groupe social en lieu et place de celle d'ordre juridique. GAUDEMET (J.), *Sociologie historique du droit*, PUF, coll. doctrine juridique, Paris, 2000, p. 87. Cité par BERTHOU (R.), « Le droit au gré d'Internet : à propos d'une réseautisation fort peu anodine de l'univers juridique », *op. cit*., p. 5.

[345] De son côté, Renaud Berthou, propose de l'ordre juridique la définition suivante : « un groupe social produisant du droit, abritant le phénomène politique et disposant d'une structure organisationnelle composée de diverses strates entrelacées ». L'auteur prend également soin de préciser l'état de sa pensée à l'égard de la théorie de la pyramide des normes : « Si les ordres juridiques se présentent comme des ensembles ordonnés en couches structurelles, cet ordonnancement n'en fait pas des pyramides kelseniennes […]. Ils ressemblent bien plus à des ensembles complexes animés par un lien structurel à tout le moins réversible ». BERTHOU (R.), « Le droit au gré d'Internet… », *op. cit*., p. 6.

[346] L' « espace juridique » peut se décrire comme un ensemble homogène de caractéristiques – notamment physiques – qui influent directement sur les acteurs de la création du droit.

[347] L'espace maritime ou l'espace *extra* atmosphérique constituent sans doute également des espaces juridiques particuliers.

V. BERTHOU (R.), *L'évolution de la création du droit engendré par Internet*, *op. cit*., pp. 122 s. L'auteur imagine que bientôt les trous noirs, la croûte terrestre, les atomes, la robotique ou le corps humain constitueront des espaces juridiques nouveaux.

Pour une conception pragmatique du droit et de la norme

96. « Puisque les règles de droit semblent surgir de partout, à tout moment et en tous sens, l'Internet mène à un changement de modèle en suppléant celui de la hiérarchie et du monisme* par celui du réseau et du pluriel » ; tel pourrait être la thèse que ces lignes s'apprêtent à défendre. Toutefois, il n'est pas lieu de revêtir la robe d'avocat ; ces dires, qui charrient *a priori* un fort accent d'aphorisme, ne comportent en vérité rien d'irréfutable ; aussi s'agira-t-il de s'inscrire au sein d'un procédé empirique conduisant – pareil au juge instruisant à charge et à décharge – à rechercher dans quelle mesure le phénomène se produit et dans quelle proportion il doit se voir relativisé. Le passage d'un paradigme à l'autre ne saurait se réaliser qu'avec lenteur et gradualité, mûrissant au fil des années, des décennies même. Or la tentation se révèle souvent irrésistible, en matière théorique, de s'écarter exagérément de la pratique ; mais qui se coupe des faits ne peut s'inscrire dans une autre perspective que celle de l'inanité. Un paradigme, quel qu'il soit, doit cheminer aux côtés d'une seule ambition : proposer la représentation la plus juste du réel ; c'est à ce titre que plaide une conception pragmatique* du droit et de la norme. *De facto*, l'État n'a sans doute jamais possédé les pleins pouvoirs et le législateur été omniscient comme le suggère pourtant la théorie kelsenienne ; à l'inverse, il ne fait aucun doute que des pans entiers du cadre juridique continueront longtemps de se construire suivant la logique linéaire de la doctrine positiviste.

97. De leur côté, Ost et Van de Kerchove détrompent leurs lecteurs en expliquant que, lorsqu'ils proposent la fin du monopole et l'apparition de la pluralité, il faut échapper à certaines conclusions faciles et hâtives : « souligner la montée en puissance du juge, ce n'est pas le hisser au sommet d'une nouvelle pyramide et lui reconnaître tous les droits ; célébrer les mérites de l'interdisciplinarité, ce n'est pas disqualifier pour autant une connaissance interne du droit ; insister sur l'importance croissante de l'autorégulation* et de la démocratie participative* à l'initiative de la société civile n'autorise pas à conclure à la disparition de l'État et de la démocratie représentative* »[(348)]. Les auteurs wallons – ainsi que l'explicite on ne peut plus parfaitement le titre de leur ouvrage – entendent avancer aux côtés de la pensée dialectique, laquelle convie à imaginer les différents axiomes non comme exclusifs, mais comme complémentaires et solidaires. Ce n'est pas autre chose qui permettrait de déchiffrer une réalité aussi complexe[349].

---

[348] OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau…*, *op. cit.*, p. 39.

[349] Ils s'interrogent en ces termes virevoltants : « et si la vérité tenait dans la tension des deux pôles (plutôt que dans le choix de l'un ou l'autre), dans leur solidarité conflictuelle et leur

98. Certainement, dans le domaine du droit postmoderne, les légions de débats, enjeux, problématiques et autres polémiques se présentent-elles extraordinairement vives et enflammées[350] ; et sans doute la modération n'est-elle guère de la partie puisque, ainsi que le souligne le Professeur Christophe Caron, d'aucuns ne goûtent souvent qu'à la plus brutale radicalité : « c'est blanc ou c'est noir »[351]. Cependant et nécessairement, la réalité – seule muse, seule égérie de ces dissertations – se situe – ou plutôt se promène – quelque part entre les pôles de parangons proposés et elle ne saurait constituer l'objet d'une quelconque description, si ce n'est de façon grossière ; *a fortiori* dès lors qu'elle n'a de cesse de se mouvoir et de se métamorphoser. Le droit, tel qu'il se trouve élaboré et pratiqué au jour le jour afin de pacifier et organiser les relations humaines, ne se confondra jamais avec l'une ou l'autre proposition tant il les ignore, les dénigre, les renie. Toute appréhension manichéenne de la conjoncture juridique ne serait évidemment que perfidie ; existent différentes théories et analyses parce que le droit que mettent en œuvre les praticiens ne se nourrie que de fragments de chacune de ces approches. La vérité réside quelque part au cœuvreur de ces contrées, peut-être plus proche d'un précepte que d'un autre, mais elle se refuse à appartenir à un seul courant de pensée, à une seule école ou à un seul homme. Aussi l'enjeu – loin de quêter un chemin encore vierge de réflexions – consiste-t-il à ériger un juste milieu en profitant des propositions les plus percutantes de chacun. Suivant la trace mythique de Lao Tseu, il faut

---

intime articulation – comme si, à raison même de leur opposition, ils tentaient ensemble de dire quelque chose de la complexité d'un réel qui ne se réduit ni à l'un ni à l'autre ». OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., p. 37.

Par ailleurs, quelques dix années après qu'ils aient rédigé le manifeste de leur théorie – eu égard à la formidable vitesse de l'Internet et des nouvelles technologies –, il semble pertinent de s'interroger quant aux conclusions à tirer de cet espace temps, afin de dire s'il a validé, consolidé ou au contraire infirmé leur thèse. C'est tout particulièrement pour cela que ces propos se concentreront sur le concept du droit en réseau dans le cadre de l'espace normatif applicable à l'Internet. À l'aune d'une approche positiviste, le droit de l'Internet n'existerait sans doute pas ou, en tous les cas, que très marginalement, tant il s'avère composé d'éléments *a priori* étrangers au dogme kelsenien. Pourtant – bon an mal an – des normes encadrent depuis toujours cet espace. Il s'agit donc d'identifier le cadre conceptuel applicable auxdites règles.

[350] Peuvent être citées à nouveau les discussions relatives au téléchargement illégal, au « web 2.0 », aux logiciels libres et aux sites de partage de vidéos, de vente aux enchères ou de jeux et paris en ligne.

[351] CARON (Ch.), « Le droit de l'Internet en noir et blanc », *CCE*, juillet 2009, n° 7, repère 7.

Et l'auteur de préciser que, « entre le noir et le blanc, nulle nuance de gris n'apparaît jamais ». La réalité, notamment du point de vue juridique, s'avère évidemment bien moins tranchée car « le droit est façonné de toutes les nuances de gris qui caractérisent les images des films en noir et blanc ».

trouver la voie ; l'heure n'est plus aux Christophe Colomb du droit mais à ses Gandhi[352].

99. L'objectivité, la prudence et la modestie seront donc les premiers outils à magner tout au long du chemin ; au sein du grand collège de la théorie et de la philosophie juridiques, les perdants se comptent par centaines, quand les triomphateurs ne sont qu'une fébrile poignée. À l'orée d'un tel ouvrage, l'alpiniste des mots ressent plus que jamais les frémissements propres aux veilles de légendaires ascensions. Or, en matière intellectuelle, il n'est qu'un sommet à gravir : l'Annapurna[353].

Le « discours de la méthode »(354)

100. Loin de l'affirmation kelsenienne selon laquelle « il n'est pas possible de servir deux maîtres »(355), l'unique méthode apte à guider l'étude vers une approche pragmatique des terroirs juridiques est celle de l'empirisme, soit la recherche obstinée de l'exemple, la démonstration régentée par l'expérience[356] ; elle sera donc retenue sans hésitation aucune. Dans cette perspective, selon l'exposé du Professeur Éric Millard, « la science du droit n'utilise pas les règles juridiques comme des règles ; elle décrit les règles […] telles qu'elles sont utilisées »(357). La « théorie pure du

---

[352] V. *infra*, conclusion.

[353] Et la comparaison n'est peut-être pas assez percutante dès lors que le sommet himalayen ne compte qu'un mort pour deux ascensions réussies. En l'occurrence, les chiffres pourraient sans doute être inversés. Fort heureusement, à l'inverse d'une mort physique, il est possible de se remettre d'une « mort intellectuelle ».

[354] Réf. à DESCARTES (R.), *Discours de la méthode*, Flammarion, coll. Philosophie, Paris, 2000.

[355] OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit*., p. 184.

[356] Le Professeur Éric Milliard décrit la méthode empirique comme « une posture théorique qui vise à élaborer des propositions vérifiables […] : une science explicative (par opposition à normative ; c'est-à-dire qu'elle entend traiter de faits, et non de normes) [et] descriptive (par opposition à prescriptive) ». MILLARD (E.), « La hiérarchie des normes : une critique sur un fondement empiriste », in BRUNET (P.) et MILLARD (E.), dir., *Raisonnement juridique et hiérarchie des normes*, *op. cit*., p. 5.

Pour le Professeur Michel Troper, la théorie doit démontrer « la possibilité d'une science du droit conçue sur le modèle des sciences empiriques. Une science dont l'objet est bien la norme, mais la norme conçue non comme un devoir-être, mais comme un fait, un énoncé ». TROPER (M.), *Philosophie du droit*, PUF, Paris, 2003, pp. 62-63.

[357] MILLARD (E.), « La hiérarchie des normes : une critique sur un fondement empiriste », in BRUNET (P.) et MILLARD (E.), dir., *Raisonnement juridique et hiérarchie des normes*, *op. cit*., p. 36.

droit »[358] frappe par un manque de liens tissés avec la sphère réelle, une carence en illustrations pratiques ; les quelques figures crayonnées par Hans Kelsen, si elles s'avèrent souvent habiles et pédagogiques, n'en demeurent pas moins trop rares. Le droit de l'Internet doit, en toute neutralité, apporter à la guerre des paradigmes suffisamment de munitions concrètes pour ne pas qu'elle s'essouffle ; du nid des changements pratiques peut éclore quelque évolution paradigmatique.

101. Toutefois, en ce « labyrinthe juridico-théorique* »[359] qui s'offre à l'analyse, la dialectique[360] chère à Ost et Van de Kerchove n'a pas à se trouver marginalisée. S'opposant à l'approche manichéenne tant redoutée, cet instrument enjoint de solliciter les interactions entre normativisme* et réalisme, entre pluralisme* et monisme ou – encore et surtout – entre « pyramide » et « réseau ». Face au flou que semblent emporter les mutations de la conjoncture juridique – spécialement à l'aune de l'influence de l'Internet sur la création du droit – cette mécanique stipulant que chaque terme « contient une part de l'autre, interagit avec celui-ci, faisant ainsi l'épreuve du passage de l'entre-deux […] qui le transforme : à la fois lui-même et autre »[361], apparaît même indispensable. De plus, empirisme et dialectique ne sont en rien antinomiques ; ces méthodes se complètent, se confondent parfois ; ce seront donc les deux bras séculiers épaulant cet ouvrage.

102. Enfin, une ultime mise en garde, d'ordre axiologique, est nécessaire : décrire un état factuel ne signifie nullement approuver ou apporter pour autant un soutien quelconque aux chutes et révélations constatées. Si le jugement critique demeure fermement permis, c'est à condition de ne pas s'affranchir du nécessaire carcan de l'approche pragmatique, laquelle – tel le juge dans son habit d'impartialité – doit s'armer d'une droiture et d'un flegmatisme indéfectibles. Le feu complexe que les juristes sont appelés à affronter et circonscrire ne pouvant se résumer à l'un ou l'autre modèle, il s'agit de déterminer objectivement, à travers une « liste d'exemples la plus exhaustive possible », à quel stade paradigmatique se situe le droit de l'Internet.

---

[358] KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Dalloz, 2e éd., Paris, 1962.
[359] OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit, op. cit.*, p. 36.
[360] Selon Maurice Merleau-Ponty, la dialectique est « une pensée à plusieurs centres et plusieurs entrées ». MERLEAU-PONTY (M.), « L'entrelacs et le chiasme », in *Le visible et l'invisible*, Gallimard, Paris, 1964, p. 172. Cité par OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit, op. cit.*, p. 37.
[361] OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit, op. cit.*, p. 37.

103. Les deux artères principales de la démonstration à venir correspondront aux témoignages, d'une part, de la déliquescence de la théorie kelsenienne et de la « pyramide » devant l'évanescente réalité du XXIe siècle internetique* (première partie) ; et, d'autre part, de l'opportunité et de la congruence concomitantes du paradigme du « réseau » (seconde partie). Néanmoins, réside dans cette cartographie bicéphale un effet d'optique patent et qu'il n'est pas lieu de feindre d'ignorer : les deux modèles étant intimement liés, il ne fait aucun doute que, lorsque l'un s'efface, l'autre le subroge et que, quand le second peine à prospérer, c'est que le premier se maintient. Aussi ces prolégomènes qui s'achèvent s'avancent-ils devant une seule et même ligne droite. Par suite, cette dernière se trouve séquencée par quatre carrefours, quatre illustrations réellement autonomes[362].

---

[362] Il s'agira de la loi et des sources modernes du droit ; de la jurisprudence ; des sources privées du droit ; et enfin des sources européennes et internationales du droit.

Platon et Aristote discutant[363]

[363] Raphaël, *L'école d'Athènes* (détail), 1511, Chambre de la Signature, musées du Vatican. À remarquer : Raphaël a emprunté les traits de Léonard de Vinci pour représenter Platon.

EPILOGUE

Oublier le passé, vivre le moment présent et préparer l'avenir.
Il faut beaucoup d'entraînement pour maîtriser le temps...
qui passe à pas de géants[1135].

359. Historiquement, « tout juriste est le successeur d'un pontife »[1136]. A l'ère positiviste, il s'imagine investi de la mission de protéger la loi, l'État et le roi Kelsen ; si bien qu'il s'adonne insatiablement à leur culte et parait prêt à défendre l'ordre établi contre tous les assaillants. Catéchisé par ces œillères conceptuelles, il se trouve juge et partie, et son analyse tourne nécessairement au plébiscite. Ainsi perpétue-t-il « la tradition des légistes chargés de fortifier les ordres de l'autorité royale par une argumentation doctrinale »[1137].

360. Cependant, dès lors que Kelsen n'a nécessairement jamais été en mesure d'appréhender le droit à l'aune de l'Internet et de la globalisation, le moindre bon sens conduit à admettre que l'actualité de sa théorie mérite – à tout le moins – d'être vérifiée. Malgré le cynisme de ces propos, il importe peu que le risque de devoir s'abstraire des territoires et de l'État puisse se révéler source de grandes souffrances ; la seule voix à entendre doit être celle de la vérité, quelles que soient les conséquences à elle attachées. L'enjeu est majeur car, si la cadence du droit ne saurait relever des seuls juristes, ceux-ci supportent une responsabilité de chef d'orchestre dès lors qu'il leur incombe de rendre audibles aux oreilles moins aguerries les dynamiques originales qui se déploient. En aidant les responsables politiques à souligner les problématiques principales qui s'offrent à eux, ils contribuent à l'éclosion de solutions justes et pertinentes ; à condition de se munir de pragmatisme et d'abandonner les partis pris.

361. En matière de postmodernité juridique*, toute conclusion apparaît à la fois délicate, provisoire et risquée tant l'Internet et le droit de demain s'empreignent d'un ésotérisme impénétrable. Il s'agit donc de s'habiller d'une large chape de prudence avant de quêter tout principe ou axiome

---

[1135] Auteur inconnu.
[1136] RIPERT (G.), *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, Paris, 1936, p. 3.
[1137] *Ibid.*

ferme et irrévocable. Pour autant, qui remplit – sans préjugés – cette mission lourde et subversive observe fatalement la prégnance croissante du paradigme du « réseau » et l'essoufflement concomitant de la pertinence de la « pyramide » ; l'éruption et la convergence des services du numérique imposent de revisiter les fondamentaux du droit et il devient plus qu'impérieux de rapprocher le temps du droit* du temps de l'Internet*. La sphère internetique met en exergue de nouvelles manières de façonner la norme, à travers des relations pluralistes, variées et étonnantes, au sein et entre les ordres juridiques. L'heure est à l'ultracomplexité juridique* et à sa figure préférentielle, seules aptes à dépasser les contradictions, à secourir des ordres en désordre et à assurer la complémentarité et la subsidiarité devant de menaçantes incertitudes et incompatibilités.

362. Par suite, il est tentant d'étendre les recherches à un cadre juridique plus général ; sans doute des relations pluralistes et complexes s'y développent-elles et peut-être l'omnipotent Internet répand-t-il son modèle tel un « virus », se manifestant en tant que source « universelle » d'évolution du droit. L'écheveau ou labyrinthe juridique* ne devrait guère se contenter d'un caractère transitoire, mais plutôt devenir l'apanage « des droits » du XXIe siècle. Et les sociologues et philosophes d'expliquer que la technique exprime toujours un appétit de puissance et de pouvoir ; le droit de la technique pourrait bien muer en simple technique de droit, c'est-à-dire en régulation de la technique par la technique et les techniciens. Le réseau – sous toutes ses formes – appelle donc nombre d'études complémentaires.

363. Quant à la présente approche théorico-pragmatique des normes de l'Internet, elle atteint ici son crépuscule et s'endort entre un utopique « État-monde* » et un épique « réseau de pyramides »*.

ENTRE L'UTOPIQUE ETAT-MONDE…

364. Est-ce si déraisonnable ? Une réplique circonstancielle aux atermoiements du droit de l'Internet résiderait d'évidence en la conclusion d'une convention internationale, seul outil en mesure de bâtir l'unité juridique* et les « frontières planétaires » que requièrent les caractères du réseau. Alors se produirait un retour au modèle hiérarchique, linéaire et cohérent prôné par le positivisme ; mais à une échelle différente, coïncidant avec la mondialisation des technologies.

365. Dans son état actuel, l'ordre juridique mondial s'atèle en premier lieu – et sans plus d'ambition – à édifier quelques fondements stables sur un terrain mouvant et capricieux ; et imaginer que les quelques deux cents États souverains qui constellent la planète pourraient s'accorder sur le contenu d'un accord puis le ratifier, sans exception aucune, relève *a priori* de l'utopique. Engagée dans une lutte inégale contre le foisonnement des lois, des valeurs et des cultures, l'idée d'un droit mondial se trouve contenue par une palissade ou lapalissade infranchissable : comment se ressembler lorsque l'on est différents ?

366. Seulement, les technologies de l'information et le langage universel du numérique* favorisent une extraordinaire convergence des peuples. Au-delà de l'éther politique, sur les plateformes communautaires internationales regroupant des millions d'internautes de « nationalité mondiale », cette douce ambition d'unification rencontre une résonance plus palpable, illustrée par la proposition et la mise en œuvre de différentes alternatives « globales ». Le récit de l'émancipation de cette population, procédant à une expérience tout à fait originale de prise en charge de son destin, se révèle aussi simpliste que percutant : une conscience internetique naît progressivement, enracinée dans une histoire, des valeurs et une assise culturelle partagées ; la collectivité des internautes, se pensant « peuple souverain », s'arroge nombre de droits ; les multiples appartenances spécifiques se diluent et un lien politique – abstrait – prend vie, fondant l'identité constitutionnelle du réseau ; enfin, les frontières – permettant de distinguer citoyens et non citoyens – se dessinent désormais en ligne, dans une totale immatérialité. Ainsi se réalise le miracle internetique ; ainsi fleurit l' « État-monde* », impalpable et parallèle, mais légitime et respecté.

367. Cette mécanique n'en est évidemment qu'à ses premières respirations, et d'aucuns redoutent qu'elle ne s'essouffle trop rapidement. Aussi envoûtant qu'il paraisse, il ne saurait s'agir pour l'heure que d'un harmonieux cyber-rêve[1138] ; en ouvrant les yeux, Candide constate combien l'avenir ne se grisera peut-être jamais de ce bel eldorado, réponse à tous les maux de l'humanité.

[1138] Il pourrait s'agir, dans un premier temps, d'une citoyenneté analogue à la citoyenneté européenne qui « complète et ne remplace pas la citoyenneté nationale ». TUE, art. 17.

…ET LE RESEAU DE PYRAMIDES

368. Le « réseau », dès lors qu'il se propose de « faire justice à la complexité dynamique du réel »[(1139)], doit permettre la description de situations incroyablement enchevêtrées sans signifier pour autant qu'un nouveau paradigme clairement descriptible aurait subrogé l'ancien. Au sein de l'entrelacs* des sources de normativité, les relations hiérarchiques préservent une position privilégiée et toute étude se voulant honnête ne peut en aucun cas les négliger.

369. Aussi serait-il terriblement maladroit de prendre le raccourci du manichéisme.

370. La déterritorialisation et l'immatérialité des phénomènes à appréhender désarçonnent le droit autant dans ses acceptions théoriques que dans sa mise en œuvre ; si bien que peut-être eut-il été préférable qu'Ost et Van de Kerchove intitulent leur ouvrage « Entre la pyramide et le réseau »[1140]. Constater le règne d'un polycentrisme* mirifique ne doit nullement conduire à abandonner soudainement et sans autre forme de procès tous les outils du droit moderne*. Le modèle en construction, s'il revendique une autonomie forte, emprunte certainement nombre de formules pensées et validées par les soldats kelseniens. Aussi ne faut-il jamais se départir de la mise en garde de Georges Ripert : « Il est facile de railler les juristes attardés qui se refusent à voir l'évolution du droit. Mais il est tout aussi facile de railler les juristes qui ne savent parler d'une institution que pour en signaler l'évolution, qui prônent toute innovation comme un progrès, oublient la valeur de tout ce qui demeure pour louer ce qui advient et demandent que l'évolution du droit s'accélère sans justifier d'ailleurs le motif de ce changement de vitesse »[(1141)].

371. Une conception pragmatique* du droit doit surpasser la « loi de la bipolarité des erreurs »[(1142)], cette sorte de balancier intellectuel qui ne permet à l'esprit de se délivrer d'un cercle d'égarements seulement en

---

[1139] OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit, op. cit.*, p. 37.

[1140] Sans doute le recours au point d'interrogation – « De la pyramide au réseau ? » – permet-il d'obtenir un effet similaire.

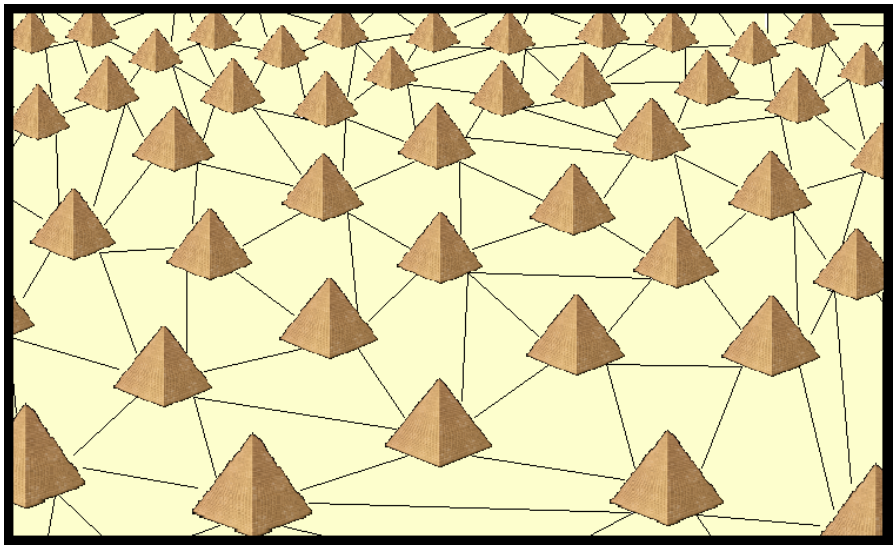
[1141] RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 1955, n° 10.

[1142] BACHELARD (G.), La formation de l'esprit scientifique, Vrin, Paris, 1977, p. 20. Cité par OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit, op. cit.*, p. 37.

succombant aussitôt à d'autres fourvoiements. La vie, l'histoire, la Terre – et le droit – ne sont depuis toujours que complexité et paradoxes, et le droit réel de l'Internet – réel parce que nul ne saurait en esquisser plus que les grossiers contours – se situe loin du champ de bataille paradigmatique, du théoricisme et de ses dichotomies.

372. Pour aborder au plus près cette vérité qui ne peut se réduire à un quelconque modèle, il s'agit de raisonner en termes de superposition de paradigmes ; là où l'idée de substitution l'emporte traditionnellement, malgré sa brutalité et son peu de regard sur la pratique. Il ne faut pas chercher à deviner une illusoire troisième voie mais se satisfaire d'un étrange équilibre, capable de transcender les antinomies afin de laisser s'exprimer les sources postmodernes de normativité sans pour autant devoir abandonner aux bibliothèques d'histoire le droit centralisé et linéaire de l'État.

373. Partant – en oubliant un instant que la théorie ne goûte guère à la demi-mesure –, l'image la plus apte à figurer le pluriel qui empreint le réel serait sans doute…



…le « réseau de pyramides ».

DICTIONNAIRE
DU DROIT POSTMODERNE

Acceptation sociale de la norme

Idée selon laquelle le droit ne serait plus respecté en fonction des modalités de son édiction mais davantage selon l'appréhension subjective qui est faite de son contenu. S'il est perçu comme légitime par les citoyens, alors ils le respectent.

Anti-positivisme

Doctrine se construisant par opposition à la théorie kelsenienne et au positivisme juridique. Il ne s'agit pas d'un courant à part entière mais plutôt d'un ensemble de pensées réunies autour de l'idée selon laquelle les thèses kelseniennes s'avèrent aujourd'hui dépassées par la postmodernité juridique.

Arbitrage

Procédure extra juridictionnelle de résolution des litiges par le recours à un arbitre privé chargé de statuer en amiable compositeur, soit en se délestant du droit positif et en recherchant simplement la conciliation.

Aristocratie

Gouvernement par une élite, en l'occurrence par les personnes les plus avisées du fonctionnement du réseau et notamment ses « pionniers ». La légitimité à édicter les normes provient alors des connaissances et de la compétence technique.

Autorégulation

Création du cadre juridique applicable par la société civile et l'ordre économique, en totale autonomie par rapport à l'État. L'autorégulation est synonyme de privatisation du droit et une illustration notoire de ce phénomène réside dans la *lex mercatoria*. Du point de vue strictement économique, elle apparaît lorsqu'un système est apte à définir ses équilibres et à se rétablir seul en cas de dysfonctionnement.

Autoroute de l'information

Métaphore imaginée par Al Gore et reprise par l'Union européenne afin de décrire combien les technologies de l'information peuvent permettre une information parfaite et en temps réel à travers des communications mondiales et à la vitesse de l'instantanéité. L'enjeu transparaissant au travers de cette expression est le développement de réseaux à grande capacité de débit, notamment par la technologie de la fibre optique.

Bottom up (v. logique du *bottom up*)

Boucle étrange

Expression de Douglas Hofstadter reprise par Ost et Van de Kerchove afin de désigner certains phénomènes emportant que les normes ne s'agencent plus de manière linéaire mais davantage anarchiquement, sans qu'il puisse en être donné une description précise du seul point de vue positiviste. Par exemple, il y a une boucle étrange si le juge constitutionnel devient le co-auteur de la Constitution.

Business to business (B2B)

Relations entre entreprises marquées par le règne de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté.

Business to consumer (B2C)

Relations entre professionnels et consommateurs dans lesquelles doit être assurée au premier chef la protection de ces derniers.

Caméléon politique

L'organisation réseautisée de la production du droit oblige les institutions étatiques à s'adapter, sous peine de se trouver totalement isolées et de perdre toute possibilité d'action efficace. Ce n'est pas en s'arc-boutant sur ces acquis passés que l'État pourra se sauver, mais en modifiant sa structure en profondeur afin de correspondre aux nouveaux environnements qui lui sont imposés.

Code de bonne conduite

Dans le cadre du droit de l'Internet, la norme prend souvent la forme des codes de bonne conduite édictés afin de régir les agissements virtuels des différentes communautés. L'efficacité du droit en résultant se révèle étonnement

forte et s'explique par la crainte de la sanction sociale, c'est-à-dire du rejet par la communauté. De plus, elle illustre le phénomène de la privatisation du droit.

Communauté virtuelle

Le cyberespace est constellé de multiples ensembles homogènes de sujets de droit, liés par une cyberculture, des valeurs et des intérêts communs. Ces communautés entendent s'autoréguler, conclure un nouveau « contrat social » ; en résulte un droit spontané principalement marqué par les idées de liberté, d'égalité et de gratuité.

Conciliation

Procédure analogue à la médiation durant laquelle un tiers cherche à aboutir à un accord entre les parties afin d'éviter la saisine d'une juridiction et le procès s'en suivant.

Communication au public en ligne, communication au public par voie électronique, communication privée par voie électronique

La communication au public en ligne est la désignation légale (loi LCEN du 12 juin 2004) des sites Internet. Elle constitue l'autre branche des communications au public par voie électronique avec la communication audiovisuelle. Par ailleurs, les communications privées par voie électronique empruntent également la technologie de l'Internet, à l'image du pair à pair ou du courrier électronique.

Complexité juridique (v. ultracomplexité juridique)

Conception pragmatique du droit et de la norme

Une conception pragmatique du droit propose d'aborder le monde juridique en ayant pour seul dessein la description de la réalité juridique, c'est-à-dire l'appréhension des normes telles qu'elles existent dans les faits et peu important les cadres théoriques, tant ceux-ci – par définition – tendent nécessairement vers l'inadéquation à la pratique. Dans cette perspective, compte avant tout autre élément l'efficacité concrète de la norme, quel qu'ait été son mode d'édiction. Une loi peut perdre son habit normatif quand un code de bonne conduite le revêt.

Concertation

En raison de ses caractéristiques singulières, le réseau oblige à ce que les utilisateurs, les opérateurs économiques et les instances publiques se concertent, collaborent et édictent un droit capable d'établir l'unanimité ou, *a minima*, le consensus le plus important. Des normes élaborées unilatéralement par les pouvoirs publics conduiraient irrésistiblement vers l'ineffectivité. Par exemple, le forum des droits sur l'Internet était une instance de concertation.

Confédéralisme

Système politique dans lequel différents états indépendants s'associent afin de déléguer, par voie de traité, certaines de leurs compétences à des organes communs et donc *supra* étatiques. À l'heure des réseaux mondiaux, la coopération internationale constitue une évidente nécessité, tout en mettant gravement à mal le rôle et même la souveraineté des États.

Confiance

Comme en témoigne l'appellation de la loi LCEN du 21 juin 2004, le droit du commerce électronique se fonde essentiellement sur la confiance ; elle seule peut permettre des relations contractuelles stables entre des parties situées à plusieurs milliers de kilomètre les unes des autres et en l'absence de droit étatique suffisamment efficace. Partant, les opérateurs de l'Internet respectent les normes afin de ne pas perdre cette confiance qui leur est essentielle.

Conflit de lois ou de souverainetés

Le caractère *supra* national du réseau emporte nécessairement des conflits entre les États susceptibles de voir leurs droits s'appliquer concomitamment. La territorialité du droit positif est son principal défaut devant l'Internet.

Consensus (v. concertation)

Contractualisation de la justice (v. privatisation de la justice)

Contrainte sociale

Dans le cadre de la postmodernité juridique, il est de plus en plus fréquent que ce soit davantage la pression exercée par les autres individus que le droit étatique qui pousse un sujet à adopter un certain comportement.

Contrat social

Idée selon laquelle l'Internet, pour exister sans être un espace dans lequel le droit n'aurait pas de prise, devrait obliger les communautés de l'ensemble de la planète à s'accorder sur des principes et des normes communes. La netiquette est un premier exemple de ce que pourrait être ce contrat social postmoderne.

Convergence juridique

Phénomène selon lequel l'Internet, en favorisant l'homogénéisation des pratiques et des échanges importants d'informations entre les différentes sources de normativité qui maillent la planète, conduirait à une homogénéisation du droit et, en conséquence, à une esquisse de droit mondial ou à une gouvernance globale.

Coopération internationale (v. confédéralisme)

Copyleft

Par opposition au *copyright*, cette « gauche d'auteur » consiste à renoncer aux droits de propriété intellectuelle afin de privilégier les échanges et l'enrichissement mutuel. On trouve notamment le concept des licences libres que l'Internet développe de manière exponentielle.

Co-régulation ou coproduction du droit

Production du droit hybride, entre la production étatique et la production privée, c'est-à-dire l'autorégulation. Ici, l'État n'est pas désengagé, il fixe des objectifs principaux et globaux à suivre, tout en s'assurant que l'édiction du droit ne se fait pas au détriment de l'intérêt général. Les décisions les plus concrètes, en revanche, sont prises par les acteurs privés, en prise avec la réalité pratique. Dans l'espace internetique, la co-régulation est évidemment une voie privilégiée pour l'État, à l'aune de ses difficultés et du risque de voir s'évanouir ses prérogatives.

Cosmopolitisme

« Modèle d'organisation dans lequel les citoyens, où qu'ils se trouvent dans le monde, ont une voix, un accès et une représentation dans les affaires internationales de façon parallèle et indépendante par rapport à leurs propres gouvernements » (cf. HELD (D.), Cosmopolitan démocracy, Polity *press*, Cambridge, 1995, p. 13). En favorisant l'uniformisation du droit, Kant pensait que le cosmopolitisme pouvait permettre une paix mondiale et durable. L'ONU et l'Union européenne présentent notamment des signes de cosmopolitisation.

Crise du droit moderne

L'émergence du paradigme du réseau et de la postmodernité juridique correspond exactement au déclin du positivisme juridique, lequel s'explique en premier lieu par la globalisation qui malmène douloureusement les frontières.

Culture du réseau

Sur l'Internet, peut être constatée une certaine homogénéité des pratiques, autour des idées de liberté et de gratuité notamment, que certains traduisent par cette expression.

Cybercriminalité

Désigne les activités délictuelles immatérielles ayant lieu par l'intermédiaire de l'Internet. Existent désormais des entités policières spécialisées dans ce domaine, mais les « pirates » s'avèrent très souvent difficiles à repérer puis à appréhender.

Cyberespace

Désigne fictivement l'immatérialité du réseau sur lequel se déroulent les activités en ligne.

Cyberculture (v. culture du réseau)

Déclaration d'indépendance du cybermonde

Texte rédigé en 1996 par John Perry Barlow dans lequel il revendique une totale indépendance des internautes et de leurs agissements en ligne. Ainsi, l'auteur refuse par principe l'application de toute norme étatique quelle qu'elle soit et sans autre forme de procès. Cette déclaration est inexorablement mise en avant dès lors qu'une loi intéressant l'Internet est en passe d'être votée.

Délocalisation

En raison de l'immatérialité du réseau, toute activité internetique est susceptible d'être exercée depuis n'importe quel endroit de la planète. Dès lors, il est aisé d'échapper aux lois contraignantes en délocalisant son activité sur le territoire d'un État à la réglementation plus laxiste ; c'est là une limite patente du cadre juridico-étatique.

Démocratie participative

Par opposition à la démocratie représentative, la démocratie participative invite l'ensemble des citoyens à se prononcer sur toutes les questions, sans jamais passer par l'intermédiaire de représentants, fussent-ils élus. Afin de renforcer le consensus autour des règles applicables, l'Internet invite à se saisir de ce mode de démocratie dans lequel chacun participe effectivement et directement à la prise de décision.

Dialogue social

Le besoin d'acceptation sociale de la norme conduit à promouvoir des discussions nombreuses, notamment par l'intermédiaire du régime de la démocratie représentative. C'est là, semble-t-il, la seule issue permettant d'éviter l'ineffectivité de la norme.

Droit à géométrie variable

Métaphore illustrant le fait que, dans le cadre du droit de l'Internet, loin de la représentation pyramidale de Kelsen, les normes possèdent des sources diverses et variées et s'agencent relativement anarchiquement.

Droit cosmopolitique (v. cosmopolitisme)

Droit en réseau (v. paradigme du réseau)

Droit de la liberté

Modèle libéral américain dans lequel seul le droit produit par la société civile est acceptable et accepté par celle-ci. Le Professeur Laurent Cohen-Tanugi traduit ce modèle par l'expression « droit sans l'État ».

Droit jurisprudentiel (v. jurisprudentialisation du droit)

Droit mou

Francisation de l'anglais « *soft law* », le droit mou désigne l'ensemble des normes d'origine para-étatique et qui, de ce fait, ne bénéficient pas de la possibilité de voir les instances étatiques en poursuivre l'exécution au moyen de sanctions. Du point de vue du positivisme juridique, il ne saurait s'agir de règles obligatoires et donc de droit.

Droit négocié

Côtoyant la notion de co-régulation, le droit négocié désigne les processus dans lesquels les différents ordres juridiques entrent dans un jeu de relations qui les pousse à édicter ensemble le droit, et non plus de manière parallèle et en se faisant concurrence. Le fait que des entreprises ou des associations de particuliers souhaitent participer activement à la création du droit oblige ainsi l'Etat à ouvrir ses processus et à les entendre, voire à leur déléguer certaines de ses compétences. La mise en place des AAI correspond notamment à une volonté politique de permettre la négociation du droit.

Droit postmoderne

État du droit postérieur au déploiement de la globalisation et des relations *supra* étatiques. Il succède au droit moderne dans lequel la juridicité coïncidait nécessairement avec l'État. Désormais, les sources de normes sont multiples et désordonnées, loin de l'idée de hiérarchisation.

Droit sans État (v. autorégulation)

Droit spontané

Ensemble de règles juridiques dont la société civile se dote afin de régir ses activités en l'absence de normes d'origine étatique applicables.

Droit *sui generis*

Ensemble de normes ne pouvant être appréhendé à l'aide des standards théoriques classiques ; littéralement « qui suit son propre genre ».

Efficacité de la norme

Dans le cadre de la postmodernité juridique autant que dans celui de la modernité juridique, l'enjeu principal afférant au droit réside en son efficacité. Aussi est-ce parce que les normes d'origine étatique perdent beaucoup de leur efficience qu'elles se trouvent subrogées par des règles d'origine différente.

Entrelacs de normes

Métaphore permettant d'illustrer le phénomène selon lequel les règles du droit de l'Internet s'organisent de manière totalement désordonnée, loin de trouver leurs fondements au sein de normes supérieures les habilitant.

Équation de Frank

Selon le philosophe Jerome Frank, $D = P \times S$. Par là, il indique que la décision du juge est fonction de deux éléments : sa personnalité et les stimulus extérieurs qu'il reçoit au moment de trancher le litige à lui soumis. L'absence de prise en considération par l'auteur des règles de droit à appliquer, et notamment la loi, frappe du point de vue positiviste ; mais, dans le cadre du droit de l'Internet, cela trouve tout son sens.

État en réseau

Désigne la situation dans laquelle l'État se trouve contraint de mener un jeu de relations avec l'extérieur et notamment avec l'ordre économique et la société civile. Dès lors, il perd sa position dominante et entre dans le réseau des producteurs de normes, mais il demeure un foyer de normativité.

État minimal

Dans les États libéraux anglo-saxons, volonté de limiter le rôle de l'État au maintien de l'ordre et de la sécurité, sans se préoccuper des questions économiques et sociales.

État-monde

Dans le cadre d'un État-monde, la « pyramide » des normes et le positivisme juridique pourraient retrouver leur pertinence passée puisque la structure étatique serait alors apte à circonscrire efficacement l'Internet. Seulement il ne saurait s'agir que d'une ambition utopique et la première étape, loin de l'idée d'État, consiste en la coopération internationale.

Expertocratie

Gouvernement des experts, des mieux informés et des plus compétents. Beaucoup redoutent que, sur le réseau, le pouvoir n'appartienne plus qu'à des comités d'experts dont la légitimité est douteuse. Les experts se voient déléguer de plus en plus de pouvoirs au sein des grandes organisations internationales.

Fin des territoires

Expression empruntée au Professeur Bertrand Badie selon laquelle la transnationalité intrinsèque au réseau conduirait à un effacement des frontières et, à travers lui, de l'État. Partant, le droit devrait nécessairement être pensé à un niveau international.

Gestion des risques

Les activités des internautes sont souvent le fruit de la perception qu'ils ont des risques encourus. Ainsi décident-ils d'enfreindre un texte de loi dès lors qu'ils n'imaginent pas qu'une sanction puisse par la suite leur être appliquée.

Globalisation

Nuance de la mondialisation qui désigne l'accélération des échanges économiques à l'échelle planétaire et qui est un phénomène fort ancien, la globalisation concerne spécifiquement les échanges sans contrainte de biens immatériels et notamment d'informations. Elle se réalise essentiellement par la technologie de l'Internet et marque un tournant pour le droit, longtemps habitué à appréhender des biens palpables dans le cadre des États et de leurs frontières.

Gouvernance

Au sein d'environnements incertains, mode de gouvernement modéré, basé sur la coopération et le dialogue entre institutions étatiques, organisations économiques et société civile. Il s'agit d'une concrétisation de l'idée de démocratie représentative, davantage développée à l'échelle supranationale que nationale. L'Internet oblige à recourir à la gouvernance et, en même temps, est un formidable outil pour sa mise en œuvre.

Gouvernement des juges

État du droit dans lequel la loi se laisse dominer par l'interprétation personnelle des magistrats. Partant, la jurisprudence devient la première source de juridicité. Avec le droit de l'Internet, les textes légaux sont d'une telle imprécision que les tribunaux se trouvent – loin de toute intention politique – contraints de s'approprier grandement les règles juridiques.

Gouvernement universel (v. État-monde)

Guerre des droits

Métaphore illustrant le fait que l'immatérialité et la transnationalité du réseau entraînent nécessairement une rude concurrence entre les droits étatiques susceptibles d'être appliqués concomitamment. Alors, plutôt que d'entrer en conflit, ils doivent coopérer, notamment au sein d'organisations mondiales.

Hétérarchie des normes

Construite en opposition à la hiérarchie des normes et proche du « réseau de pyramides », cette figure invite à penser que la foule des sources de droit ne fait pas disparaître tout aspect hiérarchique mais emporte une organisation des normes au sein de diverses « pyramides ». Coexisteraient alors plusieurs échelles de règles parallèles et indépendantes, ce qui mène à l'ultracomplexité juridique.

Ineffectivité du droit

La crise du droit moderne est en premier lieu le fruit du peu d'efficacité du droit produit par l'État. En effet, sur l'Internet, les activités échappent le plus souvent au contrôle juridico-étatique, les internautes ne craignant pas d'être atteints par une quelconque sanction légale. Cela oblige – pour ne pas qu'il s'agisse d'une zone de non droit – à trouver de nouvelles formes de normativité plus pertinentes et plus aptes à contraindre les individus évoluant sur le réseau.

Insécurité juridique

État du droit lorsque des normes différentes et contradictoires sont susceptibles de s'appliquer à de mêmes faits. Normalement, le droit doit indiquer *ab initio* au juge de quelle manière il devra statuer ; mais, ici, la marge de manœuvre des tribunaux est immense et leurs jugements peu prévisibles, notamment dans les nombreux cas où entrent en jeu des éléments d'extranéité. Alors que le droit moderne avait permis de mettre fin à l'insécurité juridique qui empreignait le droit pré moderne, les évolutions engendrées par la globalisation emportent un retour à l'instabilité. En résulte l'émancipation des MARC.

Interlégalité

Contrepartie au pluralisme juridique, l'interlégalité désigne l'état du droit lorsque différents ordres juridiques se superposent et que devient nécessaire un recoupement ou une unification des règles de droit applicables.

Internet

Développé à partir des années 1970 aux États-Unis, démocratisé dans les années 1990 et permettant l'accès à une variété de services différents (messagerie électronique, *world wide web*…), il s'agit d'un « réseau de réseaux informatiques » mondial, décentralisé et permettant des communications à la vitesse de l'instantanéité. Ces caractères se révèlent délicatement appréhensibles pour le droit moderne, enfermé dans ses carcans étatiques.

Internormativité

Côtoyant le pluralisme juridique, cette expression permet de désigner les phénomènes d'échange et d'emprunt entre des ordres juridiques différents et autrefois autonomes. Elle implique l'absence de toute idée de hiérarchie entre les systèmes normatifs en relation.

Interprétation de la norme

Acte de volonté par lequel est appréhendée une règle de droit. À l'aune des difficultés rencontrées dans le cadre étatique, les différents organes d'application de la norme se trouvent contraints à un travail important de reformulation, malgré leur subordination théorique. Ainsi, devrait être davantage pris en considération l'acte de concrétisation que la règle générale, impersonnelle et imprécise.

Juge aiguilleur

Par opposition au gouvernement des juges, situation dans laquelle les magistrats se contentent de compléter la loi lorsque celle-ci présente des lacunes.

Jurisprudentialisation du droit

Phénomène proche de celui du gouvernement des juges et caractérisé par la prééminence des décisions de justice parmi les sources du droit.

Justice douce

Expression permettant de désigner les procédures alternatives de résolution des conflits (MARC), notamment la médiation, l'arbitrage et la conciliation. Par rapport à la justice étatique, celle-ci se caractérise par l'absence de possibilité de recours à la contrainte légale.

Justice privée (v. MARC et justice douce)

Labyrinthe juridique

Métaphore illustrant combien le droit de l'Internet s'apparente à un entrelacs de normes. Les nombreuses sources de normativité, placées sur un pied d'égalité, produisent un droit ultracomplexe dans lequel les juristes peinent à trouver leur chemin.

Législateur scribe

Permet d'imager le phénomène selon lequel les Parlements ne se contentent plus que de conférer un habillage formel à des textes élaborés par les experts et autres professionnels, mieux au fait des enjeux de la postmodernité juridique et, donc, davantage aptes à rédiger les lois de manière informelle, par des recommandations, consultations ou propositions.

Lex cybernautica

Ensemble des usages par lesquels les cybercommerçants autorégulent leurs activités, loin du droit étatique.

Lex electronica

Phénomène analogue à la *lex cybernautica*, mais se situant dans un contexte nécessairement international. C'est ainsi le pendant internetique de la *lex mercatoria*, l'autorégulation des multinationales.

Logique du *bottom up*

Suivant cette logique propre à l'idée de gouvernance, ce sont les besoins formulés par la base et non les décisions prises au sommet de la « pyramide » qui doivent présider à l'édiction du droit. Ainsi peuvent converger les besoins et aspirations des gouvernés et des gouvernants.

Loi du marché

Dans un cadre de libéralisme économique, ensemble de règles établies par les acteurs évoluant sur un marché et s'autorégulant. Elle subroge et s'oppose à la loi étatique que ces acteurs subissent. À l'heure de la postmodernité juridique, le pouvoir économique est appelé à posséder toujours plus de pouvoir.

MARC (mode alternatif de résolution des conflits)

Procédures telles que l'arbitrage ou la médiation permettant de rechercher une solution à un conflit loin des tribunaux et cours étatiques. Les MARC sont un élément à part entière de l'idée d'autorégulation et présentent les avantages de la rapidité, de la flexibilité et de la gratuité, là où les procédures contentieuses classiques se révèlent souvent longue et coûteuses. À l'égard de la vitesse de l'Internet, ces modes alternatifs sont souvent privilégiés.

Marché du droit

Cette image permet de désigner le phénomène selon lequel le droit n'est plus imposé par l'Etat mais négocié entre ce dernier, qui ouvre ses processus de création, et divers organisations émanant de la société civile et de l'ordre économique.

Médiation en ligne (v. conciliation et MARC)

***Melting pot* juridique**

Métaphore selon laquelle le droit n'est plus linéaire et hiérarchisé, ainsi que le postule le positivisme juridique, mais désordonné et multiple car provenant de multiples sources qui, finalement, forment un droit en réseau.

Mondialisation (v. globalisation)

Multirégulation

Terme désignant le fait que le droit de l'Internet est à la fois la conséquence de la règlementation et de la régulation étatique, de la co-régulation et de l'autorégulation. Il en résulte un pluralisme des processus normatifs inconciliable avec la pensée kelsenienne.

Négociation (v. droit négocié)

Netiquette

Charte rédigée en 1995 par des chercheurs américains pour la firme Intel et dont le contenu abstrait, suivant le modèle des dix commandements de Moïse, décrit les règles de respect, de bonne conduite et de politesse devant présider aux activités en ligne. Dans la déclaration d'indépendance du cybermonde, elle est le seul ensemble de nomes légitime et reconnu, alors que tout droit étatique est rejeté en bloc.

Norme implicite

État de la norme tel qu'il résulte de l'interprétation qui en est faite par un juge ou tout autre acteur du monde juridique. La norme implicite diffère nécessairement de la norme explicite, soit la loi telle que rédigée et votée par le Parlement. Dans le cadre d'un droit tel que celui de l'Internet, il s'agit de s'intéresser uniquement aux normes implicites.

Norme postmoderne

Unité du droit postmoderne, elle se distingue de la norme moderne en ce qu'elle est susceptible de provenir d'une multitude de sources de normativité et notamment de la sphère privée. En outre, sa légitimité et son efficacité sont le fruit de son contenu et de son acceptation par la communauté, mais en aucun cas d'un quelconque formalisme et de l'habilitation par une norme supérieure.

Norme valide (v. validité)

Nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC)

Désigne l'ensemble des technologies étant apparues durant les dernières décennies du XXe siècle et permettant le transport d'informations et de communications à la vitesse de l'instantanéité, en recourant au langage numérique. Sans s'y résumer, elles correspondent en grande partie à l'Internet.

Numérique

Langage informatique appliqué aux textes, aux sons et aux images, qui exprime les données dans un code binaire, c'est-à-dire à partir de 0 et de 1. Il s'agit d'un facteur extraordinaire de convergence mondiale, posant la question d'une fusion parallèle des droits.

Organisation para-étatique

Structure composée de membres issus de la société civile et de l'ordre économique, totalement indépendante du cadre étatique et établissant des règles propres afin de régir ses activités.

Ordre de confiance

Par opposition à l'ordre de contrainte kelsenien, ensemble de normes respectées en raison du besoin de confiance présidant aux activités en ligne et non du fait de possibles sanctions étatiques. La sanction correspond en l'occurrence à la défiance, au rejet ou à la publicité dénigrante.

Ordre spontané

Autre manière de désigner la société civile, par référence au droit spontané qu'elle produit et par opposition à l'ordre artificiel de l'Etat. Sur l'Internet, il est essentiellement constitué par les communautés virtuelles.

Paradigme du réseau

Dès lors qu'il n'existe plus de rapports hiérarchiques entre les normes, que celles-ci existent indépendamment les unes des autres, les Professeurs François Ost et Michel Van de Kerchove proposent un nouveau paradigme, subrogeant la « pyramide » kelsenienne : le « réseau ». Il est frappant de remarquer combien le droit de l'Internet et, plus globalement, le droit postmoderne correspondent remarquablement à ce modèle, alors que celui-ci a été élaboré en se référant à ces éléments seulement de manière très parcimonieuse.

Parlement virtuel

Figure permettant de désigner les phénomènes d'institutionnalisation de l'autorégulation. Pour autant, il ne saurait s'agir à l'heure actuelle que d'un raccourci sémantique ; il n'existe dans les faits aucun Parlement virtuel semblable au Parlement étatique.

Pluralisme juridique

État du droit dans lequel l'Etat ne possède plus le monopole de la normativité, de multiples ordres édictant les règles qui constituent, *in fine*, ce que l'on appelle droit postmoderne. À l'inverse, selon le monisme juridique, aujourd'hui obsolète, il n'est de droit et de normes qu'étatiques.

Pluralisme ordonné

Selon le Professeur Mireille Delmas-Marty, état du droit tel qu'il existera lorsque les ordres juridiques privés se seront suffisamment organisées pour ne plus édicter leurs règles de manière indépendante et sans concertation. Apparaîtront alors des institutions paraétatiques leur permettant de débattre d'un droit consensuel et structuré, sans pour autant que ne puisse réapparaître la « pyramide » de Kelsen.

Pluralisme théorique

Le droit postmoderne conduit inexorablement, d'un point de vue théorique, à un stade pré-paradigmatique dans lequel les auteurs s'affrontent et proposent une multitude d'alternatives. Règne alors l'incertitude quant aux modèles et aux qualifiants. Implicitement, le fait qu'apparaisse un enchevêtrement de théories avalise le paradigme du réseau.

Pôle de normativité

Ensemble organisé de sources du droit. Le pôle de normativité dominant le droit moderne était l'Etat. Aujourd'hui, il s'agit davantage de l'ordre économique et de la société civile, à travers l'autorégulation.

Police des activités en ligne

Alors que, dans la « vie réelle », l'Etat se trouve chargé de rechercher l'exercice d'éventuelles activités illégales, dans la sphère immatérielle, ce sont les internautes eux-mêmes qui effectuent ce travail de police et qui répriment les éventuels « délits » à travers la sanction sociale.

Polycentrisme juridique

Idée similaire à celle de pluralisme juridique et évoquant le fait qu'il n'existe plus un seul et unique foyer de normativité mais une multitude d'ordres différents, ce qui annihile le paradigme étato-centré de la pyramide.

Postmodernité juridique (v. droit postmoderne)

Privatisation de la justice

Tendance des internautes à délaisser le cadre de la justice étatique et à privilégier les mesures alternatives de résolution des conflits en raison des gains de temps et financiers que celles-ci permettent.

Privatisation du droit

Tendance résultant des phénomènes de l'autorégulation et de la co-régulation selon laquelle la production des normes serait de plus en plus l'apanage de la société civile et de l'ordre économique.

Procéduralisation du droit

Tendance des normes supérieures à ne plus fixer qu'un cadre formel quant à l'édiction de leurs subordonnées. Concernant le fond du droit, l'administration ou même le législateur profitent alors de davantage de latitude.

Projet de droit

En résonance avec les projets et propositions de lois émanant des ministres et parlementaires – qui ont longtemps possédé ainsi un monopole de l'initiative normative –, ce terme évoque la possibilité pour un ou plusieurs membres de la

société civile ou de l'ordre économique d'initier le processus. Ces intentions peuvent être concrétisées par le législateur, mais aussi par la sphère privée elle-même, à travers l'autorégulation.

Pyramide renversée

Métaphore illustrant le fait que, parfois, ce sont les normes situées à un rang inférieur qui influencent leurs supérieures, et non l'inverse comme le prévoit pourtant la théorie positiviste. Notamment, il arrive de plus en plus fréquemment que les choix opérés par les juges, en particulier ceux relevant des cours suprêmes, impactent directement le contenu des lois postérieures ou, même, mènent à la rédaction de textes exprès.

Rationalité juridique

Les particularités de la technologie internetique et des activités l'empruntant obligent le droit, afin de ne pas se trouver irrémédiablement empreint d'inefficacité, à rechercher en premier lieu la pertinence concrète et le rapport à la pratique. Ainsi, que ce soient le législateur ou les ordres privés, tous ont intérêt à étudier les phénomènes concrets qui se développent dans le monde immatériel avant de chercher à faire œuvre de normativité. Seulement, cela s'avère irrémédiablement plus aisé pour les seconds.

Réel

À l'heure de la postmodernité juridique, toute analyse se voulant presciente et congruente se doit de ne s'attacher qu'aux seuls faits, sans emprunter des raccourcis conceptuels qui, dans ce cadre d'ultracomplexité, conduiraient nécessairement à des écueils irréparables. L'élaboration du droit, en outre, doit répondre à la même logique pragmatique.

Régulation coopérative (v. co-régulation)

Réinvention du droit

Idée selon laquelle les bouleversements technologiques accompagnant le passage au XXIe siècle impacteraient fortement la sphère juridique, si bien que les juristes se trouveraient dans l'obligation de repenser les notions et modèles qu'ils ont longtemps appréhendés comme des vérités incontestables. Cela s'applique évidemment en premier lieu à a théorie kelsenienne.

Relativisme

Doctrine philosophique selon laquelle les connaissances humaines ne sauraient qu'être partielles et donc imparfaites. Partant, toute analyse théorico-juridique doit s'habiller de modestie tant elle ne saurait décrire le réel que très approximativement.

République des juges (v. gouvernement des juges)

Réseau de normes (v. paradigme du réseau)

Réseau de pyramides (v. hétérarchie des normes)

Révolution numérique

Expression mettant en exergue le fait que les inventions du numérique puis de l'Internet ont modifié le monde en profondeur. Tandis que la révolution industrielle s'était étalée sur plusieurs décennies, produisant ses effets relativement lentement au cours des XVIIIe et XIXe siècles, celle du numérique a emporté une refonte de la planète en seulement quelques années.

Risque (v. gestion des risques)

Sanction sociale

Le droit privé de l'Internet, dominant, ne saurait par définition être mis en œuvre par l'Etat. Pourtant, il existe bien un pouvoir coercitif, mais celui-ci réside en les mains des internautes. En pratique, il se traduit par la publicité de la mesure, l'ostracisme, la déconnexion ou encore la déconnexion. Il n'est néanmoins pas encore certain que la force contraignante de la sanction sociale ait atteint celle des positives privation de liberté ou amende pécuniaire.

Sécurité juridique (v. insécurité juridique)

Siècle internetique

Le passage d'un siècle à l'autre – et même d'un millénaire à l'autre – a coïncidé avec l'extraordinaire émancipation des technologies de l'information et de la communication, et notamment de l'Internet. Aussi le réseau est-il en passe de dominer le monde – par exemple il devient un paradigme dominant de la théorie juridique –, si bien que qu'employer l'expression siècle internetique est sans doute lui rendre justice.

Société civile

Désigne la population, en l'occurrence des internautes, par opposition à la classe politique et aux membres de l'ordre économique. Il s'agit d'une sorte des « tiers-état » moderne.

Société de droit

Selon le Professeur Guy Carcassonne, une « société de droit » subrogerait l'Etat de droit. Par là, l'auteur indique combien la sphère privée se trouve désormais mobilisée au sein des processus normatifs, loin du temps où elle ne faisait qu'élire ses représentants. Dans la « société de droit », les normes se créent en réseau et forment un « réseau » (*cf.* CARCASSONNE (G.), « Société de droit contre État de droit », in *L'État de droit, mélanges en l'honneur de G. Braibant*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 60 s.).

Société de l'information

Notion issue du vocabulaire communautaire et désignant l'état postmoderne de la société, soit celui dans lequel les nouvelles technologies de l'information et de la communication jouent un rôle central, quel que soit le domaine concerné, de l'économie au droit, de la sociologie à la philosophie. La société de l'information succède à la société moderne, c'est-à-dire la société industrielle qui naquit de la révolution industrielle.

Société hétérarchique

État de la société dans lequel l'Etat et les gouvernants n'effectuent plus les choix seuls mais partagent leur pouvoir avec la société civile et l'ordre économique. Cela s'illustre par l'autorégulation et la fabrique d'un droit spontané.

Société postmoderne (v. société de l'information)

***Soft law* (v. droit mou)**

Source informelle du droit

Cette expression permet d'appréhender la société civile et l'ordre économique lorsqu'ils influencent directement les textes de loi par diverses propositions ou recommandations. Elle raisonne fortement avec l'idée de « législateur scribe », mais également avec celle de co-régulation.

Souveraineté technologique (v. technocratie)

Stade pré-paradigmatique

État de la théorie du droit lorsqu'un modèle qui a longtemps dominé se trouve de plus en plus contesté et se laisse lentement subroger par un nouveau paradigme, alors que le débat entre juristes s'intensifie et que l'effectivité de ce changement n'est reconnue que par une partie de la doctrine.

Stratification du droit

Idée selon laquelle le droit demeurerait marqué par des signes forts de hiérarchisation, mais sans que les normes supérieures soient nécessairement moins nombreuses que les normes inférieures.

Technocratie

Dans le cadre de la société postmoderne, la technicité des enjeux en présence oblige les gouvernants à se délester de certaines de leurs prérogatives au profit de spécialistes davantage au fait desdits enjeux et donc plus aptes à produire des normes pertinentes et efficaces. Bien qu'elle permette de « sauver le droit », cette prééminence de la technique ne manque pas d'interroger gravement à différents points de vue et en particulier socialement.

Technologies de l'information et de la communication (v. nouvelles technologies de l'information et de la communication)

Temps du droit, temps de l'Internet

Le droit de l'Internet emporte un principal constat : l'Etat s'avère impotent tout d'abord en raison de la lenteur de ses processus de genèse de la norme. Ainsi, les textes édictés – *a fortiori* lorsqu'ils transposent des directives communautaires – sont bien souvent dépassés par les évolutions technologiques lorsqu'ils entrent en vigueur. Leur utilité se trouve réduite à néant et des formes parallèles de production juridique les suppléent. Pour se sauver, l'Etat devrait donc rattraper le temps du droit.

Théorie des révolutions scientifiques

Cette théorie, établie par Thomas Kuhn, permet de démontrer que, lorsque des méthodes jusque-là dominantes se trouvent confrontées à des difficultés qu'elles ne parviennent pas à endiguer, lorsque des faits nouveaux suscitent des difficultés d'interprétation, lorsque les circonstances et les perceptions

scientifiques évoluent, de nouvelles méthodes sont susceptibles de supplanter les premières parce que, tout simplement, elles sont devenues plus convaincantes.

Transgouvernementalisme

Selon le Professeur Karim Benyekhlef, qui développe cette notion, le système international doit aujourd'hui dépasser le stade du simple conglomérat d'Etats afin de permettre l'élaboration d'un droit réellement mondial. Pour cela, des institutions internationales efficientes doivent être mises en place et une collaboration proche de l'intégration entre les différentes administrations se faire jour.

Transnationalité du réseau

Le réseau de réseaux que constitue l'Internet, du fait de son immatérialité et de sa décentralisation, évolue de manière totalement libre entre les pays. C'est là l'un de ses principaux caractères : il transcende totalement les barrières géopolitiques. Cela explique les terribles troubles que rencontre le cadre étatique, celui-ci étant, tout autant que son droit, précisément circonscrit par ses frontières.

Ultracomplexité juridique

Prenant la suite de la complexité juridique – situation dans laquelle l'État peine à appréhender justement le contexte socio-technique dans lequel il est sensé faire œuvre de droit –, l'ultracomplexité juridique désigne une conjoncture si étrange du point de vue des cadres classiques que l'État ne parvient plus à saisir les enjeux en présence et, ainsi, à intervenir utilement. Dès lors, ce sont des sources plus proches de la réalité et de ses aboutissants qui le suppléent, notamment la société civile et l'ordre économique.

Uniformisation du droit

La globalisation, en ce qu'elle permet des communications et des échanges « naturellement » internationaux, la convergence progressive des comportements au niveau mondial, emporte – à un degré qu'il reste à démontrer – une uniformisation des règles de droit applicable. Le droit de l'Union européenne est une première pierre posée vers l'unité du droit et la recréation d'un Etat de droit supranational.

Validité

Que ce soit pour la théorie positiviste ou toute autre, la question centrale concerne la validité du droit, c'est-à-dire sa force normative obligeant les sujets

à mettre leurs comportements en conformité avec lui. Or, dans l'espace du droit postmoderne, la validité n'est plus formelle, elle ne résulte plus du respect de la structure de la « pyramide ». La prégnance de la norme est désormais le fruit de son acceptation sociale et du consensus qu'a pu établir son élaboration.

Vide juridique

Situation dans laquelle n'existe nulle norme susceptible de trouver application. De nombreux auteurs – mais rarement des juristes – ont soutenu que l'Internet, à ses débuts, constituait ainsi une « zone de non droit ». En réalité, il s'agit là d'une grave erreur d'appréciation car la liberté, qui existe nécessairement en l'absence de norme concrète, constitue déjà une forme de droit, fût-ce la plus sommaire. De plus, l'interdiction faite au juge de procéder à un déni de justice les oblige irrémédiablement à opter en faveur d'une quelconque règle juridique.

Village global, village planétaire

Expression pensée par Marshall Mc Luhan (*Global Village*) dès 1967 afin de décrire les effets de la mondialisation, de la globalisation et du développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Ainsi, ces phénomènes conduiraient à une uniformisation des modes de vie et de la culture à l'échelle de la planète. Se pose alors nécessairement la question d'une uniformisation du droit.

Zone de non droit (v. vide juridique)

GLOSSAIRE
DU POSITIVISME JURIDIQUE
ET LEXIQUE GENERAL

Centralisation de la production du droit

Selon la conception kelsenienne, les normes ne sauraient émaner que d'un unique foyer de normativité : l'État. Ainsi la production de droit est-elle pensée totalement centralisée sur les institutions administratives, mettant en œuvre leurs prérogatives de puissance publique et peu important le fait que, par ailleurs, elles soient – dans leur structure – décentralisées territorialement. La centralisation est un gage d'efficacité du droit à travers son unicité.

Contrainte étatique

Dans un sens positiviste, il n'y a de droit qu'alors qu'existe une contrainte étatique assurant de la mise en œuvre de la norme. Ainsi Kelsen qualifie-t-il le droit d' « ordre immanent de contrainte », cet élément étant seul susceptible de distinguer le droit des autres ordres sociaux. L'ordre de contrainte étatique est centralisé et limité dans son domaine de validité territoriale. C'est en premier lieu l'existence de cette contrainte étatique qui pousse les citoyens à agir en totale obéissance au droit ; il s'agit donc d'une notion centrale de la pensée kelsenienne.

Conception dynamique du droit

Suivant cette acception du droit, un ordre juridique prévoit nécessairement ses propres conditions d'évolution, si bien que les successions de normes relèvent d'une même unité, homogène et indépendante. La hiérarchie des normes illustre à merveille ce que peut être la dynamique du droit puisque les règles découlent toutes d'une norme fondamentale et s'enchaînent de manière à former ce que Paul Amselek qualifie de « cascades d'édiction de norme ».

Conception statique du droit

La pyramide des normes peut être appréhendée en tant que système statique de normes dès lors qu'elle est composée d'un ensemble de normes également valides à un moment donné et ne faisant que mettre en œuvre leurs normes supérieures, de telle façon qu'elles ne connaissent nulle marge de manœuvre. Surtout, selon Kelsen, ce sont les normes morales qui relèvent de cette

conception puisqu'elles sont par définition toutes contenues au sein d'une norme unique et suprême.

Définition

« Opération consistant à déterminer la signification d'une expression linguistique au moyen d'autres expressions linguistiques » (*cf.* OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 270).

Démocratie représentative

Système politique dans lequel les citoyens désignent certains d'entre eux afin qu'ils les représentent au sein des institutions politiques. Par la suite, ils possèdent seuls le pouvoir d'édicter le droit durant la durée de leurs mandats. La seule exception possible est alors le recours au référendum.

Droit

Ensemble de normes. Par exemple, le droit de l'Internet est l'ensemble des normes applicables au réseau.

Droit moderne

Désigne l'ensemble des doctrines de la seconde partie du XXe siècle se prévalant de la « théorie pure du droit » de Kelsen et cherchant sa mise en œuvre. Le droit moderne postule donc la toute puissance du droit étatique et de la hiérarchie des normes.

Droit prémoderne

État du droit ayant précédé, en France, les grandes codifications du début du XIXe siècle, lesquelles ont marqué le passage à la modernité juridique.

Droit positif (v. positivisme juridique)

Dynamique du droit (v. conception dynamique du droit)

État moderne

L'État moderne est souverain et omnipotent, il a le monopole du droit et de la contrainte à l'intérieur de ses frontières et est suffisamment informé pour édicter des normes et rendre une justice justes et adaptées.

Formalisme (v. validité formelle)

Frontière

En même temps que le droit positif se fixe sur le cadre étatique, il se fixe nécessairement sur ses limites territoriales, ses frontières. Différents ordres étatiques coexistent ainsi côte à côte sans entrer en conflit.

Grundnorm

Parti pris par Kelsen selon lequel existerait une métanorme supérieure à la Constitution et fondant la conformité de l'ensemble de l'ordre étatique. Elle affirmerait : « il faut se comporter de la manière que la Constitution prescrit ». L'auteur viennois constate simplement que c'est là le seul moyen pour lui de ne pas voir toute la crédibilité de sa « pyramide » s'écrouler puisque, si la norme située au sommet n'était pas légitime, il en adviendrait de même pour l'ensemble de l'ordre de droit. Et la preuve que cette norme fondamentale existe serait que les normes sont « en gros et de façon générale appliquées et observées ».

Hiérarchie des normes (v. pyramide des normes)

Monisme juridique

Doctrine selon laquelle l'État demeure irréfragablement tout puissant. Ainsi, dans un cadre international, le droit demeure le fait des États, seuls capables de l'édicter et aptes à s'en départir unilatéralement. Partant, le droit est uniquement le fait de l'État, quelles que soient les circonstances ; il doit être l'unique foyer de normes.

Normativisme

Appellation générique de la théorie positiviste développée par Hans Keslen. Le droit ne saurait émaner d'une autre source que de l'État et doit, pour être valide, s'inscrire dans le cadre de la « pyramide » des normes.

Norme

Tout élément susceptible de produire des effets de droit, soit de contraindre un individu à adopter un comportement déterminé et qui n'aurait pas été naturellement le sien. La norme est donc fonction de l'appréhension subjective de la valeur de l'obligation par le sujet. Un acte humain quelconque, par exemple un commandement, fait l'objet d'une interprétation psychologique ou sociologique, si bien qu'il peut être appréhendé comme porteur d'une signification juridique.

Norme étatique

Désigne toute règle de droit émanant de la mise en œuvre de ses pouvoirs régaliens par l'État et étant contenu dans la hiérarchie des normes.

Nome explicite

Une norme explicite ou objective est le résultat du respect du formalisme et de la hiérarchie des normes. Son contenu importe peu puisque sa légitimité a pour seule origine le respect de ses règles juridiques supérieures. Partant, l'appréhension subjective de la valeur du droit n'emporte aucune conséquence ; le droit positif n'est fait que de normes explicites.

Norme fondamentale (v. *grundnorm*)

Norme objective, norme subjective

Kelsen distingue la norme objective, édictée en vertu d'un cadre juridique précis et légitime, et la norme subjective, soit la volonté unilatérale de voir quelque un se comporter d'une certaine façon. Cette dernière ne saurait être valide au sens du positivisme juridique.

Norme primaire

Hart distingue les normes relatives aux modèles de comportement (normes primaires) des normes liées à la production du droit et qui ont donc pour mission d'identifier les premières et de les mettre en œuvre (normes secondaires). Les unes sont ainsi subordonnées aux autres et l'auteur britannique voit en cette distinction l'origine de la validité et de l'unité du droit positif.

Ordre de contrainte (v. contrainte étatique)

Ordre juridique

Ensemble cohérent et homogène de sources de normes. On trouve par exemple le droit international, le droit interne ou le droit émanant de la société civile. Les ordres juridiques permettent de découper en différents secteurs particuliers le droit dans son acception la plus globale qui soit.

Ordre juridique dynamique, ordre juridique statique (v. Conception dynamique du droit, conception statique du droit)

Paradigme de la pyramide (v. pyramide des normes juridiques)

Positivisme juridique

Selon les positivistes, le droit ne saurait avoir d'autre origine que l'État. En particulier, la nature ou Dieu ne peuvent pas être sources d'obligations juridiques. Le droit positif est le seul droit objectivement en vigueur à un moment et sur un territoire donné.

Positivisme légaliste

Pour les positivistes légalistes, le droit édicté par l'État et les autorités politiques se suffit à lui-même ; le droit se réduit à la loi. C'est sans doute la forme la plus prononcée de la pensée kelsenienne.

Positivisme méthodologique

Selon les tenants du positivisme méthodologique, seul le droit positif doit être étudié par les juristes. Il s'agit alors de décrire le droit tel qu'il s'applique et seulement le droit qui s'applique, loin de toute appréciation morale. Selon Kelsen, seule une telle analyse peut être exacte.

Pouvoir central (v. centralisation de la production du droit)

Pouvoir de contrainte (v. contrainte)

« Pyramide » des normes juridiques

Métaphore imaginée par Kelsen afin d'illustrer le phénomène selon lequel les normes juridiques sont créées de manière organisée et linéaire à travers le respect des normes supérieures qui leur confèrent leur validité formelle. Ces dernières (Constitution puis lois) étant nécessairement moins nombreuses que

les normes inférieures (règlements puis actes administratifs), cet agencement des règles de droit forme synthétiquement une pyramide.

Régulation sociale

La fonction première du droit est de permettre la coexistence pacifique des individus. Ainsi, la recherche de l'efficacité normative est un enjeu de premier ordre en ce qu'il doit permettre d'éviter l'émergence de conflits ou même de guerres.

Sanction étatique

Intimement liée à l'idée de contrainte, la crainte de la sanction étatique est pour le citoyen la raison première de la mise en conformité de son comportement à la norme. L'ordre juridique étatique comporte donc nécessairement un arsenal de sanctions afin de permettre son respect. Selon Kelsen, une norme juridique est toujours attachée à une sanction.

Sein et *sollen*

Kelsen distingue le *sein* et le *sollen*, soit l'être et le devoir-être. Ainsi, indirectement, oppose-t-il le fait et la norme. L'État est pour l'auteur prussien la source des devoirs-être.

Source classique du droit

Permet de désigner l'État lorsque, suivant une acception positiviste, il est le foyer principal de normativité.

Source formalisée de droit (v. formalisme)

Statique du droit (v. conception statique du droit)

Territorialité du droit (v. frontière)

Unité du droit

Kelsen place au cœur de sa théorie l'idée d'unité du droit. Partant, si l'État est omnipotent, c'est essentiellement afin de garantir l'homogénéité et donc l'efficacité des règles juridiques. Dès lors que les normes s'avèrent subordonnées les unes aux autres et découlent toutes *in fine* de la norme fondamentale, elles forment un ensemble unitaire.

Validité formelle

Le droit étatique tire toute sa force et sa légitimité du respect d'un formalisme précis. Principalement, il se trouve précisé au sein de la Constitution, puis dans les lois et les règlements. Ici, la pertinence subjective et intrinsèque d'un texte compte moins que sa conformité à ses supérieurs ; le formalisme est la traduction concrète de la « pyramide » des normes juridiques.

BIBLIOGRAPHIE INTEGRALE

I / Ouvrages généraux et spécialisés

ANDRE (B.) et PIETTE-COUDOL (Th.), *Internet et le droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 1999

ARNAUD (A.-J.) :

* *Critique de la raison juridique vol. 2. Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, Paris, 2003

* *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, Paris, 1991

ARNAUD (A.-J.) et FARINAS DULCE (M. J.), *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 1998

ASSIER-ANDRIEU (L.), *Le droit dans les sociétés humaines*, Nathan, Paris, 1996

ASSOCIATION SUISSE D'ETUDE DE LA CONCURRENCE ET LE CENTRE DE DROIT COMPARE ET EUROPEEN DE LA FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITE DE LAUSANNE, *Le droit au défi d'Internet : actes du colloque de Lausanne (tenu le 28 février 1997)*, Droz, Genève, 1997

ATTALI (J.), *Demain, qui gouvernera le monde ?*, Fayard, Paris, 2011

BACHELARD (G.), La formation de l'esprit scientifique, Vrin, Paris, 1977

BADIE (B.), *La fin des territoires*, Fayard, Paris, 1995

BAKIS (H.), *Les réseaux et leurs enjeux sociaux*, PUF, Paris, 1993

BALLE (F.), *Médias et sociétés*, Montchrestien, 14e éd., Paris, 2009

BAUDELAIRE (Ch.), *Le Spleen de Paris (Petits Poèmes en prose)* (1862), Librairie générale française, 2003

BECHILLON (D. de) :

* *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives*, Economica, Paris, 1996

* *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, Paris, 1997

BELLESCIZE (D.) et FRANCESCHINI (L.), *Droit de la communication*, PUF, coll. Thémis droit public, Paris, 2005

BELLEY (J.-G.), dir., *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, Paris, 1996

BENSOUSSAN (A.), dir., *Internet, aspects juridiques*, Hermès, Paris, 1998

BENYEKHLEF (K.) et *alii*, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Themis, Montréal, 2008

BLAMPAIN (J.) et PALUT (L.), *Résistance sur Internet, utopie technologique contre logique marchande*, L'Harmattan, Paris, 2000

BLANDIN-OBERNESSER (A.), dir., *L'Union européenne et Internet : entre logique de marché et préoccupations citoyennes*, Travaux de la Commission pour l'étude des Communautés européennes (CEDECE), Publications du Pôle européen Jean-Monnet, Université Rennes I, Rennes, 2001

BOBBIO (N.) :

* *Essais de théorie du droit (Recueil de textes)*, LGDJ, coll. La pensée juridique, Paris, 1998

* Teoria de la scienza giuridica (non traduit), Giappichelli, Turin, 1950

CARBONNIER (J.),

* *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, Paris, 1996

* *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10è éd., LGDJ, Paris, 2001

CARRÉ DE MALBERG (R.) :

* *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degré avec les institutions et les idées consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Sirey, Paris, 1933

* *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, Sirey, Paris, 1920

CASSIA (P.) et OLSON (T.), *Le droit international, le droit européen, et la hiérarchie des normes*, PUF, coll. Droit et justice, Paris, 2006

CASTELLS (M.) :

* *La galaxie Internet*, Fayard, Paris, 2001

* *La société de l'information*, t. 1 (L'ère de l'information), Fayard, Paris, 1998

* *La société en réseau, l'ère de l'information*, Fayard, Paris, 2001

* The power of identity, Blackwell *Publishers*, Malden (Mass), 2004

CASTETS-RENARD (C.), *Droit de l'Internet*, Montchrestien-Lextenso, Paris, 2009

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : principes constitutionnels et justifications dans les discours juridiques*, Economica, Paris, 2001

CHEVALLIER (J.) :

* *Le droit en procès*, PUF, Paris, 1984

* *L'État*, Dalloz, Paris, 1999

* *L'État postmoderne*, LGDJ, Paris, 2003

CHEVALIER (J.-M.) et *alii*, *Internet et nos fondamentaux*, PUF, Paris, 2000

CLAM (J.) et MARTIN (G.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Paris, 1998

COHEN-TANUGI (L.) :

* *Le Droit sans l'État*, PUF, Paris, 1985

* *Le nouvel ordre numérique*, Odile Jacob, Paris, 1999

COLOMBAIN (J.), *La cyberculture*, Milan, Paris, 1997

COMMAILLE (J.) et JOBERT (B.), dir., *Les métamorphoses de la régulation politique*, LGDJ, Paris, 1998

COMBACAU (J.) et SUR (S.), *Droit international public*, Montchrestien, 5e éd., 2001

COMMISSION FRANÇAISE POUR L'UNESCO, *La société de l'information : glossaire critique*, La documentation française, Paris, 2005

DECAUX (E.), *Droit international public*, Dalloz, coll. droit public-science politique, Paris, 1997

DELEUZE (G.) et GUATARI (F.), *Mille plateaux. Capitalisme et schizophrénie*, Minuit, Paris, 1980

DELMAS-MARTY (M.) :

* *Pour un droit commun*, Le Seuil, Paris, 1994

* *Trois défis pour un droit mondial*, Le Seuil, Paris, 1998

DELPRAT (L.) et HALPERN (C.), Communication et Internet : pouvoirs et droits, Vuibert, Paris, 2007

DERIEUX (E.) et GRANCHET (A.), *Droit des médias, Droit français, européen et international*, LGDJ, coll. Manuels droit public, 6e éd., Paris, 2010

DEVIN (G.), *Sociologie des relations internationales*, La Découverte, Paris, 2002

DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français*, PUF, Paris, 1998

FAGET (J.), *Le rhizome pénal. Milieu ouvert et décentralisation de la politique criminelle*, Conseil de la recherche du Ministère de la Justice, Bordeaux, s. d.

FAUCHOUX (V.) et DEPREZ (P.), *Le droit de l'Internet : lois, contrats et usages*, Litec, Paris, 2008

FAVOREU (L.), dir., *Droit constitutionnel*, 5e éd., Précis Dalloz, Pans, Dalloz, 2002

FERAL-SCHUHL (Ch.), *Cyberdroit 2011 / 2012*, Dalloz, 5e éd., Paris, 2010

FLICHY (P.), *L'imaginaire d'Internet*, La Découverte, Sciences et société, Paris, 2001

FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET**,** *Rapport d'activité année 2008*, La documentation française, Paris, 2009

FOUCAULT (M.), *Histoire de la sexualité, tome 1 : La volonté de savoir*, Gallimard, Paris, 1975

FRANCOIS (L.), *Le problème de la définition du droit. Introduction à un cours d'évolution de la philosophie du droit à l'époque contemporaine*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, Liège, 1978

FRAYSSINET (J.), LUCAS (A.) et *alii*, Droit de l'informatique et de l'Internet, PUF, Paris, 2001

FRISON-ROCHE (M.-A.), *Les 100 mots de la régulation*, PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 2011

FUKUYAMA (F.), *La confiance et la puissance. Vertus sociales et prospérité économique*, Plon, Paris, 1997

GANSHOF VAN DER MEERSCH (W. J.), *La Hiérarchie des normes : aspects de droit public, de droit international et de droit européen*, S. l, 1975

GAUCHET (M.), *La religion dans la démocratie*, Gallimard, Paris, 1998

GAUDEMET (J.), *Sociologie historique du droit*, PUF, coll. doctrine juridique, Paris, 2000

GAUTRON (J.-C.), *Droit européen*, 7e éd., Dalloz, coll. Mémento, Paris, 1995

GENTOT (M.), *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, Paris, 1991

GHORRA-GOBIN (C.), *Dictionnaire des mondialisations*, Armand Colin, Paris, 2006

GIBSON (W.), *Neuromancien*, trad. Jean Bonnefoy, J'ai lu, coll. SF, Paris, 1984

GIDDENS (A.), *Les conséquences de la modernité*, L'Harmattan, Paris, 1994

GREFFE (X.) et SONNAC (N.), dir., *Culture Web*, Dalloz, Paris, 2008

GUALINO (J.), *Dictionnaire pratique informatique, Internet et nouvelles technologies de l'information et de la communication*, Gualino, Paris, 2006

HAAS (G.), *Internet et protection des données personnelles*, Litec-jurisclasseur, Paris, 2004

HABERMAS (J.), *La technique et la science comme idéologie*, Gallimard, coll. Les essais, Paris, 1973

HART (H. L. A.), *Le concept de droit* (trad. de *The concept of law*, Oxford, 1961, par Michel Van de Kerchove), Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976

HAYEK (F.), *Droit, législation, liberté*, t. 1, PUF, Paris, 1979

HELD (D.), Cosmopolitan démocracy, Polity *press*, Cambridge, 1995

HERRERA (C. M.), *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Kimé, Paris, 1997

HIRVONEN (A.), Polycentricity. The multiple scènes of law, Pluto *Press*, Londres, 1998

HOBBES (Th.), *Léviathan ou traité de la matière, de la forme et du pouvoir ecclésiastique et civil*, trad. Philippe Folliot, Gallimard, coll. Folio, Paris, 2000

HOFSTADTER (D. R.),

* Gödel Escher, Bach *: les brins d'une guirlande éternelle*, Inter Éditions, Paris, 1985

* *Je suis une boucle étrange*, trad. Julien Bambaggi et Bella Arman, Dunod, Paris, 2008

HUITEMA (Ch.), *Et Dieu créa l'Internet...*, Eyrolles, Paris, 1995

IGALENS (J.) et PENAN (H.), *La normalisation*, PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 1994

ITEANU (O.), *Internet et le droit*, Eyrolles, Paris, 1996

KELSEN (H.) :

* *Théorie générale des normes*, trad. Olivier Beaud et Fabrice Malkani, PUF, Paris, 1996

* *Théorie générale du droit et de l'État. Suivi de la doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, trad. Béatrice Laroche et Valérie Faure, L.G.D.J. – Bruylant, coll. La pensée juridique, Paris, 1997

* *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Dalloz, 2e éd., Paris, 1962

* *Théorie pure du droit*, trad. Henri Thévenaz, La Baconnière, 1ère éd., Paris, 1953

KUHN (T. S.), *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, Paris, 1991

LACHAUME (J.-F.), *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français*, LGDJ, Paris, 1966

LARRIEU (J.), *Droit de l'Internet*, Ellipses, Paris, 2010

LATOUR (B.), *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, Paris, 2002

LECLERCQ (J.), *Du droit naturel à la sociologie*, t. 1, Spes, Paris, 1960

LE METAYER (D.), *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Bruylant, Bruxelles, 2010

LEPAGE (A.), Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'Internet, Litec, coll. Droit@litec, Paris, 2003

LESSIG (L.), Code and Other Laws of Cyberspace, *Basic Books*, New-York, 1999

LEVY (P.) :

* *Cyberculture, Rapport au Conseil de l'Europe dans le cadre du projet « Nouvelles technologies : coopération culturelle et communication »*, Odile Jacob, Paris, 1997

* *Qu'est-ce que le virtuel ?* La découverte, coll. Poche, Paris, 1998

LINNANT DE BELLEFONDS, *Le droit du commerce électronique*, PUF, coll. Que sais-je, Paris, 2005

LYON-CAEN (G.), *Le droit conventionnel du travail*, Dalloz, Paris, 1963

MAGNETTE (P.) et REMACLE (E.), dir., *Le nouveau modèle européen*, vol. 1 : *Institutions et gouvernance*, éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2000

MALAURIE (Ph.), *Introduction à l'étude du droit*, Cujas, Paris, 1991

MATHIAS (P.), *Qu'est-ce que l'Internet ?* Vrin, coll. Chemins philosophiques, Paris, 2009

Mc LUHAN (M.), *Message et Massage, un inventaire des effets*, éd. Jean-Jacques Pauvert, Paris, 1968 (titre original : « *The medium is the massage, an inventory of effets* »)

MERLEAU-PONTY (M.) :

* *Les aventures de la dialectique*, Gallimard, Paris, 1955

* *Le visible et l'invisible*, Gallimard, Paris, 1964

MICHALET (M.), *Qu'est-ce que la mondialisation ? Petit traité à l'usage de ceux qui ne savent pas encore s'il faut être pour ou contre*, La découverte, coll. Poche, Paris, 2004

MILLARD (E.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 2006

MONJAL (P.-Y.), *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, LGDJ, Paris, 2000

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Flammarion, Paris, 1995

MORAND (C.-A.), dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Paris, 2001

MOREAU-DESFARGES (Ph.), *La Gouvernance*, PUF, coll. Que sais-je, Paris, 2003

MUSSO (P.), *Télécommunications et philosophie des réseaux. La postérité paradoxale de Saint-Simon*, PUF, Paris, 1997

OLIVENNES (D.), *La gratuité, c'est le vol*, Grasset, Paris, 2007

OPPETIT (B.), *Théorie de l'arbitrage*, PUF, coll. Droit, Ethique et Société, Paris, 1998

OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, Paris, 1992

OST (F.), *Le temps du droit*, Odile Jacob, Paris, 1999

OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002

PAUL (Ch.), *Du droit et des libertés sur l'Internet : La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, Paris, 2000

PISANI (F.) et PIOTET (D.), *Comment le Web change le monde. L'alchimie des multitudes*, Pearson, Londres, 2008

QUERMONNE (J.-L.), *Le système politique européen. Des communautés économiques à l'Union politique*, Montchrestien, coll. Clefs politique, Paris, 1993

RAUCENT (L.), *Pour une théorie critique du droit*, Duculot, Gembloux, 1975

RHEINGOLD (H.), *Les communautés virtuelles, autoroutes de l'information : pour le meilleur ou pour le pire ?*, trad. Lionel Lumbroso, Addison-Wesley, coll. Mutations Technologiques, Boston,1995

RIGAUX (F.) :

* *Droit international privé*, t. 1, *Théorie générale*, Larcier, Bruxelles, 1977

* *Introduction à la science du droit*, Vie ouvrière, Bruxelles, 1974

* *La loi des juges*, Odile Jacob, Paris, 1997

RIGAUX (M.-F.), *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Larcier, Bruxelles, 1985

RIPERT (G.),

* *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, Paris, 1936

* *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 1955

ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, 2e éd., trad. Lucien François et Pierre Gothot, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », Paris, 1975

ROQUES-BONNET (M.-Ch.), *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?* Michalon, Paris, 2010

ROSANVALLON (P.), *La crise de l'État-providence*, Ed. Du Seuil, Paris, 1992

ROSENAU (J.), Turbulence in world politics, Harvester, New York, 1990

ROULAND (N.) :

* *Anthropologie juridique*, PUF, coll. Droit fondamental, Paris, 1988

* *Aux confins du droit, anthropologie juridique de la modernité*, Odile Jacob, Paris, 1991

ROULAND (N.) et *alii*, *Droit des minorités et droit des peuples autochtones*, PUF, Paris, 1996

SALAS (D.), *Les 100 mots de la justice*, PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 2011

SCHULTZ (Th.), *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, Bruylant, Bruxelles, 2005

SERRES (M.), *Hermès ou la communication*, Éd. de Minuit, Paris, 1968

SIEYES (E.-J.), *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, PUF, Paris, 1982

SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, PUF, coll. Droit fondamental, Paris, 2001

SLAUGHTER (A.-M.), A new world order, Princeton *university press*, Princeton, 2004

STIGLITZ (J.), *La Grande désillusion*, Fayard, Paris, 2002

TEUBNER (G.), *Droit et réflexivité. L'autoréférence en droit et dans l'organisation*, trad. N. Boucquey, Story-LGDJ, 1994

TIMSIT (G.), *L'archipel de la norme*, PUF, Paris, 1997

TROPER (M.), *Philosophie du droit*, PUF, Paris, 2003

TROPER (M.), BEAUD (O.) et *alii*, *La controverse sur : Kelsen contre Schmitt*, Panthéon-Assas, coll. Colloques, Paris, 2007

TROPER (M.), CHAMPEIL-DESPLATS (V.) et GRZEGORCZYK (Ch.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, Paris, 2005

TRUDEL (P.), BENYEKHLEF (K.) et *alii*, *Droit du cyberespace*, Thémis, Montréal, 1997

VELU (J.), *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités*, Bruylant, Bruxelles, 1992

VERBIEST (Th.), *Le nouveau droit du commerce électronique*, LGDJ, Larcier, Bruxelles, 2005

VERBIEST (T.), DEHOUSSE (F.) et ZGAJEWSKI (T.), *Introduction au droit de la société de l'information : synthèse en droits belge et européen*, Larcier, Bruxelles, 2007

VERDUN (F.), *La gestion des risques juridiques*, Éditions d'organisation, Paris, 2006

VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, LGDJ, Paris, 1960

WEBER (M.), *Le savant et le politique*, 10 X 18, coll. Bibliothèques, Paris, 2002

WERY (E.) et VERBIEST (Th.), *Le droit de l'internet et de la société de l'information, droits européen, belge et français*, Larcier, coll. Création information communication, Bruxelles, 2001

ZAGREBELSKY (G.), *Le droit en douceur*, trad. Michel Leroy, Economica, Paris, 2000

II / Thèses et mémoires

BERTHOU (R.), *L'évolution de la création du droit engendré par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, thèse Université de Rennes 1, 2004

CHIREZ (A.), *De la confiance en droit contractuel*, thèse Université de Nice, 1977

GAUTRAIS (V.), *Le contrat électronique international*, thèse Université de Rennes 1, 2002

LARROSA (V.), *Recherches dur la notion de hiérarchie en droit administratif français*, thèse Université de Toulouse, 1997

LAURENT (Ph.), *Logiciel libre : le droit d'auteur contre le droit d'auteur*, mémoire Master en droits intellectuels, Facultés universitaires de Bruxelles, 2003

QUERMONNE (J.-L.), *L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques en droit public français*, thèse Université de Caen, 1952

III / Articles et contributions

AMSELEK (P.) :

* « Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique », *RDP*, 1978, n° 1, pp. 5-9 ou in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n°1,1978, pp.13 s.

* « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *RRJDP*, 1er avril 2007, n° 5, pp. 557-581 ou in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 983-1014

AUTIN (J.-L.), « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », in MIAILLE (M.), dir., *La régulation, entre droit et politique*, L'harmattan, Paris, 1995, pp. 45 s.

ARRIGHI DE CASANOVA (J.), « La décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 et la hiérarchie des normes », *AJDA*, 2004, pp. 1534 s.

BARBRY (E.), « Le droit de l'Internet est devenu au fil des années un droit spécial », *La Gazette du Palais*, 23 octobre 2010, n° 296, pp. 14 s.

BASLE (M.), « Le programme eEurope : nécessité et effets d'un choc de politique publique à l'échelle de l'Union », in BASLE (M.) et PENARD (Th.), *eEurope, la société de l'information en 2010*, Economica, Paris, 2002, p. 409

BECHILLON (D. de), « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation, Réflexions critiques », *RRJDP*, 1994, n° 1, p. 252

BELLEY (J.-G.), « Une métaphore chimique pour le droit », in BELLEY (J.-G.), dir., *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 7 s.

BERTHOU (R.) :

* « La forumisation du droit : à propos des perspectives et enseignements d'une expérience originale de création du droit », *Revue Droit et Société*, 2005, n° 61, pp. 783-816

* « Le droit au gré d'Internet : à propos d'une réseautisation fort peu anodine de l'univers juridique », *Lex electronica*, printemps 2006, vol. 11, n° 1

BIGOT (J.-P.), « Dépolluer le numérique : le filtrage d'Internet est souhaitable mais pas sans une réforme de sa gouvernance », *Gazette du Palais*, 24 juillet 2010, n° 205, pp. 15 s.

BOURCIER (N.), « Internet, un vote pour la régulation », *Le Monde interactif*, 28 juin 2000, p. 2

BOY (L.), « La valeur juridique de la normalisation », in CLAM (J.) et MARTIN (G.), dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, Paris, 1998, p. 183

BRIBOSIA (E.) et DE SCHUTTER (O.), « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *J.T.*, 2001, p. 281

BRISSE (M.), « Retransmission sportive et piratage en ligne : la nécessaire évolution du droit », *Gazette du Palais*, 21 octobre 2008, n° 295, pp. 64 s.

CANIVET (G.), « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la bénévolence des juges », *RSC*, 2005, pp. 799 s.

CAPELLER (W.), « Un net pas très net », in *Le droit et l'immatériel, archives de philosophie du droit*, t. 43, Sirey, Paris, 1999, pp. 167 s.

CAPRIOLI (E.), « Aperçus sur le droit du commerce électronique (international). Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, p. 247

CARCASSONNE (G.) :

* « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 D.C. du 15 janvier 1975 ? », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 7, 1999, pp. 93 s.

* « Société de droit contre Etat de droit », in *L'Etat de droit, mélanges en l'honneur de G. Braibant*, Dalloz, Paris, 1996

CARDON (D.), « Comment Internet transforme la démocratie », *Alternatives économiques*, 2011, hors-série n° 89, pp. 79-82

CARON (Ch.) :

* « Faut-il réformer la loi LCEN ? », CCE, juin 2008, n° 6, repère 6

* « Le droit de l'Internet en noir et blanc », *CCE*, juillet 2009, n° 7, repère 7

* « Le *web* 2.0, évolution ou révolution ? », *CCE*, novembre 2007, n° 11, repère 10

CASSIA (P.), « L'article 1-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes », *JCP A*, 22 novembre 2004, n° 48, pp. 1508-1514

CHAPUS (R.), « De la valeur des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif », Dalloz, 1966, chron. 119

CHASSIGNEUX (C.), « La confiance, instrument de régulation des environnements électroniques », *RDUS*, 2007, n° 37, pp. 443-473

CHEVALLIER (J.) :

* CHEVALLIER (J.), « De quelques usages du concept de régulation », in MIAILLE (M.), dir., *La régulation, entre droit et politique*, L'Harmattan, Paris, 1995, pp. 71 s.

* « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », in MORAND (C.-A.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Paris, 2001, p. 38

* « Vers un droit postmoderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 3, 1998, pp. 659 s.

* « Vers un droit postmoderne ? », in CLAM (J.) et MARTIN (G.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. « Droit et Société », Paris, 1998, pp. 32 s.

CHOURAQUI (A.), « Normes sociales et règles juridiques : quelques orientations sur des régulations désarticulées », *Droit et société*, n° 13, 1989, pp. 417 à 434

COHEN-TANUGI (L.), « Le rôle premier du droit dans l'intégration européenne », in SCOTTO (M.), *Les institutions européennes*, Marabout, Paris, 1994, p. 133

CROZE (H.), « Internet : vers un droit et une déontologie internationaux ? », Gazette du Palais, 21 avril 2001 n° 111, pp. 3 s.

CROZIER (M.), « La crise des régulations traditionnelles », in MENDRAS (H.), *La sagesse et le désordre*, Gallimard, Paris, 1980, p. 376

DAVID (R.), « Les différentes conceptions de l'ordre social et du droit », in *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, Economica, Paris, 1982

DEHOUSSE (R.), « La procéduralisation dans le droit européen – Propositions institutionnelles », in SCHUTTER (O.), LEBESSIS (N.) et PETERSON (J.), dir., *La Gouvernance dans l'Union européenne*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Bruxelles, 2001, p. 199

DE KERCHOVE (G.), TULKENS (F.) et DE SCHUTTER (O.), « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Dialogue à trois voix », *Annales d'études européennes*, 2000, p. 3

DELMAS-MARTY (M.) :

* « Introduction au thème les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », in CLAM (J.) et MARTIN (G.), dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Paris, 1998, p. 212

* « La Mondialisation du droit », in BAECHLER (J.) et KAMRANE (R.), dir., *Aspects de la mondialisation politique*, PUF, Paris, 2003, p. 71

* « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 951 s.

* « Les processus de mondialisation du droit », in MORAND (C.-A.), dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 63 s.

DE MUNCK (J.) et LENOBLE (J.), « Les mutations de l'art de gouverner », in DE SCHUTTER (O.), LEBESSIS (N.) et PETERSON (J.), dir., *La Gouvernance dans l'Union européenne*, Les cahiers de la cellule de prospective, Luxembourg : office des publications officiels des Communautés européennes, 2001, pp. 49-50

DEPUSSAY (L.), « De la hiérarchie des normes à la hiérarchie des pouvoirs », *RRJDP*, 1er février 2007, n° 3, pp. 1177-1193

DERIEUX (E.), « Instabilité et incertitudes législatives dans le domaine des communications au public par voie électronique », *Les Petites Affiches*, 17 novembre 2004, n° 230, pp. 37-39

DE SCHUTTER (O.), « La Convention : un instrument au service de l'art de gouverner ? », *La revue nouvelle*, n° 6, juin 2001, p. 63

DEUMIER (P.) et DE LAMY (B.), « La hiérarchie des normes : une pyramide à géométrie variable », *Les Petites Affiches*, 09 octobre 2000, n° 201, pp. 8 s.

DU MARAIS (B.), « Enjeux juridiques et institutionnels, réglementation ou autodiscipline : quelle régulation pour l'Internet ? », *L'Internet, Cahiers français*, n°295, La documentation Française, mars-avril 2000, p. 71

DUONG (L.-M.), « Les sources du droit d'Internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *Recueil Dalloz*, 2010, pp. 783 s.

DUPUY-BUSSON (S.), « La liberté d'expression sur Internet : les réseaux sociaux (Facebook Twitter…) ne sont pas des zones de non-droit », *Les Petites affiches*, 15 juillet 2010, n° 140, pp. 10 s.

FARJAT (G.) :

* « Les pouvoirs privés économiques », in *Mélanges Kahn*, Litec, 2000, p. 630

* « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », in CLAM (J.) et MARTIN (G.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Paris, 1998, p. 164

FENOUHLET (T. R.), « La corégulation : une piste pour la régulation de la société de l'information ? », *Les Petites affiches*, 21 février 2002, n° 38, pp. 9 s.

FOUCAULT (M.) :

* « La vérité et les formes juridiques », in *Dits et écrits*, n° 139, 1974, pp. 1411 à 1414

* « Le libéralisme comme nouvel art de gouverner », in SENELLART (M.), *Naissance de la biopolitique*, Gallimard-Le Seuil, coll. Hautes études, Paris, 2003

FRANCK (C.), « La souveraineté dans l'intégration européenne », *Cahiers du CRHIDI*, n° 7, 1997, p. 138

FRISON-ROCHE (M.-A.) :

* « Introduction », in CLAM (J.) et MARTIN (G.), dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Paris, 1998, p. 281

* « Le droit de la régulation », *Recueil Dalloz*, n° 7, 2001, pp. 610-616

* « Les bouleversements du droit par Internet », in CHEVALIER (J.-M.), et *alii*, *Internet et nos fondamentaux*, PUF, Paris, 2000, p 37

FUENTES CAMACHO (T.), « L'UNESCO et le droit du cyberespace », in *les dimensions internationales du droit du cyberespace*, Economica, coll. Droit du cyberespace, Paris, 2000, p. 7

GANSHOF (W.), « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *J. T.*, 1970, p. 558

GAUTRAIS (V.), LEFEBVRE (G.) et BENYEKHLEF (K.), « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la lex electronica », *Lex electronica*, 1997, n° 5, pp. 547-583

GERARD (Ph.), « La réglementation des communications électroniques et le développement de l'Internet et du commerce électronique, *Les Petites affiches*, 21 février 2002, n° 38, pp. 17 s.

GOUR (C.), « Hiérarchie des textes et respect de la légalité en droit public cambodgien », Annales de la Faculté de Droit de Phnom-Penh, vol. IV, 1962

GOYARD-FABRE (S.), « Le droit, tâche infinie », in *Définir le droit*, t. 2, *Droits*, vol. 11, 1990, p. 25

GRAINGER (G.), « Liberté d'expression et réglementation de l'information dans le cyberespace : perspective et principes d'une coopération internationale dans ce domaine », in *Les dimensions internationales du droit du cyberespace*, Economica, coll. Droit du cyberespace, Paris, 2000, pp. 150 s.

GUASTINI (R.), « Préface », in BOBBIO (N.), *Essais de théorie du droit (Recueil de textes)*, LGDJ, coll. La pensée juridique, Paris, 1998, pp. 1 s.

GUEDON (J. C.), « Créer un espace public dans l'Internet », *La Recherche*, décembre 2000, n°337, p. 83

GUICHARD (E.), « L'Internet et le territoire », *Études de communication*, 2007, n° 30, pp. 83-98

GUINCHARD (S.), « La procédure mondiale modelisée : le projet de l'*American Law Institute* et d'Unidroit de principes et règles transnationaux de procédure civile », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 2184

GUYOMAR (M.), « La hiérarchie des normes en Europe », *La Gazette du Palais*, 11 février 2009, n° 42, pp. 11 s.

HABERMAS (J.), « Progrès technique et monde vécu social », repris *in La technique et la science comme « idéologie »*, Gallimard, coll. Les Essais, Paris, 1973, pp. 94 s.

HART (H. L. A.), « Sur le réalisme scandinave », in JOUANJAN (O.), dir., *Théories réalistes du droit*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Strasbourg, 2000, pp. 43-50

HENRY (J.-P.), « La fin du rêve prométhéen ? Le marché contre l'État », *Revue du droit public*, n° 3, 1991, p. 652

HERRERA (C. M.), « Duguit et Kelsen : la théorie juridique de l'épistémologie au politique », in BEAUD (O.) et WACHSMANN (P.), dir., *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 1997, p. 325 s.

HUET (J.), « L'accord passé entre la cour d'appel de Paris et le Forum des droits sur l'Internet fait redouter un désengagement non contrôlé de l'État dans les litiges relatifs au numérique », *CCE*, janvier 2010, n° 1, étude 2

JEMMEAU (A.), « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in CLAM (J.) et MARTIN (G.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Paris, 1998, p. 53

KALIKA (M.), « Internet et les sciences de gestion : l'émergence du e-management », in CHEVALIER (J.-M.) et *alii*, *Internet et nos fondamentaux*, PUF, Paris, 2000, pp. 103 s.

KATZ (J.), « Internet, la naissance d'une nation numérique », *Courrier international*, 5 novembre 1998

KAZANCIGIL (A.), « La gouvernance : itinéraires d'un concept », in *Mélanges Hermet*, Karthala, Paris, 2002, pp. 121 s.

KECK (F.) et LEGRAND (S.), « Les Épreuves de la psychiatrie », in LE BLANC (G.) et TERREL (J.), dir., *Foucault au Collège de France : un itinéraire*, Presses Universitaires de Bordeaux, Histoire des Pensées, Bordeaux, s.d., p. 69

KELSEN (H.) :

* « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », Revue Droit et Société, 1992, n° 22, pp. 551-568

* « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », in *Recueil des cours*, tome 42, 1932, pp. 125-126.

KEUTGEN (G.) et DARVILLE-FINET (Ch.), « La *corporate governance*, une perspective nouvelle pour les sociétés ? », *J. T.*, 1998, pp. 625 s.

KORNPROBST (E.), « Internet et les libertés publiques », *JCP E Semaine Juridique*, 12 septembre 2002, n° 4, pp. 4-9

LECA (J.), « La gouvernance de la France sous la cinquième république », in ARCY (F. d') et ROUBAN (L.), dir., *De la Ve République à l'Europe. Hommage à Jean-Louis Quermonne*, Presses de sciences po, Paris, 1996

LEDIEU (M.-A.), « Forum des droits de l'Internet, encadrement de la vente en ligne de produits de santé », *CCE*, octobre 2008, n°10, alerte 102

LEMOS (A.), « Les communautés virtuelles », *Sociétés*, n°45, 1994, pp. 253-261

LOQUIN (E.) et RAVILLON (L.), « La volonté des acteurs, vecteurs d'un droit mondialisé », in LOQUIN (E.), dir., *La mondialisation du droit*, Litec, Paris, 2000, pp. 91 s.

MACKAAY (E.), « Les nouveaux environnements informatiques et leur droit », in *Les autoroutes de l'information : enjeux et défis (actes des huitièmes entretiens Rhône-Alpes*), Centre Jacques Cartier, 5-8 décembre 1995

MAESSCHALCK (M.) et DEDEURWAERDEREC (T.), « Autorégulation, éthique procédurale et gouvernance de la société de l'information », in BERLEUR (J.), LAZARO (Ch.) et QUECK (R.),*Gouvernance de la société de l'information*, Bruylant – Presses Universitaires de Namur, Bruxelles, 2002, pp. 77-103

MAISSANI (P.) et WIENER (F.), « Réflexions autour de la conception postmoderne du droit », *Revue Droit et Société*, 1994, n° 27, pp. 443-464

MARTENS (P.), « Le pouvoir judiciaire en Belgique. Institutions et mutations », in ROBERT (Ph.) et COTTINO (A.), dir., *Les mutations de la justice. Comparaisons européennes*, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 87

MASSART (Th.), « La médiation au service d'Internet », *Les Petites Affiches*, 26 août 2002, n° 170, p. 31

MERLEAU-PONTY (M.), « L'entrelacs et le chiasme », in *Le visible et l'invisible*, Gallimard, Paris, 1964, pp. 172 s.

MILLARD (E.), « La hiérarchie des normes : une critique sur un fondement empiriste », in BRUNET (P.) et MILLARD (E.), dir., *Raisonnement juridique et hiérarchie des normes*, à paraître, pp. 5-60

MOLFESSIS (N.), « La hiérarchie des normes ressuscitée par le Conseil d'État », *RTD Civ*., 1999, pp. 232 s.

MONIN (M.), « La hiérarchie des normes n'existe pas », *Recueil Dalloz Sirey*, 2 septembre 1999, n° 30, pp. 1-2

MORANGE (J.), « La hiérarchie des textes dans la Constitution du 4 octobre 1958 », Dalloz, 1959, Chron. p. 23

MOZAS (Ph.), « Internet : l'État fait-il main basse sur le « .fr » ? (À propos du décret n° 2007-162 du 6 février 2007 relatif à l'attribution et à la gestion des noms de domaine de l'internet) », *Les Petites affiches*, 29 janvier 2008 n° 21, pp. 5 s.

NOUVEL (P.), « Paradigme », in LECOURT (D.), dir., *Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences*, PUF, Paris, 1999, p. 718

ONNO (J.), « Internet et le droit », *Petites affiches*, 6 mars 2000, n° 46, pp. 13 s.

OST (F.) :

* « Le temps virtuel des lois post-modernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », in CLAM (J.) et MARTIN (G.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. « Droits et société », Paris, 1998, pp. 423 s.

* « Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher encore et toujours à l'état de nature », in MORAND (Ch.-A.), dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 5

OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) :

* « De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit », *RIDC*, 2003, vol. 55, n° 3, p. 730 s.

* « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *RIEJ*, 2000, n° 44, pp. 1 s.

OWENGA ODINGA (E. L.), « Vers l'émergence d'une justice on-line », *lex electronica*, vol. 7, n° 2, printemps 2002

PAPADOPOULOS (Y.), « Démocratie, gouvernance et management de l'interdépendance : de rapports complexes », in *Mélanges Hermet*, Karthala, Paris, 2002, pp. 138-139

PAQUET (G.), « La gouvernance en tant que précautions auxiliaires », in ANDREW (C.) et CARDINAL (L.), dir., *La démocratie à l'épreuve de la gouvernance*, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2001, p. 215

PECH (L.), « Approches européenne et américaine de la liberté d'expression dans la société de l'information », *CCE*, juillet 2004, n° 7, étude 20

PENNEAU (A.), « Contrat électronique et protection du cybercontractant », *LPA*, 2004, n° 96, pp. 3 s.

PIRONON (V.), « L'Internet et la mondialisation », *Gazette du Palais*, 03 novembre 2007, n° 307, pp. 11 s.

PFERSMANN (O.) :

* « De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, M. Van de Kerchove, F. Ost », *RIDC*, 2003, n° 3, vol. 55, pp. 730-742

* « Hiérarchie des normes », in ALLAND (D.) et RIALS (S.), dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003 pp. 779 s.

PHILIPPE (G.), « La réglementation des communications électroniques et le développement de l'Internet et du commerce électronique », *Les Petites Affiches*, 21 février 2002, n° 38, pp. 17-20

POULLET (Y.), « Mieux sensibiliser les personnes concernées, les rendre acteurs de leur propre protection », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n° 5, 2005, p. 47

PUIG (P.), « Hiérarchie des normes: Du système au principe », *RTD civ.*, 1er octobre 2001, n° 4, pp. 749-794

REMICHE (B.), « Le rôle régulateur des contrats internationaux de transfert de technologie : du contrat contrôlé au contrat libéré », in Les *transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Paris, 1998, pp. 313-320

RICOEUR (P.) :

* « La pluralité des instances de justice », in *Le Juste*, Esprit, Paris, 1995

* « Préface », in GARAPON (A.), *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Odile Jacob, Paris, 1996, p. 12

RIGAUX (F.), « Quelques réflexions sur l'évolution constitutionnelle de la Belgique et les relations internationales », in *Évolution constitutionnelle en Belgique et relations internationales. Hommage à Paul de Visscher*, Pedone, Paris, 1984

ROCHER (G.) :

* « L'effectivité du droit », in LAJOIE (A.), MACDONALD (R.) et JANDA (R.), dir., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Thémis/Bruylant, Montréal/Bruxelles, 1998, pp. 133 s.

* « Pour une sociologie des ordres juridiques », *Les Cahiers du Droit*, n° 29, pp. 91-120

ROCHFELD (J.), « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », *Revue des contrats*, 1er octobre 2004, n° 4, pp. 915 s.

ROJINSKY (C.), « Cyberespace et nouvelles régulations technologiques », *Recueil Dalloz Sirey*, 8 mars 2001, n° 10, pp. 844-847

ROQUES-BONET (M.-Ch.), « La Constitution et l'Internet », *La Semaine Juridique Édition Générale*, 5 Avril 2010, n° 14, pp. 17 s.

ROSS (A.) et GUASTINI (R.), « Une théorie du droit et de la science juridique », in AMSELEK (P.), dir., *Théorie du droit et science du droit*, PUF, Paris, 1994, pp. 149 s.

SALMON (P.), « Accumulation et destruction de la confiance : un schéma d'inspiration poppérienne », in AUBERT (F.) et SYLVESTRE (J.-P.), dir., *Confiance et rationalité*, INRA éditions, Paris, 2001, pp. 31-33

SAUREL (P.) et PETRONE (J.), « La prise en compte juridique des technologies émergentes : une nécessité en informatique », *La Gazette du Palais*, 19 octobre 2006 n° 292, pp. 12 s.

SERMIER (R.) et EMRICH (A.), « Les enjeux juridiques du streaming », *Les Petites Affiches*, 14 mai 2002, pp. 6-8

SIMON (D.), « La hiérarchie des normes en Europe, faut-il en finir une bonne fois pour toutes avec la culture de la hiérarchie des normes ? », *Gazette du Palais*, 12 février 2009, n° 43, pp. 11 s.

SLAUGHTER (A.-M.), « *The real new world order* », Foreign affairs, n° 183, 1997, p. 184

SMOUTS (M.-C.), « La coopération internationale : de la coexistence à la gouvernance mondiale », in *Les nouvelles relations internationales, pratiques et théories*, Dalloz, Paris, 1998

SOUSA SANTOS (B. de) :

* « Droit, une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », in Journal of law and society, vol. 14, n° 3, p. 403

* « *Law : a map of misreading. Toward a postmodern conception of law* », Journal of law and society, vol. 14, n° 3, 1987, pp. 298-299

* « *The post-modern transition : law and politics* », in SARAT (A.) et KEARNS (T. R.), dir., The fate of law, *University of* Michigan *Press*, Ann Arbor, 1991

STIRN (B.), « Juridictions administratives et cours européennes », *Rev. Adm*., 1998, n° 301, p. 212

TEITGEN-COLLY (C.), « Les instances de régulation et la Constitution », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 1, 1990, p. 211

TEUBNER (G.) :

* « *Global bukowina : legal pluralism in world society* », in Global law wittout a state, Aldershot, Darmouth, 1997, p. 7

* « Les multiples corps du roi : l'auto-destruction de la hiérarchie du droit », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?*, Frison-Roche, Paris, 1999, p. 313

* « Un droit spontané dans la société mondiale ? » in MORAND (Ch.-A.), dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 197 s.

THOUMYRE (L.), « Le rôle du Forum des droits sur l'Internet dans la régulation du commerce électronique », in *Internet, commerce et droit*, Université Paris V, 21 mars 2003, p. 5

TROPER (M.) :

* « Hans Kelsen », in HUISMAN (D.), dir., *Dictionnaire des philosophes*, PUF, 2e éd., Paris, 1993

* « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », in *Revue internationale de philosophie*, n°138, 1981, pp.520 s.

* « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *RDP*, 1978, n° 1, pp. 1523-1536

TRUDEL (P.) :

* « Introduction au droit du commerce électronique sur Internet », *Cahiers du barreau* (Montréal), T. 55, no 3, septembre-octobre 1995, p. 521 et s.

* « La lex electronica », in MORAND (Ch.-A.), dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, coll. Droit international, Bruxelles, 2001, pp. 221-268.

VAN DE KERCHOVE (M.) :

* « De la pyramide au réseau : pour une théorie dialectique du droit », *RIDC*, juin-septembre 2003, n° 3, vol. 55, pp. 730-742

* « La pyramide est-elle toujours debout ? », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 471 s.

* « Le problème des fondements éthiques de la norme juridique et la crise du principe de légalité », in *La loi dans l'éthique chrétienne*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1981, pp. 39 s.

VAN OMMESLAGHE (P.), « *L'autorégulation. Rapport de synthèse* », in *L'autorégulation*, Bruylant, Bruxelles, 1995

VEILLEUX (A.) et CANET (R.), « Codes de conduite et gouvernance mondiale », in CANET (R.) et DUCHASTEL (J.), dir., *La régulation néolibérale. Crise ou ajustement ?*, Athéna éditions, Paris, 2004

VERDUSSEN (M.), « L'origine et le légitimité du Conseil supérieur de la justice », in VERDUSSEN (M.), dir., *Le Conseil supérieur de la justice*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 17

VIRALLY (M.) :

* « Sur un pont aux ânes, les rapports entre droit international et droit interne », in *Mélanges offerts à André Rolin*, Pedone, Paris, 1964, p. 503

* « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », in *Mélanges Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 377

VIVANT (M.), « Internet et modes de régulation », in MONTERO (É.), *Internet face au droit*, Story Scientia, Bruxelles, 1997, p. 229

VOGLIOTTI (M.), « La « rhapsodie » : fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine », *RIEJ*, n° 46, 2001, pp. 141 s.

WARUSFEL (B.), « Le droit des nouvelles technologies : entre technique et civilisation », *La lettre de la rue Saint-Guillaume, Revue des Anciens élèves de Sciences-Po*, juin 2002, n° 127, pp. 52 s.

IV / Webographie et autres documents

BARLOW (J.-P.), « Déclaration d'Indépendance du Cybermonde », 8 févr. 1996, art. disponible à http://www.freescape.eu.org/eclat/1partie/Barlow/barlowtxt.html, site consulté le 14/02/2011

BERTHOU (R.), « L'Internet au gré du droit, à propos de l'affaire Yahoo ! », juriscom.net, 10 janvier 2001, site consulté le 17/11/2010

BOY (L.), « De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, M. Van de Kerchove, F. Ost », art. disponible à http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2003-1-page-145.htm#s1n3, site consulté le 7/02/2011

CANSELIER (G.) et NOIVILLE (Ch.), « Droit, régulation et liberté : l'ordre politique d'un internet libre », colloque intitulé « La société civile et le gouvernement des sciences et des techniques », Centre de recherches en droit des sciences et des techniques, Paris I, 18 et 19 décembre 2003

CAPRIOLI (E.), « La confiance dans les communications électroniques », mai 2005, art. disponible à http://www.caprioliavocat.com/pages/publications/edoc/commerce_electroniq/edocs_ecommrce_communicationselectroniq.htm

COLIN (F.), « Grands arrêts sur la hiérarchie des normes », art. disponible à http://frederic-colin.fr, site consulté le 22/11/2010

COMMISSION EUROPEENNE :

* « Communication sur les contenus créatifs en ligne dans le marché unique », 3 janvier 2008

* « *La Démocratie et la société de l'information en Europe* », *Les cahiers de la cellule de prospective*, Éditions Apogée, Office des publications officielles des communautés européennes, 2000, p. 104

* « Livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l' emploi. Les défis et les pistes pour entrer dans le 21ème siècle », Bruxelles, 5 décembre 1993

* « Livre blanc sur la gouvernance européenne », Bruxelles, 25 juillet 2001

* « Mieux légiférer », accord interinstitutionnel, JOUE, 2003/C 321/01

CONSEIL DE L'EUROPE, « Convention sur la cybercriminalité », Budapest, 23 novembre 2001, disponible à http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/185.htm

COUSIN (B.), « GBDE, autorégulation, confiance, gouvernance », 30 novembre 2001, p. 1, art. disponible à http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/page3_19.html

DELMAS-MARTY (M.), « Les Nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », art. disponible à http//www.reds.mshparis.fr/communication/textes/cplx01.htm, site consulté le 12/01/2011

FALQUE-PIERROTIN (I.), « Internet et le droit », conférence donnée à l'Académie des sciences morales et politiques, 26 mai 2008

FROCHOT (D.) et MOLINARO (F.), « Dossier spécial : droit de l'Internet, un droit presque adulte », art. disponible à http://www.les-infostrateges.com/article/0512228/dossier-special-droit-de-l-internet-1-un-droit-presque-adulte, site consulté le 12/01/2011

GALLOUX (J.-Ch.), « Libres propos pour une lex cybernautica », 26 juillet 2001, p. 3, art. disponible à http://www.celog.fr/expertises/sommaires/96/articles200/GALLOUX.HTM

GAUTRAIS (V.), « La labellisation de qualité des sites Internet : un sésame voué à la sécurité du consommateur », 1999, p. 91

ISRAEL (N.), « L'émergence du réseau et des nouveaux modes de règlement des conflits à l'épreuve de Michel Foucault », contribution au séminaire interdisciplinaire de l'université Paris 10, 3 décembre 2004, art. disponible à www.cahiers-ed.org/ftp/cahiers1/C1_israel.pdf, site consulté le 18/11/2010

LABBE (E.), « Spamming en Cyberespace : à la recherche du caractère obligatoire de l'autoréglementation », *Lex Electronica*, vol. 6, n°1, printemps 2000, art. disponible à http://www.lex-electronica.org/articles/V6-1/labbe.htm. Site consulté le 29/12/2010

LABBE (E.), POULIN (D.) et *alii*, *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, 2001, art. disponible à juriniger.lexum.umontreal.ca/docs/publications/guide_final.pdf. Site consulté le 13/12/2010

LATRIVE (F.), « La hacker attitude, modèle social pour l'ère post-industrielle », 25 mai 2001, art. disponible à http://www.liberation.fr/multi/pirates/20010525venz.html. Site consulté le 12/04/2011

LEVY (P.) « L'intelligence collective », novembre 1998, p. 40, art. disponible à http://www.respublica.fr/fac8/levy.htm. Site consulté le 12/12/2010

LOMBARD (M.), « Régulation et hiérarchie des normes », art. disponible à http://www.regulation.sciencespo.fr/fr/documentation/DER_2/Lombard2.pdf, site consulté le 19/11/2010

MILLARD (E.), « La hiérarchie des normes : critique sur un fondement empiriste », art. disponible à http://ddata.over-blog.com/xxxyyy/2/20/69/41/Millard-Hi-rarchie-des-normes_critique_empiriste.pdf, site consulté le 15/12/2010

MINISTERE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE, *Technologies clés 2010*, Les Éditions de l'Industrie, coll. Textes clés, Paris, 18 septembre 2006

PAQUET (G.), « Le droit à l'épreuve de la gouvernance », Notes pour une allocution au colloque Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international (Ottawa 20 et 21 octobre 2000), art. disponibles sur le site Internet du Centre d'études en gouvernance, Université d'Ottawa www.gouvernance.uottawa.ca, site consulté le 17/01/2011

PARLEMENT EUROPEEN, « Rapport sur le renforcement de la sécurité et des libertés fondamentales sur Internet », 26 mars 2009, disponible à www.europarl.europa.eu

PAUL (Ch.), *Du droit et des libertés sur l'Internet : La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, Paris, 2000, p. 4

PECH (L.), « Droit et gouvernance : vers une privatisation du droit », document de travail de la Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie, mars 2004, n° 2004-02, disponible à http://www.chaire-mcd.ca/, site consulté le 22/11/2010

PFERSMANN (O.) :

* « Contre le néo-libéralisme juridique, pour un débat sur l'interprétation », art. disponible à http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2001/pfersmann.pdf, site consulté le 22/12/2010

* « Qu'entend-on par l'expression concurrence des systèmes juridiques », art. disponible à http://www.crdp.umontreal.ca/fr/publications/ouvrages/Pfersmann.pdf, site consulté le 22/12/2010

POULLET (Y.), « Vers la confiance : vues de Bruxelles : un droit européen de l'Internet ? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche réglementaire européenne du cyberespace », p. 2, art. disponible à http://droit-internet-2001.univparis1.fr/vf/page3_06_1.html, 30/11/01, site consulté le 17/04/2011

THERY (J.-F.) et FALQUE-PIERROTIN (I.), « Internet et les réseaux numériques », étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 2 juillet 1998, art. disponible à http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/984001519/index.shtml

TRUDEL (P.) et BENYEKHLEF (K.), « Les impacts des technologies de l'information sur le cadre juridique encadrant le développement de l'administration électronique », document de la Chaire L.R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal, art. disponible à www.chairelrwilson.ca/cours/drt6929d/impactsTI%20e-gouv.pdf, site consulté le 13/11/2010

TRUDEL (P.) :

* « La lex electronica », art. disponible à http://www.crdp.umontreal.ca/fr/chercheurs/trudel_pierre/index.htm, site consulté le 10/11/2010

* « La régulation d'Internet : gestion des risques et normativités en réseaux », art. disponible à www.chairelrwilson.ca/cours/RegulInternetmodelereso.pdf, site consulté le 20/12/2010

* « L'influence d'Internet sur la production des normes juridiques », *Colloque international droit de l'Internet, approches européennes et internationales*, 19-20 novembre 2001, Assemblée Nationale, disponible à http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html, site consulté le 20/12/2010

VIVANT (M.), « Internet et le droit », art. disponible à www.bibliojuridica.org/libros/3/1328/6.pdf, site consulté le 10/11/2010

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE 7
TABLE DES SIGLES ET ABREVIATIONS 9
HORS-TEXTE 13

PROLEGOMENES – DE LA HIERARCHIE A L'HETERARCHIE DES NORMES 19

I / LA THEORIE KELSENIENNE ET LE PARADIGME DE LA « PYRAMIDE » 23
La « théorie pure du droit » 23
La définition du droit et de la norme 26
La hiérarchie ou « pyramide » des normes 31
II / LES DIFFICULTES ORIGINELLES DE LA « PYRAMIDE » 39
La hiérarchie des normes dans la pensée de Hart et Bobbio 39
La problématique *grundnorm* 40
Les autres critiques originaires de la hiérarchie des normes 44
III / DE LA CRISE DU DROIT MODERNE A L'AVENEMENT DU DROIT POSTMODERNE 51
Le droit, une histoire inachevée 51
Le temps de la rupture paradigmatique 54
Les vocabulaires de la postmodernité juridique 59
IV / LA THEORIE DE OST ET VAN DE KERCHOVE ET LE PARADIGME DU « RESEAU » 65
Le « réseau », une notion polysémique 65
Le « réseau », une théorie de l'ultracomplexité juridique 67
Les critiques de la thèse du « réseau » 73
V / L'INTERNET ET LE DROIT, LE PASSAGE A L'ULTRACOMPLEXITE JURIDIQUE 75
Les NTIC et la réinvention du droit 75
L'Internet et le droit, un parcours chaotique 77
L'Internet et le droit aujourd'hui 87
VI / LA PROBLEMATIQUE DU DROIT DE L'INTERNET ET DE LA HIERARCHIE DES NORMES, L'ETUDE EMPIRIQUE D'UN MARIAGE IMPOSSIBLE 93
Une épreuve de l'actualité de la hiérarchie des normes à travers l'exemple de l'Internet 94
Pour une conception pragmatique du droit et de la norme 96
Le « discours de la méthode » 98

PARTIE I / LE DROIT DE L'INTERNET ET L'ARCHAÏSME DE LA « PYRAMIDE » 103

TITRE I / L'ARCHAÏSME DE LA « PYRAMIDE » CONFIRME PAR L'IMPOTENCE DES SOURCES CLASSIQUES DU DROIT FACE A L'INTERNET 107

CHAPITRE I / UNE INCAPACITE NORMATIVE DE LA LOI ANEMIANT LA « PYRAMIDE » 109
Section I / LA MARCHE VERS UNE PERTE DE POUVOIR DU LEGISLATEUR 109
A / La loi, clé de voûte du positivisme juridique 109
B / La problématique de la perte d'efficience de la loi 111
1/ Les balbutiements de la loi devant la vitesse de l'Internet 111
2 / L'inefficacité de la loi dans le cadre de l'Internet 115
C / Le constat empirique des faiblesses de la loi 118
1 / La foule des textes, traduction de difficultés politiques inavouées 119
2 / Le cas de la LCEN 121
3 / L'exemple des lois « HADOPI » 126
4 / Les problématiques inépuisées de la loi 128
SECTION II / LA MARCHE VERS UNE PERTE D'INFLUENCE DU DROIT ETATIQUE 130
A / La discrétion du règlement 130
B / La transparence de la constitution 131
C / Le besoin de la loi pour protéger les droits et libertés fondamentaux 131

CHAPITRE II / UNE MARGINALISATION DE L'ÉTAT CONDAMNANT LA « PYRAMIDE » 135
Section I / L'EFFONDREMENT DU FORT ETATIQUE 135
A / L'État, cadre privilégié du positivisme juridique 135
B / L'impotence de l'État à l'heure du siècle internetique 137
Section II / LES MUTATIONS ETATIQUES, DU GOUVERNEMENT A LA GOUVERNANCE 140
A / La gouvernance, un ersatz de gouvernement pour le « Pygmalion moderne » 140
B / Les « terribles » effets de la gouvernance sur la théorie juridique 142
C / Les instruments postmodernes d'intervention étatique 145
1 / La diversité des pis-aller politiques 145
2 / La place centrale des AAI, de la règlementation à la régulation 148

TITRE II / L'ARCHAÏSME DE LA « PYRAMIDE » CONFORTE PAR L'IMPORTANCE DES SOURCES JURISPRUDENTIELLES DU DROIT DE L'INTERNET 155

CHAPITRE I / UNE CAPACITE NORMATIVE DU JUGE EBRANLANT LA « PYRAMIDE » 157
Section I / L'ACCEPTION POSITIVISTE DE LA JURISPRUDENCE 157
A / Le jugement, une norme individuelle 157
B / La problématique de l'interprétation 158
Section II / L'ESSOR ANTIPOSITIVISTE D'UNE FONCTION CREATRICE DU JUGE 160
A / La nécessaire prise de pouvoir du juge dans la société postmoderne 160
B / La consécration de l'équation de Frank par le droit du réseau 163
C / Le droit de l'Internet, un droit prétorien 166

CHAPITRE II / UNE « PRIVATISATION » DE LA JUSTICE RUINANT LA « PYRAMIDE » 171
Section I / LE RECOURS SALVATEUR A L'ARBITRAGE ET A LA MEDIATION 171
Section II / LES MARC, UNE JUSTICE PRIVEE EN GESTATION 176

Métaphore du réseau informatique autonome 180

PARTIE II / LE DROIT DE L'INTERNET ET LE PRAGMATISME DU « RESEAU » 181

TITRE I / LE PRAGMATISME DU « RESEAU » VERIFIE PAR LA DOMINANCE DES SOURCES PRIVEES DU DROIT DE L'INTERNET 185

CHAPITRE I / UN COURONNEMENT DE LA CO-REGULATION ESQUISSANT LE « RESEAU » 189
Section I / LA CROISSANCE DES INTERACTIONS ENTRE SPHERES PUBLIQUE ET PRIVEE 190
A / L'éclosion d'une société en réseau 191
1 / Le maillage des ordres juridiques 191
2 / Les métamorphoses de la régulation 194
B / L'Internet, laboratoire de la co-régulation 196
1 / La multitude des expérimentations 196
2 / L'expérience du Forum des droits sur l'Internet 198

Section II / LA STRUCTURE HORIZONTALE DU PROCESSUS DE GENESE DE LA NORME 201
A / La multirégulation de l'Internet 201
B / La recherche de la coopération et du consensus 203
C / Le constat d'un « législateur scribe » 205
D / Le pluralisme juridique et le pluralisme théorique 208

CHAPITRE II / UN SACREMENT DE L'AUTOREGULATION AGREANT LE « RESEAU » 211
Section I / L'EDICTION PRIVEE DU DROIT DE L'INTERNET 212
A / Le droit autoproduit par la société civile 213
1 / Le fruit du mariage de la quête d'indépendance du réseau et de l'impotence étatique 213
2 / D'une norme privée abstraite et générale à des normes privées concrètes et spéciales 216
3 / La problématique de la sanction 219
B / Le droit autoproduit par l'ordre juridique économique 221
1 / Une manifestation topique de la globalisation 221
2 / L'émergence de la *lex cybernautica* 223
3 / La problématique de la sanction et de la confiance 225
Section II / UN DROIT *SUI GENERIS* DEFIANT LA THEORIE JURIDIQUE 229
A / La marque d'un « droit sans État » 230
B / Des cadres théoriques non satisfaisants 231
1 / L'individu, un virus pour la théorie kelsenienne 232
2 / Le droit de l'Internet, un « droit de la liberté » 233
C / Des limites et incertitudes pléthoriques 235
D / La nécessaire refonte des notions, vers une conception pragmatique du droit et de la norme 239

TITRE II / LE PRAGMATISME DU « RESEAU » VALIDE PAR L'EMINENCE DES SOURCES TRANSNATIONALES DU DROIT DE L'INTERNET 245

CHAPITRE I / UN AVENEMENT DE L'ORDRE JURIDIQUE EUROPEEN EBAUCHANT LE « RESEAU » 249
Section I / LA MUTATION DES TERRITOIRES, CONSEQUENCE DE L'OMNIPOTENCE DE L'ORDRE JURIDIQUE EUROPEEN 249
A / La construction du droit de l'Internet par les outils européens 249
B / Le renforcement du constat d'un « législateur scribe » 253
C / Les « bougés » européens dans la société de l'information 253

Section II / L'ORDRE JURIDIQUE EUROPEEN, UN ANCIEN ET FERVENT OPPOSANT A LA HIERARCHIE DES NORMES 257
A / La dilution de la « pyramide » dans le « réseau » européen 257
B / L'Europe, atelier du droit postmoderne 259
C / L'Europe et les insoutenables apories kelseniennes 263
1 / L'instable agencement des normes internes et européennes 263
2 / L' « étrange » nature juridique de l'Union européenne 266
D / Les dernières incertitudes « europeano-réseautiques » 267

CHAPITRE II / UN DEPLOIEMENT DE L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL APPROUVANT LE « RESEAU » 271
Section I / LA « FIN DES TERRITOIRES », EPILOGUE A L'EMANCIPATION DU « VILLAGE GLOBAL » ET DU DROIT DE L'INTERNET 272
A / Des frontières positivistes aux douanes mondiales du droit 272
1 / Hans Kelsen et l'ordre juridique international 273
2 / L'impossible articulation des normes internes et internationales 274
3 / La délicate construction du droit mondial de l'Internet 275
4 / La périlleuse interprétation du droit mondial de l'Internet 276
B / L'éminente nécessité d'attiser l'ordre juridique international 280
1 / La recherche chimérique de la coopération étatique 281
2 / L'affirmation d'un droit international privé de l'Internet 283
3 / L'hégémonie précaire de la *lex electronica* 284
4 / La suprématie inaltérable de l'ordre juridique international 291
Section II / LA DELICATE APPREHENSION THEORIQUE DE LA « FIN DES TERRITOIRES » ET DU DROIT INTERNATIONAL DE L'INTERNET 293
A / Le positivisme juridique, une doctrine surpassée par l'internationalisation du droit de l'Internet 293
B / Le postulat du transgouvernementalisme, le mûrissement d'un droit international « en réseau » 294
C / La persistance irrésistible d'un amer goût d'antinomie 296

EPILOGUE – ENTRE L'UTOPIQUE ETAT-MONDE ET LE RESEAU DE PYRAMIDES 299

DICTIONNAIRE DU DROIT POSTMODERNE 305
GLOSSAIRE DU POSITIVISME JURIDIQUE ET LEXIQUE GENERAL 329
INDEX 337
BIBLIOGRAPHIE INTEGRALE 363

L'HARMATTAN, ITALIA
Via Degli Artisti 15; 10124 Torino

L'HARMATTAN HONGRIE
Könyvesbolt ; Kossuth L. u. 14-16
1053 Budapest

L'HARMATTAN BURKINA FASO
Rue 15.167 Route du Pô Patte d'oie
12 BP 226 Ouagadougou 12
(00226) 76 59 79 86

ESPACE L'HARMATTAN KINSHASA
Faculté des Sciences sociales,
politiques et administratives
BP243, KIN XI
Université de Kinshasa

L'HARMATTAN CONGO
67, av. E. P. Lumumba
Bât. – Congo Pharmacie (Bib. Nat.)
BP2874 Brazzaville
harmattan.congo@yahoo.fr

L'HARMATTAN GUINEE
Almamya Rue KA 028, en face du restaurant Le Cèdre
OKB agency BP 3470 Conakry
(00224) 60 20 85 08
harmattanguinee@yahoo.fr

L'HARMATTAN CÔTE D'IVOIRE
M. Etien N'dah Ahmon
Résidence Karl / cité des arts
Abidjan-Cocody 03 BP 1588 Abidjan 03
(00225) 05 77 87 31

L'HARMATTAN MAURITANIE
Espace El Kettab du livre francophone
N° 472 avenue du Palais des Congrès
BP 316 Nouakchott
(00222) 63 25 980

L'HARMATTAN CAMEROUN
BP 11486
Face à la SNI, immeuble Don Bosco
Yaoundé
(00237) 99 76 61 66
harmattancam@yahoo.fr

L'HARMATTAN SENEGAL
« Villa Rose », rue de Diourbel X G, Point E
BP 45034 Dakar FANN
(00221) 33 825 98 58 / 77 242 25 08
senharmattan@gmail.com