Oscar VALENTE CARDOSO.

« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». La formule de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 demeure l'une des expressions les plus condensées de l'idée constitutionnaliste. Elle ne définit pas la Constitution par son seul rang dans la hiérarchie des normes ni par l'existence d'institutions organisées. Elle la rattache à une exigence : le pouvoir doit être distribué, contenu et rendu compatible avec la garantie des droits. Sous cet angle, la Constitution est moins l'architecture juridique de l'État qu'une technique de maîtrise du pouvoir.

Cette représentation s'est toutefois formée dans une géographie historique déterminée. Le pouvoir dont il fallait prévenir l'abus était d'abord celui du souverain, puis celui des organes de l'État constitutionnel. Le Parlement, le gouvernement, l'administration et le juge sont devenus des lieux juridiquement identifiables d'exercice de la puissance publique. La séparation des pouvoirs en organise la distribution, les droits fondamentaux tracent des limites à leur action, le contrôle de constitutionnalité soumet la production normative à une règle supérieure. Derrière la diversité des traditions nationales persiste ainsi une interrogation commune : comment préserver la liberté face au pouvoir public ? [1]

La société algorithmique ne fait pas disparaître cette question. Elle en déplace partiellement le terrain. Une part croissante des conditions concrètes dans lesquelles les individus communiquent, s'informent, travaillent, consomment, acquièrent une réputation ou participent à la discussion publique dépend d'infrastructures numériques privées. Les plateformes ne se bornent plus à transporter des contenus ou à rapprocher une offre et une demande. Elles fixent des conditions d'accès, déterminent les règles applicables à leurs espaces, ordonnent la visibilité de l'information, classent les utilisateurs, suspendent des comptes, recommandent des contenus et, par le traitement massif des données, peuvent infléchir les environnements dans lesquels des décisions individuelles sont prises.

Il serait pourtant inexact de déduire de ces phénomènes que les plateformes auraient simplement succédé à l'État. Elles ne disposent ni de sa souveraineté ni de l'ensemble de ses moyens de coercition. Le pouvoir étatique demeure singulier par sa capacité de prescrire, de sanctionner, de prélever, de surveiller et, en dernier ressort, de recourir légitimement à la force. Mais l'alternative entre souveraineté publique et liberté privée devient insuffisante dès lors que certains acteurs privés contrôlent des infrastructures dont dépend l'exercice effectif de libertés fondamentales. C'est moins l'État qui disparaît que la carte du pouvoir qui devient plus complexe.

Le problème est alors constitutionnel avant d'être technologique. Que devient une théorie de la limitation du pouvoir lorsque des capacités socialement décisives ne sont plus concentrées dans les seules institutions publiques ? Les instruments élaborés pour identifier, diviser et contrôler la puissance peuvent-ils suivre cette puissance lorsqu'elle s'exerce par des architectures techniques, des règles privées et des décisions automatisées ? La question ne porte donc pas d'abord sur les algorithmes comme objets techniques. Elle porte sur la transformation de la notion constitutionnelle de pouvoir.

Une partie de la littérature contemporaine a répondu à cette transformation à travers les notions de *digital constitutionalism*, *platform constitutionalism* ou, plus récemment, *algorithmic constitutionalism*. Ces constructions ont eu le mérite de rompre avec l'idée d'un espace numérique extérieur aux exigences constitutionnelles et d'attirer l'attention sur l'extension du pouvoir privé dans la gouvernance de l'environnement informationnel[2]. Il reste néanmoins à savoir si l'adjonction d'un nouvel adjectif au constitutionnalisme est toujours nécessaire.

L'hypothèse retenue ici est plus classique dans ses prémisses et, peut-être, plus exigeante dans ses conséquences. Le défi algorithmique n'impose pas nécessairement l'invention d'un nouveau constitutionnalisme. Il oblige le constitutionnalisme à retrouver l'une de ses fonctions premières : identifier, encadrer et limiter le pouvoir lorsque celui-ci change de forme ou de détenteur. Autrement dit, les algorithmes ne rendent pas obsolètes les catégories de pouvoir, de liberté, de garantie des droits, de responsabilité et de contrôle. Ils contraignent à vérifier si ces catégories continuent de saisir les lieux où une puissance est effectivement exercée. Le déplacement du pouvoir dans la société algorithmique (I) implique donc de repenser la limitation du pouvoir sans réinventer le constitutionnalisme (II).

# I. Le déplacement du pouvoir dans la société algorithmique

Il faut d'abord revenir à la matrice étatique de la limitation, non pour la récuser, mais pour comprendre ce qu'elle rend visible (A). Il convient ensuite d'identifier ce qui, dans les infrastructures numériques privées, justifie de parler de pouvoir sans assimiler toute influence sociale à une puissance constitutionnellement pertinente (B).

## A. Le pouvoir constitutionnellement visible : l'héritage étatique du constitutionnalisme

Le constitutionnalisme moderne s'est construit autour d'une méfiance à l'égard de la concentration de la puissance. Chez Montesquieu, le problème ne tient pas à l'existence du pouvoir en elle-même, mais à sa tendance à dépasser les limites qui lui sont assignées : pour qu'on ne puisse en abuser, il faut que, « par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »[3]. Le principe ne se réduit pas à une classification des fonctions de l'État. Il exprime une relation plus fondamentale entre puissance et liberté : un pouvoir qui ne rencontre aucun contrepoids finit par fragiliser la liberté qu'il devrait protéger.

L'article 16 de la Déclaration de 1789 associe, dans la même proposition, séparation des pouvoirs et garantie des droits. Le rapprochement n'est pas fortuit. La séparation ne vaut pas comme arrangement institutionnel autosuffisant ; elle contribue à rendre plus difficile la concentration de la décision. La garantie des droits, de son côté, rappelle que la finalité de l'organisation constitutionnelle ne se situe pas

dans le seul équilibre des organes, mais dans la protection des personnes. Pouvoir, limite et liberté ne forment donc pas trois thèmes parallèles. Ils désignent les termes d'une même relation constitutionnelle.

C'est sur ce terrain que l'analyse récente de Dominique Rousseau présente un intérêt particulier. Dans son article consacré au « constitutionnalisme autoritaire », publié dans Questions Constitutionnelles en mai 2026, il refuse d'employer le mot constitutionnalisme comme synonyme d'existence d'une constitution ou d'organisation institutionnelle. Le constitutionnalisme, écrit-il, est une « pensée de la mesure », une pensée du soupçon à l'égard de l'absolutisme, travaillée par « le souci de la limite et de l'équilibre »[4]. La distinction est décisive : un ordre peut disposer d'une constitution formelle et néanmoins s'éloigner de la pensée constitutionnaliste s'il neutralise les mécanismes qui empêchent la concentration du pouvoir et assurent la garantie des droits.

Rousseau mobilise cette idée à propos du pouvoir politique et de ses transformations autoritaires. Son raisonnement autorise toutefois un prolongement. Si le constitutionnalisme doit être compris par sa fonction critique à l'égard de la puissance, l'identité publique de celui qui l'exerce ne peut constituer, à elle seule, le critère de délimitation de toute interrogation constitutionnelle. La question devient alors moins « qui est l'État ? » que « où s'exerce un pouvoir susceptible d'altérer les conditions de la liberté ? ». Cette perspective ne supprime pas la distinction entre public et privé ; il évite qu'elle se transforme en angle mort.

La force historique du droit constitutionnel tient précisément à sa capacité de rendre le pouvoir public visible. Il identifie des organes, définit des compétences, impose des procédures, organise la responsabilité et institue des voies de contrôle. Un acte administratif peut être rapporté à une autorité déterminée, une loi, à une procédure parlementaire, une décision juridictionnelle, à une juridiction investie d'une compétence. La puissance politique cesse ainsi d'être une force diffuse : elle devient une compétence attribuée et, pour cette raison, juridiquement contestable. La séparation des pouvoirs, dans cette perspective, participe aussi d'un travail de localisation du pouvoir[5].

La théorie des droits fondamentaux s'est développée au sein de la même architecture. Dans sa représentation la plus classique, elle met en présence un individu titulaire d'une liberté et une autorité publique tenue de ne pas l'entraver au-delà de ce que l'ordre juridique permet. Les théories des obligations positives et de l'effet horizontal ont depuis longtemps compliqué ce schéma, mais elles n'ont pas effacé sa matrice. Le langage des droits reste spontanément orienté vers une relation verticale dans laquelle l'État apparaît comme le principal débiteur de la garantie.

C'est pourquoi le premier problème n'est peut-être pas celui de la quantité de pouvoir détenue par les plateformes, mais celui de sa visibilité constitutionnelle. Un droit construit pour contrôler une puissance institutionnellement localisée risque de saisir avec retard une puissance dispersée entre conditions générales, architecture technique, modèles prédictifs et procédures privées de modération. Le déplacement du pouvoir précède alors le déplacement des catégories qui devraient le limiter.

## B. Le pouvoir constitutionnellement invisible : plateformes, algorithmes et infrastructures privées

Les plateformes numériques se distinguent d'entreprises ordinaires moins par leur seule taille que par la nature des environnements qu'elles structurent. Certaines organisent des espaces essentiels de communication, d'autres contrôlent des infrastructures de recherche, d'intermédiation commerciale, de travail ou de paiement. Elles élaborent des règles d'accès et de comportement, les mettent en œuvre, hiérarchisent les contenus et disposent de moyens techniques permettant de sanctionner ou d'exclure. Il n'est pas nécessaire de les qualifier d'États privés pour constater que leur activité comporte une dimension de gouvernement.

La littérature consacrée au capitalisme informationnel et à la gouvernance des plateformes a suffisamment montré la portée de ce changement. Julie Cohen décrit un environnement dans lequel les architectures informationnelles participent à la structuration des possibilités d'action et à la transformation des institutions juridiques ; Jack Balkin, à propos de la liberté d'expression, substitue au modèle vertical traditionnel une relation triangulaire entre États, infrastructures privées de communication et utilisateurs ; Giovanni De Gregorio analyse l'émergence d'un pouvoir des plateformes qui combine des fonctions déléguées et autonomes[6]. Malgré des cadres théoriques différents, ces travaux convergent sur un point : l'intermédiation numérique n'est plus neutre lorsqu'elle organise les conditions mêmes de l'interaction sociale.

Ce pouvoir est d'autant plus difficile à saisir qu'il ne se présente pas toujours sous la forme d'un ordre. Une règle peut être incorporée à une architecture. Un contenu n'est pas nécessairement interdit : sa diffusion peut être ralentie ou sa visibilité réduite. Un utilisateur n'est pas toujours exclu : certaines fonctionnalités peuvent lui devenir inaccessibles. Une personne n'est pas forcément déclarée indigne de confiance : un score, dont elle ignore parfois les critères, peut rendre l'accès à une opportunité plus improbable. Le pouvoir algorithmique agit alors moins par injonction que par configuration des possibilités.

Cette différence est substantielle. Une conception exclusivement coercitive du pouvoir conduit à sous-estimer les dispositifs capables de modifier l'environnement dans lequel une décision est prise. Classer, recommander, ordonner, filtrer ou personnaliser ne contraint pas au sens classique ; ces opérations modifient néanmoins les conditions de perception, d'accès et de choix. La question constitutionnelle surgit lorsque cette capacité cesse d'être marginale et devient susceptible d'affecter de manière substantielle l'exercice d'une liberté ou l'accès à une ressource importante.

Le classement fournit une première illustration. Toute organisation sociale classe, et tout classement n'est évidemment pas une manifestation de puissance constitutionnellement pertinente. Il en va différemment lorsque des catégories produites à partir de données ou d'inférences deviennent

déterminantes pour l'accès au crédit, à l'emploi, à l'assurance, à l'information ou à d'autres opportunités. L'arrêt SCHUFA de la Cour de justice est éclairant à cet égard : un score calculé par une agence privée peut relever de la décision individuelle automatisée visée par l'article 22 du RGPD lorsque les tiers lui attribuent un rôle déterminant dans leur décision[7]. La technique de calcul importe alors moins que l'effet institutionnel du classement.

L'exclusion révèle une autre dimension du phénomène. Une plateforme peut suspendre un compte, retirer un contenu, limiter sa monétisation ou fermer l'accès à un service. L'exercice de ces prérogatives procède juridiquement d'une relation privée, mais ses effets varient selon la place de l'infrastructure. La suppression d'un accès à un service aisément substituable n'a pas la même portée que l'éviction d'un espace devenu déterminant pour l'activité professionnelle ou la participation à la discussion publique. L'intensité du pouvoir dépend donc aussi du degré de dépendance créé par l'infrastructure.

La visibilité constitue un troisième registre, plus discret. Dans un espace saturé d'informations, ce qui est techniquement accessible peut demeurer socialement invisible. Les systèmes de recommandation déterminent une part de l'attention disponible et, ce faisant, influencent les conditions de circulation des idées. Balkin a justement souligné que la liberté d'expression contemporaine dépend désormais aussi des acteurs qui gouvernent l'infrastructure privée de la sphère publique numérique[8]. Il ne s'ensuit pas que tout choix de classement appelle une exigence constitutionnelle ; il en découle en revanche que la distribution privée de la visibilité ne peut plus être tenue pour juridiquement insignifiante en toutes circonstances.

Enfin, les dispositifs de personnalisation permettent d'intervenir sur l'environnement de choix lui-même. L'analyse des comportements passés, l'inférence de préférences et l'adaptation continue des interfaces rendent poreuse la frontière entre proposer et orienter. Le droit européen en a pris acte, notamment lorsque le Digital Services Act interdit certaines interfaces conçues de manière à tromper ou manipuler les destinataires du service ou à altérer substantiellement leur capacité de prendre des décisions libres et éclairées[9]. Le vocabulaire de la liberté retrouve ici, sous une forme très concrète, une question ancienne : à partir de quel point l'organisation de l'environnement réduit-elle l'autonomie de celui qui y agit ?

Le critère doit plutôt être construit à partir d'un faisceau d'indices : l'intensité de la capacité de décision, le degré de dépendance de celui qui y est soumis, l'importance de l'infrastructure pour l'exercice d'une liberté, l'existence ou non d'alternatives réalistes, la portée des effets produits et la possibilité effective de contester la décision. Aucun de ces facteurs ne suffit isolément. Leur combinaison permet cependant de distinguer la puissance socialement ordinaire de celle qui acquiert une dimension constitutionnelle parce qu'elle affecte les conditions d'exercice des droits.

Cette prudence évite deux simplifications : réserver par principe toute interrogation constitutionnelle aux autorités publiques, ou, à l'inverse, convertir chaque asymétrie privée en question de droits fondamentaux. Une lecture fonctionnelle ne transforme pas l'entreprise en État, aux effets qu'elle produit

effectivement sur les libertés.

Le pouvoir constitutionnellement invisible n'est donc pas un pouvoir mystérieux ou insaisissable. Il est un pouvoir dont les effets sont perceptibles alors que les catégories juridiques chargées de les contrôler demeurent attachées à un autre mode de localisation de la puissance. Or une puissance que le droit ne sait pas identifier a davantage de chances d'échapper à la justification, à la contestation et à la responsabilité. Le défi ne consiste plus seulement à reconnaître cette mutation. Il faut encore déterminer ce que le constitutionnalisme peut en faire sans devenir un droit indifférencié de toute relation de dépendance.

# II. Repenser la limitation du pouvoir sans réinventer le constitutionnalisme

Il reste à déterminer comment les garanties classiques peuvent accompagner ce glissement sans dissoudre le droit constitutionnel dans un droit général des relations privées (A). L'enjeu est d'étendre le regard constitutionnel sans étendre indéfiniment son domaine (B).

## A. Des droits fondamentaux opposables aux nouvelles formes de pouvoir

La difficulté n'est pas entièrement nouvelle. Bien avant l'essor des plateformes, la théorie des droits fondamentaux avait dû répondre à la question des atteintes provenant de personnes privées. L'effet horizontal des droits, sous des formes directes ou indirectes, a précisément cherché à dépasser une représentation dans laquelle les droits constitutionnels n'auraient de pertinence qu'entre l'individu et l'État. La jurisprudence Lüth demeure l'un des points de référence de cette évolution : les droits fondamentaux, tout en protégeant d'abord le citoyen contre l'État, irriguent l'ordre juridique et influencent l'interprétation des relations privées[10].

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme invite d'ailleurs à la prudence. Dans Appleby et autres c. Royaume-Uni, la Cour n'a pas reconnu un droit général d'accès à toute propriété privée aux fins d'expression ; elle a néanmoins admis que, dans certaines circonstances, l'État peut être tenu par des obligations positives lorsque l'interdiction d'accès à une propriété privée empêche l'exercice effectif de la liberté d'expression[11]. La solution est importante moins pour son résultat concret que pour sa méthode : la nature privée de l'espace ne suffit pas à rendre toute question de liberté conventionnellement indifférente.

La société algorithmique accentue cette tension parce que certaines infrastructures privées cessent d'être seulement les lieux où des libertés s'exercent : elles en déterminent aussi les conditions

techniques. Il serait excessif d'en déduire une opposabilité uniforme de l'ensemble des droits fondamentaux à toute plateforme. Mais il devient difficile de considérer comme purement contractuelle une relation dans laquelle une entreprise possède le pouvoir de déterminer unilatéralement des conditions essentielles d'accès, de visibilité ou de classement.

C'est ici que la distinction entre la fonction du constitutionnalisme et ses objets historiques devient utile. L'État a été son principal objet parce qu'il concentrait les moyens les plus considérables de gouvernement et de coercition. Cette centralité historique ne signifie pas que la limitation du pouvoir doive être définie pour toujours par la nature publique de son titulaire. Gunther Teubner avait déjà formulé, à partir d'un cadre théorique différent, une « nouvelle question constitutionnelle » liée aux pouvoirs de régimes transnationaux et d'acteurs privés capables d'affecter les droits au-delà de l'État[12]. La société algorithmique donne à cette question une matérialité nouvelle.

La perspective de Dominique Rousseau permet ici de franchir un pas de plus. Préserver le sens du mot constitutionnalisme (une pensée de la limite plutôt qu'une simple description des formes de gouvernement) n'oblige pas à enfermer cette pensée dans la géographie où elle est née. Il serait paradoxal de protéger le concept contre l'inflation des « constitutionalismes » tout en l'empêchant de saisir des puissances qui échappent à ses objets historiques. Ce qu'il importe de préserver n'est pas un vocabulaire, mais la capacité critique du constitutionnalisme.

Cela suppose d'éviter deux confusions. D'abord, une entreprise privée ne devient pas un pouvoir public parce que sa décision affecte un droit fondamental. Elle demeure titulaire de libertés, notamment économiques et, selon les situations, expressives. Ensuite, l'application des droits fondamentaux dans une relation privée n'implique pas nécessairement une transposition intégrale des garanties conçues pour l'État. Les positions juridiques sont différentes et doivent le rester. Ce que l'on peut en revanche soutenir est plus limité : l'intensité de certaines garanties doit être mise en rapport avec l'intensité du pouvoir exercé et avec la vulnérabilité de celui qui en subit les effets.

Une logique graduée paraît dès lors plus adaptée qu'une réponse binaire. Une même technique algorithmique peut être presque insignifiante dans un contexte et déterminante dans un autre. Un système qui recommande des œuvres musicales et un modèle utilisé pour évaluer l'accès au crédit peuvent reposer sur des opérations statistiques voisines ; leur portée pour les droits ne l'est pas. De même, la décision de rendre un contenu moins visible sur une plateforme périphérique n'équivaut pas nécessairement à la même décision prise dans une infrastructure qui organise une part substantielle de la discussion publique.

Cette contextualisation conduit à renverser le point de départ de l'analyse. Il ne faut pas demander d'abord quelles garanties constitutionnelles s'appliquent à « l'algorithme », comme si la technique possédait par elle-même une signification constitutionnelle. Il faut rechercher la relation de pouvoir dans laquelle le système est inséré, les effets qu'il permet de produire et la marge réelle dont dispose la personne concernée. L'algorithme est un instrument de puissance ; il n'en est pas le titulaire.

L'évolution du droit de l'Union européenne est révélatrice de cette approche. Le RGPD encadre les décisions individuelles automatisées et impose des obligations d'information. Le Digital Services Act exige des motifs pour certaines restrictions imposées par les services d'hébergement, organise des systèmes internes de réclamation et des voies extrajudiciaires de règlement, impose des évaluations des risques systémiques aux très grandes plateformes et ouvre, sous conditions, l'accès à certaines données. L'AI Act ajoute, pour les systèmes à haut risque, des exigences de transparence, de documentation et de supervision humaine[13]. Ces textes ne constitutionnalisent pas formellement les entreprises concernées. Ils introduisent néanmoins, au sein de relations privées, des mécanismes qui répondent à des préoccupations classiques de maîtrise du pouvoir.

## B. Vers une lecture fonctionnelle du constitutionnalisme : rendre le pouvoir visible, contestable et responsable

Une lecture fonctionnelle du constitutionnalisme commence par une exigence élémentaire : le pouvoir doit pouvoir être identifié. La difficulté propre aux systèmes algorithmiques tient à la fragmentation de l'action. Le résultat peut dépendre d'un fournisseur de modèle, d'un déployeur, d'un ensemble de données, d'objectifs fixés par l'entreprise, de paramètres techniques et de procédures automatisées. Cette distribution ne fait pas disparaître le pouvoir ; elle peut cependant rendre plus difficile l'identification de celui qui en répond.

La visibilité doit donc être comprise autrement que comme une transparence intégrale du code. L'accès au code source est parfois inutile pour la personne concernée et peut être techniquement ou juridiquement disproportionné. Ce qui importe est qu'elle puisse savoir qu'un système intervient dans une décision ou dans l'organisation de son environnement, identifier l'acteur qui en assume la maîtrise et accéder aux éléments pertinents pour comprendre la logique qui produit l'effet contesté. La visibilité n'est pas une fin autonome. Elle est la condition de possibilité du contrôle.

Le droit constitutionnel connaît depuis longtemps cette relation entre publicité et limitation. L'identification de l'auteur d'une décision, de sa compétence, de la procédure suivie et, selon les cas, de ses motifs transforme une manifestation de puissance en acte juridiquement saisissable. Une exigence analogue apparaît dans le Digital Services Act lorsque le fournisseur d'un service d'hébergement doit expliquer certaines restrictions portant sur un contenu ou un compte. Le règlement ne se contente pas d'exiger une information abstraite : il impose une motivation claire et spécifique et organise ensuite la possibilité de contester la décision[14].

La justification constitue, dans cette perspective, le prolongement de la visibilité. Une décision qui affecte sensiblement l'exercice d'un droit ne peut être tenue pour légitime au seul motif que celui qui la prend possède l'infrastructure. Cela ne signifie pas que toute entreprise doive motiver chacune de ses décisions comme le ferait une juridiction ou une administration. L'intensité de la justification doit dépendre de la

portée de la décision. Plus ses effets sur les droits sont importants et moins l'utilisateur dispose d'alternatives réelles, moins l'invocation abstraite de la liberté contractuelle suffit.

La contestabilité occupe alors une place centrale. Le constitutionnalisme ne s'est jamais limité à rendre le pouvoir visible ; il a progressivement construit des procédures par lesquelles celui qui subit une décision peut la mettre en cause. Recours, droits de la défense, contrôle juridictionnel et justice constitutionnelle sont des manifestations différentes d'une même intuition : une puissance qui tranche unilatéralement sans possibilité réelle de réexamen tend vers l'arbitraire.

Dans l'environnement numérique, la contestation ne peut être réduite à l'existence formelle d'un bouton ou d'un formulaire. Une voie de recours qui reconduit automatiquement la même décision, sans accès à un examen humain ou à une instance indépendante lorsqu'un enjeu significatif est en cause, peut demeurer largement illusoire. Le Digital Services Act fournit ici un exemple intéressant : il prévoit un système interne de réclamation gratuit, impose que certaines décisions ne reposent pas exclusivement sur des moyens automatisés et permet le recours à des organismes certifiés de règlement extrajudiciaire, sans exclure l'accès au juge[15]. Le mécanisme demeure réglementaire, mais la logique est familière au constitutionnaliste : la garantie ne se confond pas avec sa proclamation.

La responsabilité complète ce dispositif. L'une des tentations de la décision algorithmique consiste à distribuer l'imputabilité jusqu'à la rendre presque introuvable. Le concepteur du système renvoie à l'utilisateur professionnel ; celui-ci invoque le modèle ; l'entreprise invoque ses procédures internes ; la décision finit par apparaître comme le produit d'une technique autonome. Cette représentation doit être récusée. L'automatisation peut modifier la chaîne de décision ; elle ne saurait supprimer la responsabilité des personnes et organisations qui conçoivent, déploient ou utilisent le système.

L'AI Act est significatif sur ce point. Pour les systèmes à haut risque, le règlement ne se contente pas d'exiger une certaine transparence du fonctionnement ; il répartit des obligations entre fournisseurs et déployeurs et fait de la supervision humaine un mécanisme destiné notamment à prévenir ou réduire les risques pour les droits fondamentaux. La personne chargée de cette supervision doit pouvoir comprendre les capacités et les limites pertinentes du système, interpréter son résultat et, lorsque cela est approprié, décider de ne pas l'utiliser, de l'ignorer ou de passer outre[16]. La technique est ainsi réinsérée dans une structure de décision et de responsabilité humaines.

Visibilité, justification, contestabilité et responsabilité ne doivent pourtant pas être transformées en quatre nouveaux droits fondamentaux autonomes. Leur intérêt théorique est différent. Elles peuvent être lues comme des modalités contemporaines de catégories plus anciennes : rendre le pouvoir visible pour le rendre contrôlable ; exiger des raisons pour limiter l'arbitraire ; permettre la contestation pour préserver la liberté ; attribuer la responsabilité pour empêcher que la médiation technique ne dissolve l'imputabilité. Elles composent moins un nouveau constitutionnalisme qu'une grammaire adaptée à certaines formes contemporaines de puissance.

Cette grammaire permet également de relire la séparation des pouvoirs sans chercher à transporter mécaniquement Montesquieu dans la gouvernance des plateformes. Il ne serait guère pertinent de rechercher un « législatif », un « exécutif » et un « judiciaire » à l'intérieur de chaque entreprise numérique. En revanche, le problème de la concentration fonctionnelle demeure. Lorsqu'un même acteur fixe les règles d'un espace, les applique, détecte leur violation, prononce la sanction et organise seul le recours contre sa propre décision, l'interrogation constitutionnaliste retrouve immédiatement son sens.

Il faut toutefois maintenir une frontière. La lecture fonctionnelle proposée ici ne repose pas sur l'idée que toute puissance sociale appelle une constitution. Elle suppose au contraire une sélection. L'intervention constitutionnelle devient pertinente lorsque la capacité privée atteint une intensité suffisante pour déterminer les conditions effectives d'exercice d'une liberté et lorsque les mécanismes ordinaires de sortie, de choix ou de concurrence ne suffisent plus à neutraliser cette dépendance. Le droit constitutionnel ne gagne rien à qualifier de pouvoir ce qui relève simplement de l'influence ; il perdrait davantage encore à ne plus reconnaître le pouvoir parce qu'il a changé de support.

C'est en ce sens que le dialogue avec Dominique Rousseau peut être mené jusqu'à son terme. Si le constitutionnalisme demeure une pensée de la mesure et une réserve critique à l'égard de l'absolutisme, cette fonction ne devrait pas s'arrêter aux frontières organiques de l'État dès lors que la liberté rencontre ailleurs une puissance structurelle. Il ne s'agit pas d'abolir la distinction entre pouvoir public et pouvoir privé, mais de refuser que cette distinction interdise toute appréciation constitutionnelle des effets produits par le second.

Le défi est donc d'élargir le regard sans diluer le domaine. Tout pouvoir privé n'est pas constitutionnellement pertinent. Mais une puissance ne devrait pas devenir constitutionnellement indifférente du seul fait qu'elle est privée. Le critère demeure la liberté : là où une infrastructure est en mesure d'en déterminer substantiellement les conditions d'exercice, la question constitutionnaliste redevient légitime. Qui décide, selon quelles règles, pour quels motifs, avec quelle possibilité de contestation et sous quelle responsabilité ?

Ces questions ne conduisent pas hors du constitutionnalisme. Elles montrent plutôt pourquoi le constitutionnalisme peut avoir à dépasser l'État sans cesser d'être lui-même.

## Conclusion

Le constitutionnalisme est né d'une méfiance : aucune puissance ne se limite spontanément. Séparation des pouvoirs, garantie des droits, responsabilité des gouvernants et contrôle juridictionnel sont autant de réponses à cette méfiance, forgées à une époque où la puissance à contenir paraissait résider tout entière dans l'État. Ce présupposé n'est pas devenu faux, il est devenu insuffisant.

La société algorithmique n'a pas remplacé le pouvoir public, elle l'a flanqué d'infrastructures privées capables de classer, d'exclure, de répartir la visibilité et d'orienter les conduites. Rien n'autorise à

confondre ces capacités avec la souveraineté ; tout interdit de les réduire à de simples prérogatives contractuelles. La difficulté tient à ce que le droit constitutionnel, dont la force a toujours résidé dans sa capacité à localiser la puissance pour la rendre contrôlable, se trouve confronté à un pouvoir qui ne prend plus la forme d'une compétence publique clairement attribuée.

Faut-il en conclure que le constitutionnalisme doit être réinventé, sous un adjectif nouveau, à chaque transformation des formes de la puissance ? L'analyse qui précède conduit à une réponse plus sobre. Le constitutionnalisme ne se définit pas par la nature de ses objets, mais par la question qu'il leur adresse : où s'exerce une puissance susceptible d'altérer les conditions de la liberté, et comment lui imposer une limite ? [17] Cette question garde sa pertinence lorsque le pouvoir change de support. Elle la perdrait, au contraire, si l'on réservait l'interrogation constitutionnelle aux seules institutions étatiques.

C'est pourquoi les catégories classiques n'ont pas à être remplacées, mais à être mobilisées autrement. Visibilité, justification, contestabilité et responsabilité ne sont pas quatre droits nouveaux : elles transposent, dans la grammaire de l'environnement numérique, des exigences que le droit constitutionnel connaît de longue date (identifier celui qui décide, lui demander des raisons, permettre la contestation, empêcher que la technique ne dissolve l'imputabilité). Là où une infrastructure détermine substantiellement les conditions d'exercice d'une liberté, ces exigences cessent de relever de la seule bienveillance des acteurs privés pour devenir une condition de la liberté elle-même.

Il ne s'agit donc ni de constitutionnaliser toute la société ni de transformer chaque entreprise en autorité publique. Le critère demeure la liberté, et l'intensité des garanties doit épouser l'intensité du pouvoir exercé. Une telle lecture fonctionnelle n'étend pas indéfiniment le domaine constitutionnel ; elle refuse seulement qu'une puissance puisse rester constitutionnellement indifférente du seul fait qu'elle est privée.

Reste une question que ce travail laisse ouverte, et qui déborde la technique juridique : celle de la légitimité. Le constitutionnalisme classique a pu associer la limitation du pouvoir à la légitimation démocratique de ceux qui l'exercent. Les infrastructures privées ne sont pas élues, et leur puissance ne procède d'aucune délégation explicite. Si l'on admet qu'elles participent désormais à la gouvernance des conditions de la liberté, il faudra aussi s'interroger sur les fondements qui justifient de leur imposer ces limites. C'est peut-être là le prolongement le plus exigeant de la question posée ici.

Le défi des algorithmes n'est finalement pas de rédiger une constitution nouvelle pour un monde nouveau. Il est de prolonger un geste ancien : reconnaître le pouvoir lorsqu'il change de forme et rappeler qu'aucune puissance, publique ou privée, ne saurait s'exercer sans répondre de ses effets sur la liberté.

Oscar VALENTE CARDOSO,

Juge fédéral au Brésil, docteur en droit et professeur au Master en Droit et Sécurité de l'Information de l'Universidade Europeia de Lisbonne.

[1] V. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, livre XI, chap. IV et VI ; Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 2014.

[2] V. Giovanni DE GREGORIO, *Digital constitutionalism in Europe*: *reframing rights and powers in the algorithmic society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, spécialement chap. 1 et 3, p. 1-25 et 80-122 ; Edoardo CELESTE, *Digital constitutionalism: the role of Internet Bills of Rights*, Abingdon, Routledge, 2023 ; Gunther TEUBNER, *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2012, spécialement chap. 1, p. 1-14.

[3] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, livre XI, chap. IV.

[4] Dominique ROUSSEAU, « Approche critique du "constitutionnalisme autoritaire" », *Questions Constitutionnelles*, 11 mai 2026. (https://questions-constitutionnelles.fr/approche-critique-du-constitutionnalisme-autoritaire/). L'auteur caractérise le constitutionnalisme comme une « pensée de la mesure » et insiste sur le « souci de la limite et de l'équilibre » qui lui est propre.

[5] Sur la portée théorique de la séparation des pouvoirs et sa construction dans l'histoire constitutionnelle française, v. Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, préc.

[6] Julie E. COHEN, *Between truth and power: the legal constructions of informational capitalism*, Oxford, Oxford University Press, 2019, notamment chap. 3, Jack M. BALKIN, « Free speech is a triangle », *Columbia Law Review*, vol. 118, no 7, 2018, p. 2011-2056 ; Giovanni DE GREGORIO, *Digital constitutionalism in Europe*, préc., chap. 3, p. 80-122.

[7] CJUE, 7 déc. 2023, OQ c. Land Hessen, SCHUFA Holding AG, aff. C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, sur l'article 22 du RGPD et la portée déterminante d'un score automatisé dans la décision prise par un tiers.

[8] Jack M. BALKIN, « Free speech is a triangle », préc., p. 2011-2056 ; v. également Jack M. BALKIN, « Old-school/new-school speech regulation », *Harvard Law Review*, vol. 127, no 8, 2014, p. 2296-2342.

[9] Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques (Digital Services Act), art. 25, § 1.

[10] Bundesverfassungsgericht, 15 janv. 1958, 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (Lüth). Sur la réception et

les formes de l'effet horizontal, v. Thomas HOCHMANN et Jörn REINHARDT (dir.), *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Éditions Pedone, 2018, 216 p.

[11] Cour EDH, 6 mai 2003, Appleby et autres c. Royaume-Uni, req. no 44306/98, Rec. 2003-VI, spécialement § 47. Sur les obligations positives et les espaces privés, la Cour admet que des circonstances peuvent imposer à l'État des mesures positives pour assurer l'exercice effectif de la liberté d'expression.

[12] Gunther TEUBNER, *Constitutional fragments*, préc., chap. 1, p. 1-14 ; v. aussi le chap. 5 consacré aux droits fondamentaux transnationaux et à leur effet horizontal.

[13] Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 (RGPD), notamment art. 13 à 15 et 22 ; règlement (UE) 2022/2065 (Digital Services Act), notamment art. 17, 20-21, 34-35, 37 et 40 ; règlement (UE) 2024/1689 du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (AI Act), notamment art. 13 et 14.

[14] Digital Services Act, art. 17 : obligation pour les fournisseurs de services d'hébergement de fournir une motivation claire et spécifique pour certaines restrictions fondées sur l'illicéité d'un contenu ou son incompatibilité avec les conditions générales.

[15] Digital Services Act, art. 20 et 21. L'article 20 prévoit notamment un système interne de traitement des réclamations accessible gratuitement et précise que les décisions prises à son terme ne doivent pas reposer exclusivement sur des moyens automatisés ; l'article 21 organise le règlement extrajudiciaire sans priver le destinataire de l'accès au juge.

[16] AI Act, art. 13 et 14. L'article 14 impose une supervision humaine effective des systèmes à haut risque et prévoit que les personnes chargées de cette supervision puissent, selon les circonstances, interpréter les résultats du système, décider de ne pas l'utiliser, ou encore écarter, remplacer ou inverser son résultat.

[17] Dominique ROUSSEAU, « Approche critique du "constitutionnalisme autoritaire" », préc. L'intérêt de cette approche réside ici dans la définition fonctionnelle du constitutionnalisme comme pensée de la limite, que le présent article prolonge à la question de la localisation contemporaine du pouvoir.