

MASSIMO LUCIANI*

Constitution et pratiques de la constitution : une relation multiforme
Version provisoire

Sommaire

- 1.– Sources du droit, constitutions et « pratique ».
- 2.– Les constitutions et leur tendance à l'« éternité ».
- 3.– Les constitutions et les événements qui les concernent.
- 4.– En particulier : application et mise en œuvre des constitutions.
- 5.– Mise en œuvre de la constitution par voie de juridiction ?
- 6.– Crise de la politique et suppléance de la juridiction.
- 7.– Des espaces « vides » de constitution ?
- 8.– La question spécifique de l'actualisation de la constitution.

*Professeur émérite à la Faculté de Droit de l'Université de Rome « La Sapienza »
» – Académicien des Lyncéens – Juge à la Cour constitutionnelle.

1.– Sources du droit, constitutions et « pratique ».

Chaque source du droit, par son existence même, entre dans la dimension de l'être et dans celle du devoir-être. Dans celle de l'« être » parce qu'elle constitue quand même un *événement*, c'est-à-dire un événement social qui se produit au sein d'une communauté spécifique d'êtres humains¹. Dans celle du « devoir-être » parce que les normes qu'elle produit constituent des *régulations* et non de simples *enregistrements* de comportements humains. Bien que la première dimension ait également une importance juridique², les juristes n'en sont souvent pas conscients et se concentrent principalement sur la seconde. On le fera aussi ici, mais uniquement pour simplicité d'exposition.

Puisque les constitutions sont elles aussi des sources du droit, le fait qu'elles opèrent dans la dimension du devoir-être comporte certaines conséquences logiques. Contrairement à ce qui se passe pour les normes des lois naturelles³, qui se réalisent infailliblement et par le simple fait que certaines conditions matérielles se produisent, dans le cas des normes juridiques – et donc aussi des normes constitutionnelles – leur réalisation implique, déjà à première vue, les phénomènes de l'*application* et de la *mise en œuvre*, la possibilité de leur *violation* restant toujours ouverte.

Ces trois phénomènes sont tous évoqués par le titre de notre Table Ronde. En vérité, son organisation concrète (je pense au fait que les deux ateliers sont consacrés aux « pratiques anticonstitutionnelles ») semble mettre en lumière, essentiellement, le phénomène de la (directe ou indirecte) violation, mais tous les trois phénomènes que je viens de mentionner doivent être pris en considération si l'on veut avoir une vue d'ensemble du rapport entre les constitutions et la pratique qui les concerne. À y regarder de plus près, les phénomènes qui concernent la relation entre constitutions et pratique sont encore plus nombreux. Et tous méritent d'être étudiés⁴.

2.– Les constitutions et leur tendance à l'« éternité ».

Les constitutions aspirent à une sorte d'*éternité*. Même les lois – à l'exception de celles qui se qualifient ouvertement et délibérément comme temporaires – sont conçues pour durer, mais seules les constitutions ont l'ambition d'édicter les règles formelles du jeu (dans la perspective kelsénienne « minimale ») ou les principes matériels (dans la perspective qui a eu le plus de succès dans les constitutions du

¹ La tentation se répand dans la culture occidentale de considérer comme des sujets de droit non seulement les êtres humains, mais aussi les biens naturels ou les animaux. Pour une considération critique de cette tendance, M. LUCIANI, *Il mondo vuoto. L'ordine sociale nel crepuscolo del soggetto*, Bari – Rome, Laterza, 2026, spéc. 63 ss.

² La relation entre fait et droit est beaucoup plus complexe qu'on ne le pense normalement. Voir, sur ce point, la récente discussion animée par les essais de G. D'AMICO *L'effetto giuridico e il problema della "causalità giuridica"*, in *Nuovo diritto civile*, n° 4/2025, 3 ss. ; T. GAZZOLO, *Esistono gli "effetti" giuridici ?*, *ibidem*, 17 ss. ; A. GENTILI, *Dagli "effetti giuridici" al diritto come discorso*, *ibidem*, 35 ss. ; M. LUCIANI, *Davanti all'effetto*, *ibidem*, 51 ss. ; M. ORLANDI, *Dogmatica dell'effetto*, *ibidem*, 68 ss.

³ Au moins pour celles qui sont étudiées par la physique traditionnelle, laquelle pour nous les juristes est plus familière.

⁴ Ci-dessous, je reprends en plusieurs points, même textuellement, ce que j'ai écrit dans mon *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n° 1/2013 (1^{er} mars 2013), que l'on peut lire en ligne.

XXe siècle) de l'ensemble de l'ordonnancement juridique. La relation qui s'instaure entre constitution et ordonnancement juridique est donc d'identification, dans le sens que la constitution confère à l'ordonnancement juridique son identité essentielle : cet *ordonnancement juridique spécifique* vit en tant que tel uniquement parce que et seulement jusqu'à ce que cette *constitution spécifique* reste en vigueur. Et ce n'est pas tout.

La constitution ne se contente pas de prétendre durer aussi longtemps que l'ordonnancement juridique de référence, mais elle veut bien plus : elle vise à façonner les destins d'une communauté politique pour la période la plus longue possible. Or, comme l'a bien compris James Bryce⁵, étant donné que les besoins de la société sont changeants, une constitution qui n'embrasserait qu'une perspective *statique* ne durerait pas (relativement) longtemps. C'est pourquoi la perspective typique des Constitutions est celle que l'on peut appeler *dynamique* : si elles veulent survivre, elles doivent relever le défi de l'histoire et du changement, en acceptant d'être en partie façonnées par cette même réalité sociale qu'elles ont eu l'intention de modeler⁶. Contrairement à ce que pensait Bryce, cependant, la capacité de tenir compte de la perspective dynamique n'est pas propre aux seules constitutions *flexibles*, mais est également propre aux constitutions *rigides* qui – comme nous le verrons – sont dotées d'importants mécanismes d'adaptation aux changements sociaux⁷.

L'adaptation, cependant, n'est pas un simple effondrement (sinon la force prescriptive des constitutions serait annulée), mais est un instrument de sauvegarde du *quid* que les constitutions entendent préserver, c'est-à-dire de l'essence de valeur qui sous-tend les normes dictées par le texte constitutionnel⁸. Quelle est cette essence, il n'est pas possible de définir *a priori*, mais la critique luhmanienne sur l'inconnaissabilité de l'essence de l'essence (« das Wesen des Wesens ist unbekannt » – « l'essence de l'essence est inconnue »)⁹ ne peut être partagée que jusqu'à un certain point, parce que (comme c'est normalement le cas dans le monde des principes) l'identification de l'essence n'est possible que dans le contexte d'une activité *pratique*, qui pour nous est celle qui est effectuée par l'opérateur du droit, qui, face à des cas *concrets* de conflit entre principes constitutionnels, doit établir, en utilisant tous les instruments traditionnels de l'interprétation littérale, systématique, historique et téléologique, quoi et combien, *statu nascenti*, on avait l'intention de livrer à l'« éternité ».

⁵ J. BRYCE, *Flexible and Rigid Constitutions*, in ID., *Studies in History and Jurisprudence*, vol. I, New York, Oxford Univ. Press, 1901, *passim*.

⁶ Analoguement, M. ESPOSITO, *Ipotesi sulla evoluzione convenzionale del diritto costituzionale italiano*, in AA. VV., *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, a cura di A. Pace, Milan, Giuffrè, 2006, 332 ; Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milan, Giuffrè, 2007, 78 sg.

⁷ J. BRYCE, *The Action of Centripetal and Centrifugal Forces on Political Constitutions*, in ID., *Studies*, cit., vol. I, 219: "a Rigid Constitution necessarily represents the past, not the present".

⁸ Cela ne veut pas dire que les « valeurs » sont directement présentes dans les constitutions. Pour une critique de cette hypothèse (qui est au contraire soutenue par le néo-constitutionnalisme), je me permets de renvoyer à M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milan, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, spéc. 98 ss.

⁹ Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1965, 59 s.

3.– Les constitutions et les événements qui les concernent.

Venons-en, cependant, aux événements qui peuvent intéresser une constitution dans sa rencontre/confrontation avec la pratique.

i) Le premier est celui du changement destructeur, c'est-à-dire celui du *renversement de l'ordre constitutionnel*. Cet événement se présente sous deux formes : le changement de la constitution accompagné par la désintégration des forces sociales ; le remplacement de la constitution en tant que document écrit, mais sans que l'ordre des forces sociales dominantes soit effectivement affecté. Il s'agit de deux formes de changement pratique destructeur qui avaient été analysées à l'époque par Carl Schmitt, qui les avait appelées – respectivement – *Verfassungsvernichtung* (c'est-à-dire *réduction à néant*) et *Verfassungsbeseitigung* (c'est-à-dire *suppression de la constitution*)¹⁰. Il est évident que lorsque cela se produit, la constitution a montré qu'elle ne pouvait pas résister au choc des temps et que sa capacité de s'adapter aux changements de conditions sociales (dans le premier cas) ou politiques (dans le second cas) a diminué.

ii) Le deuxième phénomène, comme nous allons le voir tout de suite, est disputable et c'est ce qu'une partie significative de la doctrine appelle *transformation constitutionnelle*, qui n'est autre que le *Verfassungswandlung* dont parlait la doctrine de langue allemande de la première moitié du siècle dernier. La catégorie de la « transformation constitutionnelle » a été élaborée en ayant surtout à l'esprit le phénomène (qui semble être au centre de nombreuses autres contributions à cette Table Ronde) de la difformité entre fait et droit et de la rupture du rapport entre effectivité et validité. Il s'agit (comme l'a fait remarquer Hsü Dau-Lin) de « l'incohérence entre les normes constitutionnelles d'un côté et la réalité constitutionnelle de l'autre »¹¹, une incohérence qui – on le croit généralement – doit être de quelque manière corrigée. Mais, à bien y regarder, ce raisonnement suppose qu'il existe une « réalité » qui est « autre » du texte constitutionnel et auquel ce texte devrait être comparé, éventuellement aussi pour en forcer le sens. Mais dans le raisonnement se cache une erreur de méthode fatale.

Cette erreur a été plus ou moins directement provoquée par l'idéalisme et l'historicisme. Déjà dans un passage de l'écrit (datant de 1801, mais) publié *post mortem* sous le titre *La Constitution de l'Allemagne*, Hegel proclamait que « une théorie de l'État [...] ne parle vraiment d'État et de constitution que si elle coïncide avec la réalité »¹², mais encore plus nettement, quelques décennies plus tard, Savigny affirmait que l'esprit doit prévaloir sur la lettre de la loi, si bien qu'en cas de conflit, l'interprétation de la lettre doit être corrigée (« le texte imprimé, dans sa relation avec la véritable expression, ne doit être considéré que comme la lettre de la lettre, donc il est également inférieur à celle-ci, et ne devra pas par conséquent échapper à cette même correction »)¹³.

¹⁰ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 5^{ème} éd., nouvelle impression de l'éd. 1928, Berlin, Duncker & Humblot, 1970, 99.

¹¹ HSÜ DAU-LIN, *Die Verfassungswandlung*, Berlin u. Leipzig, De Gruyter 1932, 17.

¹² G.W.F. HEGEL, *La Costituzione della Germania*, in *Scritti politici*, C. Cesa éd., 2^{ème} éd., Turin, Einaudi, 1974, 23.

¹³ F.C. V. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, Veit u. Camp, 1840, trad. it. par V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, Turin, UTET, 1886-1898, L. I, 249 s.

Toutefois, ces positions, qui suggèrent de dévaluer le texte en faveur de la « réalité des faits », doivent être rejetées. De cette réalité factuelle fait pleinement partie le texte constitutionnel lui-même, de sorte qu'il ne s'agit pas tant d'opposer la réalité au texte que de reconstruire complètement le rôle que joue le second dans la structuration du premier. La seule existence d'un texte constitutionnel, en effet, délimite les stratégies possibles des acteurs politiques et donne une précieuse réserve de légitimité à tous ceux qui veulent défendre la constitution tout en préservant sa force prescriptive. L'expérience italienne, de ce point de vue, est instructive : le fascisme lui-même, bien que triomphant dans ses années de plus grand consensus, n'a pas pu s'empêcher de prendre acte de la nécessité de quelques passages formels, au niveau juridique, pour pouvoir consolider sa propre organisation du pouvoir¹⁴. Et il l'a fait précisément parce que le Statut de 1848, quoique toujours forcé dans ses contenus, continuait à s'appliquer formellement et – donc – à conditionner les choix politiques de la dictature elle-même.

« Une », en effet, est la réalité que nous possédons et dont font aussi partie les textes normatifs, parmi lesquels d'abord et avant tout le texte constitutionnel (j'ai déjà observé dès le début que toute source du droit est un « fait », c'est-à-dire un « événement »). Il ne faut donc pas se demander si et dans quelle mesure (ou pourquoi et comment) la réalité s'écarte du texte, mais quelle est la position du texte dans l'ensemble de la réalité dont il est lui-même l'une des innombrables composantes. Par conséquent, il n'est pas possible d'envisager une comparaison constructive entre le texte et la « réalité », mais seulement entre les éléments (textuels et non textuels) de cette même réalité. Il s'ensuit alors que, si cela est vrai, entre éléments textuels et non textuels de la réalité se développent des relations bidirectionnelles, dans lesquelles ils jouent maintenant la partie du contexte qui conditionne, maintenant celle des phénomènes conditionnés. Il s'agit de relations qui doivent être reconstruites selon un schéma analytique sans doute beaucoup plus complexe que celui qui est dessiné par l'orientation critiquée. Ce n'est pas question de nier la différenciation logique de l'être et du devoir-être, mais de reconnaître que les deux dimensions font partie de la « réalité », dont elles déterminent – dans le devenir historique – les contenus.

Ce n'est qu'ainsi, me semble-t-il, que l'on comprend, par exemple, l'effet constructif du système politique qui est déterminé par la forme de gouvernement en tant que forme¹⁵ ; ce n'est qu'ainsi que l'on entend exactement le rapport entre texte et contexte dans l'interprétation juridique¹⁶ ; ce n'est qu'ainsi que l'on saisit l'importance persistante de la dogmatique (c'est-à-dire – ni plus, ni moins – d'une classification théorique correcte des instituts juridiques) ; ce n'est qu'ainsi que l'on encadre correctement les événements qu'affectent une constitution.

iii) *La révision constitutionnelle*. Il s'agit de l'hypothèse que nous pourrions dire

¹⁴ V., sur ce point, les considérations intéressantes de M.S. PIRETTI, *Intervento*, in AA. VV., *Parlamento e storia d'Italia*, V. Casamassima et A. Frangioni eds., Pise, Scuola Normale Superiore, 2012, 112, sur l'affaire de la loi Acerbo, c'est-à-dire de la loi électorale qui a avantage la majorité et a pénalisé de manière décisive les oppositions.

¹⁵ Ce ce que j'ai cherché de démontrer dans *Governo (forme di)* in *Enciclopedia del diritto – Annali*, Vol. III, Milan, Giuffrè, 2009, 538 ss.

¹⁶ Je fais ici aussi renvoi à un de mes écrits : *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, Vol. IX, Milan, Giuffrè, 2016, 391 ss.

de « changement pratique physiologique », qui consiste en la modification du texte de la constitution en vertu de la loi ordinaire (dans le cas des constitutions flexibles) ou d'une source approuvée par un procédé spécial (dans le cas, désormais courant, des constitutions rigides). Il est évident que la révision n'implique le renversement de l'ordre constitutionnel qu'à condition qu'il en conserve l'identité, c'est-à-dire qu'il en respecte les principes fondamentaux. C'est aussi pour cette exigence de cohérence logique (ainsi que pour des raisons plus profondes d'ordre axiologique) que les jurisprudences constitutionnelles et la doctrine, un peu partout, ont depuis longtemps reconnu l'existence de limites absolues à la révision constitutionnelle, communément identifiés dans l'intangibilité du noyau essentiel des droits « fondamentaux » (expression évidemment imprécise e que je n'utilise que pour simplicité), mais en réalité concernant un ensemble très divers de prescriptions, qui peuvent concerner aussi l'organisation des pouvoirs¹⁷.

iv) La *rupture*, la *dérogation* et la *suspension*. Il s'agit de trois notions qui sont souvent distinctes de la part de la doctrine, mais je pense qu'il est plus correct de reconstruire les deux dernières comme des simples formes de manifestation de la première. La rupture constitutionnelle, en effet, est le phénomène général du retrait conscient¹⁸ de la force normative de certaines dispositions de la constitution par les institutions de gouvernement prévues par l'ordonnancement juridique, perpétré dans le but de poursuivre une finalité politique considérée comme plus « haute ». La dérogation et la suspension en sont donc des manifestations particulières.

Il est à noter que la doctrine de la rupture de la constitution (*Verfassungsdurchbrechung*) élaborée par Schmitt en reprenant une idée de Jacobi¹⁹ et ensuite longuement discutée à l'époque weimarienne pour commenter l'art. 48, par. 2, RV²⁰, distingue la *verfassungsgachtende* et la *verfassungsmiachtende* *Verfassungsdurchbrechung*, selon que la rupture soit déterminée en observant ou

¹⁷ La jurisprudence constitutionnelle italienne admet depuis longtemps l'existence de principes constitutionnels intangibles, qui ne peuvent être modifiés ou altérés – dans leur essence – même par une loi de révision constitutionnelle (v., dernièrement, sent. n° 125 de 2025).

¹⁸ Je reprends ici, en l'appliquant à la rupture constitutionnelle, l'ancienne opinion de Jellinek concernant la distinction entre révision et transformation constitutionnelle, la première caractérisée par le fait d'être le fruit d'« actions volontaires et intentionnelles » et la seconde le fruit de faits qui ne sont pas nécessairement « accompagnés de l'intention ou de la conscience d'un tel changement » (italiques dans l'orig.): v. G. JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtliche-politische Abhandlung*, Berlin, Haring, 1906 (et après Goldbach, Keip, 1996), trad. it. partielle par M. Carducci, *Mutamento e riforma costituzionale*, Cavallino (LE), Pensa, 2004, 18.

¹⁹ E. JACOBI, *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach art. 48 der Reichsverfassung*, in *VVdStRL*, 1, (1924), 109, lequel distinguait trois types de mesures pouvant être prises par le Président du Reich en vertu de l'art. 48, paragraphe 2, de la Constitution de Weimar : la véritable révision constitutionnelle en tant que modification du texte de la Constitution (*Verfassungsänderung*) ; la rupture de la constitution en tant que modification constitutionnelle purement matérielle, à texte inchangé (*Verfassungsdurchbrechung*) ; la suspension de certaines dispositions constitutionnelles (*Außerkraftsetzung eines Verfassungsartikels*). Ces trois hypothèses, ensuite, se seraient positionnées différemment selon qu'elles auraient eu à faire avec la partie organisatrice de la Constitution ou avec la partie sur les droits fondamentaux, parties qui auraient été divisées par une véritable « *dogmatische Verschiedenheit* » (*ibid.*, 111).

²⁰ Une reconstruction synthétique, mai précise, de cette discussion on la trouve chez H. EHMKE, *Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung*, in *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, P. Häberle éd., Königstein/Ts., Athenäum, 1981, spéc. 145 ss.

en violant la procédure de révision constitutionnelle²¹.

Il faut toutefois ajouter que, à bien y regarder, la première de ces deux hypothèses ne peut se réaliser – essentiellement – que dans les ordres juridiques où les modifications constitutionnelles sont tenues d’affecter le texte de la constitution (c’est ce que prescrit l’article 79, paragraphe 1, de la loi fondamentale, selon lequel « *Das Grundgesetz kann nur durch ein Gesetz geändert werden, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert oder ergänzt* »)²² : si tel n’était pas le cas, la dérogation à la Constitution décidée à l’issue de la procédure de révision ne serait autre que l’approbation d’une loi constitutionnelle. Il en va de même pour la *Verfassungstextdurchbrechung*, qui est une hypothèse distincte (selon la construction théorique proposée par Ehmke) de la *Verfassungsdurchbrechung* : parce que la première se produirait lorsque l’on modifie la constitution sans modifier le document constitutionnel²³ et la seconde lorsqu’une loi « spéciale » (et toujours approuvée par la majorité nécessaire à la révision) s’écarte de la constitution²⁴, dans les systèmes qui connaissent le type de source « loi constitutionnelle » en tant que distinct du type de source « loi de révision », la première hypothèse finit par être absorbée – précisément – dans celle de la loi constitutionnelle²⁵ ;

v) La *mise en œuvre* et l’*application*. Cette fois-ci, il s’agit de phénomènes différents, qu’il est toutefois bon de considérer ensemble pour des raisons qui sont parallèles aux précédentes, c’est-à-dire parce que la doctrine, souvent, ne les distingue pas avec suffisamment d’attention, de façon telle qu’il convient de les examiner comparativement. Ils partagent, en vérité, l’élément commun que l’une et l’autre opèrent sur un plan manifestement différent de ceux de la révision et de la rupture : si celles-ci semblent agir traumatiquement sur la constitution, les premières ne semblent pas destinées à en toucher le contenu et la portée prescriptive. Mais il s’agit de concepts très problématiques et les choses ne peuvent pas toujours être reconstruites dans la perspective linéaire dont on vient d’évoquer. Il convient donc de les traiter séparément et plus en détail ci-après (au paragraphe suivant).

vi) Le *defaut de mise en œuvre* et la *non-application*. Il s’agit de phénomènes spéculaires à ceux qui viennent d’être mentionnés, qui (contrairement à ceux-ci) sont caractérisés par la réduction de la capacité prescriptive de la constitution. Ils

²¹ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 100.

²² « *La Loi fondamentale ne peut être modifiée que par une loi qui en modifie ou en complète expressément le texte* ».

²³ Il me semble que cette hypothèse coïncide avec celle de la *Verfassungswandlung*, où l’on entend en tant que « modification du contenu des règles constitutionnelles qui n’entraîne pas une modification de leur texte », ainsi qu’il est soutenu par E.W. BÖCKENFÖRDE, *Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel*, in *Festschrift Lerche*, München, Beck, 1993, trad. it. par M. Rampazzo Bazzan, *Note sul concetto di mutamento costituzionale*, in ID., *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milan, Giuffrè, 2006, 608.

²⁴ H. EHMKE, *Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung*, cit., 143, nt. 3.

²⁵ La *Verfassungsdurchbrechung* doit donc être considérée, dans un ordonnancement juridique comme le nôtre, comme étant en principe illégitime. Qu’il le serait toujours dans un ordre fondé sur le principe démocratique (en vertu de la considération que le principe démocratique implique « publicité », clarté et possibilité de connaître la dimension étatique surtout à son niveau constitutionnel) est soutenu par H. EHMKE, *Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung*, cit., 143, nt. 3.

mettent en cause le rapport entre validité et effectivité, rapport parfois mal compris dans la doctrine, quand on confond validité/effectivité de l'ordonnement juridique dans son ensemble et validité/effectivité de la norme constitutionnelle particulière. Alors que (quoique, en effet, l'effectivité de l'ordonnement juridique tout entier dépende de la somme de l'effectivité de ses normes particulières)²⁶ la validité de l'ordonnement juridique peut être considérée comme liée à son effectivité²⁷, il n'en est pas de même pour la validité des normes particulières, qui reste totalement dissociée de leur effectivité (même une règle qui n'a jamais été appliquée peut l'être un beau jour et, dans ce cas, personne ne pourrait invoquer la non-application antérieure pour contester sa validité)²⁸.

vii) La *violation*. C'est, tout compte fait, l'hypothèse la moins intéressante. Les alternatives sont, essentiellement, deux : la violation peut être réprimée (en appliquant tous les recours prévus par la constitution elle-même, à partir – lorsqu'elle est envisagée – de la déclaration d'inconstitutionnalité de l'acte inconstitutionnel) ou peut être tolérée (mais, dans ce cas, nous sommes confrontés à une constitution qui a perdu ou commence à perdre sa force de prescription).

4.– En particulier : application et mise en œuvre des constitutions.

Comme je l'ai mentionné, il n'est pas rare de trouver dans la doctrine l'idée que mise en œuvre et application de la constitution sont la même chose²⁹. Ce n'est pas le cas. Et même lorsqu'une distinction est proposée, les hypothèses où elle manque de la précision dogmatique nécessaire ne manquent pas.

Pour bien comprendre la notion de « mise en œuvre constitutionnelle », il faut considérer deux prémisses.

Tout d'abord, il existe un espace normatif que la constitution laisse libre et un autre qu'elle destine – précisément – à sa propre mise en œuvre. Dans l'espace qui reste libre (et que nous pourrions dire *verfassungsrechtsleerer*, vide de droit constitutionnel) s'active le jeu libre de la politique, ainsi que d'une mise en œuvre constitutionnelle on ne peut parler. Il s'agit d'un espace qui est de plus en plus réduit dans les systèmes juridiques régis par des constitutions (non kelséniennes) « longues » et disséminées de principes matériels, mais il existe quand même³⁰, comme le démontre aussi la jurisprudence de toutes les cours constitutionnelles du monde, qui déclarent inadmissibles ou irrecevables les questions de légitimité constitutionnelle impliquant une interférence avec le pouvoir discrétionnaire du législateur.

²⁶ Sur ce problème, M. LUCIANI, *Davanti all'effetto*, cit., 52 s.

²⁷ Ce qui me semble cohérent avec cette conception unitaire de la « réalité » (composée de textes normatifs et de faits ; de devoir-être et d'être) dont j'ai parlé plus haut.

²⁸ Au demeurant, c'était déjà Jellinek qui avait fait remarquer, à juste titre, que la désuétude ne peut entraîner l'abrogation des dispositions constitutionnelles qui ne sont plus l'objet d'application (G. JELLINEK, *Mutamento e riforma costituzionale*, cit., 48).

²⁹ Parfois, entre mise en œuvre et application on n'aperçoit aucune différence substantielle (cfr., par exemple, S. BARTOLE, *Giudici ed attuazione dei valori costituzionali*, in <http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/garanzie/bartole.html>, lequel, pas par hasard, parle aussi, avec une formule générique et juridiquement imprécise, de « mise en œuvre » de la Constitution ; pour le chevauchement substantiel entre mise en œuvre et application, v. d'ailleurs déjà, du même A., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Boulogne, Il Mulino, 2004, 165).

³⁰ V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padoue, Cedam, 1995, 147.

En second lieu, la référence à la mise en œuvre d'une constitution fait évidemment allusion à une activité fonctionnelle au plein exercice de sa capacité ordonnatrice : mettre en œuvre signifie rendre la constitution pleinement opérationnelle, en la faisant pénétrer profondément dans le tissu des relations économiques, sociales et politiques. Il s'agit donc de bien plus qu'une simple application. La différence entre mise en œuvre et application apparaît avec une clarté absolue – je crois – précisément dans l'expérience juridique italienne, où la question théorique et pratique de la différence entre normes impératives (« *precettive* », en italien) et normes programmatiques a été très discutée. Voyons-la.

La Constitution républicaine a marqué une rupture radicale par rapport à l'expérience constitutionnelle précédente du Statut de 1848, qui avait d'ailleurs été largement inappliquée au cours des vingt années fascistes. Cependant, sa nouveauté et son originalité empêchaient sa pleine réception par une culture juridique qui s'était formée dans une atmosphère politique bien différente et qui – donc – s'opposait au plein déploiement de sa capacité prescriptive. La distinction entre les normes impératives et les normes programmatiques fut une manifestation très claire de cette attitude.

La question s'est posée, dans la jurisprudence, surtout en référence au rapport entre l'art. 113, al. 1, du t.u.l.p.s. de 1931 (« *Sauf ce qui est prévu pour la presse périodique et pour la matière ecclésiastique, il est interdit, sans licence de l'autorité locale de sécurité publique, de distribuer ou de mettre en circulation, dans un lieu public ou ouvert au public, des écrits ou des dessins* ») et l'art. 21, al. 1, Const. (« *Chacun a le droit d'exprimer librement sa pensée par la parole, l'écrit et tout autre moyen de diffusion* »)³¹. On se demandait : le premier avait été abrogé – pour incompatibilité – à la suite de l'entrée en vigueur du second, ou bien l'abrogation ne s'était pas produite, en raison de la nature de l'art. 21 Const. – programmatique et non impérative – qui l'avait-il empêché ?

La première position a été soutenue, par exemple, par la Troisième Chambre de la Cour de cassation pénale, affirmant que « *il est évident qu'on a voulu avec l'art. 21 abolir tout contrôle antérieur à son expression, qui n'est soumis qu'au contrôle ultérieur de l'A. judiciaire, lorsqu'il existe un délit pénal (diffamation, calomnie, etc.). Conséquence indiscutable de cette prémisse est donc l'incompatibilité de l'art. 113 de la loi de P.S., qui établit ces contrôles préalables, avec l'art. 21 de la Constitution, selon l'opinion en doctrine établie par des spécialistes autorisés [...]. Les normes consacrant des droits de liberté sont, en principe, impératives et d'application immédiate, à condition qu'elles n'aient pas besoin d'être complétées par le législateur ordinaire (Sections Unies, 7 février 1948). Et la règle de l'article 21 répond à ces exigences pour sa formule complète, catégorique, substantiellement analogue à celle de l'article 111 qui suit, à propos duquel ce Collège suprême a déjà reconnu la nature impérative (Sections Unies, 25 juin 1949)* »³². En substance : selon cette orientation, aussi large que soit la portée du texte constitutionnel, il n'était pas nécessaire qu'il soit « intégré » par le

³¹ J'utilise, au texte, la traduction française de la Constitution italienne fournie au site du Sénat de la République.

³² Cass. pen., Sect. III, 24 janvier 1950, *Rossi e Fatti*, in *Sinossi giur.*, mars-mai 1950, fasc. 644.

législateur et c'est pourquoi la norme de loi qui disposait autrement devait être considérée comme implicitement abrogée pour incompatibilité.

La deuxième position a été acceptée par les Sections unies de la même Cour de cassation pénale, affirmant que « *L'article précité [c'est-à-dire l'art. 21 Const.], par sa formulation abstraite, n'a pas un caractère impératif de valeur actuelle, ne contenant que des principes directeurs et programmatiques qui doivent être concrétisés et complétés par d'autres lois ordinaires, lesquelles devront également fixer les limites de la liberté d'expression de la pensée, qui n'est pas établie de façon indiscriminée dans l'article lui-même [...]. Il convient d'ajouter que la formulation utilisée au paragraphe 2 ('la presse ne peut être soumise à des autorisations ou à des censures') est beaucoup plus adaptée à une norme directive et programmatique qu'à une norme impérative d'application immédiate, ce qui serait apparu dans le paragraphe en question si l'on avait utilisé la formulation différente 'la presse n'est pas soumise à autorisations ou censure' »³³. En substance : selon cette orientation, l'art. 21 contenait des préceptes non définis, de sorte qu'un contraste direct et précis avec la norme de loi ordinaire ne pouvait être déterminé et on ne pouvait parler d'abrogation.*

Les deux décisions, il faut le noter, postulaient l'existence de la catégorie des normes « programmatiques », mais alors que la première voyait la nature programmatique dans l'attribution du législateur comme destinataire exclusif de la norme constitutionnelle³⁴, la seconde la voyait dans le caractère particulier générique ou vague de celle-ci. Comme le montra Vezio Crisafulli, cependant, la distinction entre normes programmatiques et normes impératives devait être considérée comme très faible sur le plan dogmatique.

Comme l'a écrit Crisafulli dans son *Introduction* à la très célèbre collection d'essais sur *La Constitution et ses dispositions de principe*, publiée en 1952, « une Constitution, comme toute autre loi, est avant tout et toujours un acte normatif »³⁵. De cette façon, bien que Crisafulli ne l'ait pas explicitement rappelé, le problème de l'antinomie entre loi et Constitution était posé comme le Chief Justice Marshall l'avait déjà indiqué en 1803 : si la Constitution est la loi suprême (*paramount law*), c'est la Constitution, et non la loi, qui doit prévaloir. Ainsi que l'on peut le lire – et c'est bien connu – dans l'affaire *Marbury v. Madison*, « *Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it* ». Si, comme il est inévitable de le faire, on opte pour la première alternative, la conséquence en est que la loi contraire à la Constitution est invalide : « *If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is*

³³ Cass. pen., Sect. Un., 15 avril 1950, *Bonazzi*, in *Sinossi giur.*, à la page cit.

³⁴ Cette orientation (puis abandonnée par lui-même, comme nous le verrons tout à l'heure) était soutenue dans ce temps-là par Vezio Crisafulli : V. CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, originairement publié dans AA. VV., *Scritti in memoria di Luigi Cosattini* (1948), maintenant in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milan, Giuffrè, 1952, 30 ss.

³⁵ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 11.

*not law; if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable »*³⁶.

Compte tenu de cette logique, la conséquence est infaillible : la loi est invalide pour toute forme de conflit avec n'importe quelle norme de la Constitution, sans aucune exclusion. Cette orientation a été immédiatement partagée par notre Cour constitutionnelle dès la sentence n° 1 de 1956, c'est-à-dire depuis sa première décision. Dans cette très célèbre prononce, la Cour a pris position sur la notion de « norme programmatique », mais pour réussir à le faire, elle a distingué de manière appropriée entre mise en œuvre et application de la Constitution.

La Cour a très bien mis en évidence le doute que la « *distinction notoire entre normes impératives et normes programmatiques* » puisse avoir une quelconque utilité (outre celle de l'abrogation) sur le plan de l'annulation des normes de loi inconstitutionnelles. En effet, parmi les « *Les normes qui se disent programmatiques [...] il est fréquent de ranger des normes constitutionnelles de contenu différent : de celles qui se limitent à tracer des programmes génériques d'une future et incertaine mise en œuvre, parce qu'elles sont subordonnées à la survenance de situations qui le permettent, aux normes où le programme, si l'on veut l'appeler ainsi, a un caractère concret qui ne peut que lier immédiatement le législateur, se répercuter sur l'interprétation de la législation précédente et sur le maintien d'efficacité de certaines parties de celle-ci* ». Sans compter qu'il « *y a aussi des normes qui fixent des principes fondamentaux, qui se répercutent eux aussi sur l'ensemble de la législation* ».

De cette façon, il me semble, la différence conceptuelle entre la mise en œuvre et l'application de la Constitution (bien que fatalement élastique dans la pratique concrète de l'ordre juridique) était définie avec ponctualité : la première consistait à réaliser, selon les cadences et les priorités de la politique, la volonté de projet des constituants (en tant qu'objectivée dans le texte des normes constitutionnelles) ; la seconde en faisant valoir sa suprématie à l'égard des sources subordonnées. Le protagoniste de la première activité est le législateur, tandis que le protagoniste de la seconde est avant tout le juge constitutionnel lui-même.

Cette synthétique reconstruction théorique de l'ensemble de la problématique opérée par la Cour était, et me semble-t-il encore, convaincante. En effet, si par mise en œuvre d'une source normative nous entendons (comme on doit logiquement l'entendre) mettre en œuvre son contenu prescriptif, la simple application de cette source constitue une forme de sa mise en œuvre. La mise en œuvre au sens propre ne peut donc être distinguée de la simple application que si et quand c'est précisément le contenu prescriptif des dispositions à mettre en œuvre qui exige quelque chose de plus que la simple application au sens étroit. C'est ce qui se produit lorsqu'une constitution crée de nouveaux instituts juridiques, dont le fonctionnement nécessite l'intervention du législateur. Mais c'est aussi ce qui se passe lorsqu'une constitution trace des voies de développement social, indique des objectifs, dessine des scénarios futurs. Dans ces hypothèses, le poids du projet sous-jacent aux dispositions constitutionnelles empêche de se contenter de la simple application et exige que soit mise en œuvre la capacité – précisément – de projet de

³⁶ *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137.

la politique³⁷.

Dans le cas de notre Constitution, la politique évoquée par l'exigence de mise en œuvre n'est pas seulement celle des institutions de gouvernement. Comme je l'ai observé à plusieurs reprises³⁸, la Constitution définit trois sphères distinctes de l'action politique : la « politique nationale », que les citoyens associés aux partis ont le pouvoir de « déterminer » (art. 49) ; la « politique générale du gouvernement », à travers laquelle l'Exécutif peut exercer son orientation politique; sur un plan intermédiaire entre les deux se trouve la « politique parlementaire », qu'il faut entendre comme celle qui doit constituer la première formalisation des choix faits lors de la détermination de la politique nationale (retravaillés en choix législatifs et d'orientation partagés ou négociés ou au moins discutés) et le paradigme de l'orientation politique (« indirizzo politico ») gouvernementale.

Dans ce scénario constitutionnel, articulé et raffiné, il est clair que la place des partis (et des citoyens qui leur sont associés) n'est pas « à l'intérieur » des institutions, mais est « antérieure », de sorte que le projet politique évoqué par la Constitution opère – vraiment – à tous les niveaux. La mise en œuvre de la Constitution ne peut donc se distinguer de son application que si, comme je l'ai déjà mentionné, on ne la réduit pas à l'occupation des espaces de liberté laissés par les normes constitutionnelles, mais on la qualifie en tant qu'intention consciente de réaliser une volonté constitutionnelle projetée dynamiquement dans l'avenir.

Il restait encore, en revanche, un enchevêtrement plus complexe et problématique : quelle aurait été, dans ce scénario, la tâche du juge commun ? Aurait-il dû se limiter à soumettre à la Cour les doutes de légitimité constitutionnelle au sens de l'art. 23 de la loi n° 87 de 1953 ou aurait-il pu et dû également appliquer directement (aux rapports invoqués dans les jugements qui étaient lui confiés) les règles constitutionnelles ? Et y aurait-il eu une différence en raison du plus ou moins grand degré de précision prescriptive des normes constitutionnelles (étant entendu que le caractère impératif – enfin – aurait dû être reconnu à toutes ces normes) ? Ces questions sont encore ouvertes aujourd'hui, au moins dans une certaine mesure. Ici, on se limitera à les effleurer dans la perspective de la relation entre juridiction et mise en œuvre constitutionnelle.

5.– *Mise en œuvre de la constitution par voie de juridiction ?*

Il est évident que la tâche d'*appliquer* de la constitution doit être assumée aussi et surtout par la juridiction. C'est la suprématie même de la constitution qui l'impose, réclamant qu'à *toutes* ses dispositions normatives soit assuré de rejoindre l'efficacité. Et il est tout aussi évident qu'à front d'une éventuelle inertie législative le pouvoir judiciaire peut contribuer méritoirement à la défense et au progrès des principes constitutionnels. Mais est-il possible (je veux dire, raisonnable et

³⁷ Pour éviter tout malentendu : la capacité politique de projeter à laquelle il est fait référence dans le texte n'évoque pas la simple « disposition à *négoier* des ainsi dits acteurs constitutionnels » dont parle de manière critique M. ESPOSITO, *Ipotesi sulla evoluzione convenzionale*, cit., 333 : si tel était le cas, la prévisibilité des normes programmatiques disparaîtrait et la mise en œuvre constitutionnelle se réduirait à l'enregistrement des résultats de la libre (et non plus seulement discrétionnaire) confrontation politique.

³⁸ J'ai utilisé l'image des « trois sphères » à plusieurs reprises. V., en particulier, M. LUCIANI, *Governo*, cit., 555.

légitime) de confier à la juridiction la tâche de *mettre en œuvre* la constitution, en exerçant une véritable fonction de « suppléance » vis-à-vis de la politique³⁹ ?

La question ne peut être correctement résolue si l'on ne considère pas que la juridiction continue à poser des problèmes de classification théorique dans l'architecture des systèmes constitutionnels. Ce n'est pas par hasard si Locke, fondateur de la doctrine moderne de la division des pouvoirs, dessinait dans le Cap. XII du deuxième *Treatise*, un modèle dans lequel le judiciaire n'était pas mentionné, mais implicitement relevait du pouvoir exécutif, appelé à veiller « à l'exécution des lois ». Et encore moins par hasard, un siècle et demi plus tard, Hegel, dans les *Principes de la philosophie du droit*⁴⁰, au sein d'une conception qui niait la division des pouvoirs en tant que division (c'est-à-dire en tant que « *autonomie absolue* des pouvoirs, l'un face à l'autre »), capable de détruire l'unité de l'organisation étatique (§272), identifiait trois pouvoirs de l'État, conçus comme de simples fonctions, différents de ceux qui sont indiqués dans la heureuse configuration montesquieuienne : le législatif, l'exécutif et le souverain, confiant au second la « subsumption des sphères particulières et des cas individuels dans l'universel » (§273, mais aussi §283), et précisant que « la décision est distincte de l'exécution » (consistant dans l'« application des décisions du prince ») et que « cette tâche de la subsumption en général comprend en soi le *pouvoir gouvernemental*, dans lequel sont compris les pouvoirs *judiciaire* et le *pouvoir policier* » (§287).

Or, la juridiction, en tant qu'application de la loi, tend en effet à s'approcher fatalement de l'administration, qui n'a pas – elle-même – d'autre fonction que celle de l'application de la loi (pour des raisons qu'il n'est pas nécessaire d'approfondir ici, je crois qu'il est futile de tenter de faire une distinction entre application et exécution de la loi). Parallèlement, elle s'éloigne de la législation, tant il est vrai que la *juris-dictio*, déjà par le profil terminologique, ne se confond pas avec la *legislatio* (entre *dicere* et *ferre* existe une différence radicale).

Cependant, puisque pour être appliquée la loi exige d'être interprétée, puisque, de surcroît, l'interprétation juridique est principalement – comme le soutient Gadamer⁴¹ et beaucoup plus prudemment Betti – interprétation « pour » l'application⁴², et comme les marges d'appréciation de l'interprète sont très larges, l'idée que la loi puisse être appliquée par des juges automates, des simples *bouches de la loi*, a dû être abandonnée depuis longtemps. Mais cela suffit-il à superposer

³⁹ Qu'il y ait eu des phénomènes suppléance est un fait (v., pour tous, sur le point, S. BARTOLE, *Interpretazioni*, cit., spéc. 163 ss.). La question qui se pose dans le texte, cependant, concerne la cohérence de ces phénomènes avec la conception constitutionnelle des rapports entre les pouvoirs.

⁴⁰ Les passages cités dans le texte sont tirés de la traduction italienne de F. Messineo, Rome – Bari, Laterza, 1974. Il est à noter que cette position, probablement anti-libérale, n'est pas nécessairement antidémocratique. Il l'est seulement à condition que la politique à laquelle elle soumet la juridiction ne soit pas démocratique.

⁴¹ Pour lequel, en effet, « la connaissance d'un texte légal et son application au cas juridique concret ne sont pas deux actes séparés, mais un processus unique » (H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, Mohr, 1960, trad. it. par G. Vattimo, *Verità e metodo*, Milan, Bompiani, 8^{ème} éd., 1999, 361).

⁴² Même si ce n'est pas pour l'« application immédiate » (car, sinon, il n'y aurait pas de place pour une interprétation scientifique), « mais dans le sens d'une orientation des associés à la lumière de ces directives, dont la découverte constitue la plus noble tâche de la jurisprudence théorique et pratique » (E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, G. Crifò éd., Milan, 1990, II, 809).

juridiction et législation, suivant les suggestions qui viennent des tardifs suiveurs de la *Freirechtsschule* ou des partisans (d'une certaine lecture) des modèles de *common law*, des nostalgiques du *juris-prudence* antique ou médiéval et de certains néokelsenien ? Je ne crois pas.

Au-delà de toute considération d'ordre théorique général, il faut tenir compte, dans l'expérience constitutionnelle spécifique (mais exemplaire) italienne, d'une donnée juridique positive. Toute forme de gouvernement démocratique intègre un certain nombre d'éléments aristocratiques, mais cela ne signifie pas qu'il faille renoncer à la démocratie en tant que principe fondamental de légitimité. C'est pourquoi que ces formes de gouvernement suivent la stratégie double (mais souvent coordonnée) de délimiter le champ d'action de ces éléments, ou de les ramener tous, peut-être indirectement, au principe général de légitimation (démocratique). Parmi les éléments aristocratiques, il y a la juridiction, dont le traitement, chez nous, ne fait pas exception à la règle⁴³. C'est précisément pour tempérer l'inévitable coloration aristocratique de la juridiction que l'art. 101, al. 1, Const., veut qu'elle soit « *administrée au nom du peuple* », de ce peuple – c'est-à-dire – qui exerce sa souveraineté dans les formes établies par la même Constitution (art. 1), et donc aussi dans les formes représentatives (par le biais de la loi parlementaire).

Cela signifie qu'il existe une distinction fonctionnelle entre juridiction et législation, qui découle de la logique même des mécanismes juridiques et qui dans certains systèmes (comme en Italie) est imposée par la constitution elle-même. Il n'est pas demandé (ni permis) au juge de se faire interprète, outre que du droit positif, du sentiment ou des besoins objectifs de la nation ; on ne demande pas au juge de rendre une justice substantielle selon sa lecture personnelle des principes constitutionnels. On demande au juge, seulement, d'appliquer (non pas seulement la loi, mais aussi) la constitution.

6.– *Crise de la politique et suppléance de la juridiction.*

Or, il est évident que le modèle constitutionnel de la mise en œuvre, tout centré sur l'activation du circuit complexe et raffiné des trois sphères de la politique que j'ai mentionné précédemment, peut bien fonctionner dans la mesure où le mécanisme dont dépend cette activation est opérationnel. Il s'agit du raccord citoyens-partis, mais cet accord, au moins en Italie, entre en crise avec les années 1980, quand, d'un côté, la compétition politique pour la présidence du Conseil (désormais disputable par les partis laïcs) commence à devenir plus importante de la confrontation entre les partis sur le contenu de la politique nationale et, d'autre part, les élites partisans deviennent autoréférentielles, le professionnalisme politique (inévitabile, comme Weber l'avait déjà montré) perd sa fonction (aussi bien qu'égoïste-individuelle), altruiste-sociale et la personnalisation de la lutte pour le gouvernement de la chose publique (alimentée par les médias et par le déclin des cultures politiques) conduit les dirigeants politiques à prononcer beaucoup plus de

⁴³ La présence d'éléments aristocratiques dans les constitutions démocratiques (de fonctions et de pouvoirs – c'est-à-dire – appréciés en raison du principe de qualité et non de quantité) est plus répandue que ce que l'on croit communément (sur le point, je me permets de renvoyer à mon *Articolo 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, G. Branca et A. Pizzorusso éd, Boulogne – Rome, Zanichelli – Il Foro Italiano, 2005, Chap. I).

« moi » que de « nous »⁴⁴.

Encore. Si les années 1980 avaient marqué un point de crise du modèle constitutionnel de l'agir politique, la fin du siècle apporte avec elle une crise plus radicale et générale de la politique, à laquelle fait contrepoids le renforcement de la juridiction dans l'adoption des choix publics.

Ces phénomènes pourraient être minimisés en soutenant que la juridiction et la législation évoluent, en réalité, sur deux plans différents, qui sont celui de l'affaire individuelle et concrète (pour la première) et celui des affaires générales et abstraites (pour la seconde). En vérité, en dehors de toute considération sur la difficulté d'une « mise en œuvre constitutionnelle au cas par cas »⁴⁵, il n'en est pas toujours ainsi sur le plan des effets (comme le démontrent les *Maßnahmengesetze* ou *lois-mesures* et l'extension *erga omnes* des effets des décisions d'annulation de la Cour constitutionnelle), mais il n'en est pas toujours ainsi non plus sur le plan des prémisses, parce que la juridiction (notamment, mais pas seulement, constitutionnelle) reconnaît exactement les mêmes prémisses que celles sur lesquelles se fonde la législation, une fois qu'elle résout – en s'éloignant du texte – le cas concret qu'elle est appelée à juger en équilibrant les différents intérêts en jeu dans une perspective « politique ». Une fois que, en définitive, elle « interprète au sens normatif le principe fonctionnel qui vise la meilleure activité d'intégration possible de la part de la constitution » (avec la conséquence que « ce principe, qui dans son application peut rendre nécessaires des modifications constitutionnelles, est assumé dès le début comme point de référence pour une interprétation constitutionnelle, prise consciemment comme changeante »)⁴⁶.

Des attitudes similaires semblent exalter la normativité constitutionnelle, mais en réalité elles se traduisent par une modification radicale du modèle dessiné, quand-même en Italie, par la Constitution républicaine, fortement caractérisée par l'appréciation positive de l'action politique, destiné avant tout comme un instrument d'accomplissement du parcours de développement de la personnalité de tous et de chacun tracé par l'art. 3, alinéa 2 (*“Il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant dans les faits la liberté et l'égalité des citoyens, s'opposent au plein épanouissement de la personne humaine et à la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays”*). Et si un sociologue peut se borner à enregistrer et à expliquer le phénomène, un spécialiste du droit constitutionnel ne peut pas ne pas signaler l'écart qui se produit avec le devoir-être incorporé dans le *ius positum*. Même en fait, on peut douter de la tenue de l'orientation scientifique que l'on critique ici : la Cour constitutionnelle elle-même, quand elle a élargi les protections des droits (surtout sociaux) ou en a construit de (apparemment) « nouveaux », souvent n'a fait que donner une forme de précepte

⁴⁴ Il est bon qu'il n'y ait pas de malentendu. Ce qui est dit dans le texte ne signifie pas qu'avant les années 1980 le système politico-partisan italien était exempt de défauts et que les mécanismes constitutionnels de la décision publique fonctionnaient parfaitement : elles sont assez connues les critiques sur l'entérinement de la formule politique, les excès d'occupation partisane des institutions, la faiblesse de la société civile et le caractère limité de la sphère publique). Néanmoins, celui des années 1980 est un véritable tournant, car plus que de violations du modèle constitutionnel du circuit décisionnel public, on peut commencer à parler de l'émergence d'une tendance à son abandon.

⁴⁵ Admise, par exemple, par S. BARTOLE, *Interpretazioni*, cit., 414.

⁴⁶ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Note*, cit., 624.

constitutionnel à des initiatives déjà prises par le législateur⁴⁷, c'est-à-dire utiliser les espaces d'application ouverts par les interventions de mise en œuvre adoptées par celui-ci.

7.– Des espaces « vides » de constitution ?

Voyons maintenant un profil différent de la question de la mise en œuvre constitutionnelle. On estime souvent que la Constitution réclame toujours et de toute façon le maximum de sa mise en œuvre et qu'elle imprègne, avec des préceptes immédiatement applicables, chaque secteur de la vie associée. Ce n'est pas le cas.

À part le fait que – je le répète – il y a manifestement des espaces, en tout ou en partie « vides de constitution » ; à part le fait que toute constitution « ne peut que laisser 'libres', aussi étendues et incisives soient ses propositions, une série, historiquement variable, de rapports sociaux et de manifestations juridiques »⁴⁸, il faut dire (comme il m'a semblé devoir l'observer à d'autres occasions)⁴⁹ que la Constitution n'entend pas être totalisante, qu'elle n'impose pas de modèles abstraits, mais trace des lignes concrètes de tendance et offre – à la politique qui sait et veut s'en servir – les instruments pour assurer le progrès des individus et de toute la communauté nationale. L'art. 3, alinéa 2, dessine un grand *processus* d'émancipation personnelle et sociale, n'indique pas un *modèle* précis de société. Il considère comme digne de protection l'intérêt que *chacun* réalise son propre projet d'émancipation personnelle, mais la Constitution ne prétend pas le définir positivement, en se limitant – au contraire – à en contenir la réalisation dans les limites nécessaires pour ne pas empêcher les projets analogues de tous les autres. Cela confirme que la mise en œuvre (non pas l'application, il est bon de le répéter) constitutionnelle ne peut pas passer directement par l'action du juge et que la politique a encore son espace, qu'elle a encore la tâche d'identifier les temps et les moyens de l'accomplissement du parcours indiqué par la Constitution.

Ce n'est pas pour cela, cependant, que l'on peut partager la thèse (avancée à l'époque par Franco Modugno)⁵⁰ selon laquelle la loi serait constamment le déroulement (qui plus est le devoir) de la Constitution. Pour exclure cette conclusion, il suffit de considérer les espaces que la Constitution laisse fatalement libres et la nature ouverte du parcours de développement et de transformation sociale qu'elle a tracé. Postuler l'essentialité de l'intermédiation législative au sens de la mise en œuvre (au sens propre) constitutionnelle ne revient pas à fonctionnaliser la loi, toujours et en tout cas, à cette mise en œuvre.

8.- La question spécifique de l'actualisation de la constitution.

J'ai déjà fait remarquer (au paragraphe 2) qu'une Constitution incapable de

⁴⁷ Dans ce sens, à juste titre, récemment, S. SCAGLIARINI, *I diritti sociali : dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, spéc. 43 (que l'on peut lire en ligne : <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/05/trapaniscagliarini.pdf>).

⁴⁸ V. encore V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito*, cit., 147.

⁴⁹ Je renvoie à mon *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padoue, Cedam, 1983, spéc. 128 ss.

⁵⁰ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I, *Teoria della costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1970, 123 ss.

s'adapter à l'évolution des temps n'a guère d'espoir de survivre. Mais que se passe-t-il lorsqu'une constitution est « rigide » et que le processus d'adaptation ne peut pas passer par la législation ordinaire ? Il y a deux voies possibles : la révision constitutionnelle et ce que l'on appelle actualisation.

La première voie est très simple : si un précepte constitutionnel n'est plus adapté au temps, la politique s'active et une loi de révision constitutionnelle qui le modifie est adoptée. Il n'y a pas grand-chose à dire là-dessus. La question de l'actualisation est beaucoup plus complexe.

Il s'agit d'une hypothèse différente de celle où c'est une norme de loi ordinaire qui n'est plus adapté aux exigences du temps. Dans ce cas, au-delà (évidemment) de son abrogation, il est possible de déclarer la norme inconstitutionnelle parce qu'elle est affectée par ce que notre jurisprudence appelle « anachronisme législatif », c'est-à-dire une caractéristique qui rend la norme incompatible avec le principe de raisonnable (et donc avec le principe d'égalité, dont celui dérive). Comme on le lit, dernièrement, dans la sentence n° 91 de 2026, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle affirme constamment que « *le caractère raisonnable d'un traitement 'peut être remis en cause même selon un critère d'anachronisme'* (sent. n° 223 de 2015), *c'est-à-dire en évaluant l'obsolescence du choix passé à la lumière de la nouveauté (au sens d'actualité) du choix présent* ». La déclaration d'inconstitutionnalité est donc un remède très simple à l'inactualité de la norme de loi ordinaire.

Les choses sont différentes quand il s'agit des normes constitutionnelles originaires, qui (contrairement à celles qui sont introduites par les lois de révision, obligées à respecter les principes fondamentaux) ne peuvent pas être déclarées inconstitutionnelles : dans l'expérience juridique italienne, en effet, on rejette (à juste titre) la thèse, soutenue en Allemagne par Otto Bachof⁵¹ et suivie également par la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht*⁵², qu'il existeraient des règles constitutionnelles (originaires) inconstitutionnelles, qui pourraient par conséquent être déclarées illégitimes.

À l'exception de quelques cas isolés⁵³, la doctrine et la jurisprudence italiennes rejettent également une autre opinion qui a été suivie par la doctrine de langue allemande, selon laquelle il faudrait donner aux mots de la Constitution le sens qu'ils avaient au moment où elle a été approuvée (il s'agit de la théorie dite de la *Versteinerung*, de la « pétrification »). Ces mots, par conséquent, doivent prendre tour à tour le sens qui leur est propre au moment historique où ils sont lus. Ainsi, par exemple, il n'y a eu aucun doute dans l'adaptation de la notion de « paysage » (art. 9 Const.) à l'évolution des usages linguistiques. Cette orientation interprétative permet déjà – c'est clair – une adaptation significative de la Constitution aux temps actuels.

Différent, et beaucoup plus critiquable, c'est le cas où la mise en œuvre de la constitution finit par faire dire au texte ce que le texte n'aurait jamais pu dire. En

⁵¹ O. BACHOF, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen ?*, in *Recht u. Staat*, 1951, maintenant in *Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*, Königstein/Ts., 1979, 1 ss.

⁵² *BVerfGE*, 30, 17 ss.; 34, 19 ss.; 84, 118 ss.

⁵³ Je fais référence surtout aux écrits de Antonio D'Atena. V., par exemple, A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. cost.*, 2003, 15 ss.

une autre occasion⁵⁴, j'ai essayé de montrer que de telles attitudes dépendent du fait que sur la culture juridique d'origine judéo-gréco-romaine, qui est la nôtre, ont pesé gravement vingt siècles d'interprétation des Saintes Écritures. Vingt siècles au cours desquels ont continué à s'affronter les deux principales écoles hellénistiques de l'interprétation sacrée : celle d'Alexandrie (qui défendait l'interprétation allégorique des Écritures) et celle d'Antioche (qui défendait l'interprétation littérale)⁵⁵, quoique tempérées par l'importante position médiane de Saint Augustin (qui invitait à ne pas interpréter figurativement ce que *perspicuum sonat*, mais n'hésitait pas à lire en sens figuratif toutes les choses que *flagitiosa imperitis videntur*)⁵⁶. Bien : il me semble que les lectures des constitutions qui accentuent l'exigence de mise à jour en forçant le texte ne font que transférer sur la constitution la tendance allégorique qui avait marqué une certaine interprétation des Écritures⁵⁷.

Mais les Saintes Écritures sont une chose, et la loi en est une autre. La production de la loi initie une communication intersubjective totalement humaine, régie par le principe de la *confiance sémantique*⁵⁸ et gouvernée par un sens littéral qui « ne peut être contourné et éludé »⁵⁹. L'actualisation rencontre la limite du texte, qui ne peut être dépassée.

Mais s'agit-il vraiment et toujours d'une limite ? Pour comprendre que la bonne réponse est la négative, une comparaison semble éclairante. Il s'agit de deux décisions judiciaires qui ont en commun quatre caractéristiques : elles ont été rédigées par des juges considérés comme parmi les plus importants dans leurs pays respectifs ; elles ont porté sur le traitement constitutionnel des femmes ; elles ont largement anticipé les temps ; elles ont été renversées par la jurisprudence ultérieure (précisément en raison de leur caractère anticipateur).

La première est une décision très connue, rédigée par un juge américain, classé parmi les dix meilleurs de l'histoire des États Unis à la fois par Roscoe Pound⁶⁰ et – plus récemment – par Bernard Schwartz⁶¹. Il s'agit de l'arrêt par lequel Charles Doe, à l'époque Chief Justice of the New Hampshire Supreme Court, a reconnu, en 1890, le droit des femmes d'accéder à la pratique du barreau⁶². Dans une opinion très articulée, Doe a également ajouté un rappel à la réalité historique et sociale américaine, observant que la question de l'accès des femmes au barreau ne pouvait se poser que sous certaines conditions : « *In certain social conditions, the legal question would not be likely to arise. Its first appearance would be expected in this age, and in this country* »⁶³. Un argument historico-sociologique était ainsi utilisé.

Rien de tout cela ne s'est produit dans la deuxième décision, rédigée – alors qu'il

⁵⁴ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., 169 ss.

⁵⁵ Une reconstruction magistrale est celle de M. SIMONETTI, *Lettera e/o allegoria. Un contributo alla storia dell'esegesi patristica*, Rome, Institutum Patristicum "Augustinianum", 1985, *passim*.

⁵⁶ *De doctrina christiana*, III, XI, 17; III, XII, 18.

⁵⁷ Que l'interprétation actualisatrice soit substantiellement une interprétation allégorique, du reste, es noté par M. SIMONETTI, *Lettera e/o allegoria*, cit., 12 s.

⁵⁸ N. IRTI, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Boulogne, Il Mulino, 2020, 87 ss.

⁵⁹ N. IRTI, *Riconoscersi nella parola*, cit., 95.

⁶⁰ R. POUND, *The Formative Era of American Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1938, 4.

⁶¹ B. SCHWARTZ, *A Book of Legal Lists. The Best and the Worst in American Law*, New York – Oxford, Oxford University Press, 1998 (1^{ère} éd. 1997), 138.

⁶² *In re Ricker*, 66 N.H. 207, 29 Atl. 559 (1890).

⁶³ *Ibidem*, p. 253.

était président de la Cour d'Appel d'Ancona – par l'un des plus grands maîtres du droit de procédure civile italien : Lodovico Mortara. Dans cette décision de 1906, il reconnaît le droit de vote politique aux femmes. Il s'agissait d'une véritable révolution, puisque la décision intervenait au début du XXe siècle dans une Italie encore totalement insensible à la question féminine⁶⁴. Une révolution qui attira immédiatement l'intérêt de la presse, incrédule devant l'imprudence d'un juriste de cette renommée et de ce prestige. Bien : lorsqu'un journaliste du *Giornale d'Italia* l'interviewa et lui demanda ce qui ne lui était jamais venu à l'esprit, reconnaissant aux femmes (qui auraient dû rester à la maison pour cuisiner, nettoyer et s'occuper des enfants) rien que le droit de participer au gouvernement de la *polis*, il avoua que sur la question il était « personnellement contraire », mais « juridiquement favorable » (c'est le titre de l'interview). Puisque le Statut de 1848 parlait de « regnicoli » (citoyens du royaume), en établissant à l'art. 24 que « *Tous les citoyens du royaume, quel que soit leur titre ou grade, sont égaux devant la loi* », puisque le texte devait être respecté et que « regnicoli » devaient être considérés (comme on les considérait dans beaucoup d'autres cas) tant les hommes que les femmes, le vote de ces dernières ne pouvait pas ne pas être reconnu, aussi inadaptées soient-elles à la politique et aussi peu plaisante puisse être la chose pour l'auteur même du jugement.

Le respect du texte, comme on le voit, non seulement est-il obligatoire, mais n'entraîne en rien l'inévitable anachronisme d'une constitution

⁶⁴ Pour la reconstruction de l'affaire, v. AA.VV., *Donne e diritti. Dalla sentenza Mortara del 1906 alla prima avvocatura italiana*, N. Sbano éd., Boulogne, Il Mulino, 2004.