

## L'évolution de la liberté de communication numérique dans la jurisprudence constitutionnelle

**47. Un renouveau de la démocratie.** Au XXI<sup>ème</sup> siècle, l'ère du numérique semble autoriser un renouveau de la démocratie, les nouveaux moyens technologiques d'information et de communication développent, en effet, le système démocratique. Avec la (r)évolution numérique, les communications par internet permettent : les campagnes électorales numériques, la tenue des conférences politiques, le militantisme, le vote électronique, etc.<sup>116</sup> D'un outil de communication, le numérique est devenu un « moyen d'éveil politique ». La campagne présidentielle française de 2017 a révélé aux yeux du grand public toute l'ampleur d'un aspect souvent ignoré de la « révolution numérique ». Pour la première fois, l'ensemble des candidats ou presque a clairement assumé le fait de mener une campagne électorale où les agences de stratégie numérique se sont imposées comme un élément incontournable<sup>117</sup>. Comme on l'a connu sous la III<sup>ème</sup> République, le débat sur la valeur qu'il convenait d'accorder aux déclarations de droits est sujet de controverses. La doctrine dominante déniait toute valeur constitutionnelle à la Déclaration de 1789. La dissociation de la Constitution de 1791 revenait à lui confier une valeur supraconstitutionnelle. Le problème de sa place dans la hiérarchie juridique fut de nouveau soulevé pour la Constitution de 1946 qui est précédée par un préambule. La situation n'était pas évidente : si le préambule était formellement incorporé à la Constitution elle-même, et avait été adopté par référendum comme cette dernière, il avait cependant été exclu du contrôle de constitutionnalité des lois prévu par la Constitution. Pour cette raison il n'avait pas de valeur constitutionnelle. La raison inverse a conduit à admettre la valeur constitutionnelle du préambule de la Constitution de 1958, et

---

<sup>116</sup> On exposera successivement l'opinion selon laquelle le vote électronique ne doit pas être généralisé et appliqué, notamment à cause de ses carences démocratiques et technologiques liées au *digital divide* et aux risques d'hacking.

<sup>117</sup> BARDIN (M.), « Les partis politiques et le numérique », *Pouvoirs*, n°163, 2017, pp. 43-54.

des textes auxquels il renvoie<sup>118</sup>. Cette typologie de questions relatives à la valeur constitutionnelle des déclarations de droits se repose aujourd'hui, au XXI<sup>ème</sup> siècle concernant les droits numériques. Pour Marie-Charlotte Roques-Bonnet, l'affirmation de droits fondamentaux applicables aux sciences et aux techniques numériques serait de nos jours à la source d'une transformation du concept des droits de l'homme. Cette transformation imposerait une nouvelle représentation de notre ordre juridique, non plus pyramidale, mais systémique, non plus hiérarchisée mais interactive, c'est-à-dire une dilution presque complète de ses principes et de sa structure fondamentale<sup>119</sup>. En termes d'efficacité, les droits fondamentaux s'imposent comme un instrument incontournable pour définir le droit du réseau et les droits de l'individu dans l'environnement numérique. Ils sont vecteurs d'une efficacité juridique et d'une souplesse sans lesquelles internet ne pourrait pas se construire.

**48. Le droit fondamental, une notion « polysémique ».** La notion de droit fondamental, « par nature indéfinissable et fluctuante »<sup>120</sup> consacre divers droits qui s'imposent à des personnes de droit public autant que de droit privé. La fondamentalisation des droits a été possible par la jurisprudence notamment constitutionnelle lors du contrôle de la constitutionnalité des lois (**Chapitre I**) et a permis, plus précisément, à partir de la décision *Hadopi 1* de 2009 la protection constitutionnelle de l'accès à internet et des communications numériques (**Chapitre II**).

## **Chapitre premier – Le contrôle de la constitutionnalité des lois et la liberté de communication**

**49. Le numérique a considérablement modernisé les pratiques issues de la liberté de communication des pensées et des opinions.** En matière de liberté d'expression et de communication sur internet, on est confrontés à sa nécessaire conciliation avec d'autres libertés et droits fondamentaux tels que le droit à la vie privée, la dignité humaine, la liberté

---

<sup>118</sup> DEBBASCH (C.), BOURDON (J.), RICCI (J.-C.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Economica, 1990, 972 p.

<sup>119</sup> ROQUES-BONNET (M.-C.), *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique?*, Paris, Éditions Michalon, 2010, pp. 132-133.

<sup>120</sup> CASSIA (P.), BEAL (A.), « La nouvelle procédure applicable devant le juge administratif des référés, bilan de la jurisprudence », *JCPG*, 9 mai 2001, pp. 921-922.

de religion, le droit de grève, le droit à la propriété privée... Sur le plan objectif, les droits fondamentaux, en tant que partie intégrante de l'ordre juridique, sont un prolongement de la norme fondamentale matérielle d'identification de normes, qui s'enracine dans les valeurs supérieures de la démocratie. Les droits fondamentaux ont donc cette fonction de continuité et d'actualisation de la norme fondamentale tout en étant, en même temps un sous-système de l'ordre juridique<sup>121</sup>.

**50. L'évolution de la protection par le Conseil constitutionnel de la liberté d'expression et de communication des opinions se poursuit aujourd'hui avec les nouvelles technologies d'information et de communication.** La communication sur internet favorise le processus démocratique et le choix des élus par les citoyens. Comme l'a écrit Albert Camus : « La démocratie ce n'est pas la loi de la majorité, mais la protection de la minorité »<sup>122</sup>. Internet, permet aux citoyens d'être mieux informés, c'est un moyen complémentaire pour recueillir plus d'informations relatifs par exemple aux candidats à une élection, aux projets de réforme, il permet de consulter et communiquer dans les forums *on line* afin d'échanger des opinions et des avis et donc, *in fine*, d'exercer un vote encore plus éclairé. Dans cette logique on analysera la fonction du droit constitutionnel à la libre communication dans les Constitutions des États européens (**Section I**) pour ensuite étudier les choix de contrôle effectués par le Conseil constitutionnel (**Section II**).

### **Section I : La fonction du droit constitutionnel à la libre communication dans les Constitutions des États européens**

**51. Le droit constitutionnel est un droit à part, conceptuellement et hiérarchiquement supérieur.** Une des spécificités du droit constitutionnel est qu'il doit pouvoir s'adapter et résoudre toutes les situations conflictuelles qui se posent dans l'État de droit. Une de ces situations sont les conflits de normes. L'élasticité du droit constitutionnel est une qualité essentielle qui en fait une de ses caractéristiques et sa force. Cette spécificité lui permet d'être de façon continue au cœur de tous les débats relatifs à l'actualité de la

---

<sup>121</sup> PECES-BARBA MARTINEZ (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2004, pp. 267-269.

<sup>122</sup> CAMUS (A.), *Carnets Tome I*, Paris, Folio, 1962, p. 164.

société. Les approches constitutionnelles du droit à la liberté d'expression et de communication des opinions sont hétérogènes dans les États européens (§ 1) et la protection constitutionnelle de la liberté de communication présente une certaine spécificité (§ 2).

## **§ 1. Des approches constitutionnelles hétérogènes du droit à la liberté d'expression et de communication dans les États européens**

**52. Des facteurs historiques et culturels différents.** Dans les États membres européens, le droit a évolué selon des facteurs historiques et culturels différents, néanmoins le fond et la garantie constitutionnelle des droits fondamentaux sont protégés de façon similaire. Le droit à la liberté d'expression et de communication est appréhendé de façon hétérogène selon la source de la protection (déclaration, charte, texte de loi, traité, jurisprudence) mais sa consécration dans les Constitutions des États européens (A) est un indicateur d'aptitude à devenir membre de l'Union européenne (B).

### **A – La consécration constitutionnelle de la liberté de communication et d'expression dans les Constitutions des États européens**

**53. Une certaine identité.** La liberté d'expression est consacrée dans la plupart des Constitutions des États membres de l'Union européenne avec des formulations différentes qui ne s'expliquent pas toutes avec des problèmes de traduction, mais qui démontrent aussi une certaine identité des principes<sup>123</sup>. La liberté de communication et d'expression bénéficie d'une protection qui varie selon les États membres (1) mais elle reste une condition essentielle et commune à toute démocratie libérale (2).

#### **1) Une protection flexible en fonction des États**

**54. Un fonctionnement similaire.** D'emblée on peut affirmer que la liberté de communication a plusieurs fonctions et implique la liberté de la presse en démocratie

---

<sup>123</sup> VERPEAUX (M.), « La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles », Paris, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 36, 6 juin 2012, pp. 5-13.

libérale. La structure de la protection est similaire dans les États. Il convient à ce point de l'étude de mettre en avant le fait qu'on constate que la libre communication est une liberté constitutionnelle relative (a) soumise à une attitude variable des juges selon les États (b).

#### a. Une liberté constitutionnelle relative

**55.** En matière de droits fondamentaux, les Constitutions et les droits constitutionnels des États européens présentent beaucoup de similitudes avec les normes de référence qui sont utilisées par le Conseil constitutionnel français. Certes, certains droits sont garantis en des termes absolus. Il s'agit notamment de l'interdiction de la torture et de la peine de mort qui sont consacrées dans toutes les Constitutions des États européens. Néanmoins, on peut souligner aussi la relativité d'une grande partie des droits et libertés fondamentaux et cette logique de relativité et d'absolutisme<sup>124</sup> des droits et libertés fondamentaux se retrouve au niveau du droit européen<sup>125</sup>. En effet, au niveau *supra* national, l'article 15 § 2 de la Convention EDH interdit toute dérogation au droit à la vie, sauf pour les cas d'actes licites de guerre, à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, à l'interdiction de l'esclavage et de la servitude et à la règle « pas de peine sans loi », de même est interdite toute dérogation à l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 6 à la Convention qui porte abolition de la peine de mort en temps de paix, à l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 13 à la Convention relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances, ainsi qu'à l'article 4. À la différence de ces droits absolus<sup>126</sup> le droit à la liberté d'expression, tout comme par exemple (et parmi d'autres) : le droit à la vie privée, ou le droit à la propriété, peuvent être encadrés et limités.

**56.** **L'application concurrente de deux normes de même « rang » juridique.** « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de

---

<sup>124</sup> Au sens de la protection absolue de certains droits et libertés, comme l'interdiction de la torture et de la peine de mort.

<sup>125</sup> Il y a une européanisation des droits et libertés fondamentaux. Cette européanisation commence par la Convention EDH de 1950 qui donne naissance à la Cour EDH. La Cour EDH veille à la bonne application de la Convention. Et puis il y a la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'Union européenne a voulu avoir son propre texte en matière de droits et libertés fondamentaux. Il y a donc un ensemble de textes auxquels la France est partie prenante et associée. Cet ensemble de textes s'applique au territoire français, à tous ceux qui vivent sur le territoire français à un moment donné.

<sup>126</sup> Exception faite aux cas d'actes licites de guerre.

l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi »<sup>127</sup>. La plupart du temps, face à un conflit ouvert par les requérants, l'application concurrente de deux normes reste possible parce qu'elles sont en réalité compatibles entre elles ou parce qu'elles ont des champs d'applications différents<sup>128</sup>. Tout droit ou liberté fondamentale trouve sa limite dans les droits d'autrui et dans la nécessité pour l'État de maintenir les conditions de cette conciliation par un système objectif reposant sur l'ordre public et l'intérêt général. Ces deux limites ne se présentent pas sur le même plan, ni théoriquement, ni sous la « plume » du juge. La sanction des limites objectives sert de moyen à la sanction des empiètements de droits entre particuliers, comme la répression des troubles de voisinage protège indirectement la jouissance du domicile. Dans un conflit opposant deux titulaires d'un même droit ou de droits opposés, les juges sont amenés à trouver une conciliation ou à faire primer un intérêt sur un autre au nom de l'intérêt de tous. Dans un conflit entre un particulier et l'intérêt de tous, la légitimité même de la revendication peut être en cause. La tendance des différents juges semble être la négation des conflits afin de ne pas devoir hiérarchiser les droits et libertés.

#### b. L'attitude variable des juges

**57. Une hiérarchie à configuration variable**<sup>129</sup>. Tous les droits, peuvent être limités sur certains de leurs effets pourvu que leur « noyau dur » ne soit pas totalement nié. On notera que pour l'article 5 de la Déclaration de 1789, la torture et la peine de mort ne peuvent faire l'objet de conciliation. La conciliation des droits peut aussi être l'occasion pour le juge de développer les droits en définissant de nouveaux intérêts à protéger. La Cour constitutionnelle italienne, en dépit du choix de ne pas consacrer de nouveaux droits<sup>130</sup> a

---

<sup>127</sup> Article 11 DDHC.

<sup>128</sup> BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, LGDJ, 4<sup>ème</sup> édition, 2016, 1006 p.

<sup>129</sup> OBERDORFF (H.), « Libertés fondamentales : théorie générale », Paris, interview vidéo, Éd. Lextenso, 8 août 2016.

<sup>130</sup> Politique du « catalogue fermé ».

ainsi pu dégager le droit au logement à partir du droit de propriété<sup>131</sup> ou encore le droit à l'identité par le droit à la santé<sup>132</sup>.

**58. Théoriquement tous les droits fondamentaux ont la même valeur.** Lorsqu'on établit une hiérarchie des droits fondamentaux alors on fait une sorte de classement des valeurs et donc un discours philosophique qui montre que certaines sont supérieures aux autres. Tous les droits de l'homme ont une valeur universelle et indissociable, ils sont intimement liés. Néanmoins on trouve une forme de hiérarchie, en effet dans la Déclaration de 1789, l'article 2 dispose que : « la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression sont des droits naturels et imprescriptibles de l'homme ». Il fixe d'une certaine manière une hiérarchie. Lorsqu'on analyse d'autres textes, par exemple la Loi fondamentale allemande, il apparaît de façon claire que la dignité de l'être humain est intangible, et que la dignité de l'être humain est au sommet de ce dispositif de droits fondamentaux. La Constitution espagnole fixe aussi une sorte d'hiérarchie, le droit à la vie est l'élément déterminant dans cette dimension. Dans ce registre ; un certain nombre de textes comme la Convention EDH, valorisent le droit à la vie, le droit de ne pas être torturé, le droit de ne pas subir des traitements inhumains ou dégradants, le droit de ne pas être tenu en esclavage. La Convention EDH fixe le droit à la vie au sommet de cet ensemble. Ce raisonnement est logique car le droit à la vie permet de réaliser les autres droits et libertés fondamentaux.

**59. La proportionnalité et l'adéquation de la mesure.** La proportionnalité implique l'adéquation de la mesure avec la fin poursuivie, sa nécessité faute de mesure moins attentatoire à la liberté. La proportionnalité implique ainsi que les moyens utilisés soient aptes à réaliser l'objectif d'intérêt général poursuivi, qu'ils soient nécessaires<sup>133</sup> et réalistes au vu de ce que les destinataires de la norme peuvent supporter. Cette mise en balance demeure bien sûr un exercice difficile. Il s'agit de se substituer au décideur, qu'il soit le législateur ou l'administration. L'attitude des juges à cet égard reste variable : le Conseil constitutionnel tente de développer de façon progressive ce contrôle. S'il exerce toujours un « contrôle minimum » (contrôle de l'erreur manifeste) et s'en remet en ce cas aux choix

---

<sup>131</sup> Cour const. sent. n° 404/1988.

<sup>132</sup> Notamment dans le cas du transsexualisme.

<sup>133</sup> C'est-à-dire sans équivalent et de même efficacité.

politiques du législateur et ne contrôle pas la nécessité de la mesure, le Conseil apprécie aussi la portée de l'atteinte aux droits de manière proportionnelle à l'objectif poursuivi, en particulier lorsque le texte de la Constitution l'impose<sup>134</sup> et lorsqu'il s'agit de droits et libertés les mieux protégés, telle la liberté d'expression et de communication<sup>135</sup>.

## **2) Une condition essentielle et commune à la démocratie**

**60. La liberté d'expression constitue une condition essentielle de la liberté de la pensée.** La liberté d'expression doit être étudiée sous le prisme des contextes historiques, des particularismes nationaux et elle s'exprime par conséquent dans les formes et selon les modalités de chaque tradition juridico-historique. En France, les dispositions des articles 10 et 11 de la Déclaration de 1789 attribuent la compétence au pouvoir législatif pour encadrer l'exercice de la liberté d'expression et prévenir toute atteinte à l'ordre public. Pour les révolutionnaires français, cette liberté était l'un des symboles de l'élimination de la censure et elle garantissait le positivisme des droits naturels. Successivement, l'enracinement législatif du droit à la liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions s'est affirmé avec les lois fondatrices de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>136</sup> et avec l'évolution et renforcement du Conseil constitutionnel il est devenu un droit constitutionnel protéiforme garant de la démocratie, protecteur des autres droits fondamentaux (a) et permettant le devoir historique de mémoire (b).

a. Un droit constitutionnel protéiforme protecteur des autres droits

**61. La liberté d'expression et d'information par la presse et les médias numériques contribuent à faire prospérer les principes d'une justice transparente<sup>137</sup>.** S'agissant des droits des (citoyens) récepteurs, la liberté d'expression protège le droit d'être informé et de recevoir une information diverse et pluraliste. L'article 4 de la Constitution dispose que :

---

<sup>134</sup> Cf. par exemple le principe de nécessité et de proportionnalité des peines.

<sup>135</sup> BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, LGDJ, 4<sup>ème</sup> édition, 2016, 1006 p.

<sup>136</sup> Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

<sup>137</sup> VERPEAUX (M.), MONTALIVET (P.), ROBLOT-TROIZER (A.), VIDAL-NAQUET (A.), *Droit constitutionnel, Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, 2011, 538 p.

« La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation »<sup>138</sup>. Comme l'a jugé en matière de presse écrite le Conseil constitutionnel, « la libre communication des pensées et des opinions ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents »<sup>139</sup>. Le principe du pluralisme est appliqué aux mass média des télécommunications, avec cependant des exigences déterminées : les personnes qui écoutent la radio ou qui regardent la télévision doivent pouvoir choisir entre différents moyens d'information, appartenant à des propriétaires différents. En outre, les entreprises de communication, doivent permettre et laisser ouverte la possibilité, dans leurs programmes, « l'expression de tendances de caractère différents, dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information ». On constate que dans la jurisprudence constitutionnelle, la protection du pluralisme sur internet ne fait pas encore fait l'objet d'une reconnaissance constitutionnelle.

b. Un droit permettant le devoir historique de mémoire

**62. L'analyse historique est plurielle car elle est le reflet de pluralité de positionnements et de présupposés.** Dans ce contexte certaines opinions sur des évènements du passé sont de nature à heurter la sensibilité des protagonistes de l'histoire, de leurs proches, de leurs descendants. Certaines lectures du passé sont vécues par tout ou partie du corps social comme de nature à troubler l'ordre public. La question est toujours identique, faut-il censurer certaines opinions, faut-il accepter une expression différente ? La question de la mémoire historique a été magistralement prise en compte par le législateur en 1881 avec l'incrimination de diffamation envers la mémoire des morts. Une grande actualité jurisprudentielle a marqué le rejet de certaines lois mémorielles et le rejet de certaines opinions officielles sur l'histoire. En 2012, le Sénat a adopté la proposition de loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi. Cette proposition de loi avait remis à l'ordre du jour le débat sur les lois mémorielles. C'est dans ce contexte

---

<sup>138</sup> Principe réaffirmé en 1986, cf. Cons. const., n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*.

<sup>139</sup> HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1929, p. 186.

(très polémique<sup>140</sup>) qu'est intervenu le Conseil constitutionnel en 2012, en censurant la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi<sup>141</sup>. Le Conseil constitutionnel censure cette loi au regard de sa normativité et au regard de sa possible atteinte à la liberté d'expression. Sur la normativité, dans cette décision, le Conseil constitutionnel rappelle que : « sous réserve de dispositions particulières, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit être vêtue d'une portée normative. Une disposition législative ayant pour objet de reconnaître un crime ne saurait en elle-même être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi ». Mais c'est sur le terrain de la liberté d'expression que le Conseil constitutionnel a censuré le dispositif, pour déclarer contraire à la Constitution, l'article 1<sup>er</sup> de la loi il affirme : « qu'en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à la liberté d'expression. Les atteintes portées à la liberté d'expression devant être nécessaires, adaptées, et proportionnées à l'objectif poursuivi ». Il est certain et le débat est très ardu, que la pénalisation de toute forme de négationnisme bouscule la cohérence du droit de la presse dans la fragile frontière tracée entre les opinions et les propos constitutifs d'une infraction de droit de presse. La ligne blanche a été dépassée par la loi Gayssot<sup>142</sup>, dans le sens que l'incrimination ne mettait pas suffisamment en valeur la faute de provocation à la discrimination, à la haine, ou à la violence. La ligne a clairement été franchie en 2012 par la reconnaissance législative du crime.

**63. La limitation aux seuls objectifs d'information et d'histoire.** Ce « filtre » permettait de faire le tri entre les évocations du passé pénal de pure malveillance et celles qui pourraient contribuer au débat d'intérêt général, notamment en matière historique. La

---

<sup>140</sup> Les motifs d'hostilités aux lois mémorielles furent variés, ils émanaient de milieux très différents. Du point de vue des historiens était déploré l'écriture d'une histoire ou d'une vérité officielle, le risque d'atteinte à la liberté de la recherche, et la confusion entre mémoire et histoire. Du côté politique, était contestée la démarche purement électoraliste et opportuniste, puisque ça pouvait être analysé comme une forme d'ingérence dans la politique de pays étrangers, source de crises diplomatiques.

<sup>141</sup> Cons. const.. n° 2012-647 DC du 28 février 2012 *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*.

<sup>142</sup> Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, « loi Gayssot ».

censure constitutionnelle de 2013<sup>143</sup> a avec les mêmes attendus utilisés en 2012 « fait sauter ce verrous » de protection, et contrairement à la première censure, elle semble exiger un rééquilibrage du dispositif en limitant la faculté de preuve aux seules informations énoncées dans un but d'information et d'histoire. La solution à la question de savoir quelles interdictions apporter à la liberté d'expression est donc « soufflée » par le Conseil constitutionnel qui dit que : « c'est par son caractère général et absolu que l'interdiction porte une atteinte non proportionnée ». En effet, la généralité de l'interdiction la rend critiquable. Le débat est ouvert, notamment à l'heure du numérique ceci permettrait de ne pas cautionner, sur le passé judiciaire, la diffamation « gratuite » de la part de « citoyens justiciers » dont les effets délétères, sont amplifiés par les possibilités d'accès et de diffusion de l'information sur internet.

**64. L'affirmation de liberté de polémique historique.** Cette ouverture pour le droit à l'histoire est présente et peut être étudiée dans un arrêt de la Cour de cassation du 16 octobre 2013<sup>144</sup>, à propos du livre de Robert Hébras intitulé *Oradour-sur-Glane : Le drame heure par heure*<sup>145</sup>. C'est sur le fondement de l'article 1382 du Code civil que la Cour d'appel de Colmar avait considéré que : « Robert Hébras avait outrepassé les limites de la liberté d'expression en mettant en doute dans sa version d'origine le caractère forcé et non volontaire de l'incorporation de jeunes alsaciens dans les unités allemandes SS ». Mais successivement au pourvoi en cassation, la Cour de cassation au visa de l'article 10 de la Convention EDH a cassé l'arrêt de la Cour d'appel au motif : « que si les propos litigieux ont pu heurter, choquer, ou inquiéter les associations demanderesse ne faisaient qu'exprimer un doute sur une question historique objet de polémique de sorte qu'il ne dépassait pas les limites de la liberté d'expression »<sup>146</sup>. La Cour de cassation assume une position résolument favorable au droit à l'histoire<sup>147</sup>, la Cour conforte une tendance

---

<sup>143</sup> Cons. const., n° 2013-319 QPC du 7 juin 2013, *M. Philippe B. (Exception de vérité des faits diffamatoires constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou ayant donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision)*.

<sup>144</sup> Cass. civ. 1<sup>e</sup>, 16 octobre 2013, *Oradur-sur-Glane*.

<sup>145</sup> HÉBRAS (R.), *Oradour-sur-Glane : Le drame heure par heure*, Paris, Broché, 2003, 36 p.

<sup>146</sup> *Ibidem*.

<sup>147</sup> En matière de diffamation et en matière de négationnisme, le mode rhétorique dubitatif n'empêche pas l'infraction d'exister.

jurisprudentielle à deux facettes, la première est qu'elle a toujours admis toute expression d'une opinion historique, hors allégations de faits précis. La deuxième tendance, qui est plus délicate, c'est que finalement la Cour de cassation accepte la libre polémique historique et accepte une controverse qu'il est de plus en plus facile d'accepter au fur et à mesure de l'écoulement du temps. La Cour EDH dans l'arrêt *Lehideux et Isorni* évoquait déjà : « cet effort qu'on devait fournir pour débattre ouvertement et sereinement de la propre histoire quarante ans après les faits litigieux<sup>148</sup> ».

## **B – Les incidences de la libre communication sur le développement du débat démocratique**

**65.** La liberté de communication et d'expression est une composante essentielle de la démocratie participative (1), il s'agirait même d'un impératif pour la vie en société (2).

### **1) Une composante essentielle de la démocratie participative**

**66.** Dans le processus de développement et d'acquisition des droits de l'homme, la liberté d'expression et de communication a un rôle central. La liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions permet aux peuples de faire face aux dirigeants politiques, de les contester, voire éventuellement de les forcer à démissionner, notamment lorsqu'ils remettent en cause ou violent les principes mêmes de la démocratie. La liberté d'expression a permis de faire perdurer dans le temps le récit d'importants événements historiques tels les faits et écrits fondateurs par exemple survenus lors des périodes révolutionnaires, comme la révolution américaine, la Révolution française de 1789, les mouvements de décolonisation et, récemment, les révolutions arabes. Notons que certaines récentes révolutions arabes, comme par exemple la révolution tunisienne dite « Révolution du jasmin » en 2011, ont été possibles et encouragées par la communication numérique dans les réseaux sociaux sur internet, notamment à travers les réseaux sociaux Facebook et Twitter. Ce constat permet de dire que la liberté de communication sur internet doit être prise en considération comme étant un des plus importants moyens permettant le processus de

---

<sup>148</sup> Cour EDH, 23 septembre 1998, *Lehideux et Isorni c. France*, n° 24662/94, et dans le même sens : Cour EDH 15 avril 2009, *Aussaresses c. France*, n° 20985/05.

développement social de l'être humain. Aujourd'hui les concepts de droits humains et de libertés politiques sont très présents dans l'État de droit. Le XXI<sup>ème</sup> siècle a fait de la démocratie, notamment participative, le principal modèle de l'organisation politique<sup>149</sup>. Internet peut être une formidable méthode de démocratie participative.

**67. Le paradoxe de la démocratie participative.** Si on analyse la démocratie participative, on se rend compte qu'elle est paradoxale. En effet, si on définit la démocratie (de la manière la plus simple), comme étant le régime de la souveraineté populaire, c'est-à-dire le régime dans lequel les citoyens prennent eux-mêmes les décisions qui s'imposent à eux afin de décider collectivement par eux-mêmes et pour eux-mêmes de leur destin commun, alors il n'y a de démocratie que participative. Dès lors la notion de « démocratie participative » devient un pléonasme et il serait difficile de contester cette exigence de participation, à moins de se lancer dans un plaidoyer contre la démocratie elle-même. Lorsqu'on évoque la démocratie participative on voit émerger des critiques extrêmement virulentes et qui ont comme particularité d'être partiellement divergentes et contradictoires. *A priori* la démocratie participative est un mirage, une illusion, totalement incapable de pallier l'iniquité dans la distribution du pouvoir politique de notre société. La démocratie participative pourrait être dangereuse car elle risquerait de libérer les passions du peuple, des passions irrationnelles, irréfléchies, soudaines, spontanées, et parfois violentes. Le risque avec ce dispositif participatif serait un désordre global, social et politique, dans la société qui menacerait notre régime politique et *in fine* pourrait remettre en question la démocratie elle-même. La démocratie participative fait l'objet de critiques et est loin de s'imposer, elle en est encore au stade de conceptualisation, et pourtant c'est une idée qui flotte dans l'air du temps depuis un peu plus d'une dizaine d'années, notamment avec les avancées permises par les NTIC.

**68. L'idée de démocratie participative émerge dans les années 60 aux États-Unis parmi des groupes d'étudiants politisés.** En France, pendant la même période, Pierre Mendes France, en 1965 lors de l'élection présidentielle défend ce qu'il appelle une « démocratie de la participation ». À propos de cette période, il est difficile d'établir quel aurait été et si l'impact du numérique aurait été fort dans ces débats *embryonnaires*,

---

<sup>149</sup> *Ibidem*.

notamment lorsqu'on constate qu'aujourd'hui l'influence d'internet dans la démocratie participative reste encore limitée. À l'époque la démocratie participative avait très peu d'écho, et on lui préférait d'autres concepts, ceux de démocratie directe et surtout d'autogestion. Dans les années 60, 70, l'idéal politique qui redonne du pouvoir au citoyens c'est l'idéal autogestionnaire. Successivement, dans les années 80, il y a une « éclipse » de ces revendications de plus de pouvoir, d'une extension des droits politiques au profit des citoyens. Ce débat réapparaît au début du XXI<sup>ème</sup> à travers cette idée forte de démocratie participative. On retrouve cette idée dans la littérature académique, dans les expérimentations démocratiques, dans de très nombreux États, dans les prises de parole des hommes et femmes politiques, qui de plus en plus nombreux se revendiquent ou tentent de se revendiquer en faveur de l'idéal de participation, notamment en encourageant l'utilisation du numérique<sup>150</sup>. Cet idéal participatif finit même, entre la fin des années 90 et le début des années 2000 par s'imposer dans la législation française. En 1995, en France la loi Barnier crée la Commission Nationale du Débat Public (C.N.D.P.) qui rend obligatoire la concertation de projets ayant un impact sur l'environnement. En 2002 est promulguée la loi Démocratie de proximité qui rend obligatoire la création de conseils de quartier dans toutes les villes de plus de 80000 habitants<sup>151</sup>. Et en 2005, la France élabore la Charte de l'environnement, un texte à valeur constitutionnelle qui rend obligatoire de donner droit aux citoyens de participer à des prises de décisions ayant un impact sur l'environnement. D'un idéal, la démocratie participative est devenue une idée qui a été traduite en actes, en législation et en droit constitutionnel. Tout au long de la première décennie des années 2000, la démocratie participative se retrouve dans les promesses politiques des hommes et femmes politiques. Par exemple : Bertrand Delanoë élu à la Mairie de Paris sur un programme qui laissait une grande part à ce qu'il appelait la démocratie participative ; Ségolène Royal en 2007 qui a mis la démocratie participative au centre de son projet présidentiel et qui avait organisé une série de débats participatifs pour l'organisation de sa plateforme présidentielle, ou plus récemment en 2017 dans le programme politique d'Emmanuel Macron. La démocratie participative devient une volonté politique et cette démocratie participative est promue et défendue par les mêmes personnes qui *a priori* n'ont aucun intérêt à son

---

<sup>150</sup> MATHIEU (B.), « La crise de la démocratie représentative : constat et éléments d'explication », Paris *Constitutions*, 2015, pp. 315-317.

<sup>151</sup> Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.

avènement puisque la « quantité » de pouvoir disponible dans une société donnée est limitée et donc toute extension majeure des droits politiques au profit des citoyens se traduit mécaniquement par une baisse du pouvoir disponible aux mains de leurs représentants.

## **2) Un impératif pour le progrès démocratique : *l'empowerment* des citoyens**

**69. On constate que les électeurs ont des difficultés à voter ou à s'engager dans la politique.** Carole Pateman est l'une des premières à conceptualiser l'idée d'une démocratie participative<sup>152</sup>. Pour elle la démocratie participative est centrée sur l'idée d'objectif d'*empowerment*<sup>153</sup> des citoyens. Son idée est de construire une citoyenneté critique, active et éclairée, afin de travailler pour faire en sorte que le citoyen soit maître de lui-même, politisé, apte à participer pleinement à la vie politique de sa Nation. Pour l'auteur la participation politique a un intérêt qui se justifie pour elle-même et par elle-même. Elle a une dimension émancipatrice qui favorise l'émancipation des citoyens. En ce sens la démocratie participative, toujours selon Carole Pateman, a des applications très larges concernant la prise de décisions démocratiques, et elle permet la construction d'une citoyenneté critique. Pour elle l'éducation des citoyens ne se fait pas en théorie, elle se fait en actes, les citoyens se forment à la vie publique en participant à la vie publique. On ne peut pas demander à tout citoyen de prendre position sur des points extrêmement complexes comme des points de droit particulièrement techniques. Dès lors la participation devrait se faire avant tout à l'échelle locale et à l'échelle professionnelle. La démocratie participative n'est pas un projet politique, c'est un vrai enjeu politique qui pénètre dans la sphère professionnelle et qui peut activer le cercle vertueux de la participation aux élections politiques. Ce faisant les citoyens acquièrent des compétences et un « goût » pour la participation et qui pourrait s'infiltrer, par capillarité, dans toute la société et à l'échelle nationale. Le projet de Carole Pateman est la transformation de la société afin de redistribuer le pouvoir politique et de le rendre plus consensuel et légitime.

---

<sup>152</sup> PATEMAN (C.), *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, pp. 122-130.

<sup>153</sup> Cette notion d'*empowerment* est difficile à traduire en français, on ne dispose pas d'un mot qui permet de la résumer. On peut l'assimiler à un renforcement et de l'attribution de nouveaux droits aux citoyens.

**70. Internet permet de prendre des décisions politiques plus consensuelles et légitimes.** Au XXI<sup>ème</sup> siècle la communication numérique rend possible la participation démocratique aux débats politiques par internet afin que les décisions politiques prises soient légitimes démocratiquement. La perspective que semble permettre internet est de repenser les conditions de légitimité des décisions politiques dans une démocratie. Une décision politique légitime n'est pas seulement une décision qui a été approuvée par tous les citoyens, ce qui est le cas par l'élection. Une décision légitime serait une décision qui a été délibérée par tous les citoyens. En effet, internet ne devrait pas simplement servir à permettre aux citoyens de discuter vaguement entre eux d'un projet de loi, et puis finalement de laisser le vote aux parlementaires. La délibération est une procédure de discussion qui pourrait associer tous les citoyens concernés par la question posée, et dans laquelle tous les points de vue et arguments s'expriment, et toutes les informations sont mises en commun. Ce qui importe ce n'est pas la participation mais la décision, la démocratie participative doit conduire à des décisions prises de façon informée et qui satisfassent le plus grand nombre de citoyens. Ces décisions seraient mieux acceptées par les citoyens. Mieux acceptées par ceux qui ont vu leurs points de vue entendus et mieux acceptées par ceux dont les arguments n'ont pas été retenus puisqu'ils sauront qu'ils ont été entendus et donc *in fine* une décision plus consensuelle et légitime<sup>154</sup>.

**71. Les prémices du droit à la liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions se trouvent dans la tradition philosophique et juridique occidentale.** Il s'agit d'une tradition démocratique qui a commencé à émerger vers la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle. Précédemment, la liberté d'expression était réservée à peu de personnes, notamment aux autorités royales, seigneuriales ou religieuses. De nos jours, internet a changé la manière dont se diffuse, et donc la manière dont se crée, le savoir. Internet est devenu un des principaux moyens de diffusion de la connaissance, et d'accès à celle-ci. L'imprimerie a permis aux citoyens de lire, internet leur permet d'écrire. Internet peut être comparé à la révolution de l'imprimerie dans le passé. L'imprimerie a eu un grand rôle dans la diffusion des nouvelles connaissances et philosophies, et en particulier de la philosophie française du mouvement des Lumières, donc des révolutions libérales, de même que tout le progrès

---

<sup>154</sup> Dans ses écrits Jürgen Habermas souligne l'importance de la prise de décisions politiques par l'ensemble des citoyens. HABERMAS (J.), *L'intégration républicaine*, Paris, Éditions Pluriel, 2014, 576 p.

scientifique et technique du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>155</sup>. L'imprimerie a été une étape nécessaire, pour permettre ces évolutions et ces changements, donnant naissance dans le monde occidental à la reconnaissance et à la construction d'un droit à la liberté de communication des opinions. Tout comme aujourd'hui, dans le passé il fallait un moyen moderne et rapide pour diffuser et conserver le savoir pour qu'il puisse s'accroître<sup>156</sup>. À l'ère du numérique, internet permet une nouvelle révolution, encore plus puissante, de la fonction de la libre communication.

**72. Le Conseil constitutionnel est une « réussite inattendue » de la V<sup>ème</sup> République<sup>157</sup>.** Comme l'a précisé Bruno Genevois dans la communication écrite intitulée « L'enrichissement des techniques de contrôle du Conseil constitutionnel »<sup>158</sup>, le Conseil constitutionnel s'est efforcé d'adapter ses modes de contrôle à la spécificité de chacune de ses attributions, selon qu'elles ont ou non un caractère juridictionnel et dans ce dernier cas, suivant que le Conseil intervient comme juge de plein-contentieux ou comme juge du respect de la hiérarchie des normes<sup>159</sup>. Cette adaptabilité est une des qualités du Conseil, qui lui permet d'être polyvalent dans la protection des droits, des libertés et de la démocratie. Selon l'ancien Président Jean-Louis Debré, « le Conseil constitutionnel est une « réussite inattendue » de la V<sup>ème</sup> République cela tient à ce que, par sa jurisprudence, il a su s'insérer au mieux dans le cadre institutionnel préexistant »<sup>160</sup>. En effet, le Conseil constitutionnel avait surtout été créé en 1958 pour être le gardien du domaine réglementaire prévu par la Constitution française, progressivement il est devenu le protecteur des droits fondamentaux et a développé ses techniques de contrôle. Ainsi, la technique du « seuil anti-retour » pour les lois modifiant le régime juridique des libertés fondamentales. Une technique similaire est également appliquée par le pouvoir législatif concernant les situations légalement acquises

---

<sup>155</sup> ROMAN (D.), HENNETTE (S.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2013, 758 p.

<sup>156</sup> *Ibidem*.

<sup>157</sup> DEBRÉ (J.-L.), « Le Conseil constitutionnel : une réussite inattendue de la V<sup>ème</sup> République » in « Cinquantenaire de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République », Paris, Éd. Dalloz, 2008, 308 p.

<sup>158</sup> Colloque du cinquantenaire du Cons. const.3 novembre 2008 - « L'enrichissement des techniques de contrôle » Communication de Bruno GENEVOIS, Président de section au Conseil d'État.

<sup>159</sup> DI MANNO (T.), *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives*, Aix en Provence, Thèse de doctorat en droit sous la direction de Louis Favoreu, Université Aix-Marseille III, 1996, pp. 344-345.

<sup>160</sup> DEBRÉ (J.-L.), « Le Conseil constitutionnel : une réussite inattendue de la V<sup>ème</sup> République » in *Cinquantenaire de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République*, Paris, Éd. Dalloz, 2008, p. 212.

dans les communications, notamment pour ne pas encourir des décisions de non-conformité constitutionnelle.

## **Section II : Les choix de contrôle du Conseil constitutionnel en France**

**73. L'examen de l'objectif du législateur, base du contrôle constitutionnel de proportionnalité, est parfois considéré comme sa partie fondamentale.** C'est sur ce point qu'il est possible d'expliquer et justifier le choix du type de contrôle de proportionnalité effectué par le Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel a le choix, en fonction des textes législatifs qui lui sont soumis, entre le contrôle constitutionnel approfondi et le contrôle constitutionnel restreint. Au vu de sa jurisprudence il semble nettement privilégier le contrôle constitutionnel approfondi pour les lois qui encadrent et limitent la liberté de communication (§1), mais on assiste à une évolution du contrôle tout en maintenant la conciliation des droits (§2).

### **§ 1. L'utilisation du contrôle constitutionnel approfondi pour les lois limitant la liberté de communication**

**74. Le contrôle de constitutionnalité permet d'examiner le pouvoir discrétionnaire du législateur.** Le Conseil constitutionnel effectue le contrôle du choix décisionnel du législateur dans la limitation des libertés fondamentales (A) et apporte une protection variable à la liberté de communication (B).

#### **A – Le contrôle de la limitation des droits fondamentaux**

**75. L'absence de définition de l'expression droits et libertés dans la Constitution.** Le constituant n'a pas défini l'expression droits et libertés, il a cependant précisé la source des normes concernées par la QPC, contrairement au législateur lorsqu'il a institué le référé-liberté. Le champ d'intervention du contrôle *a posteriori* est donc, de ce point de vue plus limité que celui de l'article L 521 2 du CJA : mais il est aussi à première vue plus large dans la mesure où l'article 61-1 renvoie aux droits comme aux libertés sans faire intervenir le qualificatif de fondamental. On remarque que le constituant n'a pas choisi de retenir l'appellation de droit fondamental qui aurait pu faire référence aux débats doctrinaux en la

matière ou renvoyer à la jurisprudence constitutionnelle qui n'a qualifié de fondamentales que quelques-unes des libertés consacrées par la Constitution<sup>161</sup>. La délimitation du champ des droits et libertés est extrêmement délicate, notamment avec l'interdiction de la notion de l'atteinte au droit fondamental (1) et sa reconnaissance indirecte (2).

## 1) L'interdiction de l'atteinte au droit fondamental

**76. L'abus dans la Déclaration des droits de l'homme.** Sont nombreuses les Constitutions se référant à l'interdiction de l'abus concernant les droits et libertés fondamentaux. La notion encadre, le plus couramment, la liberté de communication mais sans lui apporter une sanction. Les Constitutions renvoient au législateur le soin de prévenir et de régler, en légiférant, l'exercice abusif des droits et libertés fondamentaux. Le préambule de la Constitution de 1958 fait référence à la Déclaration de 1789. Par conséquent le Conseil constitutionnel l'a intégrée dans ses normes constitutionnelles de référence, ce qui a conduit à interdire directement l'abus de la liberté d'expression<sup>162</sup>. En effet, l'article 11 de la Déclaration de 1789 dispose : « : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme, tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi »<sup>163</sup>. Une référence explicite est faite, dans les normes de référence constitutionnelles, à l'abus de la liberté de communication. De plus, le régime juridique et la sanction de l'abus doivent, selon l'article 11, être fixés par le législateur, car comme l'indique Xavier Philippe, « les rédacteurs de la Déclaration de 1789 avaient envisagé les limites à apporter à l'exercice de ce droit en laissant au législateur le soin de déterminer les cas dans lesquels il y aurait abus.

---

<sup>161</sup> REDOR (M.-J.), *Les cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, Paris, n°9, Conseil constitutionnel et droits fondamentaux, 2011, p. 50.

<sup>162</sup> *Contra*. La Déclaration de 1789 et le préambule de la Constitution de 1946 qui forment l'actuel catalogue des droits fondamentaux, ne contiennent aucune indication sur l'abus des droits fondamentaux et la protection de la démocratie. JACQUE (J.-P.) « L'abus des droits fondamentaux et la lutte contre les ennemis de la démocratie – en droit international et en droit interne français », in Dir. J. ILIOPOULOSSTRANGAS, *Der Missbrauch von Grundrechten in der Demokratie*, Kartoniert, 1989, p.179.

<sup>163</sup> Article 11 DDHC.

Il s'agit d'un rapport de proportionnalité exprimé dans la norme entre la liberté reconnue et son exercice effectif »<sup>164</sup>.

## **2) La reconnaissance indirecte de l'interdiction de l'atteinte au droit fondamental**

**77. Plusieurs Constitutions européennes instaurent des moyens d'autodéfense et de sauvegarde de l'ordre démocratique.** C'est le cas de la Constitution italienne qui interdit la reconstruction du parti fasciste<sup>165</sup>. La France et l'Italie interdisent, par exemple, de porter atteinte à la forme républicaine du Gouvernement<sup>166</sup>. L'interdiction constitutionnelle de porter atteinte à la substance des droits fondamentaux constituerait ainsi une forme de prévention des abus tendant à dénaturer les premiers. Par ailleurs, la doctrine s'accorde à reconnaître la préservation indirecte de la démocratie et par conséquent, l'évitement d'éventuels abus, dans les régimes de dérogations en matière de droits et libertés fondamentaux reconnus par les Constitutions<sup>167</sup>. Ces exemples montrent que même sans mentionner l'expression <sup>168</sup>, la justice constitutionnelle est irriguée d'une logique d'interdiction de l'abus de droit fondamental. Néanmoins il faut admettre que ces analyses ne nous informent pas plus sur la spécificité des contours de la notion car il n'est pas rare que l'idée d'abus soit employée au sens général. Inversement à l'abus de droit relatif au droit constitutionnel institutionnel, sa prohibition dans le domaine des droits et libertés fondamentaux est affirmée soit de manière générale, soit d'une façon plus particulière ou implicitement. De plus, l'interdiction constitutionnelle de l'abus de droit ne touche pas l'ensemble des droits et libertés fondamentaux. Néanmoins, cette situation n'empêche pas la présence de la notion au sein des ordonnancements juridiques, vu que l'interdiction de l'abus de droit fondamental est souvent sanctionnée par la législation ou la justice constitutionnelle. Pour résumer, la sauvegarde de l'intérêt général et de l'ordre public, comme objectifs du

---

<sup>164</sup> PHILIPPE (X.), « Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française », Thèse, Aix en Provence, P.U.A.M., 1990, p. 84.

<sup>165</sup> Article XII des dispositions transitoires et finales.

<sup>166</sup> Article 89 de la Constitution française de 1958 et article 139 de la Constitution italienne de 1947.

<sup>167</sup> ECK (L.), *L'abus de droit en droit constitutionnel*, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 300-303.

<sup>168</sup> L'expression abus de droit.

législateur justifiant la restriction des libertés fondamentales ne peuvent justifier un abus de droit fondamental que dans des situations limitées et en cas d'urgence.

## **B – Une protection variable de la liberté de communication**

**78. Le contrôle *in abstracto* et *in concreto*.** Au vu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux droits et libertés fondamentaux, on constate que deux types de contrôles sont principalement effectués. Il s'agit du contrôle restreint et du contrôle approfondi. Si des droits ou libertés fondamentales sont en concurrence, le contrôle est restreint. S'il s'agit d'un droit ou d'une liberté et d'un intérêt général, le contrôle sera alors « approfondi »<sup>169</sup>. Par ailleurs, une importante protection conventionnelle peut faire varier l'équilibre et l'analyse des intérêts. Si l'on cherche un équilibre entre la sauvegarde de l'ordre public et le droit à la libre communication, un contrôle approfondi s'impose. Les garanties entourant l'atteinte aux droits et libertés seraient alors une possibilité laissée ouverte au législateur pour agir dans certains domaines plus sensibles. Le Conseil a notamment affirmé que la mise en cause des libertés n'est justifiée que si elle est réellement nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel poursuivi. Cette technique de contrôle approfondi de la part du Conseil constitutionnel pourrait donc être qualifiée à la fois de double contrôle *in abstracto* et *in concreto*. *In abstracto* car le contrôle s'intéresse de manière générale à la liberté que le législateur peut restreindre par rapport à l'objectif poursuivi. Et en même temps *in concreto* car le Conseil analyse si le moyen spécifique employé bénéficie de garanties juridiques protectrices suffisantes. Par exemple, concernant la libre communication et la loi relative au renseignement de 2015, il analyse conjointement et de façon approfondie l'objectif poursuivi par la loi, qui se trouve être l'intérêt général<sup>170</sup>, et il analyse les garanties juridiques apportées par celle-ci. Parmi les garanties juridiques qu'il estime suffisantes, le Conseil constitutionnel retient conforme à la Constitution le fait notamment que dans les dispositions de la loi plusieurs conditions cumulatives sont prévues avant la mise en œuvre des techniques de renseignement, en effet : une autorisation du Premier ministre est nécessaire après avis d'une autorité administrative indépendante. Dans

---

<sup>169</sup> Le terme « approfondi » est ici employé pour souligner l'analyse plus minutieuse et profonde effectuée par le Conseil constitutionnel.

<sup>170</sup> Notamment de la lutte contre le terrorisme d'origine salafiste.

cette logique de contrôle, le Conseil constitutionnel vérifie la proportionnalité des mesures (1) notamment concernant la spécificité et les plusieurs aspects de la liberté de communication (2).

## 1) La proportionnalité dans le contrôle approfondi

**79. Comme tout moyen d'interprétation juridique, la proportionnalité est compliquée à délimiter.** « Elle est une de ces fausses idées claires que véhicule le droit »<sup>171</sup>. Cependant des définitions ont été proposées par la doctrine en fonction de la matière concernée par le contrôle. On relève un consensus sur une réduction du concept à un contrôle en plusieurs temps. Si l'on part du point de vue que le contrôle de proportionnalité est effectué sur le rapport entre le but poursuivi par l'auteur d'une mesure juridique et les moyens employés pour ce faire, il est possible de distinguer trois éléments inhérents à ce type de contrôle. Dans cette logique le juge va rechercher le caractère adéquat ou approprié de la mesure pour ensuite remarquer sa nécessité et, enfin, il pourra contrôler la proportionnalité au sens strict<sup>172</sup>. Ainsi, techniquement, ce contrôle traduit une philosophie sous-jacente de justice dans l'utilisation du droit. Il est en effet possible que « l'origine de la proportionnalité soit consubstantielle à la recherche d'un juste départage »<sup>173</sup>.

**80. Le contrôle approfondi permet au juge d'accroître son pouvoir tout en maintenant sa fonction dans les modèles juridiques.** Le contrôle approfondi permet de repérer un abus effectué par le législateur. Il peut être utilisé pour repérer et censurer des pratiques contraires aux droits et libertés fondamentaux. Le droit doit admettre la notion de proportion. La proportion permet d'objectiver le droit. Cette action du juge permet d'écarter la destruction des droits et des libertés fondamentales. Néanmoins comment déterminer de manière fiable et à partir de quel moment ou dans quelle situation une disposition devient liberticide ou qu'une limitation étatique d'un droit a été trop loin ? C'est justement le rôle central du juge constitutionnel en la matière. Comme le précise Aurélie Cappello : « étudier

---

<sup>171</sup> DELPEREE (F.), « Le principe de proportionnalité en droit public. Éléments d'une analyse au départ de la jurisprudence du Conseil d'État », *Rapports belges au 10<sup>ème</sup> Congrès international de droit comparé à Budapest*, 1978, p. 303.

<sup>172</sup> ECK (L.), *L'abus de droit en droit constitutionnel*, Paris L'Harmattan, 2010, pp. 478-480.

<sup>173</sup> MUZNY (P.), « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *RDP*, 2006, p. 47.

la proportionnalité suppose de faire le rapport entre l'atteinte que porte l'incrimination à la liberté de communication et d'expression et l'objectif de lutte contre le terrorisme qu'elle poursuit. L'ampleur de l'atteinte doit être proportionnée à l'objectif poursuivi »<sup>174</sup>. C'est notamment sur ce point de la nécessité d'une atteinte qui doit être proportionnée à l'objectif poursuivi que le Conseil constitutionnel a censuré la loi instaurant le délit de consultation habituelle de sites terroristes.

## 2) La définition des dimensions de la liberté de communication

**81. Un principe à double face.** La protection constitutionnelle de la liberté de communication et d'expression revêt un aspect scientifique, dans la mesure où la différenciation de contrôle ne se constate pas entre les deux sphères de cette liberté, mais au sein même de ces sphères<sup>175</sup>. La distinction entre les aspects de la liberté de communication et d'expression repose sur un postulat simple, tenant à la position de ses bénéficiaires. Cette liberté consacre un principe à double face, puisqu'à la liberté des émetteurs répond le droit des destinataires d'en bénéficier<sup>176</sup>. Selon le premier aspect, le citoyen est émetteur d'informations (notamment à l'ère du numérique). Il constitue la dimension la plus évidente de cette liberté, puisqu'il résulte de l'article 11 de la Déclaration de 1789 que tout citoyen peut parler, écrire, imprimer librement. Les dispositions susceptibles de restreindre le libre choix d'expression relèvent de la dimension active de la liberté de communication et d'expression. Comme la dimension active, la dimension passive de la liberté de communication et d'expression fait l'objet d'une protection renforcée de la part du juge constitutionnel. Les limites apportées à cette liberté font l'objet d'un test de proportionnalité relatif à l'adéquation, à la nécessité et à la proportionnalité au sens strict de la mesure. Dans la décision *Hadopi 1*, relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, du 10 juin 2009, la mobilisation du test conduit le Conseil, sur la base des

---

<sup>174</sup> CAPPELLO (A.), « L'abrogation du délit de consultation habituelle de sites terroristes par le Conseil constitutionnel », Paris, *Constitutions*, 2017, p. 91.

<sup>175</sup> GERVIER (P.), *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, LGDJ, 2014, p. 334.

<sup>176</sup>

MORANGE (J.) *La liberté d'expression*, Bruxelles, Éd. Bruylant, 2009, p. 53.

articles 9 et 11 de la Déclaration de 1789, à censurer l'ensemble du dispositif répressif institué par le législateur<sup>177</sup>.

## § 2. Les évolutions du contrôle avec le maintien de la conciliation des droits

**82. La progression de l'exigence de conciliation des droits.** L'exigence de conciliation notamment en ce qu'elle conduit à limiter l'exercice des libertés publiques, a été particulièrement soutenue par le Président Pierre Mazeaud<sup>178</sup>: « dans le domaine des libertés publiques, l'intérêt général consiste à concilier avec réalisme les droits potentiellement en conflit, sans oublier que la défense trop intransigeante d'un droit peut compromettre la protection des autres »<sup>179</sup>. Le Président Mazeaud ajoute que « la tentation d'un certain fondamentalisme des droits a été évitée en faisant preuve de retenue dans l'intensité du contrôle, en recherchant toujours un ancrage textuel, en prenant appui sur les droits étrangers et, surtout, en faisant toute sa place à l'intérêt général dans le système de valeurs constitutionnelles. À l'occasion la jurisprudence des dernières années a fait prévaloir l'intérêt général sur une conception jusqu'au-boutiste des droits subjectifs »<sup>180</sup>. Dans une société démocratique telle la France, un « contre-pouvoir garant » des droits fondamentaux est nécessaire (A) tel celui opéré par le contrôle du Conseil constitutionnel dans le respect de la hiérarchie des normes (B).

---

<sup>177</sup> Cons. const., 94-345 DC du 29 juillet 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française*, Rec. p.106, Cons. const., n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, Rec. p. 71. Pour un commentaire voir : GERVIÈRE (P.), *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, Lextenso éditions, 2014, p. 514.

<sup>178</sup> Président du Conseil constitutionnel français de mars 2004 à mars 2007.

<sup>179</sup> P. Mazeaud, « 2, rue de Montpensier : un bilan », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, n° 25, 2008, p. 25.

<sup>180</sup> *Ibidem*.

## A – Le garant des droits fondamentaux numériques en France

**83. Le Conseil constitutionnel, juge des lois, est le garant des droits fondamentaux numériques en France**<sup>181</sup>. Le Conseil constitutionnel a consacré le principe de « clarté » et « d'intelligibilité » de la loi<sup>182</sup>, mais rend des décisions difficilement compréhensibles pour un citoyen n'ayant pas de connaissances juridiques. Devant à la fois trouver ses sources dans les normes constitutionnelles de référence et préserver la marge de manœuvre du Parlement, le juge constitutionnel se trouve en la matière dans une position délicate. La « proportionnalité » est un rapport adéquat entre les moyens employés par le législateur et le but qu'il vise. Il s'agit d'un moyen nécessaire qu'il fallait employer pour atteindre l'objectif final. C'est l'exigence d'une relation logique et cohérente entre deux ou plusieurs éléments. Cette définition de Xavier Philippe, met en valeur l'aspect relatif ou « dialectique » de la proportionnalité<sup>183</sup>.

**84. La cohérence entre une disposition législative et son objectif.** Tout d'abord, le moyen doit être nécessaire à l'objectif qu'il veut poursuivre. Ensuite, les conséquences néfastes de la mise en œuvre de ce moyen, telle l'atteinte aux droits fondamentaux doivent être nécessaires à l'importance de cet objectif, autrement dit, plus l'atteinte est dangereuse, plus l'objectif doit être nécessaire ou élevé. Les Cours constitutionnelles européennes tendent à réduire leurs contrôles de proportionnalité à la vérification de la « disproportion manifeste » ou, selon une notion française, à « l'erreur manifeste d'appréciation ». Le rôle du Conseil constitutionnel est alors essentiel, il doit s'assurer que les moyens prévus, projetés par le législateur sont équilibrés et proportionnés à l'importance de l'objectif poursuivi. Par conséquent le Conseil constitutionnel utilise cette technique pour repérer et sanctionner les abus de droit qui pourraient être présents dans une loi (1) ou pour remédier à des antinomies constitutionnelles à travers la conciliation (2).

---

<sup>181</sup> Colloque «Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques? », Institut de recherches Carré de Malberg, Strasbourg, 6 mai 2011.

<sup>182</sup> Cons. const., n° 2001-455 DC, 12 janv. 2002, cons. 9; n° 2001-451 DC, 27 nov. 2001, cons. 13 ; n° 98-401 DC, 10 juin 1998, cons. 10.

<sup>183</sup> Conférence : « La révision constitutionnelle : quel contenu ? quelle urgence ? quel avenir ? » mardi 1<sup>er</sup> mars 2016, Aix en Provence, avec Alain DELCAMP, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Xavier PHILIPPE, Thierry RENOUX et André ROUX.

## 1) La fonction identificatrice des abus de droit

**85. Le contrôle de proportionnalité n'est pas véritablement un moyen de sanction, il n'est qu'un moyen qui révèle une possible invalidation.** Le contrôle de proportionnalité est une technique pour repérer un abus de droit. La proportionnalité permet au juge constitutionnel d'augmenter son pouvoir d'invalidation tout en restant dans des canons juridiques établis. Pour autant, le contrôle de proportionnalité ne constitue qu'une technique de repérage des abus, et non un moyen d'invalidation pouvant s'y substituer<sup>184</sup>. Le juge de la loi effectue également un travail de conciliation des droits et des libertés notamment lorsqu'il se trouve en présence d'antinomies constitutionnelles.

**86. Certains des principes soumis à la conciliation sont créés par le juge et non repris par des textes à valeur constitutionnelle.** Ceci dans le but d'en inférer une « faiblesse » desdits principes et d'insister sur le pouvoir créateur du juge. Celui-ci étant créateur de normes, il est alors d'autant plus critiquable quand il ne crée pas ceux qu'il faut, avec l'interprétation qu'il faut. Il est évident que les textes constitutionnels consacrant les libertés ou les droits essentiels ne délimitent pas précisément quelle doit être l'application correcte de leur prescription de principe<sup>185</sup>. Dès lors, si l'on prétend étudier le droit tel qu'il est donné, principalement par ses interprètes juridictionnels, il est difficilement envisageable de pouvoir justifier des énoncés, à moins de le faire qu'en référence à une réalité en rapport avec l'objet étudié, tel l'intérêt général ou l'ordre public. Ce point est souvent présent dans les remarques sur le caractère flou des dispositions, textuelles énoncées dans les textes de référence en matière de droits fondamentaux en France. Ainsi Danièle Loschack a écrit, dans une perspective assez critique de la jurisprudence constitutionnelle, qu'il n'est pas possible de bâtir un raisonnement argumenté et juridiquement convaincant sur des fondements aussi mouvants que la Déclaration de 1789, le préambule de la Constitution de 1946, ou ces fameuses lois de la République<sup>186</sup>.

## 2) La résolution d'antinomies constitutionnelles : la conciliation

---

<sup>184</sup> ECK (L.), *L'abus de droit en droit constitutionnel*, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 654-656.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>186</sup> LOSCHAK (D.), « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n°13, 1980, p. 37.

**87. La conciliation des droits et des libertés.** La conciliation des droits et des libertés garantis est perçue sur le mode d'une représentation qui fait de chaque principe partie à la conciliation d'une norme juridique dont il est possible de définir le champ d'application de façon autonome. Ainsi la liberté d'expression de l'article 11 de la Déclaration de 1789 posséderait une définition juridique accessible par « connaissance directe », tirée du texte dans lequel elle est inscrite. Ce texte consacrerait juridiquement le droit pour chacun de communiquer ses idées et ses opinions, par les moyens prévus à cet effet. Tout lecteur de cet article du texte de 1789 saurait, en lisant les termes, qu'il est le titulaire d'un droit de communiquer ses idées et ses opinions par les voies indiquées. Cette appréhension de ce droit se fait alors *a priori*, sur le mode d'un principe sans limite, essentiel et connaissable. Le problème n'est pas dans l'énoncé de telles formules, il est dans la représentation que l'on peut être tenté de se faire de leurs implications ou de leurs présupposés. La mise en place d'un procédé d'adaptation des droits constitutionnels. Nicolas Molfessis développe une théorie très intéressante du processus de conciliation des droits fondamentaux constitutionnels par le juge constitutionnel. De façon générale, pour l'auteur, on constate dans la jurisprudence constitutionnelle une « faible protection des droits fondamentaux en conflit avec l'intérêt général »<sup>187</sup>. Ces droits fondamentaux en conflit avec l'intérêt général seraient ainsi atténués au détriment des dispositions des textes dont ils sont tirés. À travers la « résolution des antinomies » existantes entre dispositions constitutionnelles par le Conseil constitutionnel, s'est mis en place un procédé d'adaptation des droits constitutionnels qui a pour effet la limitation de la protection des droits fondamentaux. Pour l'auteur, si la résolution de l'antinomie, selon les termes employés par le Conseil constitutionnel dans la majorité des décisions, se solde par une conciliation, les décisions en question dans le même temps qu'elles opèrent une conciliation, procèdent toujours à une limitation d'un des deux principes en opposition. Cette limitation débouche alors sur « une érosion du principe qui concède ». Ainsi en est-il du droit de grève qui a vu sa protection limitée par le Conseil constitutionnel lors de sa conciliation avec le principe de valeur constitutionnelle de continuité des services publics<sup>188</sup>, la poursuite de l'intérêt général se

---

<sup>187</sup> MOLFESSIS (N.), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, 1997, p. 345.

<sup>188</sup> Cette décision sur le droit de grève est souvent citée par les critiques des conciliations opérées par le juge constitutionnel. Touchant au droit « sensible » qu'est le droit de grève et en permettant qu'il soit limité par un principe constitutionnel, le juge refuserait de lui reconnaître sa « réelle » signification et sa portée naturelle. Cf. LOSCHAK (D.), « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n°13, 1980, p.37.

traduisant pour l'occasion dans ce dernier principe crée volontairement par le juge constitutionnel.

## **B – Le respect de la hiérarchie des normes fondamentales en France**

**88. Hans Kelsen estime que c'est le système qui fait la norme juridique et non l'ensemble des normes juridiques qui fait le système de droit<sup>189</sup>.** Une norme est juridique parce qu'elle a été produite conformément aux dispositions d'autres normes relatives à sa création à l'intérieur d'un système juridique<sup>190</sup>. Si la validité s'apprécie par rapport à d'autres normes, la reconnaissance d'une norme juridique est quant à elle fondée par l'existence d'un système juridique. Ces deux éléments permettent la représentation du droit comme un système autonome et hiérarchique de production des normes juridiques cependant le Conseil constitutionnel a dû résoudre certains problèmes relatifs à l'indétermination du sens du texte constitutionnel (1), il y est arrivé en procédant avec l'interprétation (2).

### **1) Les problèmes de l'indétermination du sens du texte constitutionnel**

**89. L'indétermination du sens du texte constitutionnel.** Il faut maintenant aborder une autre difficulté tenant à la mise en place de principes de la théorie réaliste et à sa conception de la place du juge constitutionnel dans les institutions. Si cette théorie soutient que le pouvoir d'interprétation du juge fait de celui-ci le créateur de la normativité du texte ceci implique donc nécessairement que les dispositions de la Constitution relatives aux pouvoirs du juge sont également soumises à cette volonté productrice de normes<sup>191</sup>. Un reproche classiquement fait à la théorie réaliste est de renverser, voire d'abolir toute hiérarchie

---

<sup>189</sup> « La pyramide kelsénienne tient toujours debout, mais, par le contrôle de constitutionnalité les fondements et les objectifs de la solidité de la *Gründ Norm* sont secoués, et l'ampleur de ces secousses affecte la constitution elle-même en tant que norme fondamentale assurant l'unité de l'ordre constitutionnel ». In KPODAR (A.), « Quand l'interprétation constitutionnelle menace la lisibilité du bloc référentiel. Contribution doctrinale sur la fausse vraie idée du contrôle de constitutionnalité », *Constitutions*, 2015, pp. 5-7.

<sup>190</sup> KELSEN(H.), *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 252-254.

<sup>191</sup> LE COUSTOMER (J.-C.), *Liberté d'expression, souveraineté nationale et justice constitutionnelle*, thèse Université de Caen/Basse Normandie, 2002, 580 p.

objective des normes, et donc, en conséquence, de porter atteinte aux notions de système ou d'ordre juridique<sup>192</sup>.

**90. Le contrôle de proportionnalité a des fonctions qui relèvent de l'importance de la préservation de l'ordre public et de la continuité de l'État.** Le contrôle de proportionnalité n'a pas encore unanimement été connu dans tous les domaines qui relèvent du droit constitutionnel. Il constitue un moyen d'invalidation législative à l'efficacité (dangereusement) illimitée. De plus, le contrôle de proportionnalité bénéficie de toute son autonomie parmi d'autres moyens de contrôle. Son caractère hétéroclite empêche toute possibilité de limitation dans son action. Il prend toute son ampleur en se développant comme principe de l'ordre juridique constitutionnel. Dans la suite des développements précédents, une question pratique ressort avec force, quelles limites au contrôle de proportionnalité ? La réponse à cette question ne peut qu'être nuancée mais ferme. En effet, le contrôle de proportionnalité peut conduire à l'invalidation des lois, toutefois le propos doit être relativisé avec la pratique qu'on observe depuis la création du Conseil constitutionnel. Pratique qui vue du prisme démocratique, a toujours été satisfaisante, et assidûment dans le respect des droits et libertés fondamentaux, notamment grâce au rôle d'interprétation du juge constitutionnel.

## **2) La reconnaissance par le rôle d'interprétation du juge constitutionnel d'un droit d'accès à internet**

**91. Jean-Christophe Le Coustumer apporte une contribution originale à l'analyse du rôle d'interprétation du juge constitutionnel.** Pour lui, le juge constitutionnel, dans sa mission de contrôle de constitutionnalité, interprète les textes du bloc de constitutionnalité. Cette fonction d'interprétation peut être conçue de plusieurs façons, selon la conception du pouvoir que l'on accorde à ce juge. Tout le débat va donc porter sur la représentation que l'on peut proposer de ce passage étrange du texte, qui n'est de prime abord qu'un ensemble de signes sur du papier, à une interprétation de ce texte qui doit le concrétiser, lui donner une signification qui provoquera des effets dans le système juridique. Cette alchimie qui fait d'un

---

<sup>192</sup> Les deux notions d'ordre et de système peuvent, sous réserve de précision contraire expresse, être tenues pour synonymes. Cf. Ch. Leben « De quelques doctrines de l'ordre juridique », Paris, *Droits*, n°33, 2001.

texte une norme est conçue la plus classiquement comme une opération de connaissance, de découverte du sens de ce texte et de l'application de ce sens à la situation soumise au juge<sup>193</sup>. Comme le présente Riccardo Guastini, cette théorie cognitive est « la théorie d'interprétation traditionnelle du positivisme juridique classique »<sup>194</sup>. Jean-Christophe Le Coustumer ajoute : « à cette théorie classique et positiviste va venir s'opposer la théorie réaliste, qui voit dans la détermination de la signification juridique, non la mise en œuvre d'une activité de connaissance appliquée mécaniquement à la réalité, mais une opération complexe de création de la norme à partir du texte fondé sur la volonté de l'interprète. Avant la norme juridique créée par la volonté du juge, il n'existe pas de norme susceptible d'être connue. Cette théorie est défendue en France par deux auteurs, qui pour se réclamer du réalisme n'en présentent pas moins deux versions différentes de cette même idée. Mais insister sur l'acte de volonté créateur dans la production de la norme à partir du texte pose quelques problèmes et certaines interrogations, ces questions trouvent notamment des réponses dans les études de Michel Troper et Olivier Cayla ». Ces positionnements de Jean-Christophe Le Coustumer soulignent l'importance du rôle d'interprétation et parfois de création du juge constitutionnel à partir des textes constitutionnels de référence. Le juge constitutionnel donne vie aux textes par son interprétation, il les rend applicables par rapport aux situations liées à l'actualité de la société. Un des derniers exemples de cet importante fonction d'interprétation du Conseil constitutionnel a été constaté avec la décision du 10 juin 2009. Dans cette décision le Conseil a réussi, en partant de l'article 11 de la Déclaration de 1789, relatif à la libre communication des pensées et des opinions, à établir un droit fondamental constitutionnel de libre accès à internet. Par conséquent cette reconnaissance d'un droit d'accès à internet à tous les citoyens par le Conseil constitutionnel paraît, à ce stade, être la pierre angulaire de notre recherche.

---

<sup>193</sup> LE COUSTUMER (J.-C.), *Liberté d'expression, souveraineté nationale et justice constitutionnelle*, Thèse Université de Caen, Basse Normandie, 2002, pp. 433-436.

<sup>194</sup> GUASTINI (R.), « Le positivisme juridique », in *Essais de théorie du droit*, préface, Paris, LGDJ, juin 2000, pp. 23-27. On la trouve par exemple chez Montesquieu et les juristes de l'École de l'exégèse.