

REFLEXIONS SUR L'INVENTIVITE ET LE DROIT

Serge **SUR**,
Professeur émérite,
Université Paris II Panthéon-Assas

Inventivité et droit : une telle association laisse perplexe. À première vue, les deux ne font pas bon ménage. Le droit est orienté vers la stabilité, la prévisibilité, la rationalité convenue. Les normes qui le composent répondent à la volonté d'organiser des comportements et des situations, même s'il s'agit de favoriser ou de diriger leur changement. Le droit révolutionnaire lui-même tend à cristalliser, à installer et à pérenniser des idéologies existantes, il ne les invente pas. L'inventivité à l'inverse échappe à toute règle constituée, elle fait surgir un monde nouveau, elle est souvent imprévisible, dans son origine, sa nature, ses effets. Comment l'anticiper ? Comment l'intégrer dans la prévision ? Une anecdote : au Président MITTERRAND qui lui vantait la planification publique de la recherche afin de la rendre plus féconde, le Président REAGAN répondait en sortant un stylo bille de sa poche, et en lui faisant observer que personne n'avait prévu le succès universel de la pointe Bic. Ce qui n'empêchait pas au demeurant le même Président REAGAN de multiplier les financements publics de la recherche sur l'Initiative de défense stratégique (IDS ou SDI).

Le terme et le concept d'inventivité demandent à être éclaircis, aussi bien dans leurs rapports avec des notions voisines comme la découverte, la créativité, l'innovation que dans leur contexte social. Au bénéfice de ces distinctions, on pourra souligner l'influence de l'inventivité sur la sociabilité. On sait que le droit est un élément fondamental du lien social : on peut retourner la fameuse formule : *ibi jus, ubi societas*. Le système juridique est la marque de l'organisation qu'une société se donne volontairement à elle-même, et au minimum la conscience qu'elle prend d'elle-même. Elle est une composante de sa dimension culturelle, de sa civilisation. A ce propos, l'inventivité ne serait-elle pas un critère, voire le critère de la distinction entre culture et civilisation ? Voilà qui conduira à s'interroger sur l'inventivité du droit, sur la naissance de nouveaux concepts et normes juridiques. Enfin, comment le droit prend-il en considération, intègre-t-il dans son univers les inventions, objets nouveaux qui appellent régulation et doivent être ainsi consacrés et résorbés ?

I. INVENTIVITE, SOCIABILITE, CIVILISATION

A. Découverte, créativité, innovation, inventivité...

La langue française est suffisamment riche pour proposer une série de termes qui correspondent à des activités différentes quoique proches, et ils sont suffisamment ambigus pour qu'existent nombre d'interfaces entre eux. La découverte est peut-être celui qui s'éloigne le plus de l'inventivité, puisqu'il met à jour quelque chose qui existait déjà et que l'on ne fait que dévoiler. Malgré cette différence, comprendre le sens d'une découverte peut impliquer une inventivité intellectuelle, alors que sans cela elle pourrait rester inaperçue ou incomprise. Ainsi Christophe COLOMB découvrant l'Amérique croyait arriver aux Indes. Ou encore on découvre l'électricité et on invente la lampe. Quant à l'innovation, le dictionnaire nous indique qu'elle consiste à « introduire un changement dans une chose établie », à perfectionner un objet existant. On passe de la lampe à filament au néon puis au LED.

C'est entre créativité et inventivité que les liens sont les plus forts, les deux comportant un mélange d'imagination, de concepts et de dimension opérationnelle ou concrète. Il n'en demeure pas moins qu'elles restent profondément différentes, en ceci que la créativité consiste à tirer toutes les potentialités d'un objet, d'une matrice qui existe déjà. Ainsi le feu : on n'a pas eu à le découvrir, mais à le maîtriser. A partir de là, sa créativité est infinie, lumière, chaleur, énergie et toutes leurs applications. On illustrera plus tard la créativité du droit et particulièrement du droit international : avec le même instrument, un traité, on peut créer l'ONU, l'Union européenne, la Cour pénale internationale, régler le droit des espaces maritimes, mais aussi conclure le plus menu des traités bilatéraux, etc... L'inventivité consiste quant à elle à faire surgir des idées nouvelles, des objets qui n'existaient pas dans la nature, qui sont précisément inventés. Elle débouche sur des innovations, et c'est leur impact sur l'existant, leur incorporation dans un tissu social constitué, ce que Alvin TOFFLER dénommait en 1970 *le Choc du futur*, qui soulève la question des rapports entre culture et civilisation.

B. Inventivité, culture, civilisation

Une civilisation a vocation à se développer, à se dépasser, à se renouveler par un processus critique et inventif. Elle vit de ses métamorphoses, toujours du rejet de ses formes anciennes, parfois de leur oubli. Une civilisation qui n'invente pas ou qui n'invente plus est une civilisation qui meurt. Elle devient une culture, vouée aux conservatoires, puis aux musées, puis aux cimetières où dorment par exemple les langues mortes. Une culture est une civilisation morte. Paul VALÉRY avait à la fois tort et raison en écrivant que les civilisations sont mortelles, tort parce que la civilisation ne meurt pas mais se déplace en fonction de l'inventivité qu'elle contient, raison parce qu'en effet elle peut se fossiliser en culture, qui n'évolue plus. Une civilisation est à l'inverse une culture en voie d'évolution permanente.

Opposons symboliquement sur ce plan VOLTAIRE et WAGNER, VOLTAIRE critique de son temps, sur le plan religieux, politique, scientifique, philosophique et moral, et qui prépare un monde futur, WAGNER ressuscitant des légendes moyenâgeuses, un retour vers le passé qui anticipe de grandes régressions et de funestes impasses. Au passage, on peut en tirer une critique fondamentale du multiculturalisme comme négation de la civilisation, puisqu'il prône une juxtaposition de cultures crispées sur une identité acquise, c'est-à-dire passée, qui tend à devenir sacrée. Le multiculturalisme est comme un faisceau de cimetières, avec des carrés séparés, alors que la civilisation se nourrit d'apports multiples qu'elle absorbe, combine et assimile en les dépassant.

C'est dire que l'inventivité est une composante fondamentale de la civilisation, elle en assure la survie et le développement. La civilisation occidentale vit ainsi de l'accumulation de ses métamorphoses, c'est ce qui établit sa supériorité. Elle procède de la philosophie des Lumières même si elle est allée beaucoup plus loin, précisément grâce à elle. A l'inverse les civilisations classiques chinoise ou arabe, très brillantes et en pointe à des périodes antérieures, ont cessé d'évoluer et ont connu des décadences profondes. Aujourd'hui, la Chine renaissante s'inspire des modèles occidentaux et leur dispute la première place, en termes d'inventivité en matière d'intelligence artificielle notamment, tandis que la culture arabo-musulmane s'enferme dans une régression religieuse qui ne présage rien de bon. Dans ce contexte, qu'en est-il du droit ?

II. L'INVENTIVITE DU DROIT

On peut d'emblée écarter deux sens parasites de l'inventivité en matière juridique. D'abord, comment tricher avec le droit en vigueur, comment pratiquer des violations camouflées, par exemple dans le domaine très riche de l'évasion fiscale, toutes les dimensions des utilisations sophistiquées du droit, terrain de jeu des avocats. Ensuite, les constructions et spéculations doctrinales, ainsi que les positions militantes qui visent à promouvoir un droit différent, meilleur, c'est-à-dire correspondant à leurs vues. On ne s'attache ici qu'au droit positif et aux conduites régulières, au fonctionnement ordinaire et paisible d'un ordre juridique constitué, toujours susceptible d'évolutions voire de mutations.

En la matière, il faut faire intervenir à la fois inventivité et créativité qui peuvent être difficilement dissociées. Le droit se compose de normes, de supports normatifs et de processus normatifs. Les normes contiennent les concepts et les obligations juridiques. Les supports leur confèrent leur autorité juridique éventuellement hiérarchisée, constitution, loi, règlement, ou matricielle, comme les traités en droit international. Les processus permettent d'établir le contenu des règles et assurent leur accession à l'autorité, par voie d'édition, de vote ou de négociation. Dans ce triangle normatif, où et comment situer l'inventivité ? Elle réside essentiellement dans les concepts, tandis que la créativité caractérise les supports normatifs et que les processus sont à l'inverse marqués par la stabilité.

A. Inventivité des normes et concepts juridiques

Il suffira de donner quelques exemples. En droit interne, la notion de service public est déjà ancienne mais elle a été inventive et féconde pour le droit administratif en son temps, ou plus récemment la formule de partenariat public – privé, PPP. Pour le droit général, public, privé, pénal, le PACS, les questions touchant à l'embryon en droit de la bioéthique, celles de la protection des données en droit de l'informatique, qui demeure balbutiant. Dans le domaine des libertés publiques, on pourrait mentionner le droit des lanceurs d'alerte, qui vise à leur protection. Ces innovations conceptuelles se distinguent de la simple modification des normes existantes, nombreuses dans le droit de la famille, avec le mariage pour tous, le libre choix du nom de famille parmi les ascendants, l'égalité entre héritiers, qu'ils soient légitimes, naturels ou adultérins, etc...

Le droit international, compte tenu de son développement depuis 1945, est un terrain d'élection de l'inventivité. On y a formé ou transposé des concepts variés. Ainsi, dans le droit de la mer, les notions de plateau continental, de zone économique exclusive, de patrimoine commun de l'humanité avec un statut spécial pour le fond des mers... ou la formation d'un droit spécifique de l'espace extra-atmosphérique, avec le régime de la Lune et des corps célestes, le droit de la télédétection... La notion de droit humanitaire est également apparue à partir de la convergence entre le droit de la guerre largement issu des conventions de La Haye et le droit des conventions de Genève, auquel se sont ajoutés des traités plus récents. Le droit international pénal a consacré la notion de crimes contre l'humanité, née de la Seconde guerre mondiale, en même temps qu'étaient créées des juridictions pénales internationales... On pourrait encore mentionner la fécondité du Conseil de sécurité en matière de techniques juridiques de vérification. Toutes ces innovations témoignent d'inventivité intellectuelle.

B. Créativité des supports normatifs

Les innovations qui viennent d'être mentionnées, au croisement de l'inventivité et de la créativité, ont été portées par des supports traditionnels, Constitution ou lois sur le plan interne, traités ou actes d'organisations internationales sur le plan international. Les actes unilatéraux étatiques peuvent aussi être l'indice de coutumes internationales, régionales ou universelles, en gestation. Ces supports sont indéfiniment ductiles, ils peuvent incorporer les contenus et les modifications normatives les plus variés, les plus novateurs. On disait par exemple que le parlement britannique pouvait tout faire, sauf changer un homme en femme. Il le peut désormais, et réciproquement, s'il se saisit de la transsexualité et autorise les changements de genre. C'est la fécondité d'un système juridique, au-delà des contraintes naturelles ou biologiques, de ne pas être encadré par des principes extérieurs contraignants, des commandements et des interdits résultant de préceptes religieux, par définition étrangers en tant que tels au droit positif. Le commandement, transcendant, révélé, absolu n'est pas de même nature que l'obligation, temporelle, volontairement posée et toujours relative.

La créativité consiste à déployer toutes les potentialités d'une technique normative. La créativité des supports normatifs est cependant bornée, bridée et encadrée par la hiérarchie des normes. Il en découle que tous ne peuvent pas disposer de la même créativité, dans la mesure où les principes et procédures des normes produites par les supports supérieurs doivent être respectés par ceux qui leur sont inférieurs. La Constitution enferme la loi dans des limites plus ou moins étroites en fonction du contrôle de constitutionnalité, les actes de l'Exécutif sont conditionnés par le contenu des lois, etc... Ces limites sont certes beaucoup plus indécisées et relatives en droit international, d'un côté parce que ni traités ni coutumes ne sont hiérarchisés, de l'autre parce que leur contrôle juridictionnel reste exceptionnel. On ne trouve donc pas d'inventivité au sens étroit dans les supports normatifs. Ils sont créatifs dans la mesure où leur contenu est indéfini et indéfiniment renouvelable, mais ils sont toujours ramenés à un statut normatif prédéterminé. Y aurait-il alors moyen de dépasser cette contrainte et de revenir à l'inventivité par une mutation des processus normatifs ?

C. Stabilité des processus normatifs

Dans un système juridique organisé, la stabilité réside dans les processus normatifs, indépendamment du contenu des normes, évolutives et mobiles. Un exemple en est la Constitution américaine, la plus ancienne des constitutions écrites dans le monde, le chef d'œuvre politique de la philosophie des Lumières. Bien qu'elle soit pour l'essentiel stable depuis maintenant près de deux siècles et demi, on y trouve pour autant une inventivité initiale, d'un type entièrement original. Même si l'Antiquité gréco-romaine a pu fournir une part d'inspiration intellectuelle, la naissance de la Constitution a résulté d'un processus révolutionnaire. Une forme de destruction créatrice a établi de nouvelles institutions et de nouveaux mécanismes de formation du droit. C'est également le cas quelques années plus tard pour la Révolution française, avec moins de succès puisque les constitutions se sont succédé depuis lors avec une longévité généralement brève. Les III^e et V^e Républiques font exception, mais le sort de la III^e montre que rien n'est assuré, et aux yeux de certains la VI^e est à l'ordre du jour. En outre, ces deux républiques ont survécu grâce à des évolutions internes, pratiques ou juridiques, importantes. L'inventivité, et plutôt la créativité n'en ont pas été absentes : décrets-lois, lois-programmes, ascension normative de la Constitution réalisée grâce ou à cause du Conseil constitutionnel... On est passé d'un régime hiérarchique, parlementaire et centralisé, légicentriste, à un régime hybride, sorte de Constitution mixte, et décentralisé dans lequel la loi, limitée dans ses domaines, soumise à un contrôle de constitutionnalité dans son contenu, n'est plus qu'une norme banale.

Si l'on prend maintenant l'exemple du droit international, le mode ou les modes de production des normes sont codifiés par le canonique article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Il définit en même temps le contenu du droit et ses modes de formation, qui sont les traités, la coutume et les principes généraux de droit. Cet article a vocation à indiquer au juge international les règles qu'il doit appliquer. Il est immuable depuis près d'un siècle et ne fait que reprendre une coutume plus ancienne, il est déclaratoire autant que constitutif. Sur cette base étroite, le droit international a établi des supports normatifs qui ont été d'une remarquable fécondité, et qui ont absorbé nombre d'innovations juridiques sans qu'il soit porté atteinte à leur monopole. L'article 38 est comme une cellule, une matrice, un logiciel d'où découlent de multiples développements, variations, applications. Ainsi les résolutions des organisations internationales résultent de leurs traités constitutifs et ne représentent pas un nouveau mode de formation du droit, pas davantage que les actes unilatéraux des États, régis soit par des coutumes soit par des traités, ou l'innovation contestée et contestable du *jus cogens* ou droit impératif, qui relève, s'il existe, d'une forme de droit coutumier.

On pourrait opposer à cette stabilité les tentatives diverses pour sortir du carcan des processus établis. Nombre d'innovations, en droit interne ou international, ont cherché à assouplir et enrichir la rigueur des textes. Un peu pêle-mêle, on a vu apparaître des notions comme les Standards, les Codes de déontologie, les codes de conduite, les Guidelines, les instruments concertés non conventionnels ou ICNC, les principes recommandés, les comités d'éthique... tout ce que l'on a regroupé sous le terme générique de *Soft Law*, ou droit mou, inachevé, incomplet. Forme juridique mais contenu sans grande portée. Inventivité terminologique mais stérilité juridique, dans la mesure où les normes qui en résultent ne sont pas obligatoires, ne sont que des recommandations, et ne sont pas en principe justiciables. Certaines de ces normes pourront ensuite être consolidées et revêtir un autre statut, prendre un ascenseur normatif, à condition d'emprunter le chemin d'un mode de formation ordinaire, devenir loi, règlement, traité. Elles peuvent aussi être respectées, sur la base de la réciprocité et de l'intérêt commun, dans une logique contractuelle. Le contrat est au demeurant la grande et souple technique qui permet d'esquiver la rigidité des processus normatifs, sous des formes multiples. Le droit des inventions permet précisément de l'illustrer.

III. L'INVENTION ET LE DROIT

Toute invention, mais aussi toute découverte qui débouchent sur une innovation, c'est-à-dire qui engendrent des conséquences opérationnelles, technologiques, industrielles, économiques, entraînent un double phénomène qui impacte le droit de deux façons différentes : un effet de rupture, un effet de transformation. Le domaine de la recherche scientifique et technologique, plus généralement la recherche / développement est très riche en la matière et depuis longtemps. Il a fallu intégrer dans la réglementation juridique le chemin de fer, l'automobile, l'aviation, etc... Aujourd'hui, informatique, espace extra-atmosphérique, biotechnologies sont des domaines d'élection. Le droit de l'espace résulte du développement des fusées, des satellites et de l'accord entre puissances spatiales sur la régulation de leur concurrence. Le droit de la procréation a connu développements et controverses dès lors que les processus biologiques ont pu être maîtrisés.

Invention et découvertes entrent ordinairement dans le droit par des brevets, qui leur donnent un statut juridique et les protègent dans un contexte de concurrence industrielle et commerciale. La course aux brevets est une dimension de la compétition technique et scientifique entre États, la capacité d'en déposer est un critère d'influence de leur modèle et de prospérité de leur économie, c'est-à-dire de leur puissance. Le droit des brevets est à la fois régi par le droit interne et par des traités internationaux, mais on est loin d'un droit universel et harmonieux. On se souvient par exemple de la controverse

franco-américaine, voici quelques décennies, sur la paternité de la découverte du SIDA, avec des enjeux de prestige scientifique mais aussi de débouchés commerciaux, dans la mesure où nombre de retombées en matière médicale et pharmaceutique en découlaient. Mais l'application ordinaire des règles existantes ne suffit pas à résorber les novations introduites.

A. Rupture

Si l'on prend quelques exemples, on peut d'abord s'attacher au droit interne de la procréation. Il est très variable selon les pays, selon qu'ils sont plus ou moins tributaires de contraintes religieuses. Les suites du mariage pour tous, lorsqu'il est accepté, soulèvent des questions de filiation pour les couples homosexuels, et les couples hétérosexuels peuvent quant à eux connaître des problèmes de fertilité. Adoption, assistance médicale à la procréation ou AMP, gestation pour autrui ou GPA sont en cause, et tous les couples, voire des individus isolés peuvent être concernés. L'adoption internationale pose ses propres questions, mais le régime de l'adoption est le plus ancien et le moins disputé, sauf pour les couples homosexuels. L'assistance médicale à la procréation ou AMP est en général acceptée, la gestation pour autrui ou GPA est en revanche une technique moins admise. Elle est souvent considérée en elle-même, alors qu'elle correspond à trois situations différentes, sans même parler de son caractère gratuit ou rémunéré. On y trouve toujours une mère porteuse, mais l'embryon peut provenir des deux parents légaux, d'un seul ou d'aucun. On mesure à quel point le droit de la procréation et celui de la filiation se trouvent bouleversés, et les droits internes concernés sont encore bien loin d'avoir résolu les problèmes juridiques qui en découlent.

Si l'on se tourne vers le droit international, on peut prendre l'exemple du plateau continental, prolongement du territoire terrestre sur la plateforme continentale sous la mer jusqu'aux grandes profondeurs. Il est longtemps resté une composante de la mer territoriale ou de la haute mer, jusqu'à ce que l'exploitation des ressources qu'il contient devienne possible. C'est un acte unilatéral américain qui a décrété la souveraineté de l'État côtier sur ces ressources, ce qui a été consolidé et généralisé par une Convention de Genève de 1958. Le droit classique de la mer a ainsi été rompu dans l'un de ses principes fondamentaux, la liberté de la haute mer. La souveraineté sur les ressources naturelles et biologiques l'a supplanté. Aujourd'hui, on s'interroge sur la question des ressources dites « génétiques », qui ne sont à proprement parler ni naturelles ni biologiques et se trouvent répandues en mer. Quel est leur statut ? Il est pour l'instant indéterminé. Un autre exemple concerne le droit spatial, terrain d'élection des innovations juridiques. La Convention de 1967 sur l'espace établit un régime particulier pour la Lune et les autres corps célestes, avec quelques spécificités pour la Lune. Mais elle ne va pas au-delà, alors que les corps célestes sont très différents, étoiles, planètes, aérolithes, et appelleront des différenciations à mesure que l'utilisation de l'espace se développera. De la même manière, aucune frontière n'est fixée entre l'espace atmosphérique et l'espace extra-atmosphérique, ni entre espace sublunaire et espace profond. Ou encore, dans le domaine du droit humanitaire, drones et armes autonomes soulèvent des questions non résolues. A suivre donc.

B. Transformation

Pourquoi et comment s'opère cette transformation ? Si elle n'est pas opérée par voie normative internationale ou interne, c'est-à-dire conventionnelle ou législative, quelles sont les voies de secours qui peuvent permettre de compenser les retards, résistances, obstacles divers qui peuvent l'entraver ?

Le droit retardataire ? Très souvent, le droit répond aux problèmes du passé et éprouve une réticence certaine à se projeter dans l'avenir. Ceci parce qu'il réagit à l'égard de demandes constituées et ne se pose que les problèmes qu'il peut résoudre, ignorant les autres ou demeurant dans un flou protecteur. Il en est ainsi par exemple pour le droit de l'espace, ou celui de la bioéthique. Cette situation illustre la théorie suivant laquelle la règle de droit est toujours un mode de solution d'un différend, une manière de régler un contentieux, qui peut toujours resurgir sous une autre forme. On peut à cet égard se référer au droit des espaces maritimes. Les quatre conventions de Genève de 1958 répondaient aux nouvelles formes d'utilisation de ces espaces, avec la zone contiguë en matière de pêche, le plateau continental, la protection des ressources de la haute mer... Ce sont les revendications sur le fond des mers d'un côté, sur l'élargissement de la mer territoriale de l'autre qui ont entraîné leur remise en cause. Elles ont débouché sur la négociation d'une convention unique qui aborderait tous ces aspects et ceux qui émergeaient, devenue la Convention de Montego Bay en 1982. La solution optimale passe par l'adoption de nouvelles normes qui se substituent aux anciennes, ou les modifient.

Il est vrai que, dans certains cas, ceux dans lesquels le droit assure le rôle d'anticipation et d'organisation qui doit être le sien, les normes savent se projeter dans un avenir qu'elles transforment, parce qu'elles correspondent à un dessein qui rencontre une acceptation sociale durable. C'est le cas avec la Constitution américaine, avec le *Code civil français* : les deux ont connu amendements ou modifications, mais leurs cadres fondamentaux demeurent des exemples de textes prospectifs qui ont construit de façon pérenne institutions ou société. La même observation vaut pour la Charte des Nations Unies qui, en adaptant ses pratiques, a survécu aux multiples évolutions et vicissitudes de la société internationale. On ne peut certes modifier la Charte, les conditions d'amendement ou de révision sont trop étroites pour permettre des changements de fond, mais ce défaut est compensé par la flexibilité des procédures et par la possibilité de créer des organes subsidiaires. Un bon texte est un texte que l'on peut modifier, qui respire et offre des ouvertures à ses évolutions. Un contre-exemple à cet égard est le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (TNP), qui est menacé par la non-participation d'États dotés d'armes nucléaires et par ses fragilités internes, sans offrir de perspective réelle de modification.

Complexité des régimes juridiques. De plus en plus, les problèmes juridiques contemporains de transformation du droit ne se posent plus en termes alternatifs, droit interne ou droit international, voire transnational. Ils appellent des solutions mixtes et convergentes, de façon parfois complexe. On a parlé de *spaghetti bowl*, pour illustrer l'enchevêtrement des normes, encore renforcé par l'intégration croissante des traités internationaux dans les ordres juridiques internes. Un exemple en est le transport aérien, mélange de conventions multilatérales, bilatérales, de recommandations d'organisations internationales comme l'OACI, voire de règles privées avec l'IATA, et de normes internes. Le régime des armes nucléaires est de même type, le TNP étant la poutre maîtresse, mais soutenu par des clubs informels, des instruments concertés non conventionnels, des résolutions du Conseil de sécurité... La notion de régime s'appuie sur cette complexité, à laquelle s'ajoutent des pratiques suivies, sans que leur statut juridique soit bien défini. La notion de régime associe des normes de droit et des arrangements entre intéressés qui relèvent de la politique juridique, et par là la *Soft Law* se mêle au droit obligatoire.

S'agit-il d'une insuffisance structurelle des systèmes juridiques, incapables d'assurer pleinement leur mission d'anticipation et d'organisation à partir de principes clairs, suivis de mesures d'application qui pourront être régulièrement adaptées en tant que de besoin ? Oui dans une certaine mesure. Ce sont les blocages, incertitudes, ambiguïtés, contradictions des changements souhaités qui entravent une transformation ordonnée et conduisent à la complexité de mesures partielles, d'autorité discutable. La codification du droit international en offre une illustration. Dans le cadre de l'ONU, depuis 1948, la Commission du droit international, organe subsidiaire de l'Assemblée générale, a été chargée de proposer des projets de codification du droit et de son développement progressif. Elle a connu de notables succès, avec de grandes conventions, sur les relations diplomatiques, consulaires, avec le droit des traités entre États. Mais elle n'a pas su adapter le droit de la mer, qui a fait l'objet de négociations séparées, et depuis quelques décennies elle semble incapable d'assurer la réussite de nouvelles conventions. Le projet sur la responsabilité internationale est ainsi resté sur cales. Alors, quelles solutions alternatives ?

Quelles roues de secours juridiques ? La première de ces roues de secours est le contrat, la technique juridique la plus souple, la plus universelle, qui peut relever aussi bien du droit interne que du droit international, voire d'un droit ad hoc qui rentre dans la catégorie indéfinie du droit transnational. Le contrat est aussi la formule la plus inégalitaire en la matière, puisque dans le domaine des nouvelles technologies les accords sont le plus souvent d'adhésion, et que le choix du droit de référence comme de la juridiction compétente font la part belle à ceux qui maîtrisent les services et leurs infrastructures. L'exemple le plus manifeste est le droit d'Internet, largement soumis au droit interne américain et plus spécialement californien. Il n'offre que des garanties limitées aux utilisateurs, réserve faite de l'ordre public interne des États concernés, comme les dérives dans l'utilisation des données personnelles par Facebook l'ont récemment illustré. Malgré les inconvénients de la formule, les États, incapables de s'entendre sur des conventions internationales, s'accommodent par défaut du droit américain, même si la tendance à restreindre davantage la liberté de ces nouvelles puissances non étatiques, puissances économiques et intellectuelles, se développe. Mais l'intervention des États en la matière se manifeste plutôt par la négociation avec les entreprises concernées que par l'édiction de mesures unilatérales, comme si des contrats devaient permettre d'encadrer et de régulariser d'autres contrats. Certains pays ont même nommé des « ambassadeurs » auprès des GAFAs.

La seconde roue de secours est la jurisprudence, solution *a posteriori* et aléatoire, puisque la compétence des juridictions internes demande préalablement à être établie. La jurisprudence est également le fruit d'une régulation par défaut, puisque, en l'absence d'un droit interne spécifique, il lui faut s'appuyer sur des principes généraux pour sauvegarder des droits particuliers. Elle est surtout interne, mais la C.E.D.H. peut également être impliquée. Les solutions particulières peuvent conduire à des normes imparfaites puisqu'au statut incertain comme celui de toute jurisprudence. Ces normes reposent sur une conception réticulaire plus que pyramidale du droit, celle du dialogue des juges relevant de systèmes juridiques différents afin de rechercher des réponses compatibles à des problèmes comparables. Ce n'est cependant qu'un pis-aller, sans certitude et sans légitimité. La C.E.D.H., les cours suprêmes d'Allemagne et du Canada sont sensibles à la recherche d'une convergence et d'inspirations communes. En revanche, la Cour suprême américaine développe une jurisprudence très autonome, sans se soucier des juridictions extérieures. À nouveau, la prépondérance du droit américain se manifeste, sous une forme différente. Plus généralement, on constate que, en l'absence de règles internationales, c'est le droit interne de la puissance dominante qui tend à s'imposer. Les nouvelles technologies, l'intelligence artificielle, peuvent enfin modifier la donne en matière de jurisprudence, et d'une façon qui ne favorisera pas l'inventivité du droit. Avec les décisions judiciaires rendues par algorithmes, technique en voie d'expérimentation, on s'oriente vers une justice robotisée, automatique et tournée vers le passé. L'inventivité ne se traduirait plus alors par une maîtrise accrue, mais par la dépossession des acteurs juridiques.