

Les chartes des droits numériques : un moment constitutionnel ?

EDOARDO CELESTE*

I. Introduction

Stefano Rodotà, ancien président du groupe de travail Article 29 – le prédécesseur du Comité européen de la protection des données (EDPB), est considéré comme le père académique de l'idée d'une « charte des droits » pour l'environnement numérique. Dans un article publié en 2008, il expliquait :

Le choix de l'ancienne formule de la déclaration des droits a une force symbolique ; elle souligne que le but n'est pas de restreindre la liberté sur le web mais, au contraire, de maintenir les conditions pour qu'elle puisse continuer à prospérer. Pour ce faire, des garanties « constitutionnelles » sont nécessaires¹.

Rodotà estime que la société numérique actuelle a besoin d'une déclaration des droits. Les textes constitutionnels existants peinent à s'adresser explicitement aux acteurs sociétaux. À l'instar des déclarations du XVIIIe siècle, un effort de réflexion, de redéfinition et de réaffirmation des principes constitutionnels s'impose. Intégrer les normes constitutionnelles nationales dans le « code » de la technologie numérique, comme le propose Lessig², ou laisser les sous-secteurs sociétaux du domaine numérique définir de manière autonome leurs normes constitutionnelles, comme le soutient Teubner³, ne suffirait pas.

Le modèle de Charte des droits numériques proposé par Rodotà n'est pas resté sur papier. Rodotà lui-même a présidé une commission ad hoc de la Chambre des députés italienne, qui a conduit à l'adoption d'une motion parlementaire promouvant une *Déclaration des droits et principes de l'Internet*⁴. Pourtant, ce document n'est pas un exemple isolé. Avec une équipe de collègues de diverses disciplines, nous avons recensé plus de deux cents chartes similaires des droits numériques⁵.

* Professeur en droit, technologie et innovation, coordinateur du Centre de recherche en droit et technologie et directeur du Master Erasmus Mundus en droit, données et intelligence artificielle (EMILDAI) à la Faculté de droit et sciences politiques de la Dublin City University, Irlande. Courriel : edoardo.celeste@dcu.ie. Ce chapitre développe des arguments présentés dans la thèse doctorale de l'auteur « Digital Constitutionalism : The Role of Internet Bills of Rights » (University College Dublin, 2020).

¹ S. RODOTÀ, « A Bill of Rights for the Internet Universe », *The Federalist Debate*, 21, traduction de l'auteur.

² L. LESSIG, *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, New York, Basic Books, 2006.

³ G. TEUBNER, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁴ CAMERA DEI DEPUTATI, *Mozione concernente iniziative per la promozione di una carta dei diritti in Internet e per la governance della rete*, https://www.camera.it/leg17/995?sezione=documenti&tipoDoc=assemblea_allegato_odg&idlegislatura=17&anno=2015&mese=11&giorno=03.

⁵ Librement accessible sur <https://digitalconstitutionalism.org/database/>.

La plupart de ces documents, malgré leurs titres formels et pompeux, n'ont aucune valeur juridique contraignante. Ils adoptent simplement un « ton » constitutionnel, en utilisant la terminologie et le style traditionnels des textes constitutionnels. Pourtant, d'un point de vue formel, il ne s'agit que de textes adoptés par divers acteurs de la société civile, notamment des ONG, des organisations internationales et des universitaires, pour favoriser un débat sur les droits et principes numériques. Les études existantes ont souvent critiqué l'émergence de ces textes, déplorant leur manque de force juridiquement contraignante et mettant en garde contre un risque d'« inflation des droits »⁶. Certains auteurs ont identifié leur potentiel simplement dans une future incorporation des principes inclus dans ces documents dans des sources juridiquement plus contraignantes⁷.

L'objectif de ce chapitre est de discuter de la valeur ajoutée actuelle des chartes des droits numériques dans une perspective constitutionnelle. On soutiendra que l'émergence d'un nombre important de ces textes s'inscrit dans un processus plus large de constitutionnalisation de la société numérique. La révolution numérique affecte nos cadres constitutionnels, façonnés pour les sociétés analogiques. L'écosystème constitutionnel ne reste cependant pas inerte, mais produit une série de contre-réactions normatives visant à relever les défis créés par l'avènement des technologies numériques. La première partie de ce chapitre montrera que ce processus caractérise un nouveau moment constitutionnel (II). La deuxième partie de ce travail portera sur le rôle des chartes des droits numériques dans ce contexte (III).

II. Un moment constitutionnel ?

Se concentrer exclusivement sur l'émergence des chartes des droits numériques sans considérer le contexte dans lequel ce phénomène s'inscrit offre une compréhension limitée du moment que nous vivons. Les chartes des droits numériques représentent un signal d'alerte. Ils nous disent que de nombreux acteurs sociétaux ressentent le besoin de promouvoir un débat sur les droits et principes numériques. La révolution numérique affecte un écosystème constitutionnel qui a été façonné pour une société analogique (A), mais un mouvement de constitutionnalisme numérique émerge pour produire une série de contre-réactions normatives (B).

A. L'impact de la révolution numérique

Très souvent, nous avons l'idée des cadres constitutionnels comme de règles sacrées gravées dans le marbre et destinées à durer éternellement. En réalité, l'histoire constitutionnelle montre à quel point ces règles fondamentales sont souvent le produit de changements sociétaux majeurs⁸. Ils reflètent la nécessité d'atteindre un état d'équilibre au niveau sociétal en équilibrant et en organisant les pouvoirs, d'une part, et en protégeant les droits et les libertés des individus, d'autre part. Historiquement, les révolutions technologiques ont joué un rôle majeur dans la promotion de changements constitutionnels. Les nouvelles technologies ont

⁶ Voy. O. POLLICINO et M. BASSINI (dir.), *Verso un Internet Bill of Rights*, Aracne, 2015 ; K.M. YILMA, « Digital privacy and virtues of multilateral digital constitutionalism—preliminary thoughts », *Int J Law Info Tech*, 25 ; K.M. YILMA, « Bill of rights for the 21st century: some lessons from the Internet Bill of Rights movement », *The International Journal of Human Rights*, 2021.

⁷ L. BELLI, « Dichiarazione dei diritti in Internet. Cuius Regio eius Religio? », *Verso un Internet Bill of Rights*, M. Bassini et O. Pollicino (dir.), Roma, Aracne, 2015 ; K.M. YILMA, *op. cit.*, *Int J Law Info Tech*, 25 ; G. DE MINICO, « Towards an Internet Bill of Rights », *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 37.

⁸ Voy. C.H. MCILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Indianapolis, Amagi, originally published by Cornell University Press, 1947, 2007.

bouleversé l'ordre sociétal existant, conduisant à une affirmation progressive de nouvelles générations de droits⁹.

La récente révolution numérique n'est en rien différente des précédentes. Cela affecte nos cadres constitutionnels, qui ont été façonnés pour les sociétés analogiques. Si l'on devait schématiser les types de changements que produisent les technologies numériques, on pourrait identifier deux effets opposés. D'une part, les technologies numériques favorisent les droits fondamentaux et contribuent à un meilleur équilibre entre les acteurs sociétaux dominants et faibles (i), tandis que, d'autre part, elles augmentent également les possibilités de violations des droits fondamentaux et renforcent l'asymétrie du pouvoir au sein de la société (ii).

i. Favoriser les libertés et l'équilibre des pouvoirs

Les technologies numériques nous permettent d'exercer nos droits fondamentaux dans une mesure inimaginable auparavant. En ce qui concerne la liberté d'expression, les mots écrits par le juge Stevens de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire phare *Reno c. American Civil Liberties Union* sont célèbres :

Grâce à l'utilisation des forums de discussion, toute personne disposant d'une ligne téléphonique peut devenir un crieur public dont la voix résonne plus loin que celle de n'importe quelle tribune. Grâce à l'utilisation de pages Web, d'exploseurs de courrier et de groupes de discussion, la même personne peut devenir un pamphlétaire¹⁰.

Et plus récemment, dans l'affaire *Packingham c. Caroline du Nord*, jugée en 2017, le même tribunal a affirmé qu'aujourd'hui, le cyberspace et, en particulier, les réseaux sociaux, représentent « ce qui, pour beaucoup, est la principale source de connaissance de l'actualité » comme ainsi que « les mécanismes les plus puissants dont dispose un citoyen privé pour faire entendre sa voix »¹¹.

La liberté d'expression est une liberté essentielle sur laquelle reposent de nombreuses autres, comme le droit de religion, de protestation et de réunion, pour ne citer que quelques exemples. Le soi-disant Printemps arabe de 2010, qui désignait des mouvements de protestation contre les régimes autoritaires en Afrique du Nord, a été possible en grande partie grâce à l'utilisation des réseaux sociaux¹². Ces technologies ne représentent pas en soi la condition *sine qua non* de l'exercice de ces droits fondamentaux. Pourtant, la mesure dans laquelle nous sommes habitués à exercer ces droits aujourd'hui n'est possible que grâce à l'utilisation de ces technologies¹³. Un Printemps arabe sans les réseaux sociaux n'aurait pas abouti aux mêmes résultats. Sans les technologies numériques, nous ne pourrions pas exercer nos libertés avec un tel impact.

Un tel renforcement des libertés individuelles a également un effet bénéfique en termes d'équilibre global des pouvoirs au sein de la société. Les cadres constitutionnels visent traditionnellement à parvenir à un état d'équilibre entre les acteurs sociétaux dominants et

⁹ Voy. N. BOBBIO, *The Age of Rights*, trad. par Allan CAMERON, Cambridge-Malden, Polity, 1996.

¹⁰ *Reno v. American Civil Liberties Union*, 1997, p. 870, traduction de l'auteur.

¹¹ *Packingham v. North Carolina*, 2017, p. 8, traduction de l'auteur ; E. CELESTE, « *Packingham v North Carolina: A Constitutional Right to Social Media?* », *Cork Online Law Review*, 17.

¹² Voy. T. MANHIRE (dir.), *The Arab Spring: Rebellion, Revolution and a New World Order*, London, Random House, 2012 ; A.-C. JAMART, « Internet Freedom and the Constitutionalization of Internet Governance », *The Evolution of Global Internet Governance*, R. Radu, J.-M. Chenou et R.H. Weber (dir.), Berlin, Heidelberg, Springer Berlin Heidelberg, 2014 ; S. JOSEPH, « Social Media, Political Change, and Human Rights », *Boston College International and Comparative Law Review*, 35.

¹³ Voy. E. CELESTE, « Digital punishment: social media exclusion and the constitutionalising role of national courts », *International Review of Law, Computers & Technology*, 35.

faibles. Dans le passé, cela signifiait fournir aux citoyens des outils spécifiques pour limiter le pouvoir autrement absolu de l'État. Les technologies numériques jouent également un rôle positif important dans ce contexte. Pensons par exemple à la possibilité pour les citoyens d'accéder aux informations gouvernementales en ligne et ainsi de contrôler le comportement des acteurs publics, ou aux outils de démocratie électronique, qui permettent aux individus d'exprimer leur voix et d'être entendus sur des questions d'intérêt sociétal. Toutefois, ces effets positifs des technologies numériques sont compromis par un renforcement simultané du pouvoir des acteurs dominants et une possibilité accrue de violation des droits fondamentaux par le biais des technologies numériques.

ii. Renforcer les anciens et les nouveaux pouvoirs

Si, d'une part, la révolution numérique a renforcé la position des acteurs sociétaux faibles, comme les individus, d'autre part, cela est également vrai en ce qui concerne le pouvoir des acteurs dominants. Dans la société numérique, un rôle central reste joué par les États, détenteurs traditionnels du pouvoir dans nos systèmes constitutionnels. Les technologies numériques offrent aux États de nouveaux moyens de potentiellement comprimer les droits fondamentaux. Si le Big Brother orwellien était une dystopie lors de la rédaction du livre dans les années '40, ce n'est plus le cas, grâce à l'avènement des technologies numériques qui permettent d'accéder, de stocker et de traiter une quantité sans précédent de données liées à la vie des individus, des images de vidéosurveillance et communications en ligne aux métadonnées¹⁴. La surveillance n'est pas une nouveauté à l'ère numérique et l'adoption de systèmes de surveillance pourrait être justifiée dans des circonstances spécifiques¹⁵. Pourtant, la disponibilité de technologies permettant aux États de déployer potentiellement des systèmes de surveillance généralisée accroît les risques d'abus de pouvoir et de violation des droits fondamentaux à la protection de la vie personnelle et familiale, du domicile, de la correspondance et de la protection des données¹⁶.

Les menaces contre les droits individuels ne proviennent pas uniquement des États. La société numérique a été témoin de l'émergence progressive de nouveaux acteurs dominants, outre les États-nations. Les sociétés technologiques multinationales privées émergent comme de nouveaux acteurs dominants. Ces entreprises développent, gèrent et vendent des produits et services numériques. Comme observé ci-dessus, les individus s'appuient sur ces instruments pour exercer leurs droits fondamentaux dans la société numérique. Les multinationales technologiques ont ainsi le pouvoir d'influencer les libertés individuelles en ligne¹⁷. Les États

¹⁴ Voy. D. LYON, *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*, Cambridge, Polity Press, 1994 ; D. LYON (dir.), *Theorizing Surveillance: The Panopticon and Beyond*, Willan, 2006 ; D. LYON, *Surveillance after Snowden*, Cambridge, Polity Press, 2015.

¹⁵ Par exemple, dans le contexte européen, voy. E. CELESTE et G. FORMICI, « Constitutionalizing Mass Surveillance in the EU: Civil Society Demands, Judicial Activism, and Legislative Inertia », *German Law Journal*, mars 2024 ; E. CELESTE et F. FABBRINI, « Targeted surveillance: Can privacy and surveillance being reconciled? », *20 Year Anniversary of the Tampere Programme. Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, S. Carrera, D. Curtin et A. Geddes (dir.), Florence, European University Institute, 2020 ; E. CELESTE, « The Court of Justice and the Ban on Bulk Data Retention: Expansive Potential and Future Scenarios », *European Constitutional Law Review*, 15.

¹⁶ Voy. E. PSYCHOGIOPOULOU, « The European Court of Human Rights, privacy and data protection in the digital era », *Courts, Privacy and Data Protection in the Digital Environment*, M. Brkan et E. Psychogiopoulou (dir.), Edward Elgar Publishing, 2017.

¹⁷ Voy. R.F. JØRGENSEN et A.M. PEDERSEN, « Online Service Providers as Human Rights Arbiters », *The Responsibilities of Online Service Providers*, M. Taddeo et L. Floridi (dir.), Cham, Springer, 2017 ; N. SUZOR, *Lawless. The Secret Rules that Govern Our Digital Lives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

jouent un rôle limité dans ces contextes. Premièrement, parce que les mondes numériques que ces entreprises contrôlent transcendent les frontières nationales, ce qui crée des problèmes de juridiction, d'extraterritorialité et des conflits de lois¹⁸. Deuxièmement, en raison de l'ampleur des actions individuelles en ligne, qui ne pourraient pas être gérées de manière réaliste par les institutions étatiques traditionnelles. Un exemple manifeste est la modération du contenu en ligne. Les plateformes numériques ont établi leurs propres normes et mécanismes internes pour modérer les contenus publiés en ligne¹⁹. Il serait impossible que les régulateurs ou les tribunaux nationaux remplissent les mêmes fonctions, tant en termes de ressources humaines que d'un point de vue financier²⁰. Les États ont récemment adopté de plus en plus de mesures pour limiter le pouvoir de ces entreprises²¹; pourtant, le modèle de gouvernance des plateformes de réseaux sociaux reste un modèle partagé, dans lequel ces entreprises détiennent toujours un pouvoir considérable pour potentiellement comprimer les droits fondamentaux²².

B. Constitutionnalisme numérique

Dans ce contexte de changement, où la révolution numérique a un impact à 360 degrés sur notre société, y compris sur nos droits fondamentaux, l'écosystème constitutionnel ne reste pas inerte, mais réagit progressivement à ces défis en générant une série de contre-actions normatives. Ces réponses représentent des adaptations de l'architecture constitutionnelle existante. Ils sont guidés par la nécessité intrinsèque de l'écosystème constitutionnel de préserver un état d'équilibre. Le constitutionnalisme numérique apparaît comme un concept utile pour désigner l'idéologie qui sous-tend ce processus de constitutionnalisation de la société numérique (i). La nature mondiale des défis auxquels notre société est confrontée nécessite une solution à plusieurs niveaux, où de multiples contre-mesures normatives se stimulent et se complètent simultanément (ii).

i. Constitutionnalisme et constitutionnalisation

La révolution numérique ne provoque pas une asphyxie progressive du constitutionnalisme contemporain. Si, d'un côté, la société numérique remet en cause les cadres constitutionnels existants, façonnés pour un monde analogique, de l'autre, l'écosystème constitutionnel génère progressivement une réponse normative. Le constitutionnalisme numérique est le concept qui peut être utilisé pour désigner l'idéologie qui pousse à cette adaptation²³. Elle milite en faveur de la préservation des droits fondamentaux et d'un équilibre renouvelé des pouvoirs au sein de

¹⁸ Voy. F. FABBRINI, E. CELESTE, et J. QUINN (dir.), *Data protection beyond borders: transatlantic perspectives on extraterritoriality and sovereignty*, Oxford, UK ; New York, NY, Hart, 2021 ; E. CELESTE et F. FABBRINI, « Competing Jurisdictions: Data Privacy Across the Borders », *Data Privacy and Trust in Cloud Computing*, G. Fox, T. Lynn et L. van der Werff (dir.), Palgrave, 2020.

¹⁹ Voy. E. CELESTE, N. PALLADINO, D. REDEKER et K. YILMA, *The Content Governance Dilemma: Digital Constitutionalism, Social Media and the Search for a Global Standard*, Cham, Palgrave Macmillan, 2023 ; E. CELESTE, « Terms of service and bills of rights: new mechanisms of constitutionalisation in the social media environment? », *International Review of Law, Computers & Technology*, 33.

²⁰ Voy. E. CELESTE, « Digital Punishment », *op. cit.*, *International Review of Law, Computers & Technology*, 35.

²¹ Voy. E. CELESTE, A. HELDT, et C. IGLESIAS KELLER (dir.), *Constitutionalising Social Media*, Oxford, Hart, 2022.

²² Voy. C. IGLESIAS KELLER, « The Perks of Co-Regulation: An Institutional Arrangement for Social Media Regulation? », *Constitutionalising Social Media*, E. Celeste, C. Iglesias Keller et A. Heldt (dir.), Hart, 2022.

²³ E. CELESTE, « Digital constitutionalism: a new systematic theorisation », *International Review of Law, Computers & Technology*, 33.

la société numérique. Le constitutionnalisme numérique représente un volet idéologique du constitutionnalisme contemporain axé sur les enjeux générés par la révolution numérique. Il ne défend pas l'idée d'une *tabula rasa* des principes fondamentaux du constitutionnalisme contemporain. À l'inverse, elle suppose une adaptation progressive, un travail de traduction des principes : ce que Teubner appellerait un processus de « généralisation et re-spécification »²⁴. L'ADN du constitutionnalisme contemporain est progressivement réinterprété et articulé pour relever les défis de la société numérique²⁵.

Les valeurs et principes qui émergent de ce processus sont ceux qui guident et éclairent l'émergence d'une série de contre-réactions constitutionnelles. Il s'agit de réponses normatives à des problématiques spécifiques générées par l'avènement de la révolution numérique. Globalement, elles constituent un processus de « constitutionnalisation » de la société numérique²⁶. Elles insufflent progressivement les valeurs fondamentales du constitutionnalisme contemporain dans des contextes où les règles constitutionnelles traditionnelles peinent à apporter une réponse explicite.

On pourrait y voir une certaine similitude avec la troisième loi de Newton²⁷. L'écosystème constitutionnel produit des réactions normatives à un choc généré au niveau sociétal. Le « double mouvement » de Polanyi est également une bonne métaphore dans ce contexte²⁸. La « grande » transformation économique d'aujourd'hui n'est rien d'autre que la révolution numérique. L'ampleur de l'impact généré par les changements sociétaux provoqués par l'avènement des technologies numériques et l'ampleur des contre-réactions normatives qui émergent dans l'écosystème constitutionnel nous permettent de parler d'un nouveau moment constitutionnel, d'une période de refonte intense du système constitutionnel existant²⁹.

ii. Contre-réactions normatives multi-niveaux

Quand on pense à la dimension constitutionnelle, notre esprit se tourne immédiatement vers les constitutions nationales et les décisions des cours constitutionnelles. Pourtant, si l'on limitait l'analyse des contre-réactions constitutionnelles aux défis de la révolution numérique à ces seules sources juridiques, on risquerait de ne décrire qu'une partie du processus actuel de

²⁴ Voy. E. CELESTE, « Internet Bills of Rights: Generalisation and Re-Specification Towards a Digital Constitution », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 30 ; G. TEUBNER, *Constitutional Fragments*, *op. cit.*

²⁵ Voy. E. CELESTE, D. REDEKER et M. SANTANIELLO, « Anchoring Digital Rights: Digital Constitutionalism in Hard Times », *Global Communication Governance at the Crossroads*, C. Padovani, V. Wavre, A. Hintz, G. Goggin et P. Iosifidis (dir.), Cham, Springer International Publishing, 2024

²⁶ Voy. E. CELESTE, « The Constitutionalisation of the Digital Ecosystem: Lessons from International Law », *Digital Transformations in Public International Law*, A. Golia, M.C. Kettemann et R. Kunz (dir.), Baden-Baden, Nomos, 2022.

²⁷ Voy. E. CELESTE, « Digital Constitutionalism », *op. cit.*, *International Review of Law, Computers & Technology*, 33.

²⁸ K. POLANYI, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, (Originally published in 1944., Boston, Beacon Press, 2001 ; see F. BLOCK, « Karl Polanyi and the writing of The Great Transformation », *Theory and Society*, 32 ; see also G. TEUBNER, *Constitutional Fragments*, *op. cit.*, p. 78 ff. *cit.*

²⁹ On the concept of constitutional moment in international law, see A.-M. SLAUGHTER et W. BURKE-WHITE, « An International Constitutional Moment Focus: September 11, 2001--Legal Response to Terror », *Harv. Int'l L.J.*, 43 ; A. FISCHER-LESCANO, « Redefining Sovereignty via International Constitutional Moments? The Case of Afghanistan », *Redefining Sovereignty: The Use of Force after the Cold War*, M. Bothe, M.H. O'Connell et N. Ronzitti (dir.), Leiden, Brill-Nijhoff, 2005 ; C. WALTER, « Progress in International Organization: a Constitutionalist Reading », *Progress in International Law*, R. Miller et R. Bratspies (dir.), Brill Nijhoff, 2008 ; in the digital context, see S. RODÒTA, « Una costituzione per Internet? », *Politica del diritto*, 2010 ; V. MAYER-SCHÖNBERGER et J. CROWLEY, « Napster's second life?: The regulatory challenges of virtual world », *Northwestern University Law Review*, 100.

constitutionnalisation de la société numérique. En adoptant une approche sociojuridique, on peut rechercher quelles sources jouent une fonction constitutionnelle, quelle que soit leur nature constitutionnelle formelle³⁰. La question clé est de savoir si une norme contribue à résoudre une question constitutionnelle.

En suivant cette argumentation, on peut observer que le processus actuel de constitutionnalisation de la société numérique n'est pas unitaire, mais plutôt pluriel et fragmenté³¹. Outre les amendements constitutionnels et les décisions des cours constitutionnelles, nous pouvons identifier d'autres sources qui contribuent également à constitutionnaliser la société numérique. Par exemple, au niveau européen, ce rôle est manifestement joué par l'ensemble de réglementations récemment adoptées pour consacrer les droits individuels dans divers contextes numériques, du traitement des données personnelles à l'utilisation des technologies de l'IA³². Les plateformes numériques établissent les possibilités des utilisateurs dans le cadre de leurs propres conditions de service³³. Des organismes privés quasi-juridictionnels jugent les affaires liées à la modération du contenu en ligne sur les plateformes numériques³⁴. Les acteurs de la société civile adoptent des déclarations des droits articulant les principes constitutionnels de l'ère numérique³⁵.

Le scénario qui émerge de cette cartographie des contre-réactions constitutionnelles aux défis de la révolution numérique n'est pas celui d'un chaos normatif. On peut affirmer que la complexité des problèmes qui surfacent dans une société mondialisée nécessite une réponse composite, dans laquelle l'État et ses institutions ne jouent plus un rôle exclusif. On pourrait donc considérer le processus actuel de constitutionnalisation de la société numérique comme étant « à plusieurs niveaux »³⁶. Les réponses constitutionnelles traditionnelles coexistent avec des contre-réactions normatives développées au-delà de l'État. Chaque source normative fait partie d'une mosaïque complexe, où toutes les tesselles se complètent. Une telle théorisation multi-niveaux n'implique pas l'émergence de ces réponses normatives comme dans des contenants hermétiques. Elles se stimulent mutuellement dans un processus continu de fertilisation croisée³⁷.

III. Le rôle des chartes des droits numériques

A première vue, les chartes des droits numériques ne semblent pas apporter une contribution substantielle à ce processus de constitutionnalisation de la société numérique. La plupart

³⁰ E. CELESTE, « Digital Constitutionalism : A Socio-Legal Approach », *European Data Protection Law Review*, 2024.

³¹ Voy. E. CELESTE, *Digital Constitutionalism: Mapping the Constitutional Response to Digital Technology's Challenges*, 2018 ; E. CELESTE, « The Constitutionalisation of the Digital Ecosystem: Lessons from International Law », *Digital Transformations in Public International Law*, A.Jr. Golia, M.C. Kettemann et R. Kunz (dir.), Nomos, 2022.

³² Voy. E. CELESTE et G. DE GREGORIO, « Digital Humanism: The Constitutional Message of the GDPR », *Global Privacy Law Review*, 3.

³³ Voy. E. CELESTE, « Terms of Service and Bills of Rights », *op. cit.*, *International Review of Law, Computers & Technology*, 33.

³⁴ Voy. W. SCHULZ, « Changing the Normative Order of Social Media from Within: Supervisory bodies », *Constitutionalising Social Media*, E. Celeste, A. Heldt et C. Iglesias Keller (dir.), Hart, 2022.

³⁵ Voy. E. CELESTE, *Digital constitutionalism: the role of internet bills of rights*, Abingdon, Oxon; New York, NY, Routledge, 2022.

³⁶ Voy. E. CELESTE, *op. cit.*, *The Constitutionalisation of the Digital Ecosystem*.

³⁷ Cf. A. PETERS, « Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures », *Leiden Journal of International Law*, 19.

d'entre elles sont adoptées par les acteurs de la société civile ou, en tout cas, n'ont pas de valeur juridiquement contraignante. Comment peuvent-ils façonner le débat sur les droits et les principes de la société numérique ? Pourquoi devraient-elles être étudiées dans une perspective constitutionnelle ? Il n'y a pas de consensus parmi les recherches existantes, mais l'adoption d'une approche sociojuridique permet certainement de mieux cadrer les principales caractéristiques de ces documents, de comprendre leur critique (A) ainsi que de proposer une lecture moins formelle et plus fonctionnelle de leur valeur ajoutée dans l'écosystème constitutionnel (B).

A. Principales caractéristiques et critiques

Les dernières décennies ont vu l'émergence d'une vague de chartes des droits numériques. Dans l'introduction, nous avons fait référence à la déclaration italienne, mais nous pouvons citer des dizaines d'autres textes. Juste pour avoir une idée, il s'agit notamment de la *Déclaration africaine sur les droits et principes de l'Internet*³⁸, la *Déclaration de Delhi pour un Internet juste et équitable*³⁹, la *Charte des droits de l'homme et des principes pour l'Internet*⁴⁰ et la *Charte des droits fondamentaux numériques de l'Union européenne*⁴¹. Considérés dans leur ensemble, ils apparaissent comme l'expression du mouvement du constitutionnalisme numérique, qui vise à nourrir un débat sur les droits et les principes qui devraient régir la société numérique (i). Pourtant, leur manque de coordination, de transparence en termes de processus de rédaction, ou tout simplement leur nombre, ont été utilisés pour critiquer ces documents, notamment dans une perspective constitutionnelle traditionnelle (ii).

i. Un mouvement de constitutionnalisme numérique

Dans un *working paper* publié en 2015, Gill, Redeker et Gasser ont été les premiers à associer le concept de constitutionnalisme numérique à l'émergence des chartes des droits numériques⁴². Cette notion a été utilisée comme « terme générique » pour relier une « constellation » d'initiatives⁴³. Le dénominateur commun de ces textes a été trouvé dans leur possibilité d'être utilisés comme documents « pré- ou proto-constitutionnels »⁴⁴, contribuant à façonner des concepts et des catégories pour une constitutionnalisation plus formelle – et juridiquement contraignante – de l'environnement numérique. Une conclusion similaire avait déjà été atteinte par Padovani, Musiani et Pavan, qui avaient procédé à une analyse textuelle de dix déclarations des droits pour Internet⁴⁵. Ces chercheuses considéraient que ces documents

³⁸ AFRICAN DECLARATION GROUP, *African Declaration on Internet Rights and Freedoms*, <https://africaninternetrights.org/sites/default/files/African-Declaration-English-FINAL.pdf>

³⁹ JUST NET COALITION, *The Delhi Declaration for a Just and Equitable Internet*, <https://justnetcoalition.org/delhi-declaration>, consulté le 7 mai 2019.

⁴⁰ *Charter of Human Rights and Principles for the Internet*, https://drive.google.com/file/d/1dyhXJLBLKJ0v_0sUHHRNEaUzKzp2dFr/view, consulté le 17 décembre 2021.

⁴¹ « Charta der Digitalen Grundrechte der Europäischen Union », <https://digitalcharta.eu/>.

⁴² L. GILL, D. REDEKER et U. GASSER, *Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights*, 2015.

⁴³ L. GILL, D. REDEKER et U. GASSER, *ibid.*, p. 2, traduction de l'auteur.

⁴⁴ L. GILL, D. REDEKER et U. GASSER, *ibid.*, p. 2, , traduction de l'auteur.

⁴⁵ C. PADOVANI, F. MUSIANI et E. PAVAN, « Investigating Evolving Discourses on Human Rights in the Digital Age: Emerging Norms and Policy Challenges », *International Communication Gazette*, 72.

partageaient le même langage que celui des constitutions et contribuaient à « l'évolution des discours sur les droits de l'homme »⁴⁶.

Gill, Redeker et Gasser ainsi que Padovani, Musiani et Pavan ont souligné la double nature de ces chartes d'un point de vue substantiel. D'une part, ces documents sont considérés comme des dépouilleurs de principes constitutionnels conventionnels, articulés dans le contexte numérique, mais dans une continuité linguistique et substantielle avec la tradition constitutionnelle. D'un autre côté, de nouveaux droits émergent comme reflet ou réaction à des problèmes sociétaux, aux évolutions technologiques et aux discussions politiques internationales.

Les premières études sur les chartes des droits numériques reconnaissent déjà la valeur « collective » de ces documents. Les chartes ne sont pas évaluées individuellement, mais dans le cadre d'une démarche participative. Le constitutionnalisme numérique apparaît ainsi comme l'idéologie motrice d'un « mouvement ». L'objectif n'est pas de réécrire les constitutions existantes ni d'imposer une vision cosmopolite des droits et principes numériques. Ces documents visent à nourrir une conversation, ou mieux, des conversations multiples. Une pluralité d'acteurs est impliquée, et leur manque de valeur juridiquement contraignante est un aspect inhérent à ces discours, mais ne constitue pas encore un sujet de critique, comme cela le deviendra dans la littérature ultérieure, notamment d'un point de vue juridique.

ii. Des risques constitutionnels ?

Les premières recherches sur les chartes des droits numériques ont émergé dans le domaine des sciences politiques et des études en communication⁴⁷. Malgré la référence constitutionnelle claire de ces documents, la littérature juridique sur le sujet n'a émergé que dans un second temps et avec une approche beaucoup plus critique.

Le principal point de critique tournait évidemment autour du manque de valeur juridiquement contraignante des chartes⁴⁸. Dans ce contexte, les chartes ne pourraient pas contribuer à un débat normatif car elles n'ont pas d'impact sur le cadre juridique. On pourrait spéculer sur leur valeur « culturelle »⁴⁹ ou souhaiter une future incorporation dans un document juridiquement contraignant⁵⁰. Mais ces textes se situeraient pour l'instant en dehors du champ d'intérêt de la recherche juridique, et plus particulièrement constitutionnelle.

Deuxièmement, leur adoption d'un ton constitutionnel est considérée comme un acte d'appropriation illicite. Le droit constitutionnel est considéré comme confiné dans une enceinte sacrée dont l'accès est limité à des acteurs spécifiques. L'utilisation d'une terminologie propre au droit constitutionnel par des documents adoptés par des acteurs non institutionnels, et donc dépossédés de toute force juridique, est considérée non seulement comme illégitime, mais

⁴⁶ C. PADOVANI, F. MUSIANI et E. PAVAN, *ibid.*, p. 359, traduction de l'auteur.

⁴⁷ Voy. E. CELESTE, « Conceptual Approaches to Digital Constitutionalism: A Counter-Critique », *Digital Constitutionalism. A Normative and Institutional Framework for Conflict Solving under Construction*, I. Spiecker, L. Mendes et R. Campos (dir.), Nomos, 2024.

⁴⁸ Cf. O. POLLICINO et M. BASSINI (dir.), *Verso un Internet Bill of Rights*, *op. cit.* ; en particulier, N. ZINGALES, « Mettiamo la Dichiarazione dei Diritti in Internet in prospettiva », *Verso un Internet Bill of Rights*, M. Bassini et O. Pollicino (dir.), Roma, Aracne, 2015.

⁴⁹ Voy. M. BASSINI et O. POLLICINO, « Carta dei diritti in Internet verso una missione culturale. Né costituzione né legge. », *Verso un Internet Bill of Rights*, Roma, Aracne, 2015.

⁵⁰ Voy. L. BELLI, *op. cit.*, *Verso un Internet Bill of Rights* ; K.M. YILMA, *op. cit.*, *The International Journal of Human Rights*, août 2021.

même nuisible, car conduisant à une forme potentielle de légitimation⁵¹. La plupart de ces textes sont adoptés sans suivre de processus institutionnalisés. Ces conversations risquent d'être dominées par des perspectives spécifiques, sans parvenir à une représentation globale des acteurs sociétaux concernés. Les garanties constitutionnelles traditionnelles ne sont pas présentes : le ton constitutionnel risque d'être perçu comme une simple façade ou un « talisman juridique »⁵².

Un troisième point de critique est lié au nombre de chartes apparues jusqu'à présent⁵³. Ce que les travaux antérieurs considéraient comme l'avantage d'une conversation plurielle et participative sur les droits de l'homme dans la sphère numérique a été critiqué pour sa nature dispersée et fragmentée. Pourquoi tant de chartes et de déclarations ? Pourquoi ne se réfèrent-elles pas les unes aux autres ou ne s'appuient-elles pas les unes sur les autres, mais semblent plutôt procéder comme dans des silos isolés et parallèles ? On risque ainsi de générer une confusion sur le message que veulent véhiculer ces chartes. On suit à peine l'interaction entre ces différentes sources. Il n'existe aucun canal de communication établi. Les chartes des droits numériques émergent en dehors des processus institutionnalisés et sont simplement publiées sur Internet. Reconstruire leur message collectif est difficilement réalisable.

Un point qui a conduit au quatrième argument, lié à l'émergence de ces chartes : la valeur ajoutée du message de ce mouvement. Yilma a soutenu que le nombre de ces documents ne conduirait pas à une clarification et à une articulation plus approfondie des droits et principes numériques, mais inversement à une « inflation » des droits qui déterminerait un risque d'« hypertrophie » constitutionnelle⁵⁴. Un danger qui interroge sur la « désirabilité » du mouvement des chartes des droits numériques⁵⁵. Aucune valeur ajoutée ne peut découler de l'ajout de droits et de principes aux cadres constitutionnels existants. Ces derniers posséderaient déjà les réponses nécessaires pour relever les défis de la révolution numérique. Ce ne serait qu'une question d'interprétation. Le constitutionnalisme contemporain n'a pas besoin d'une articulation numérique sous la forme de chartes des droits numériques. La valeur des principes constitutionnels existants doit être préservée telle quelle. Les principes existants doivent être déployés dans la société numérique à la suite d'un travail d'interprétation propre aux acteurs juridiques et institutionnalisés. Ici, l'apport des chartes ne serait pas bénéfique.

B. Valeur ajoutée des chartes

Adopter une approche sociojuridique permet d'apporter un éclairage différent sur le rôle que jouent les chartes des droits numériques au sein de l'écosystème constitutionnel existant. Il est effectivement possible de voir les principaux points de critique vers ces documents comme leur élément de force. Les recherches sociojuridiques permettent en effet d'analyser le droit dans son contexte, au-delà des catégorisations formelles. La différence en termes de statut juridique entre les chartes des droits numériques, les amendements constitutionnels formels ou les conditions de service des plateformes numériques ne sont pas ignorées, mais observées du point de vue de leur capacité à façonner les possibilités constitutionnelles. Le discours normatif

⁵¹ Voy. J.R.G. PEREIRA et C.I. KELLER, « Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso », *Rev. Direito Práx.*, 13 ; R.Á. COSTELLO, « *Faux ami?* Interrogating the normative coherence of 'digital constitutionalism' », *Glob. Con.*, 12.

⁵² Voy. E. CELESTE, *op. cit.*, *International Review of Law, Computers & Technology*, 33 ; K. ALBERT, « Beyond Legal Talismans ».

⁵³ Voy. K.M. YILMA, *op. cit.*, *Int J Law Info Tech*, 25.

⁵⁴ K.M. YILMA, *ibid.*, p. 126.

⁵⁵ K.M. YILMA, *ibid.*, p. 125.

repose certainement sur des normes juridiques contraignantes ; pourtant, les documents informels peuvent contribuer au débat normatif sur la manière dont le droit positif devrait évoluer pour faire face aux défis de la révolution numérique⁵⁶. De ce point de vue, les chartes des droits numériques présentent même des avantages par rapport à d'autres documents juridiquement contraignants. D'une part, ce sont des documents plus flexibles qui permettent d'expérimenter progressivement de nouveaux principes (i), tandis que d'autre part, ils peuvent relier des secteurs sociétaux souvent inédits à la dimension constitutionnelle en utilisant un langage constitutionnel et en s'appuyant sur son bagage culturel (ii).

i. Expérimentalisme

Les chartes des droits numériques n'émergent pas dans les processus institutionnalisés traditionnels. Elles sont souvent adoptées par des groupes de la société civile ou des individus isolés, et simplement publiés sur le Web. Cet aspect a été critiqué comme une preuve du manque de légitimité, de transparence et de participation. Mais ces documents sont ainsi plus libres d'expérimenter des solutions innovantes. Ils peuvent oser davantage lorsqu'ils traduisent les principes fondamentaux du constitutionnalisme contemporain en normes capables de relever directement les défis de la révolution numérique. Ils ne sont pas liés par des règles institutionnelles ni enfermés dans des processus politiques. Ils émergent plus spontanément, en réaction aux besoins sociétaux.

Deuxièmement, l'émergence de ces chartes en dehors des processus institutionnels formalisés permet la participation d'acteurs sociétaux qui autrement pourraient rester ignorés, car généralement exclus des processus législatifs⁵⁷. Les chartes des droits numériques deviennent instruments constitutionnels simplement parce qu'elles adoptent un langage constitutionnel et articulent les droits et principes pour la société numérique. Il n'y a aucune autre exigence formelle. Les minorités et les groupes qui ont généralement du mal à faire entendre leur voix au niveau institutionnel peuvent facilement exprimer leur point de vue sur les droits et principes numériques. La formalité est abandonnée au profit du fond, car l'objectif final de ces documents est de promouvoir et de soutenir une conversation, plutôt que de dire le dernier mot sur les droits et principes numériques. Les chartes des droits numériques ne prétendent pas devenir des constitutions cosmopolites. Ils sont conscients d'apporter une petite contribution à un débat plus large, dans lequel il n'y a ni besoin ni pression pour cristalliser une série de normes.

À l'inverse, le nombre de chartes des droits numériques et l'intervalle de temps dans lequel elles ont vu le jour montrent qu'il existe une volonté de nourrir une conversation progressive. Le progressisme témoigne d'un rythme plus lent et d'un niveau de réflexion plus élevé. Le débat normatif sur les droits et principes qui devraient régir la société numérique n'est pas limité par le temps restreint d'un débat parlementaire ou par les besoins des entreprises. Les chartes sont l'expression d'un mouvement de constitutionnalisme numérique conscient de la nécessité d'adopter des solutions à long terme. Des solutions qui ne sont pas apparentes. Il ne s'agit pas simplement de transplanter des normes constitutionnelles dans un nouvel environnement. Il est nécessaire de les repenser, d'en comprendre la quintessence, de projeter leur message central dans le contexte muté de la société numérique⁵⁸.

⁵⁶ Voy. E. CELESTE, *Digital constitutionalism: The role of Internet bills of rights*, *op. cit.*

⁵⁷ Voy. E. CELESTE, K.M. YILMA, N. PALLADINO et D. REDEKER, « Digital constitutionalism: In search of a content governance standard », *Constitutionalising Social Media*, E. Celeste, A. Heldt et C. Iglesias Keller (dir.), Oxford, Hart, 2022.

⁵⁸ Voy. E. CELESTE, *op. cit.*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 30.

ii. Communicabilité

Les chartes des droits numériques sont critiquées car elles produiraient une duplication dangereuse et illégitime des principes constitutionnels existants. Elles s'approprieraient à tort d'un langage propre à la dimension constitutionnelle. Elles utilisent des titres solennels faisant référence à des types de textes tels que « déclaration », « magna charta », « charte », qui évoquent clairement la tradition constitutionnelle. Elles utilisent souvent la première personne du pluriel, postulant l'existence d'un « nous » global, personnification de la société numérique. Elles articulent leurs principes en adoptant une terminologie juridique, en utilisant le présent ou les verbes modaux.

Un tel ton constitutionnel, qui pourrait formellement s'apparenter à une hérésie, peut être interprété de manière positive d'un point de vue sociojuridique. C'est avant tout une manière pour les promoteurs de ces chartes de se joindre au débat normatif sur les valeurs et principes constitutionnels que nous souhaitons promouvoir dans la société numérique. En adoptant un ton constitutionnel, les chartes établissent explicitement leur contexte ciblé. Elles peuvent être plus facilement comparées aux cadres constitutionnels existants. Elles s'appuient sur l'architecture constitutionnelle existante, en proposant des normes qui sont le résultat d'un travail de traduction.

De cette manière, les chartes des droits numériques sont non seulement plus facilement liées à la dimension constitutionnelle « formelle », mais servent également de pont entre de multiples couches sociétales. Les chartes sont des points de connexion ; ils font appel à la dimension constitutionnelle, mais sont également plus accessibles aux groupes sociétaux. Le ton constitutionnel se justifie également parce qu'il s'agit d'un langage qui imprègne la culture générale et qui est plus accessible aux acteurs sociétaux que d'autres jargons juridiques. La concision et la relative généralité des normes constitutionnelles sont relativement compréhensibles, même pour un public profane. Les chartes peuvent aussi s'appuyer plus généralement sur le bagage culturel du droit constitutionnel. Il ne s'agit pas simplement d'une question terminologique ou linguistique. Ces termes font référence à des concepts qui représentent les piliers des démocraties contemporaines et sont ancrés dans la culture générale. Le débat normatif sur les droits et les principes qui devraient régir et guider la société numérique n'est pas contaminé par des matériaux étrangers, mais se nourrit de sa propre lymphe.

IV. Conclusion

Négliger le rôle que jouent les chartes des droits numériques reviendrait à passer à côté d'un élément du débat normatif en cours sur le cadre constitutionnel de la société numérique. Une approche sociojuridique permet d'apprécier la nature multiniveau du moment constitutionnel actuel. Un mouvement de constitutionnalisme numérique émerge à la fois dans les composantes traditionnelles de la dimension constitutionnelle, mais aussi au-delà. Outre les institutions publiques, les acteurs privés, notamment les entreprises et les groupes de la société civile, contribuent à façonner les libertés constitutionnelles et les règles liées à l'équilibre des pouvoirs dans le contexte numérique.

Un tel multiniveaisme ne conduit pas à un scénario chaotique de schizophrénie normative. Bien qu'il n'existe pas de canaux directs pour mettre en communication ces différentes dimensions normatives, l'utilisation d'un langage constitutionnel représente un élément

unificateur de ce discours⁵⁹. Le ton constitutionnel agit comme une *lingua franca* qui relie les instances de groupes sociétaux aux discours normatifs institutionnalisés. En particulier, les chartes des droits numériques agissent à la fois comme un signal d'alerte pour le droit constitutionnel traditionnel et comme une source de stimulation. En proposant de nouveaux principes, ils permettent d'identifier les normes juridiquement contraignantes correspondantes auxquelles les groupes sociétaux peinent à se reconnecter à leur réalité quotidienne et se caractérisent par des niveaux plus élevés d'anémie constitutionnelle⁶⁰. La lymphe sociale manque dans ces dispositions constitutionnelles qui ne parlent guère aux acteurs sociétaux actuels. Dans le même temps, les chartes proposent des solutions innovantes car elles ne sont pas enfermées dans les limites des processus institutionnalisés et sont donc plus libres d'expérimenter. De cette manière, elles stimulent l'ensemble du débat normatif sur la manière de traduire les principes fondamentaux du constitutionnalisme contemporain pour relever les défis de la révolution numérique.

La tâche du juriste est essentielle dans ce contexte pour faciliter et améliorer le niveau de communication entre les différents discours normatifs qui nourrissent le débat constitutionnel actuel. Les chartes des droits numériques doivent être analysées de manière globale afin de comprendre leur message général en tant que mouvement composite. Une comparaison avec les transformations qui émergent dans les instruments constitutionnels traditionnels permet de mesurer dans quelle mesure les ordres juridiques adoptent des règles qui préservent l'ADN du constitutionnalisme contemporain tout en répondant aux problèmes d'aujourd'hui. Le moment constitutionnel actuel n'est pas un fait accompli, mais nécessite nécessairement une conversation participative afin d'identifier des principes à l'épreuve du temps afin de préserver nos droits fondamentaux dans une société en développement rapide.

⁵⁹ Voy. E. CELESTE, « Digital Constitutionalism », *op. cit.*, *International Review of Law, Computers & Technology*, 33.

⁶⁰ E. CELESTE, *Digital constitutionalism*, *op. cit.*, ch. 13.