

*Lawrence Lessig : étude de la paternité
d'une théorie normative du Cyberespace*

Stéphane DESROCHERS

L.L.M. option recherche - axe droit des technologies de l'information
Faculté de droit de l'Université de Montréal
Essai réalisé dans le cadre du cours de méthodologie du droit et de la recherche,
Me Michel COUTU professeur-adjoint

Décembre 1999

Plan

Introduction

I. Biographie

II. Contexte

III. Théorie normative du Cyberespace selon Lessig

> **Cyberespace : un espace *unregulable* ?**

> **Le modèle normatif Lessigien**

> **L'« assiette » des contraintes**

> **Régulation directe versus indirecte**

> **Dangers de la régulation indirecte Loi – *code* – comportement**

IV. La fin de l'anonymat et de la liberté dans le Cyberespace

Conclusion

Introduction

Pour plusieurs, le Cyberspace est synonyme d'anonymat et de liberté. Il est asile car les lois n'ont aucune prise sur lui. D'autres estiment que le droit s'adapte à toutes les situations, fussent-elles virtuelles. Ces visions du Cyberspace sont si puissamment encrées que des juristes sérieux ont dénoncé la futilité de parler d'un droit du Cyberspace. Le temps était propice à la formulation d'un contre-discours.

Le professeur Lawrence Lessig de l'Université Harvard a su relever le défi. Jeune homme encore, sa contribution à la théorie du droit du Cyberspace est néanmoins majeure. Dans le texte qui suit, nous présentons une courte biographie du professeur-auteur, pour ensuite le situer dans son contexte. Enfin, nous tenterons, à travers l'étude de trois essais récents de Lessig, de décrire dans ses grandes lignes sa théorie normative du Cyberspace.

I. Biographie

Diplômé émérite de la faculté de droit de l'université Yale, Lawrence Lessig a débuté sa carrière de juriste en 1989 en qualité de clerc du Juge Richard Posner du 7th Circuit Court of Appeals, puis comme clerc du Juge Antonin Scalia de la Cour suprême des É.U. De 1991 à 1997, Lessig a enseigné à la faculté de droit de l'Université de Chicago. Il s'est joint à la faculté de droit de l'université Harvard en 1997, où il figure avec prééminence comme professeur associé au Berkman Center for Internet and Social Studies. Juriste polyvalent, il enseigne le droit constitutionnel, le droit constitutionnel comparé, le droit des contrats et le droit du Cyberspace. C'est aussi un spécialiste des questions constitutionnelles dans les pays de l'Europe de l'Est, notamment de la Russie. Sa bibliographie impressionne; entre autres, on retrouve des écrits portant sur les libertés fondamentales, le droit constitutionnel russe, la propriété intellectuelle et le droit cyberspatial. Il est l'auteur du livre « Code and Other Laws of Cyberspace », publié au mois d'octobre 1999.

II. Contexte

Comprendre la pensée lessigienne passe de manière obligée par un effort de situer l'auteur dans son contexte. Différents épithètes collent à l'auteur – constitutionnaliste, russologue, libertaire, technoréaliste – aucun de ceux-ci ne donnant en soi une idée précise de ses influences plurielles.

Lessig est avant tout un juriste américain, issu des cercles privilégiés de l'enseignement juridique aux É.U. – Yale et Harvard – et d'une culture juridique unique au monde. En cette fin de millénaire, les É.U. constituent certainement l'exemple d'une société hypersophistiquée et hyperjuridicisée. Une contradiction flagrante : les É.U. sont à la fois la terre promise du libéralisme économique et du droit étatique omniprésent. Les politiciens y font du chemin en promettant la dérèglementation. En revanche, aux É.U., la professionnalisation de la discipline juridique est à son comble. La densité avocat/population y est très élevée de même que la propension à avoir recours aux

tribunaux. Aussi, le *star system* a rejoint la profession juridique, faisant de l'avocat un objet de culte à la télévision, au cinéma et dans la littérature.

Dans la culture juridique américaine, on sent un attachement très fort, presque jaloux, au texte « sacré » de la Constitution. Or, l'auteur John Perry Barlow a commenté que « *In Cyberspace, the First Amendment is a local ordinance* »¹. Pour le juriste américain, amateur farouche des lois, une proposition de la sorte est insupportable. Pour cette raison, et celles énoncées ci-dessus, nous devinons à travers les écrits de Lessig une tentative de redonner à la loi, et par le fait même au juriste, la place qui lui revient dans le Cyberespace.

On peut affirmer aussi que les sept années passées à enseigner à la faculté de droit de l'université de Chicago ont vivement marqué la pensée de Lessig. En effet, la position « *anti-law* » de l'École de Chicago a eu un impact profond en matière de régulation du Cyberespace. L'École de Chicago insiste sur les limites de la loi en tant que puissance régulatrice et sur l'efficacité, par opposition à la loi, des normes sociales et des marchés en tant que régulateurs du comportement. Enfin, elle prétend que les marchés et les normes sociales sont relativement invulnérables à la mainmise de la loi. Comme nous le verrons, Lessig articulera sa théorie en réaction contre l'École de Chicago².

Enfin, nous retenons que Lessig a certainement voulu détruire les mythes les plus tenaces au sujet du Cyberespace, à savoir qu'il est un lieu libre, anonyme, et imperméable à toute tentative de réglementation.

III. Théorie normative du Cyberespace selon Lessig

Dans *The Law of the Horse : What Cyberlaw Might Teach*, Lessig jette les bases de sa théorie normative du Cyberespace³. D'entrée de jeu, il récuse l'idée que vouloir trouver ou faire du droit pour le Cyberespace soit vaine entreprise. L'ambition de son texte est, dit-il, de dégager des généralités au sujet de la régulation tant dans le monde cyberspatial que dans le monde réel. Plus précisément, et ceci ressort clairement du titre de l'essai, Lessig tente de tirer dans le Cyberespace des leçons pour l'activité régulatrice en général. Dans ses propres mots : « *Or put differently, when we come to understand regulation there [le Cyberespace], we will have come to see something special about regulation here.* »⁴

¹ Barlow, J.P. « *Leaving the Physical World* », 1998, Conference on HyperNetworking, Oita Japan, à http://www.eff.org/pub/Publications/John_Perry_Barlow/HTML/Leaving_the_physical_world.html

² Greenleaf, G. « *An Endnote on Regulating Cyberspace : Architecture vs Law* », 1998, University of NSW Law Journal, à <http://www.austlii.edu.au/au/other/unswlj/thematic/1998/vol21n02/greenleaf.html>

³ Lessig, L. « *The Law of the Horse : What Cyberlaw Might Teach* », 1997, à http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/law_horse.pdf

⁴ *supra*, p. 3.

> Cyberspace : un espace *unregulable* ?

Lessig résume l'attitude d'« impuissance » de la loi, défendue par plusieurs en parlant du Cyberspace, à deux de ses caractéristiques bien connues : l'anonymat (relatif) des transactions communicationnelles, et sa plurijuridictionnalité. Pour les tenants de l'impuissance, ces deux caractéristiques font obstacle au contrôle par l'État. C'est donc la « nature » même du Cyberspace qui rend impossible l'action régulatrice étatique. Lessig voit dans cette assertion une erreur fondamentale :

« This view about cyberspace is wrong – though wrong in an interesting way. It either assumes that the nature of cyberspace is fixed – that its architecture, and the control they enable, can't be changed – or it assumes that government can't take steps to change this architecture.

Neither assumption is correct. Cyberspace has no nature; it has no particular architecture that could not be changed. Its architecture is a function of its design – or as I will describe in the section that follows, Its code. [...] »⁵

Ainsi, le Cyberspace est ramené à sa plus simple expression : une chose. Une chose imaginée et construite par des hommes, avec des plans, des matériaux, des connaissances. Or, l'architecture de cette chose n'est pas fixe nous dit Lessig.

> Le modèle normatif Lessigien

Pour Lessig, le comportement dans le monde réel est *régulé* par quatre types de contraintes, dont la loi⁶. Certes, la loi est la plus connue et la plus palpable. La Loi, dans la conception naïve des positivistes nous dit Lessig, ordonne aux personnes de se comporter d'une certaine façon sous contrainte d'une punition *ex post facto*. En ce sens, la loi *régule*.

Les normes sociales forment le second groupe de contraintes. Comme exemple d'une norme sociale, Lessig écrit qu'il existe une norme selon laquelle nous pouvons acheter un journal, mais ne pouvons acheter un ami. De la même manière que la loi promet une punition à la suite d'un comportement illégal, une sanction peut s'ensuivre par suite d'une transgression à une norme sociale. Différence notoire cependant, la sanction est appliquée, ou pas, par une collectivité et non par l'État. Mais, pour l'essentiel nous dit Lessig, les normes sociales *régulent*.

Les marchés constituent la troisième forme de contrainte, celle-ci s'exprimant par le prix. En déterminant la quantité de choses obtenues en retour d'une quantité donnée de choses ou de travail, le prix *régule* le comportement économique.

Enfin, il existe une quatrième forme de contrainte du comportement, soit le monde physique. C'est ce que Lessig appelle « *architecture* », et la série d'exemples qu'il donne

⁵ Supra, p. 6.

⁶ Supra, pp. 7 et sq.

est particulièrement éclairante. Ainsi, écrit-il, l'incapacité de voir au travers des murs empêche d'espionner ce qui se passe derrière. L'incapacité de lire les pensées est une contrainte au désir de savoir si on nous dit la vérité. Qu'un objet soit très lourd est une contrainte à la volonté de le voler. Qu'il y ait une voie ferrée séparant un quartier d'un autre quartier est une contrainte à la volonté des citoyens de s'intégrer.

Appliquant le modèle au Cyberspace, Lessig explique que les mêmes contraintes interviennent, sauf que l'« *architecture* » du Cyberspace est formé de l'ensemble du software sous-jacent à Internet. C'est ce qu'il appelle « *code* ». ⁷

> L'« assiette » des contraintes

Les quatre contraintes identifiées ci-dessus forment en quelque sorte l'« assiette » des contraintes, au centre de laquelle se trouve l'objet à réguler. Lessig explique que les contraintes, tant dans l'espace réel que dans le Cyberspace, agissent conjointement sur un même objet et produisent une « régulation nette », égale à la somme des quatre effets. Les contraintes peuvent se compléter ou se faire concurrence ⁸. En outre, les contraintes, ou « modalités » comme les appelle Lessig, agissent l'une sur l'autre et ne sont pas indépendantes les unes des autres.

> Régulation directe versus indirecte

L'essence de la technique régulatrice dérivée du modèle lessigien réside dans l'étude des interrelations entre les quatre modalités et du dosage de la régulation directe versus indirecte. D'abord, précisons que la régulation directe s'entend du rapport immédiatement contraignant entre une modalité et l'objet régulé. On oppose à cela la régulation indirecte, qui est l'action d'une modalité sur une ou plusieurs autres modalités afin d'obtenir un effet ou des effets régulateurs sur l'objet.

Pour illustrer ces techniques, Lessig donne l'exemple d'une régulation anti-tabac. Premièrement, une loi pourrait interdire l'usage du tabac; ce serait le cas classique de la régulation directe loi – comportement. Deuxièmement, la loi pourrait taxer davantage le tabac afin d'en hausser le prix et décourager sa consommation; la régulation ici serait indirecte car la loi viserait l'usage du tabac par le biais du marché. Troisièmement, la loi pourrait financer une campagne de sensibilisation sur les dangers liés au tabagisme; ici encore, l'effet régulateur serait indirect car la loi atteindrait son but en tentant d'influencer les normes sociales. Enfin, la loi pourrait réglementer la quantité de nicotine dans les cigarettes pour que l'effet de dépendance physique soit moindre, rendant le sevrage moins difficile; dans ce schéma, l'effet régulateur est obtenu par une action de la loi sur le *code* des cigarettes ⁹.

⁷ Greenleaf, loc. cit., note 2 : Greenleaf préfère le terme *architecture*, jugeant que la structure d'Internet est une réalité plus large qu ne se résume pas uniquement au software mais aussi au hardware, aux protocoles informatiques et à certains identificateurs biologiques humains.

⁸ Lessig, loc. cit., note 3, p. 11.

⁹ Lessig, loc. cit., note 3, p. 15.

Une régulation optimale viserait à atteindre le meilleur dosage possible de régulation directe et indirecte, en fonction de l'efficacité relative de chaque modalité dans un contexte donné¹⁰. En effet, Lessig constate que, selon le contexte, une modalité peut s'avérer une régulatrice plus efficace que les autres modalités. Par exemple, les normes sociales régulent plus efficacement le comportement individuel dans une bourgade. Mais, l'efficacité de la technique régulatrice dépendra aussi de ce que Lessig appelle « *plasticity* », ou « plasticité », des modalités, c'est-à-dire la facilité avec laquelle il sera possible de changer, voire déformer, une modalité pour atteindre un but régulateur¹¹. Enfin, Lessig reconnaît que, pour une situation donnée, une modalité peut s'avérer dominante par rapport aux autres, en ce qu'elle renferme la potentialité de produire un effet régulateur plus tranchant. Selon lui, le *code* est la modalité dominante du Cyberspace.

> Dangers de la régulation indirecte Loi – *code* – comportement

Lessig met en garde contre deux dangers de la régulation indirecte par le *code* : d'abord, elle risque souvent d'avoir une portée plus large que prévue (« *over-inclusiveness* »); en outre, c'est une technique qui manque de transparence (« *transparency* »).

Un exemple. S'attaquant au problème de la protection des enfants contre les contenus offensants, l'État aurait le choix de différents mécanismes faisant en sorte que l'âge de l'internaute soit divulgué lors d'une séance de navigation dans le Web. En choisissant d'attribuer à chaque individu une carte d'identité numérique, détaillant non seulement l'âge, mais encore la citoyenneté, le sexe, le nom, le but visé serait largement dépassé. Dès lors, la carte à puce aurait fait son apparition et faciliterait désormais la mise en œuvre de toutes sortes de contrôles fondés sur des discriminants individuels.

On dit d'une action régulatrice qu'elle est transparente si son objet est apparent, par opposition à un objet secret ou déguisé. Au cas contraire, un gouvernement peut promouvoir ses visées sans en rendre compte politiquement. De l'avis de Lessig, la technique de régulation indirecte par le *code* ouvre la porte à des abus de ce genre. Des lois réglementant le code source de certains logiciels paraîtraient étonnantes, si bien qu'elles risqueraient d'échapper à l'œil critique du public.

IV La fin de l'anonymat et de la liberté dans le Cyberspace

Dans deux autres essais, Lessig applique le modèle ci-dessus pour briser les mythes du Cyberspace anonyme et libre. Par ailleurs, des solutions peuvent être envisagées en appliquant la technique régulatrice dérivée du modèle.

¹⁰ Lessig, loc. cit., note 3, p. 16.

¹¹ Nous croyons utile, à ce stade, de proposer une classification des modalités selon la nature de la contrainte qu'elles exercent. Pour nous, les modalités se divisent en deux groupes : d'une part il y a les modalités comportant une contrainte *de jure*, soit la loi et les normes sociales; d'autre part, il y a les modalités comportant une contrainte *in rem*, soit le *code* et les marchés. L'utilité de cette classification tient à ce que nous croyons qu'il serait possible de dégager une corrélation de plus haute ou de plus faible plasticité selon qu'il s'agisse d'une contrainte *de jure* ou *in rem*. Toutefois, une telle étude dépasse largement le cadre de notre essai.

Dans *The Architecture of Privacy*, Lessig démontre que le *code* a été conçu par les programmeurs (« *codewriters* ») de manière à surveiller toutes nos activités dans le Cyberspace et à en conserver un enregistrement permanent¹². Certes, on ne peut être reconnu positivement lors de séance de navigation dans le Cyberspace. Cependant, les serveurs des sites visités conservent des journaux de transactions fort détaillés comprenant l'adresse IP de l'ordinateur, le nom du fournisseur d'accès Internet, la date et l'heure des visites, les pages consultées et la série des sites visités avant. Tous ces renseignements permettent de retracer une machine, laquelle appartient nécessairement à une personne. En outre, bon nombre de sites commerciaux offrent des services en échange de renseignements personnels nominatifs.

Ceci étant dit, Lessig rappelle que l'« *architecture* » de la vie privée dans Internet n'est pas forcément immuable. Il explique qu'en utilisant la technique régulatrice, il serait possible de renforcer la vie privée dans le Cyberspace, notamment en modifiant le *code*.

Il propose d'agir, par exemple, à la fois par les modalités loi, marché et *code*. En changeant la loi de manière à reconnaître la propriété individuelle de ses renseignements personnels, le marché attribuerait à ceux-ci une valeur économique liée à leur propriété. La collecte des renseignements deviendrait coûteuse puisqu'objet d'une négociation, au terme de laquelle l'individu-proprétaire pourrait décider de les conserver ou de conditionner leur utilisation. Par ailleurs, le *code* pourrait être changé de sorte que les fureteurs Web puissent reconnaître et bloquer l'accès à des sites collecteurs de renseignements nominatifs¹³.

Dans *The Laws of Cyberspace*, Lessig nous met en garde contre l'illusion de la liberté dans le Cyberspace¹⁴. Il écrit :

« For in my view, the world we are entering is not a world of perpetual freedom; or more precisely, the world we are entering is not a world where freedom is assured. Cyberspace has the potential to be the most fully, and extensively, regulated space that we have ever known – anywhere, at any time in our history. »

Pour illustrer, Lessig transporte le lecteur en Russie tsariste, à une époque où les citoyens devaient porter sur eux un passeport interne. Ce passeport détaillait qui on était, d'où on venait, où on pouvait aller ou ne pas aller. Les bolcheviques promirent l'abolition des

¹² Lessig, L. « *The Architecture of Privacy* », texte présenté à la conférence Taiwan Net '98, à Taipei, Mars 1998, http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/architecture_priv.pdf

¹³ Cette idée est à l'origine du projet *Platform for Privacy Preferences* (P3P), développé par le Consortium W3. P3P est un protocole Internet permettant aux logiciels serveur et client de négocier le degré d'« intimité » entre les acteurs lors d'une séance de navigation dans le Web. Voir à ce sujet le texte d'Agnès Unterberg « *La gestion de la vie privée, les propositions récentes – P3P* », 1999, L'État d'Internet 1999, à <http://www.droit.umontreal.ca/internet99>

¹⁴ Lessig, L. « *The Laws of Cyberspace* », 1998, à <http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/law>

passesports et, de fait, les abolirent. Plus tard, Staline les remit en vigueur. Encore une fois, écrit Lessig, les Russes durent divulguer des choses à leur sujet¹⁵.

Aux yeux de Lessig, Internet est en voie de devenir, le gouvernement américain aidant, un espace de contrôle calqué sur le modèle stalinien. En fait, dit-il, le gouvernement américain adopte présentement des lois, non seulement pour réguler le comportement par le *code*, mais aussi pour transformer le *code* en vue de rendre le Cyberspace plus *regulable*. Il donne comme exemple le certificat électronique, qui servirait d'identificateur personnel unique. Une fois ces certificats attribués à chacun, tel un passeport, le gouvernement saurait précisément d'où vient un internaute, quel âge il a, ce qu'il fait, ce qu'il a le droit de faire¹⁶.

Conclusion

La théorie générale de Lawrence Lessig sur le rôle du droit étatique dans la régulation du Cyberspace fait école. Sa force tient au fait qu'elle prend acte de l'impact normatif de la technologie, et éveille ainsi la classe juridique à une réalité trop souvent ignorée. En outre, elle récuse des prénotions quant à l'anonymat et à la liberté du Cyberspace, célébrés à tort par les technolibertaires.

Surtout, en montrant la pertinence du droit dans le Cyberspace, Lessig prévient contre l'absence des juristes dans le débat et les dangers qui pourraient s'ensuivre. En effet, écrit-il, le *code* constitue la Constitution d'Internet et celle-ci, laissée aux intérêts de l'argent et du gouvernement américain, a déjà amorcé un glissement dangereux menant à un espace d'identification, de surveillance et de contrôle sans précédent dans l'Histoire¹⁷.

¹⁵ supra, p. 2.

¹⁶ supra, p. 13.

¹⁷ Supra, pp. 15 et sq.

Bibliographie

Barlow, J.P. « *Leaving the Physical World* », 1998, Conference on HyperNetworking, Oita Japan, à http://www.eff.org/pub/Publications/John_Perry_Barlow/HTML/Leaving_the_physical-world.html

Greenleaf, G. « An Endnote on Regulating Cyberspace : Architecture vs Law », 1998, University of NSW Law Journal, à <http://www.austlii.edu.au/au/other/unswlj/thematic/1998/vol21n02/greenleaf.html>

Lessig, L. « *The Law of the Horse : What Cyberlaw Might Teach* », 1997, à http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/law_horse.pdf

Lessig, L. « *The Architecture of Privacy* », texte présenté à la conférence Taiwan Net '98, à Taipei, Mars 1998, http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/architecture_priv.pdf

Lessig, L. « *The Laws of Cyberspace* », texte présenté à la conférence Taiwan Net '98, à Taipei, Mars 1998, à <http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/law>

Lessig, L. « *Tyranny in the Infrastructure* », Wired, juillet 1997, à http://www.wired.com/wired/5.07/cyber_rights.html?pg=1&topic=

Unterber, A. « *La gestion de la vie privée, les propositions récentes : P3P* », 1999, L'État d'Internet 1999, à <http://www.droit.umontreal.ca/internet99/>