

# **L'INTERNET: UN REFLET DE LA CONCURRENCE DES SOUVERAINETÉS ?**

**Professeur Karim Benyekhlef  
Centre de recherche en droit public  
Faculté de droit  
Université de Montréal**

**Avril 1997**

## INTRODUCTION\*

La mise en place des inforoutes entraîne une démultiplication des échanges d'information. La circulation de l'information n'est pas un phénomène nouveau. Toutefois, la technique de la numérisation et l'interconnexion des réseaux permettent aujourd'hui de diffuser et de transmettre des informations à de grandes distances, à un coût minime et dans des temps très rapides. Cette circulation sans entraves de l'information n'est pas sans soulever des difficultés. Le contenu des informations numérisées et transmises sans égard aux frontières nationales peut heurter les prescriptions législatives que l'on retrouve dans les ressorts nationaux. En effet, bien que la liberté d'information soit aujourd'hui un principe reconnu en droit international<sup>1</sup>, on reconnaît également aux législateurs la possibilité de faire prévaloir certains intérêts concurrents, comme la sécurité nationale, la protection de la morale ou la lutte contre la propagande haineuse, par exemple. Or, la mise en oeuvre de ces limitations, légitimes au regard du droit international, apparaît ardue, voire illusoire, dans le contexte des inforoutes. L'Internet constitue, à ce propos, un exemple parfait de la difficulté d'exercer un contrôle sur la circulation de l'information.

Ainsi, trois technologies illustrent les résistances du médium au contrôle. Tout d'abord, il ne faut pas perdre de vue que l'Internet "is a packet switching network, which makes it difficult for anyone, even a government, to block or monitor information flows originating from large numbers of users"<sup>2</sup>.

---

\* La recherche pour cet article a été rendue possible grâce à une subvention du C.R.S.H. et du F.C.A.R. L'auteur tient à remercier Me François Themens qui a agi comme assistant de recherche.

<sup>1</sup> Karim BENYEKHEF, "Liberté d'information et droits concurrents: la difficile recherche d'un critère d'équilibration", [1995] 26 *Revue général de droit*, 265.

<sup>2</sup> A. Michael FROOMKIN, "The Internet as a Source of Regulatory Arbitrage", dans Brian KAHIN et Charles NESSON (dir.), *Borders in Cyberspace. Information Policy and the Global Information Infrastructure*, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 1996, p.129.

L'Internet est un réseau des réseaux connectant des millions d'utilisateurs disséminés à travers le monde. Le caractère décentralisé de ce réseau des réseaux représente une autre illustration des difficultés de contrôler l'information qui y circule. La technique des "paquets" fait en sorte qu'il est virtuellement impossible de détecter parmi les millions de "bits" circulant sur les réseaux ceux qui peuvent constituer une contravention à la législation nationale<sup>3</sup>.

Deuxièmement, la possibilité pour tout usager de recourir à la cryptographie fait en sorte que ce dernier peut transmettre des informations cryptées en contravention avec les législations consacrant les intérêts concurrents à la liberté d'expression (pornographie, secrets commerciaux etc.). En supposant qu'un message crypté soit intercepté par les autorités, ces dernières ne seront pas en mesure de connaître le contenu de celui-ci. Cette technique facilite sans doute la transmission de contenus illicites. Finalement, l'utilisateur peut également anonymiser ses messages, c'est-à-dire recourir aux services d'un "anonymous remailer" qui éliminera du message toute référence permettant d'identifier son auteur<sup>4</sup>. Un usager, prenant avantage de ces deux dernières techniques, peut donc transmettre, en toute impunité, des contenus qui, autrement, l'exposeraient à des poursuites judiciaires.

Ces avancées technologiques limitent sérieusement les capacités d'intervention de l'État. Du même coup, elles rendent illusoires, parce

---

<sup>3</sup> The TCP/IP standard [Il s'agit là du standard qui permet aux ordinateurs de communiquer entre eux] makes the Internet possible. Its most important feature is that it defines a packet switching network, a method by which data can be broken up into standardized packets which are then routed to their destinations via an indeterminate number of intermediaries. Under TCP/IP, as each intermediary receives data intended for a party further away, the data are forwarded along whatever route is most convenient at the nanosecond the data arrives (...) This decentralized, anarchic method of sending information appealed to the Internet's early sponsor, the Defense Department, which was intrigued by a communication network that could continue to function even if a major catastrophe (such as a nuclear war) destroyed a large function of the system. The Internet can use dedicated lines or messages can travel over ordinary telephone connections. This built-in resilience is the primary reason that any effort to censor the Internet is likely to fail.", *Ibid.*, p.130-131.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p.133 à 140.

qu'inapplicables, les prescriptions législatives nationales. Au-delà des effets pratiques immédiats de ces technologies, c'est la souveraineté nationale de l'État qui est mise à mal. Le pouvoir de l'État de contrôler ses frontières et d'assurer le respect de ses lois sur son territoire est amoindri par l'avènement des nouvelles voies électroniques de communication. Il convient donc d'examiner les incidences des technologies de l'information sur le concept de souveraineté nationale. Nous verrons notamment que les technologies de l'information ne constituent qu'un facteur parmi d'autres expliquant la lente érosion de la notion de souveraineté nationale. Il conviendra alors de parler non pas de la souveraineté mais des souverainetés.

## 1- AUTOUR DE LA NOTION DE SOUVERAINETÉ NATIONALE

La souveraineté est une notion française à l'origine<sup>5</sup> qui apparaît, d'après Carré de Malberg, au Moyen Âge "où [elle] a d'abord eu un simple rôle comparatif et servait à désigner le caractère d'une autorité qui est supérieure à une autre, pour se spécialiser dès le XVI<sup>e</sup> siècle dans un rôle superlatif, où [elle] ne servait plus qu'à désigner le caractère d'une autorité qui ne relève d'aucune autre et n'admet aucune puissance supérieure"<sup>6</sup>. Nous avons déjà écrit que la souveraineté apparaît alors comme une construction théorique propre à affranchir le roi de l'omnipotence divine, c'est-à-dire à substituer à la souveraineté de Dieu celle du suzerain<sup>7</sup>. De même, cette souveraineté a vocation à rassembler une Europe médiévale fragmentée.

---

<sup>5</sup> Bernard CUBERTAFOND, "Souverainetés en crise?", (1989) 105 *Revue de droit public et de sciences politiques*, 1273, p.1275.

<sup>6</sup> Guillaume BACOT, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, Éd. du C.N.R.S., 1985, p.9.

<sup>7</sup> Karim BENYEKHEF et Guy LEFEBVRE, "L'internationalisation du droit et l'affirmation de la souveraineté: réflexions théoriques et pratiques", dans *Souveraineté et intégration*, Montréal, Éd. Thémis, 1993, p.192.

La souveraineté apparaît aujourd'hui comme un concept juridique autonome, c'est-à-dire comme une réalité juridique détachée des réalités politiques du pouvoir et qui existerait en elle-même, pure forme désincarnée s'imposant aux individus. Comme une sorte de méta-concept duquel découlerait tous les attributs du pouvoir et qui ne saurait être contesté. Pourtant, la souveraineté n'est pas un donné inaltérable et transcendant, c'est plutôt un simple concept médiateur du pouvoir et de la force. Hinsley le note avec justesse:

*Men do not wield or submit to sovereignty. They wield or submit to authority or power. Authority and power are facts as old and ubiquitous as society itself; but they have not everywhere and at all times enjoyed the support or suffered the restraints which sovereignty, a theory or assumption about political power, seeks to construct for them. Although we talk of it loosely as something concrete which may be lost or acquired, eroded or increased, sovereignty is not a fact. It is a concept which men in certain circumstances have applied -a quality they have attributed or a claim they have counterposed- to the political power which they or other men were exercising<sup>8</sup>.*

On ne saurait donc s'étonner que la souveraineté apparaisse aujourd'hui en pleine mutation. La souveraineté représente simplement la traduction juridique -et polie- de l'exercice de la force. Cette force a d'abord eu un fondement religieux, la prééminence de Dieu. Puis, ce fondement est devenu celui des armes. Mais l'emprunt au discours religieux a poncé ces aspérités peu amènes tout en maintenant un vocabulaire superlatif: les termes *puissance, pouvoir, supériorité, indépendance, suprême* ne sont-ils pas associés, dans la psyché aussi bien politique que religieuse, à la souveraineté<sup>9</sup>? Déjà, dès ses origines, la notion de souveraineté s'est transformée pour passer du Ciel à la Terre. On l'a laïcisée. Il ne peut en être autrement de nos jours. Ces mutations sont évidemment tributaires de facteurs historiques, politiques et sociaux dans

---

<sup>8</sup> F.H. HINSLEY, *Sovereignty* (2e édit.), Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p.1.

<sup>9</sup> Benyekhlef et Lefebvre, supra note 7, p.193.

lesquels s'inscrivent, notamment, les développements des technologies de l'information.

On a beaucoup glosé sur le concept de souveraineté. Nous savons que ce concept asseoit l'autorité de l'État; la souveraineté se définissant alors comme les attributs essentiels de l'État qui lui permettent d'influer directement sur les politiques sociales, économiques et culturelles d'un groupe identifié, les citoyens. Mais, en même temps, l'État reconnaît des limites à sa souveraineté, imposées par le droit international:

*Today sovereignty is a matter of degree. By entering into the community of nations and participating in the United Nations and other international organizations, states have restricted their own liberty (...) Such interplay and reliance among states is a fact of international relations of the twentieth century, in which it is understood that «sovereignty» in its most emotive sense is not the ultimate goal. As Starke aptly states: «the sovereignty of a state means the residuum of power which it possesses within the confines laid down by international law»<sup>10</sup>.*

Il y a là un paradoxe. D'une part, on affirme la souveraineté en des termes absolus et, d'autre part, on reconnaît la possibilité d'une soumission du souverain aux règles du droit international. Ce paradoxe est né avec la souveraineté elle-même si l'on s'en reporte aux propos du professeur Morin:

*Cette antinomie étonnerait si elle était nouvelle, mais née avec l'État souverain lui-même, elle découle inmanquablement de ce système juridique ambigu qui veut que les États soient assujettis à des règles obligatoires qu'ils auraient, selon une certaine analyse, librement acceptées, et qu'ils soient à la fois les auteurs et les destinataires des règles du droit international<sup>11</sup>.*

---

<sup>10</sup> S.A. WILLIAMS et A.L.C. de MESTRAL, *An Introduction to International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada* (2e éd.), Toronto, Butterworths, 1987, p.46.

<sup>11</sup> Jacques-Yvan MORIN, "Droit et souveraineté à l'aube du XXIe siècle", [1987] *A.C.D.I.* 47, p.48.

La souveraineté appelle donc un minimum de règles contraignantes. En fait, selon le professeur Morin, "la souveraineté postule l'existence du droit"<sup>12</sup>. Ainsi, l'égalité, en droit, des États dans l'arène international apparaît comme une règle visant à tempérer la volonté de puissance, sous-jacente à la souveraineté<sup>13</sup>. Il s'agit donc de quitter le domaine de la pure idéation et du symbolisme superlatif et de s'en remettre à des règles juridiques qui ont pour objet, notamment, de policer les aspirations absolutistes de la souveraineté.

Nous avons déjà souligné, ailleurs, l'aporie<sup>14</sup> à laquelle mène la définition juridique de la souveraineté. Les règles du droit international relèvent du libéralisme juridique et se fondent sur deux postulats: la souveraineté, équivalent de l'autonomie individuelle en droit interne et le subjectivisme, selon lequel il n'existe pas une vérité universelle. Il n'y aurait donc pas de morale objective et il serait impossible d'établir une hiérarchisation des valeurs et des morales. Pourtant, le principe d'égalité des États commande la mise en place de règles neutres et objectives; règles de droit international restreignant la souveraineté de l'État. Nous avons alors démontré que ces postulats mènent tout droit à un cul-de-sac conceptuel. Comment, en effet, affirmer l'impossibilité d'en arriver à une objectivité normative tout en postulant l'existence de principes neutres et objectifs dont l'objet serait d'arbitrer les conflits de souveraineté? Nous avons alors écrit:

*La souveraineté, parce qu'elle est posée en termes absolus au plan conceptuel (immanence), fait donc obstacle à sa propre régulation. Le principe de la primauté du droit (rule of law) en droit international relève par conséquent du sophisme. Il*

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, p.49.

<sup>13</sup> "La souveraineté, en effet, c'est-à-dire l'indépendance par rapport aux autres États et la souveraineté interne de chacun, n'a de sens et ne peut d'ailleurs subsister que dans un cadre qui offre un minimum de garanties à cette liberté et à ce pouvoir. Dès lors que deux ou plusieurs États souverains sont en présence, ce cadre doit comporter des règles imposées par les exigences mêmes du maintien de leurs souverainetés respectives, sinon les uns sont appelés à être assujettis aux autres et ce processus n'aura logiquement de cesse que lorsque l'État le plus puissant aura prévalu sur l'ensemble.", *Ibid.*, p.49.

<sup>14</sup> Benyekhlef et Lefebvre, *supra* note 7.

*est fallacieux de présenter le droit international comme un ensemble de règles neutres et objectives dont l'élaboration obéit au principe d'égalité des États. Les discours euphorisants et lénifiants sur la vertu normative et objective du droit international ne doivent pas occulter la réalité de puissance sous-jacente à l'édiction des règles. Celles-ci sont le résultat d'un rapport de force où la puissance de quelques États permet l'imposition de leur volonté. N'est-ce pas là un certain triomphe de la souveraineté, notion sémantiquement et inextricablement liée à la puissance, au pouvoir?<sup>15</sup>*

Le droit encadre donc tant bien que mal la notion de souveraineté. En fait, ce terme semble, de prime abord, irréductible à toute construction conceptuelle qui serait détachée des réalités contingentes. Hinsley a bien précisé que la souveraineté se modelait aux conditions d'exercice du pouvoir et des rapports de force qui peuvent se nouer en un temps donné de l'histoire<sup>16</sup>. Nous sommes alors bien en présence d'une notion fluctuante qui s'accommode des circonstances historiques et politiques et qui ne peut être réduite à une simple énonciation théorique empruntant à une certaine immanence<sup>17</sup>. L'exemple de la territorialité, base concrète de la souveraineté, illustre la modulation que peut connaître la notion de souveraineté.

La territorialité et l'espace physique constituent un pivot autour duquel s'articule le concept de souveraineté nationale. Ainsi, la souveraineté se définit

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, p.196-197.

<sup>16</sup> *Supra* note 8 et texte correspondant.

<sup>17</sup> On notera, entre autres, que le sens attribué à la souveraineté diverge en fonction de l'état de développement du pays concerné. Lisa Damon écrit à ce propos: "Sovereignty can be defined in several ways. Developing nations generally adopt a broad definition of exclusive domestic jurisdiction, while developed nations focus on the supreme law giving and law enforcing ability of a nation. Many developing nations divide sovereignty into economic sovereignty and cultural sovereignty. Economic sovereignty is threatened by controls placed upon segments of the economy by foreign corporations, international data networks or governments (...) Cultural sovereignty can be threatened by the influence the new technology may have on a nation's culture and people. Developing nations fear that transborder data flow may undermine cultural growth by forcing it into foreign patterns.", Lisa J. DAMON, "Freedom of Information Versus National Sovereignty: The Need for a New Global Forum for the Resolution of Transborder data Flow Problems", (1986-87) 10 *Fordham International L.J.* 262, p.263 note 4.



d'abord par rapport à la notion, bien réelle, de frontières nationales. À l'intérieur des frontières s'exerce la souveraineté de l'État<sup>18</sup>. Celle-ci semble alors absolue puisqu'aucune autorité concurrente ne peut, en principe, imposer aux nationaux d'un État des prescriptions qui seraient contraires à celles édictées par le souverain. Pourtant dès ses origines, la souveraineté territoriale s'est heurtée à des difficultés. Ruggie donne l'exemple des ambassades: le souverain pouvait-il permettre que le personnel diplomatique d'un pays étranger célèbre un culte religieux différent du sien sur son territoire sans voir entamer sa souveraineté<sup>19</sup>? Le concept d'extraterritorialité est alors apparu afin de corriger concrètement une interprétation trop large de la souveraineté:

*Rather than contemplate the heresy of a Protestant service at a Catholic court and vice versa, it proved easier to pretend that the service was not taking place in the host country at all but on the soil of the homeland of the ambassador. And so it gradually became with other dimensions of the activities and precincts of embassy. A fictitious space, designated «extraterritoriality», was invented. Mattingly has put the paradox well: «By arrogating to themselves supreme power over men's consciences, the new states had achieved absolute sovereignty. Having done so, they found they could only communicate with one another by tolerating within themselves little islands of alien sovereignty». (...) Various types of functional regimes, common markets, political communities, and the like constitute additional forms whereby territoriality has become unbundled. Thus, in the modern international polity an institutional negation of exclusive territoriality serves as the means of situating and dealing with those dimensions of collective existence that territorial rulers recognize to be irreducibly transterritorial in character. Nonterritorial functional space is the place wherein international society is anchored<sup>20</sup>.*

---

<sup>18</sup> Lire à ce sujet Karim BENYEKHELF, "La souveraineté nationale et le contrôle des échanges internationaux d'informations", [1991] 25 *R.J.T.* 433.

<sup>19</sup> John Gerard RUGGIE, "Territoriality and Beyond: Problematizing Modernity in International Relations", (1993) 47 *International Organization* 139, p.164-165.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p.165.

La souveraineté démontre une grande capacité d'adaptation et ce même au regard d'un concept aussi essentiel à sa définition que la territorialité. Nous sommes donc loin d'une souveraineté perçue comme une transcendance qui figerait les rôles et les comportements et dont on ne saurait déroger. Cette acception quasi mystique de la souveraineté est sans doute le résultat de ses origines religieuses. Nous proposons, dans la seconde partie, une nouvelle approche de la souveraineté; une approche, détachée de la symbolique religieuse et hyperbolique, propre à prendre en compte les réalités des nouveaux environnements électroniques et les autres facteurs d'érosion de la souveraineté. Nous sommes dorénavant en présence d'une concurrence des souverainetés.

## **2- AUTOUR D'UNE NOUVELLE APPROCHE DE LA SOUVERAINETÉ NATIONALE: LA CONCURRENCE DES SOUVERAINETÉS**

Au regard de la souveraineté nationale, il importe de noter que les nouvelles voies électroniques de communication ne constituent qu'un facteur de tension parmi d'autres. Il n'est pas inutile, dans les lignes qui suivent, de présenter d'autres facteurs de tension, qui empruntent bien des traits communs avec les inforoutes, afin d'illustrer la réalité empirique entourant la notion de souveraineté nationale.

Nous savons que les réseaux électroniques de communication se moquent des frontières nationales. Leur configuration n'épouse pas les contours des frontières nationales que nous connaissons. Knoppers écrit dès 1982:

*Actually, electronic information networks act as, what geographers call, «functional economic areas». Relevant examples of functional economic areas would be the area from which a large city draws all its daily commuters or all the points served by an airline or trucking company. It is quite common for such functional economic areas to overlap several differing political jurisdictions. To date, the legal framework, domestic as well as international, has been able to adjust and adapt to new and different functional*

*economic areas as they apply to the movement of persons or goods, i.e. tangibles; and the nation-state has maintained its ability to monitor and control such flows of goods if and when desired. Mechanisms used to maintain a national boundary include customs and immigration, landing rights, import or export restrictions, tariffs, etc. In the area of electronic communications, «physical boundaries» that do exist are basically those that have been imposed on the carriers and communication networks not on the flow or content<sup>21</sup>.*

Une nouvelle configuration semble se dessiner. Elle emprunte des circuits qui n'ont rien à voir avec les circuits physiques de circulation des biens et des personnes. Certains commentateurs ont commencé à évoquer, dès la fin des années 70, la notion de souveraineté informationnelle<sup>22</sup>. La souveraineté ne semble plus pouvoir être appréhendée dans une perspective purement spatiale<sup>23</sup>. Il importe de prendre en compte la perspective informationnelle. En effet, la valeur de l'information, dans le processus général de décision, est fondamentale pour un État; la souveraineté informationnelle étant alors l'expression de ce caractère fondamental. L'État, disions-nous<sup>24</sup>, doit exercer un contrôle sur l'exportation de données qui apparaissent capitales dans la décharge de ses missions de puissance publique. On pouvait alors avancer que

---

<sup>21</sup> Jake KNOPPERS, *Report of the Sovereignty Aspects Working Group to the Interdepartmental Task Force on Transborder data Flows*, Document inédit, 1982, p.23.

<sup>22</sup> Allan GOTLIEB, Charles DALFEN et Kenneth KATZ, "The Transborder Transfer of Information by Communications and Computer Systems: Issues and Approaches to Guiding Principles", (1974) 68 *American Journal of International Law* 227. Ces auteurs ont été parmi les premiers à évoquer cette notion de souveraineté informationnelle.

<sup>23</sup> "It is the influence of those technology, particularly when combined with that of computers, which has been the principal agent in transforming the modern perception of the nature of sovereignty (...) The impact of this technology has thus helped to transform traditional views about sovereignty, which have hitherto been largely understood and expressed in geographic or spatial terms, into a new kind of concern about sovereignty, one that can be defined as a concern about informational sovereignty or integrity.", *Ibid.*, p.229.

<sup>24</sup> Benyekhlef, *supra* note 18, p.443-446.

toute action (publique ou privée) qui tendait à préserver le contrôle de l'État sur son information relevait de la souveraineté informationnelle.

Il importe aujourd'hui de clarifier ces affirmations. En effet, la technologie a bien évolué depuis. L'avènement d'un réseau de masse, comme l'Internet, change radicalement la donne. Nous voulions souligner alors l'importance pour l'État de contrôler les fuites de données vers l'étranger; données ayant évidemment une importance stratégique dans la mise en oeuvre des politiques fondamentales de l'État. Ce contrôle apparaît aujourd'hui illusoire au regard du réseau des réseaux alors qu'un tel contrôle pouvait être envisagé lorsque les principaux acteurs des environnements électroniques se limitaient encore aux grandes corporations multinationales. Tel n'est plus le cas. Le concept de souveraineté informationnelle nous paraît surannée, voire obsolète, à la lumière des nouveaux environnements électroniques. La réalité, encore une fois, est venue corriger les constructions théoriques sur lesquelles on fondait la souveraineté informationnelle. Celle-ci n'est plus en mesure de s'exercer concrètement. La fluidité, l'intangibilité et la délocalisation de l'information, les techniques de cryptage et d'anonymisation et, surtout, le nombre toujours croissant d'utilisateurs des inforoutes s'opposent, au plan pratique, à toute tentative de mise en tutelle normative de l'Internet<sup>25</sup>.

L'idée de la souveraine importance du mouvement, avancée par Ruggie, semble plus intéressante parce qu'elle décrit mieux les nouvelles réalités économiques qui ne manquent pas d'influer l'exercice du pouvoir par l'État. L'intégration économique, qu'elle soit régionale comme l'Union européenne ou

---

<sup>25</sup> David POST, "Anarchy, State, and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace", (1995) *J. Online L.* art.3, disponible également à: <<http://www.law.cornell.edu/jol/post.html>>. L'auteur y développe la théorie de l'exit: "As a consequence, the Internet itself is an «exit strategy» for individual network rule-makers, in two senses. First, the Internet allows one to exit by evading detection. Decentralization implies that the costs of monitoring behavior are substantially higher, and rule-violative behavior substantially more difficult to detect, than would be the case under a centralized internetwork design. The second sense pertains to exit by withdrawal from jurisdiction control, the relocation of rule-violative behavior so that it is outside the jurisdiction of any physically-based sovereign. Should a particular network rule-set be incompatible with the law of sovereign X, the network rule-set itself can, with relative ease, be transferred elsewhere on the internetwork, outside of the sovereign's jurisdictional boundaries." (parag.39 et 40).

l'Accord de libre-échange nord américain (ALENA) ou internationale, Organisation mondiale du Commerce, ne peut manquer d'amoinrir les espaces d'intervention normative des États. De même, les marchés financiers transnationaux agissent en quasi-autonomie et créent, ce qu'il est convenu d'appeler, les marchés "offshore", c'est-à-dire des lieux échappant à la juridiction des États<sup>26</sup>. Une sorte de royaume extraterritorial se dessine alors ayant le commerce et les échanges pour seul souverain. La souveraineté devient celle du mouvement et non plus du lieu physique, selon Ruggie:

*Consider the global system of transnational microeconomics links. Perhaps the best way to describe it, when seen from our vantage point, is that these links have created a nonterritorial "region" in the world economy - a decentered yet integrated space-of-flows, operating in real time, which exists alongside the spaces-of-places that we call national economies. These conventional spaces-of-places continue to engage in external economic relations with one another, which we continue to call trade, foreign investment, and the like, and which are more or less effectively mediated by the state. In the nonterritorial global economic region, however, the conventional distinctions between internal and external once again are exceedingly problematic, and any given state is but one constraint in corporate global strategic calculations (...) This nonterritorial global economic region is a world, in short, that is premised on what Lattimore described as the «sovereign importance of movement», not of place. The long-term significance of this region, much like that of medieval trade fairs, may reside in its novel behavioral and institutional forms and in the novel space-time constructs that these forms embody, not in any direct challenge that it poses as a potential substitute for the existing system of rule<sup>27</sup>.*

---

<sup>26</sup> "There has been a remarkable growth in transnational microeconomics links over the past thirty years or so, comprising markets and production facilities that are designated by the awkward term «offshore» - as though they existed in some ethereal space waiting to be reconceived by an economic equivalent of relativity theory.", Ruggie, *supra* note 19, p.141.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p.172-173.

Nous sommes, dès lors, en présence d'enclaves autonomes ou extraterritoriales qui ne semblent pouvoir être soumises à la loi du souverain pour la simple raison que ce dernier n'a pas la capacité de contraindre seul les acteurs financiers. Cette incapacité ne relève pas de facteurs purement normatifs et juridictionnels. Le marché financier exerce également des pressions de nature psycho-économique qui ont tôt fait de limiter les appétits normatifs que peuvent entretenir certains États. Ces marchés "offshore" constituent, comme le souligne Ruggie, les nouvelles foires du Moyen-Âge où les marchands développent des usages et des pratiques autonomes de la loi du lieu où elles se déroulent<sup>28</sup>. Le souverain d'alors ne songe pas à imposer sa loi sur des marchands provenant de toute l'Europe, car il sait bien qu'une telle action aurait pour effet de déplacer les activités commerciales vers un autre lieu le privant dès lors des retombées commerciales de ces foires. Au contraire, il s'emploie à assurer la sécurité des participants et des transactions<sup>29</sup> tout en sachant qu'il ne peut imposer l'ensemble ou partie de ses règles aux marchands.

L'analogie est séduisante. L'État d'aujourd'hui, également, ne peut aspirer seul à réglementer les transactions économiques transnationales. Il doit alors subir ces enclaves extraterritoriales. Cela ne signifie pas, ainsi que le signale Ruggie, que cette extraterritorialité menace l'ordonnement actuel du pouvoir et des structures étatiques. Il y a plutôt là un amenuisement de certains pouvoirs exercés par l'État. Il faut pourtant reconnaître que l'État, avant même l'avènement des technologies permettant les mouvements instantanés de capitaux, ne pouvait aspirer à exercer sa souveraineté sur l'ensemble ou même une partie des acteurs économiques internationaux.

---

<sup>28</sup> "En général, ces réunions, dont la durée variait d'une à six semaines, étaient dites «franches» en raison des conditions exceptionnelles dont jouissaient les marchands sous le rapport des impôts et de la juridiction (suspension des représailles, des actions judiciaires, etc.)", André JORIS, "L'essor du XIIe siècle, 1075-1180", dans Georges DUBY (dir.), *Histoire de France. Des origines à nos jours*, Paris, Larousse, 1995, p.235.

<sup>29</sup> "Rapidement, d'ailleurs, les princes territoriaux, qui disposaient du pouvoir de création de ces foires, en comprirent l'intérêt et s'employèrent à faire respecter, au besoin par la force, la sécurité des transactions.", *Ibid.*, p.235.

L'amenuisement apparaît alors plutôt limité même s'il faut admettre que l'avancement des technologies a grugé certaines prérogatives nationales.

La territorialité perd de son sens au regard des réseaux électroniques qui ceignent la planète et permettent des flux financiers spéculatifs ou non en temps réel. Le territoire physique, fondement théorique mais également bien concret de la souveraineté, est appelé à se dédoubler en un territoire virtuel, entraînant une dialectique continue entre l'interne (ici) et l'externe (là-bas), entre ce qui relève de la souveraineté et ce qui lui échappe. Cette tension dialectique entre l'interne et l'externe n'est pas nouvelle, comme le démontre l'exemple des enclaves extraterritoriales que constituent les ambassades<sup>30</sup>. Elle prend simplement une nouvelle tournure avec l'apparition d'espaces virtuels transnationaux. Le mouvement, par sa définition même, échappe au point fixe, au territoire et, par-là, à l'autorité du souverain. Cette qualité apparaît d'autant plus marquée lorsque ce mouvement est électronique, donc virtuel.

Cette apparition d'espaces publics transnationaux ne frappe pas que le domaine de l'économie. Lipschutz signale l'émergence, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, d'une société civile globale ou transnationale. Lipschutz définit ainsi cette notion:

*What exactly is encompassed by the concept of global civil society? To find it, we have to look for political spaces other than those bounded by the parameters of the nation-state system. The spatial boundaries of global civil society are different, because its autonomy from the constructed boundaries of the state system also allows for the construction of new political spaces. These political spaces are delineated by networks of economic, social and cultural relations, and they are being occupied by the conscious association of actors, in physically separated locations, who link themselves together in networks for particular political and social purposes (...) While the participants in the networks of global civil society interact with the states and governments over particular policy issues, the networks*

---

<sup>30</sup> *Supra* note 19 et texte correspondant.

*themselves extend across levels of analysis and state borders, and are not constrained by the state itself*<sup>31</sup>.

L'auteur illustre son propos par quelques exemples. Ainsi, l'environnement, la protection des droits de la personne ou encore la protection des droits autochtones représentent des activités transnationales, constituées autour de réseaux, de stratégies et d'objectifs communs, qui occupent des espaces délaissés par l'État ou desquels celui-ci ne s'est jamais intéressé<sup>32</sup>. Ces acteurs civils occupent un espace public transnational au même titre que les États. Peterson reconnaît également cet état de fait:

*Thinking of «international society» as a set of variously interconnected national civil societies permits a sounder appreciation of both the extent and the limits of transnational activity by societal actors than either state-centric conceptions, which encourage under-estimating their significance, or society-centric conceptions, which encourage over-estimating their significance. It reminds us that states and societal actors share a transnational public space*<sup>33</sup>.

Le professeur Lipschutz identifie deux causes au développement d'une société civile transnationale. Tout d'abord, il faut bien reconnaître que l'État n'est pas toujours intéressé à investir certains champs d'activités<sup>34</sup>. De même, il n'est pas toujours compétent pour ce faire<sup>35</sup>. L'auteur rappelle, à ce propos, que l'État est d'abord un pourvoyeur de sécurité et que la souveraineté visait notamment à unifier un territoire et à offrir une protection aux citoyens et non

---

<sup>31</sup> Ronnie D. LIPSCHUTZ, "Reconstructing World Politics: The Emergence of Global Civil Society", (1992) 21 *Millenium. Journal of International Studies*, 389, p.393.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p.398.

<sup>33</sup> M.J. PETERSON, "Transnational Activity, International Society and World Politics", (1992) 21 *Millenium. Journal of International Studies*, 371, p.386.

<sup>34</sup> Lipschutz, *supra* note 30, p.408.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p.409-410.



pas à subvenir à tous les besoins de ces derniers<sup>36</sup>. Ce n'est que plus tard que l'État a élargi son champ d'intervention et même alors, il n'a pas investi tous les champs. Au surplus, la compétence de l'État, dans la régulation de certaines activités, a été mise en doute et finalement remise au musée de l'État-providence<sup>37</sup>. Cette non-occupation ou cet abandon de secteurs d'activités permet donc à la société civile de prendre une place accrue.

Deuxièmement, le professeur Lipschutz remarque que l'émergence d'une société civile globale n'est pas sans rappeler le type de société supra-nationale qui existait avant le Traité de Westphalie (1648), c'est-à-dire cette Europe médiévale fragmentée en fiefs, baronnies et autres principautés. Dans cette société transeuropéenne divisée, l'Église, "whose universal spiritual and temporal authority was recognised as standing above that of the rulers of individual bits and pieces"<sup>38</sup>, aspire à jouer ce rôle unificateur dévolu à l'empire carolingien avant que celui-ci ne tombe en déliquescence. Le Traité de Westphalie substitue à l'autorité universelle de l'Église celle de la souveraineté anarchique des États: "Westphalia was a consolidation of sovereignty that, previously, had been distributed among many actors and entities. In the

---

<sup>36</sup> "The state had its origins not in the desire to provide welfare services to the population of a given territory, but, rather, as Charles Tilly observes, in defence «governements are in the business of selling protection.. whether people want it or not»", *Ibid.*, p.407.

<sup>37</sup> "At this point however, a problem begins to emerge: growing state incompotence as against growing societal competence. Although anti-statist ideology has been alive and well in liberal democracies for many decades, the general trend following the Second World War was growing expectations in terms of the quantity and breadth of services provided by government bureaucracies. The paradox here is that the growing cost of providing such services, ultimately paid through the tax base, has now begun to generate a backlash amongst those who provide the revenues. Furthermore, the commitment to economic liberalism and efficiency prevalent in the last decade has put further pressure on governments to balance budgets and reduce welfare expenditures. As the shortfall between revenues and costs increase, cutbacks in the welfare function follow, with the result that services deteriorate. This, in turn, leads to a gradual delegitimation of the state and a growing reliance on society to find other ways of fulfilling the welfare function.", *Ibid.*, p.409.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p.400.

ensuing state system the norms of anarchy, self-reliance, absolute sovereignty within the state, and no authority outside of it prevailed"<sup>39</sup>.

Nous avons déjà souligné, en première partie, le recours à la notion de souveraineté par les princes afin de s'affranchir de la tutelle de l'Église. Nous sommes alors passés d'une souveraineté mystique, voire christique, celle de l'Église, vers une souveraineté laïque, celle de l'État, pour aboutir, aujourd'hui, à une souveraineté plurielle ou composite. Nous sommes revenus à une société internationale pré-westphalienne<sup>40</sup>. Juste retour des choses puisqu'après une contraction de la notion de souveraineté, celle-ci, de nouveau, est appelée à l'éclatement et à la diffusion, respectant, par là, un certain cycle historique. On dit alors que la société internationale entre dans une période de néo-féodalisme. Il n'est pas vain de s'attarder sur cette assertion.

Il importe de noter, d'entrée de jeu, que le féodalisme n'est qu'une illustration d'une période de l'histoire où le pouvoir était divisé entre plusieurs ordres<sup>41</sup>. Duby définit ainsi le féodalisme:

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, p.400-401.

<sup>40</sup> Lire également à ce propos: Mark W. ZACHER, "The Decaying Pillars of the Westphalian Temple: Implications for International Order and Governance", dans James N. ROSENAU et Ernst-Otto CZEMPIEL (dir.), *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p.58. L'auteur note, à l'instar de Lipschutz et Peterson, l'érosion du concept de souveraineté nationale au regard du développement d'une société civile globale et de certains phénomènes (environnement, marchés financiers, droit commercial international, hétérogénéité sociale et culturelle), dont particulièrement le développement des technologies. À ce propos, il écrit à la page 63: "A final point concerning these pillars [conditions de la souveraineté des États] is that change in them is for the most part technology-driven. With perhaps the exception of the pillar of the predominance of authoritarian governments, the recent rapid changes in the other pillars are largely the products of the technological revolution of the twentieth century."

<sup>41</sup> Georges DUBY, *Les trois ordres ou l'imaginaire du féodalisme*, Paris, Gallimard, 1978. Ces trois ordres sont, selon Duby, le clergé, la noblesse et le tiers-état. Il précise, à cet égard, à la page 17: "(...) la trifonctionnalité sert de cadre à la répartition idéale des hommes. Elle renforce des proférations normatives, impératives, qui appellent à l'action pour transformer, pour restaurer, ou bien qui rassurent, qui justifient. La trifonctionnalité dont je parle est au service d'une idéologie, d'une «formation discursive polémique grâce à laquelle une passion cherche à réaliser une valeur par l'exercice d'un pouvoir sur la société». Voici ce qui, très précisément, fait problème: que, parmi d'autres images simples, également opératoires, l'image des trois fonctions ait été choisie."

*Mais la féodalité, c'est, plus précisément encore, le fractionnement de l'autorité en multiples cellules autonomes. Dans chacune de celles-ci, un maître, le seigneur, détient, à titre privé, le pouvoir de commander et de punir; il exploite cette puissance comme une part de son patrimoine héréditaire. Par un tel cloisonnement s'opère donc la parfaite adaptation des relations politiques et sociales à la réalité concrète d'une civilisation primitive et toute rurale, où l'espace était immense et coupé d'innombrables obstacles, où les hommes étaient rares, séparés par des distances mal franchissables, et d'une culture intellectuelle si fruste que leur conscience se montrait impuissante à percevoir les notions abstraites d'autorité: un chef ne pouvait obtenir obéissance s'il ne se montrait pas en personne et s'il ne manifestait pas sa présence<sup>42</sup>.*

Il y a donc une division ou répartition plus ou moins juste des pouvoirs parmi une pluralité d'acteurs: les barons, les princes, les hommes d'Église etc. Malgré tout, il faut remarquer que la féodalité n'entraîne pas l'occultation pure et simple de la souveraineté. Celle-ci demeure en toile de fond. Elle répond à une nécessité mystique, car, Duby le souligne, "la société féodale n'a jamais pu se passer d'un roi; la présence terrestre d'un monarque lui fut aussi nécessaire que celle, invisible, de Dieu"<sup>43</sup>. La prééminence du roi sur les chefs féodaux tient donc au caractère mystique de son pouvoir: roi-prête, roi sacré, incarnation de la paix et de la justice<sup>44</sup> et représentation physique d'un pouvoir surnaturel<sup>45</sup>. Tels sont les attributs du souverain que le féodalisme n'entame

---

<sup>42</sup> Georges DUBY, "Les féodaux. Entre 980 et 1075 premier essor de la civilisation médiévale", dans G. DUBY (dir.), *Histoire de France. Des origines à nos jours*, Paris, Larousse, 1995, p.204-205.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p.206.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p.206.

<sup>45</sup> "Conscients de représenter le Christ sur la Terre, pendant la semaine sainte, les rois de France de ce temps, préfigurant saint Louis, mimaient les gestes de Jésus (...) Enfin, ce roi-prête, ce roi sacré, rempli de la puissance mystérieuse qui imprègne aussi les reliques des saints, cet homme sur qui nul ne peut porter la main sans sacrilège fait des miracles; chacun sait qu'il guérit les aveugles, comme le Christ l'a fait lui-même, en leur jetant de l'eau au visage: au seuil du XIe siècle, précisément, se situent les premières manifestations de la croyance, si durable, dans le pouvoir surnaturel du roi de France.

pas et qui se perpétueront, dans une symbolique non moins dénuée de mysticisme, dans les attraits modernes de la souveraineté.

Figure emblématique, christique, le roi exerce une souveraineté indéniable sur tous ses sujets, bien que celle-ci ne soit pas pleine et entière. Les princes sont les fidèles du roi, mais point ses vassaux. Les princes, dans leurs duchés, leurs seigneuries, leurs principautés ont constitué des enclaves d'autonomie que l'autorité royale n'entame pas<sup>46</sup> et à l'intérieur de ces dominations princières, des seigneurs locaux exercent leur pouvoir et se sentent aussi indépendants face au prince que celui-ci face au roi. L'organisation politique repose donc sur une souveraineté éclatée en plusieurs fiefs, dans un embriquement plus ou moins fonctionnel mais d'où émerge, impavide, l'image de la souveraineté christique du roi<sup>47</sup>. Il y a là une concurrence certaine des souverainetés. Cette concurrence s'exerce alors par l'influence politique, c'est-à-dire la force des armes. C'est une concurrence sauvage et violente que seule l'Église parvient parfois à enrayer, la paix de Dieu, afin de "remédier à l'affaiblissement de l'autorité royale"<sup>48</sup>. Il faut d'ailleurs noter que l'Église crée des sanctuaires -délimités par des croix et dont la superficie englobe l'église et une aire plus ou moins importante où

---

Telle est bien, fondée sur les rites de la consécration monarchique, affermie au moment même où s'accélère la décomposition féodale, mais échappant à sa corrosion, car elle ne se situe point dans le matériel, la plus profonde, la plus solide assise du prestige capétien et, dans le royaume, de la supériorité du souverain sur tous les autres princes", *Ibid.*, p.207.

<sup>46</sup> "Bref, tous les attributs de la royauté s'attachent à la personne des princes. De leur puissance, enfin, ils jouissent en toute indépendance, dégagés de toute subordination à l'égard du souverain. De celui-ci, ils se disent les fidèles -mais on ne voit point qu'ils soient véritablement ses vassaux et encore moins ses feudataires. On ne doit point imaginer, dans la France de cette époque, une organisation pyramidale des dévouements vassaliques qui eût fait parvenir au roi, par l'intermédiaire de l'hommage des princes, les services des aristocraties régionales. Une telle construction ne s'ébaucha qu'au XIIe siècle. Pour lors, chaque domination princière était le noeud de son propre réseau de liens féodaux, que rien ne reliait aux autres.", *Ibid.*, p.210.

<sup>47</sup> "L'épaprillage de la souveraineté en d'innombrables circonscriptions minuscules, dominées chacune par un lien fort d'où rayonne alentour le pouvoir de commander, de rendre la justice et de lever des impôts, voilà bien le trait essentiel de la nouvelle organisation politique.", *Ibid.*, p.212.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p.224.

s'organisent les paysans- où l'usage de la violence est prohibé<sup>49</sup>. Ces «sauvetés» constituent, là encore, des enclaves d'autonomie qui échappent au pouvoir du seigneur local.

Le féodalisme illustre, de manière chaotique, l'éparpillement du pouvoir. L'analogie se dessine avec la post-modernité<sup>50</sup>, encore est-il nécessaire de la raffiner. Le professeur Ruggie avance que l'attribut central de la modernité dans la sphère des relations internationales "has a peculiar and historically unique configuration of territorial space"<sup>51</sup>. En effet, la découverte de la perspective, dans les arts, n'a pas manqué d'influencer la pensée politique en déplaçant l'appréhension de l'espace vers un point fixe d'observation plutôt qu'à partir de l'importance sociale ou symbolique du personnage que l'on portaiturait. Ce point fixe est en un fait un point unique (subjectif) qui permet alors l'émergence des subjectivités<sup>52</sup>. Dorénavant, l'espace politique peut également, contrepartie doctrinale de cette avancée artistique, être appréhendé à partir d'un point fixe, fixant alors un horizon et partant un territoire<sup>53</sup>. Aujourd'hui, au regard des facteurs d'érosion de la souveraineté moderne et, plus précisément, en raison de l'incidence grandissante des technologies, nous assistons à une implosion de l'espace-temps dans les sociétés capitalistes. La perspective du point fixe, mère de la territorialité et de la souveraineté telle qu'on l'entend encore aujourd'hui, cède le pas à une perspective éclatée du temps et de l'espace. Ruggie va jusqu'à parler d'un "postmodern hyperspace"<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> *Ibid.*, p.224.

<sup>50</sup> Ruggie, *supra* note, p.144-148.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p.144.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p.159.

<sup>53</sup> "What was true in the visual arts was equally true in politics: political space came to be defined as it appeared from a single fixed viewpoint. The concept of sovereignty, then, was merely the doctrinal counterpart of the application of single-point perspectival forms to the spatial organization of politics.", *Ibid.*, p.159.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p.146.

Cette hyperespace achève de rendre insuffisant la territorialité, comme facteur de théorisation de la souveraineté.

La souveraineté classique ou symbolique, en tant que construction théorique, est sérieusement mise à mal. Elle doit faire face à d'autres souverainetés concurrentes qui prétendent se substituer à son autorité dans certains domaines. Cela ne signifie pas, loin de là, la mort de l'État, tel que nous le connaissons<sup>55</sup>. Celui-ci demeure un acteur de premier plan. Et l'analogie, maintenant, se précise. Le néo-féodalisme ne constitue pas un retour pur et simple à l'époque du Moyen-Âge. Simplement, l'État est aujourd'hui confronté à des souverainetés concurrentes dans un environnement certes moins anarchique ou instable. Il reste cependant, tel le roi, symbole d'une autorité christique, le Souverain. Mais, sa souveraineté n'est pas aussi complète que la doctrine classique veut nous le faire croire. Le symbolisme est important, encore aujourd'hui. Les sociétés féodales, avons-nous dit, avaient besoin d'un roi, d'un souverain. Le mysticisme demeure. Les sociétés post-modernes ont toujours besoin d'un souverain. L'État est celui-ci. Et qui sont les chefs féodaux? Nous avons parlé de la société civile globale, des marchés financiers internationaux, de ceux qui dessinent les usages et les pratiques du commerce international<sup>56</sup> et les acteurs du cyberspace.

---

<sup>55</sup> Lipschutz, supra note 31, p.391

<sup>56</sup> Nous visons ici certes les entreprises mais également et, peut-être surtout, les divers acteurs impliqués dans la normalisation des rapports de commerce. On pense alors aux chambres de commerce, aux organismes internationaux de normalisation (CNUDCI, UIT, ISO etc.) et aux différents intermédiaires qui facilitent le commerce. La *lex mercatoria* est le fruit des usages et des pratiques de tous ces intervenants. Lire à ce propos: Filali OSMAN, *Les principes généraux de la Lex mercatoria: contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, L.G.D.J., 1992; Philippe KAHN, "Droit international économique, droit au développement, Lex mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?", dans *Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982; Harold J. BERMAN et Colin KAUFMAN, "The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)", (1978) 19 *Harvard International L.J.* 221. En matière de commerce électronique, on peut lire, entre autres: Raj BHALA, "Self-Regulation Global Electronic Markets through Reinvigorated Trade Usages", (1995) 31 *Idaho L.Rev.* 863; Jean-Jacques LAVENUE, "Cyberspace et droit international: pour un nouveau *jus communicationis*", (1996) 3 *R.R.J.* 811 et Pierre TRUDEL, "Introduction au droit du commerce électronique sur l'Internet", [1995] 55 *R. du B.* 521..

Le rôle de l'État apparaît évidemment aujourd'hui plus important que celui du souverain des temps féodaux. La modernité a tissé des liens et établi des structures qui ont pour effet de rendre l'État incontournable en bien des domaines. Ainsi, l'État fait face à une concurrence des souverainetés dans des matières comme, par exemple, le commerce et la finance internationaux, les droits de la personne ou les environnements électroniques. Il demeure néanmoins souverain, au sens le plus complet du terme cette fois, dans des secteurs comme la défense, les affaires étrangères, la conclusion de traités et de conventions<sup>57</sup> etc. Dans ces secteurs, l'État et les États, en tant qu'agrégat, sont les maîtres du jeu. Dans les autres domaines qui commencent à échapper à leur pouvoir, l'État peut tenter d'intervenir directement. Il se heurtera à de fortes résistances de la part des détenteurs des souverainetés concurrentes mais également des autres États. Pensons, par exemple, à la volonté d'un État d'imposer à *tous* le respect de ses prescriptions en matière de liberté d'expression sur l'Internet. Des interventions mal avisées d'un État dans un secteur où des acteurs concurrents affirment une certaine autonomie posent le risque, outre du non-respect de l'intervention normative visée, d'entraîner une perte de crédibilité pour les prescriptions édictées dans des secteurs où la souveraineté de l'État apparaît mieux établie.

Le réseau Internet est le reflet de ces tendances exogènes que les politologues n'ont pas manqué de noter. Pourtant, l'Internet peut apparaître comme un amplificateur de ces tendances en raison de la nature unique de ce

---

<sup>57</sup> Encore faut-il que l'objet de ces traités se prête à un contrôle de la part de l'État. L'exemple de la protection des données personnelles illustre notre propos. Plusieurs instruments internationaux consacrent le principe de la protection des données personnelles (*Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, Journal officiel des Communautés européennes, 23 novembre 1995, no L.282, p.31 et la *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*, adoptée par le Conseil de l'Europe en 1981), pourtant rien n'assure, en pratique, leur mise en oeuvre dans le cyberspace (lire, à ce sujet, Karim BENYEKHEF, "Les normes internationales de protection des données personnelles et l'autoroute de l'information", dans *Le respect de la vie privée dans l'entreprise: de l'affirmation à l'exercice d'un droit*, Montréal, Éd. Thémis, 1995, 65). L'affirmation d'un exercice souverain en un domaine, même par le truchement d'un accord international, n'entraîne pas, dans le contexte des inforoutes, la mise en oeuvre effective des prescriptions sous-jacentes à cet exercice.

médium<sup>58</sup>. La création d'un monde virtuel, parallèle au monde physique, où des transactions informationnelles, au sens large du terme, peuvent se nouer dans un contexte transfrontière, constitue un phénomène singulier où les participants ont déjà commencé à développer leurs propres règles en marge de celles des législateurs nationaux<sup>59</sup>. L'importance fondamentale de l'information dans nos sociétés post-industrielles, en tant notamment que support à la décision, n'est pas étrangère à cet effet amplificateur.

Quel sera le résultat de cette concurrence des souverainetés? Il nous semble que cette concurrence ne peut manquer d'entraîner une plus grande liberté pour les individus et les corps intermédiaires. Le partage ou la diffusion du pouvoir en plusieurs centres souverains, tout en reconnaissant l'importance du symbole de la souveraineté de l'État, participe à une polyarchie internationale qui conforte ceux qui se méfient de la mainmise du pouvoir par une seule autorité<sup>60</sup>. Cette diffusion du pouvoir est un gage démocratique certain. Un autre effet de cette concurrence est la reconnaissance de la légitimité du pluralisme juridique au plan international<sup>61</sup>. Il était déjà

---

<sup>58</sup> Pour Lipschutz néanmoins, ce n'est pas tant les technologies de l'information, le "hardware", que les pratiques sociales découlant de la circulation de l'information, qui ont des effets politiques importants sur l'État. Il écrit: "It is new forms of social organisation and social practice, and not hardware alone, that have global political effects. Finally, even if the total number of people engaged in these practices is limited, their cumulative impact may be substantial because of their dominant role in production and the reproduction of societies.", Lipschutz, *supra* note , p.412. Nous préférons, à cet égard, l'opinion du professeur Post qui prend mieux en compte, nous semble-t-il, les attributs techniques de l'Internet, lire *supra* note 25.

<sup>59</sup> Arlene H. RINALDI, "The Net: User Guidelines and Netiquette", (1995) disponible à l'adresse suivante: <<http://www.fau.edu/rinaldi/net/index.html>>; Tim NORTH, "The Internet and Usenet Global Computer Networks: An Investigation of their Culture and its Effects on New Users", disponible à: <<http://foo.curtin.edu.au/thesis/default.html>>

<sup>60</sup> Sur la polyarchie, lire notamment Claude ÉMÉRI, "L'État de droit dans les systèmes polyarchiques européens.", (1992) 9 *Revue française de droit constitutionnel*, 27. Sur les liens indéniables entre le polycentrisme et la démocratie en droit interne, lire Karim BENYEKHEF, "Démocratie et libertés: quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit", (1993) 38 *McGill L.J.* 91.

<sup>61</sup> J. VANDERLINDEN, "Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique", (1993) 2 *Revue de la recherche juridique Droit prospectif*, 573; Guy ROCHER, "Pour une sociologie



démontré que l'État ou les États n'avaient pas le monopole de l'élaboration des normes<sup>62</sup>. L'uni-normativité est une illusion qui ne trompe plus personne. Cette concurrence des souverainetés conforte ce constat et déplace la réflexion sur un examen de la coexistence de ces centres souverains. Loin de l'anarchie et de la violence souvent associées au féodalisme, cet exercice concurrent du pouvoir peut s'exercer, et s'exerce déjà dans les faits, dans une relative harmonie. Il n'en demeure pas moins que des points de friction sont à prévoir au regard des tentatives de l'État d'affirmer sa souveraineté sur le cyberspace<sup>63</sup>. L'interprète, après avoir reconnu cette diversité des souverainetés, doit maintenant s'attacher à concevoir des modèles propres à permettre un déploiement pacifique et harmonieux des pouvoirs concurrents. Le résultat, une plus grande démocratie, constitue un enjeu qui ne doit pas souffrir des prétentions hégémoniques de l'État.

Cette plus grande liberté a certes un prix: une moins grande sécurité dans le cyberspace. L'utilisateur ne bénéficiera pas d'une protection analogue à celle du citoyen physique. Nous évoquons évidemment principalement la protection apportée par l'État au regard des discours jugés contraires à la morale, au maintien de l'ordre public ou à d'autres intérêts concurrents à la liberté d'expression<sup>64</sup>. L'État ne peut faire prévaloir dans le cyberspace *toutes* les valeurs qu'il défend, parfois avec apreté, dans le monde physique. Cette sécurité apparaît donc essentiellement morale: protéger l'individu contre

---

des ordres juridiques", (1988) 29 *C. de D.* 91; J. GLISSEN (dir.). *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Institut de sociologie, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1972.

<sup>62</sup> Lire notamment Roderick A. MACDONALD, "Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et «inférentielle»", (1986) 28(1) *Sociologie et sociétés*, 47.

<sup>63</sup> Le débat entourant l'adoption par le législateur américain du *Communications Decency Act of 1996*, codified at 47 U.S.C., Section 223(a) to (h).

<sup>64</sup> Il s'agit donc d'une réduction de la sécurité qu'apporte le législateur lorsqu'il interdit ou limite certains contenus expressifs. On ne fait évidemment pas référence ici à la sécurité physique. Quant à la sécurité des transactions économiques, il ne fait pas de doute que celle-ci sera assurée par les acteurs commerciaux eux-mêmes qui n'auront d'autre choix que de la garantir au risque sinon de perdre des marchés. Sur les mécanismes techniques de sécurisation du commerce électronique, lire notamment Serge PARISIEN et Pierre TRUDEL, *L'identification et la certification dans le commerce électronique*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1996.

certaines contenus jugés offensants par une communauté donnée. Dans le cyberspace, les interdits de nature prescriptive que l'on retrouve dans les législations nationales ou même dans les conventions internationales n'ont pas leur place. Il importe de substituer à cette sécurité prescriptive un autre type de modèle. En fait, le seul moyen est de créer des contre-voix, c'est-à-dire d'opposer à ces voix stridentes, belliqueuses ou divisives d'autres voix afin d'assurer un pluralisme des opinions. Les usagers d'Internet s'en chargent déjà<sup>65</sup>. Autrement, la plus grande liberté, apportée par cette concurrence des pouvoirs, ne peut qu'être bénéfique puisqu'elle permet à l'individu de connaître la pluralité sans avoir à subir les diktats d'une seule et unique autorité normative.

## CONCLUSION

Le déploiement des inforoutes en cette fin de millénaire constitue un reflet de l'éclatement de la souveraineté. On ne peut plus parler aujourd'hui d'une souveraineté mais plutôt de plusieurs souverainetés concurrentes à celle de l'État. À cet égard, l'Internet amplifie ce phénomène en raison du monde virtuel qu'il sous-tend, c'est-à-dire ce monde singulier, distinct du monde réel où les actions des usagers échappent, dans la plupart des cas, au contrôle national ou même international. Cette concurrence des souverainetés suppose une division du pouvoir (polyarchie) et mène à de nouveaux espaces de liberté. Au constat de pluralité des souverainetés doit maintenant succéder une réflexion sur les aménagements susceptibles de faciliter l'agencement et les relations entre ces différentes autorités. Quelles que soient les cas de figure envisagés, la souveraineté de l'État, à l'instar de celle du roi à l'époque féodale, constituera la souveraineté de référence. L'État n'est certes pas appelé à disparaître. Simplement, il lui faut reconnaître que certains secteurs de l'activité humaine échappent dorénavant à la plénitude de son contrôle sans pour autant signifier que l'État ne peut jouer *aucun* rôle en ces domaines. La

---

<sup>65</sup> Au Canada, Ken McVay s'oppose avec véhémence aux discours haineux en maintenant notamment un site Web que l'on peut retrouver à: <<http://www.nizkor.org>>. Aux États-Unis, voir <<http://www.hatewatch.org>>

nature et la portée de son rôle seront cependant tributaires de la forme, de la sagesse et de l'opportunité de ses interventions dans des domaines où une pure action prescriptive risque de demeurer lettre morte et, surtout, des modalités de coexistence avec ces pouvoirs concurrents.

Karim Benyekhlef