

XL Table Ronde Internationale de Justice Constitutionnelle

Aix-en-Provence, les 13 et 14 septembre 2024

« LES NOUVELLES FRONTIÈRES DU CONSTITUTIONALISME »

(Rapport : Espagne)

Marc Carrillo

(Version provisoire)

La quarantième édition de la Table Ronde Internationale de Justice Constitutionnelle créée par le Professeur Favoreu, constitue une bonne occasion de réfléchir sur le rôle du constitutionnalisme en général et de la Constitution en particulier dans le cadre de l'État démocratique dans la deuxième décennie du 21e siècle.

Le professeur M. Luciani nous a fourni un excellent rapport introductif, doté d'une érudition écrasante, sur le contexte général dans lequel s'inscrit la Constitution en tant que norme juridique qui régule la société politique.

Conformément au concept rationnel-normatif de la Constitution, établi dans le célèbre article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dans la partie substantielle du rapport, le professeur émérite de *La Sapienza* de Rome nous encourage à réfléchir sur une large liste des problèmes et défis les plus importants auxquels est confronté le constitutionnalisme au XXIe siècle : l'organisation des pouvoirs de l'État et les limites de ces pouvoirs à travers la reconnaissance des droits fondamentaux et de leurs garanties juridictionnelles.

Pour l'essentiel, nous suivrons le même schéma d'exposition.

I. – *Le contexte général.*

I.1. – Sur les phases du constitutionnalisme.

Par rapport à cette première partie du rapport, il convient de réfléchir aux observations contenues dans la première section sur ce que l'auteur définit comme les cinq phases du constitutionnalisme, à savoir : le proto - constitutionnalisme (Platon, Aristote...), qui identifie avec la pensée politique de l'Antiquité ; le pré-constitutionnalisme, qui est désormais plus proche de nous et que l'on peut associer à la construction de l'État moderne (Machiavel, Bodin...) ; le constitutionnalisme lui-même, situé aux origines de l'État libéral et de la pensée politique des Lumières et des révolutions libérales ; le quatrième, le soi-disant néo-constitutionnalisme (Dworkin , Alexy ...), à propos duquel l'auteur est particulièrement critique et, enfin, le cinquième est ou devrait être le constitutionnalisme reconstituteur, c'est-à-dire celui qui, sans préjudice des adaptations au contexte juridique actuel, doit

récupérer, selon son expression littérale, « *les catégories vénérables du constitutionnalisme classique si sérieusement compromises par la vague encore hégémonique du néo-constitutionnalisme* ». Des catégories que l'auteur identifie à mon avis à une conception positiviste du Droit. Dans l'essentiel, je partage cette approche.

Afin d'argumenter la place que doit occuper le droit constitutionnel dans le constitutionnalisme contemporain, je me permets de faire une série de réflexions sur le rapport introductif. Pour examiner et débattre d'une question aussi indéterminée que « les nouvelles frontières du constitutionnalisme », je propose de développer quelques idées sur des sujets essentiels pour savoir de quoi on parle. Afin de préciser la réflexion, je trouve intéressant d'aborder deux thèmes essentiels : 1) la notion de droit constitutionnel dans la société du XXI^e siècle et 2) l'interprétation constitutionnelle comme élément essentiel de la Théorie de la Constitution.

I.2. – *La notion de droit constitutionnel dans la société du XXI^e siècle.*

La conception du Droit constitutionnel repose sur l'idée d'une Constitution qui doit être comprise comme une norme qui régit l'organisation politique de l'État, qui ne cherche pas à opposer une Constitution politique avec la Constitution juridique positive, mais comprendre sa réglementation d'une manière historique, adéquate et positivement fondée au-delà de l'instrument constitutionnel écrit, mais pas indépendamment de ce dernier.

Il s'agit de soutenir la tension entre la Constitution et la politique d'un point de vue juridique. À partir de la Constitution normative, il convient également de se tourner vers le large cadre axiologique de valeurs et de principes incorporés par les constitutions approuvées en Europe après 1945 : liberté, égalité, dignité, justice, pluralisme politique, etc. Mais en tout cas, avec *une self-restraint* de la part des pouvoirs de l'État qui doivent appliquer la Constitution, notamment les juges.

Partant de ces hypothèses, le Droit constitutionnel de l'État démocratique présente les caractéristiques suivantes :

- La Constitution est l'élément fondamental mais elle n'est pas le seul de son objet d'étude. En outre de la Constitution, il est nécessaire que le constitutionnaliste prête attention au reste des règles du système juridique qui le complètent. La Constitution est une norme juridique car elle est dotée d'une force contraignante pour tous les sujets de la communauté politique. Mais c'est aussi un système normatif car à travers lui se configure le système des sources du Droit. De même, la Constitution délimite le champ d'application matériel de la loi, domaine dans lequel différentes solutions réglementaires sont possibles, en vertu du principe de pluralisme politique reconnu par la Constitution elle-même.

- Le concept moderne de Constitution est pleinement introduit dans le système juridique, abandonnant l'approche historique selon laquelle la norme fondamentale appartenait au monde politique et non au domaine du droit. La distinction typique de l'époque du constitutionnalisme de Weimar entre normes programmatiques et normes contraignantes n'est donc pas acceptable. Actuellement, toutes les réglementations engagent les pouvoirs publics, mais toutes ne le font pas avec la même intensité.

- La Constitution exerce une fonction dynamique sur la Communauté qu'elle gouverne, à travers l'établissement d'un ordre substantiel de valeurs éthico-juridiques, qui constitue le fondement de l'État démocratique. Mais, sans préjudice de sa valeur normative, sa reconnaissance requiert que leur contenu soit dûment précisée par le législateur et les tribunaux, à travers la fonction interprétative du système juridique qui leur correspond.

Conformément aux principes de constitutionnalité, de légalité et de sécurité juridique, comme l'a soutenu le professeur Rubio Llorente, l'interprétation fait partie de la théorie de la Constitution (RUBIO LLORENTE, 2012 : 1351)). Dans l'idée de Constitution et de Loi Constitutionnelle, l'interprétation de la norme suprême joue un rôle fondamental (GASCON 2014 ; GUASTINI 2011 ; SÁINZ MORENO 2011).

- D'autre part, la notion de contrôle des tous des pouvoirs publics a été insérée comme partie intégrante du constitutionnalisme démocratique. Et tout cela de manière large et diversifiée, de telle sorte qu'elle n'est pas seulement liée au domaine des relations politiques entre le Parlement et le

Gouvernement, mais qu'elle englobe aussi et surtout le domaine juridique. En ce sens, le contrôle constitutionnel renforce la force normative de la Constitution. La notion de contrôle est intégrée au concept de la Constitution.

- . Enfin, la Constitution normative a signifié la juridification des éléments politiques déterminants de l'État démocratique : le recours aux principes de souveraineté, de pluralisme politique et aux diverses formes de participation politique (à travers les élections et, exceptionnellement, le référendum) n'a de sens que dans la mesure où son contenu est déterminé par la Constitution et développé par la loi.

I.3. – L'interprétation constitutionnelle comme élément essentiel de la théorie de la Constitution.

L'interprétation juridique est un ensemble de processus logiques et pratiques par lesquels un sens est attribué à une norme juridique. Son application répond, essentiellement, aux principes suivants :

- . Le processus d'interprétation ne peut être compris comme l'application mécanique d'un syllogisme de subsumption logique. L'attribution d'un sens à une disposition légale n'est pas un processus subjectif mais, comme l'a déterminé la Cour constitutionnelle fédérale allemande, elle doit plutôt être l'expression de la volonté objective contenue dans la loi ; le processus d'interprétation est soumis à des limites juridiques, politiques et sociales ; les méthodes d'interprétation ne peuvent être comprises de manière compartimentée. Sans préjudice de leur viabilité individuelle, il est courant qu'ils soient appliqués en combinaison.

- . Un deuxième principe d'interprétation constitutionnelle exige que la Cour intègre des éléments de réalité dans le processus herméneutique. C'est ce que HESSE appelle le processus de concrétisation de la Constitution. Or, la juridiction constitutionnelle, comme le Parlement, continue d'être un pouvoir constitué limité par la norme suprême ; il n'est donc pas autorisé à fonctionner comme un pouvoir constituant constitué ; Il ne lui est pas permis de réécrire l'œuvre du constituant

en faisant appel arbitrairement aux valeurs et principes assumés par la société (HESSE 1983:4).

- . La fonction de l'interprète n'est autre que de rechercher la solution la plus juste et la plus adaptée au sens interne de la loi, à travers une résolution qui, adoptée selon des critères flexibles, n'est pas synonyme de décision arbitraire.

Il semble évident que l'interprète de la Constitution ne peut pas modifier la configuration du système juridique et, par conséquent, il lui est également interdit de modifier le système réglementaire.

Les valeurs et principes constitutionnels jouent un rôle dans l'ouverture du système juridique au fondement axiologique du système de coexistence esquissé par le constitutionnalisme apparu après la Seconde Guerre mondiale. Si, suite à l'application de ces valeurs, le juge considère qu'une règle viole la Constitution, son désaccord juridique ne pourra jamais être une décision dont le résultat est la conséquence de son instinct. Autrement dit, une simple opinion subjective. Le paramètre du raisonnement juridique du juge ne peut excéder le contenu matériel de la norme.

Or, l'appel au contenu axiologique de la norme signifie-t-il que le juge est un créateur de Droit ? La réponse ne peut en aucun cas être catégorique. Parce qu'en fait, la subsomption même de la norme dans une hypothèse factuelle peut parfois impliquer un choix et donc la production d'effets créateurs. Mais le pouvoir de choisir est nécessairement soumis à des limites. L'interprétation juridictionnelle du juge constitutionnel peut être conforme (LUCIANI 2016) mais elle ne peut pas dévaloriser, elle ne peut pas pervertir le sens de la Constitution. Il est évident que le juge ne peut supplanter le Législateur ni remplacer ses omissions. L'inaction du législateur ne peut être remplacée par le juge.

Néanmoins, dans le constitutionnalisme latino-américain la tendance est profondément ancrée selon laquelle le juge, à travers l'interprétation de la Constitution, dispose d'une grande capacité décisionnelle pour compenser l'absence d'activité législative, notamment en matière de protection des droits fondamentaux. Il s'agit d'une dynamique qui modifie le cadre constitutionnel de la répartition des pouvoirs. L'explication est la suivante :

face aux déficiences du système politique et aux omissions du législateur, le juge apparaît obligé non seulement de faire respecter la loi mais aussi de la compléter. Le juge devient un nouvel acteur politique, surtout en ce que concerne la protection des droits sociaux.

Ce n'est pas un problème exclusif du constitutionnalisme latino-américain. Au niveau européen également. Comme l'expose le rapport introductif dans sa critique du soi-disant néo-constitutionnalisme, la distinction entre normes (qui sont contraignantes) et principes (qui doivent être respectés), ainsi que la recherche d'une justice matérielle, suppose une clause de l'ouverture à l'activisme judiciaire et l'absence de sécurité juridique.

Le moment herméneutique ne peut faire oublier les critères de légitimité qui caractérisent le système normatif. Certes, les juges ne peuvent ignorer les objectifs sociaux collectifs reflétés dans la Constitution, mais ils doivent adhérer à ceux qui sont approuvés par des organes jouissant d'une légitimité démocratique. Il s'agit sans aucun doute d'un sujet controversé. Ce n'est pas une question pacifique. La tension entre législateur démocratique et juridiction constitutionnelle constitue le principal défi du droit constitutionnel contemporain (FERRERES COMELLA 2007). Et c'est ici que l'interprétation juridique en général et l'interprétation constitutionnelle en particulier présentent une pertinence particulière pour les défis auxquels le constitutionnalisme du XXI^e siècle doit faire face.

-. La conception du droit constitutionnel et le rôle joué par l'interprétation constitutionnelle ne se réduisent pas au domaine de l'État. Elle doit nécessairement prendre en compte le contexte supranational, surtout la clause d'ouverture au Droit International des Droits de l'Homme (SÁIZ ARNÁIZ, 1999). Dans l'Union européenne, elle se développe dans un cadre procédural de garantie des droits défini par la pluralité des juridictions. Il s'agit de la justice dite à plusieurs niveaux (TORRES PÉREZ 2009), dans laquelle a disparu l'ancienne conception de la souveraineté en tant qu'élément déterminant de l'État. C'est un concept obsolète. La protection des droits en est un exemple irréfutable.

Pour illustrer cette réalité juridique, dans l'exégèse des travaux du professeur RUBIO LLORENTE sur la forme de la Constitution, on peut vérifier que la garantie des droits répond à un système procédural pluriel, organisé à deux niveaux : étatique et conventionnel. Dans ce contexte, tant en Europe avec la Cour Européenne des Droits de l'Homme (et plus particulièrement dans l'Union Européenne, avec la Cour de justice de Luxembourg) qu'en Amérique latine, avec la Cour interaméricaine des droits de l'homme, l'interprétation est confrontée au défi du partage critères herméneutiques concurrents avec les cours nationales. À titre d'exemple, on peut citer : la marge d'appréciation nationale comme critère d'interprétation de la Cour européenne des Droits de l'Homme ; l'importance de la procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne (CARRILLO 2017 : 213-234) ; la pertinence constitutionnelle de la justice préventive pour une protection diligente des droits fondamentaux ; le rapport entre les procédures constitutionnelles nationales et la convergence juridictionnelle dans la protection des droits ou, enfin, l'impact décisif qu'a eu l'incorporation, après la réforme de 2008, de la procédure des questions constitutionnelles prioritaires (QPC) en tant qu'instrument que a institutionnalisé la force normative de la Constitution française, en plus de devenir un mécanisme de protection des citoyens contre les lois inconstitutionnelles auprès les tribunaux français et le Conseil constitutionnel.

- . L'interprétation de la norme constitutionnelle offre une spécificité qui repose sur la nature de la Constitution en tant que norme juridique. D'un point de vue structurel, la Constitution présente des différences notables par rapport à la loi du Parlement. Ainsi, par exemple, il n'est pas courant de trouver dans une Constitution une norme qui répond à la structure typique d'une situation factuelle dont découle une conséquence juridique. En outre, la Constitution se caractérise par un plus grand degré de généralité et d'abstraction, tandis que la loi présente un plus grand degré de concret. Le législateur de la Constitution exprime une volonté dans un processus constituant, dans un moment fondateur qui n'est soumis à aucune limite. Cependant, la capacité décisionnelle du législateur ordinaire existe, tant dans les moyens que dans les fins (RUBIO LLORENTE, 2012, p. 1363), et tous

découlent de la Constitution. Ainsi, par exemple, dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole, la Cour a empêché les *Cortes Generales* (Parlement) d'approuver des lois permettant l'établissement de normes interprétatives de la Constitution (STC 76/1983). Autrement, le législateur ordinaire assumerait des fonctions du pouvoir constituant qui, bien entendu, ne lui correspondent pas.

Cette différence entre la norme fondatrice et les normes issues de la Constitution a des conséquences sur les formes d'interprétation utilisées. Selon HESSE (1983 : 4), suivi en ce sens par JIMÉNEZ CAMPO (2011 : 66-67), l'interprétation de la Constitution doit se fonder, parmi d'autres, sur deux principes essentiels :

a) le principe d'unité : la Constitution fait partie d'un ordre normatif intégré, ce qui signifie que tout problème d'interprétation doit partir de l'examen de la Constitution dans son ensemble (STC 101/1983) ;

b) le principe de concordance pratique, qui exige que tous les droits et intérêts protégés par la Constitution soient garantis dans la décision sur chaque cas, afin d'éviter une pondération hâtive entre les uns et les autres qui remettrait en question l'unité des principes fondamentaux (STC 119/1987 et STC 137/1986) ;

Dans l'interprétation de la Constitution, l'utilisation de certaines méthodes herméneutiques spécifiques est généralement pertinente : la littéralité de la norme basée sur la volonté originelle exprimée par le pouvoir constituant, le contexte historique mais aussi le contexte systématique et le but de la norme. À certaines occasions, la Cour constitutionnelle espagnole les a utilisées expressément et successivement (par exemple, dans l'arrêt STC 26/1987, afin d'identifier la portée et la valeur de la garantie de l'autonomie universitaire) [JIMÉNEZ CAMPO 2011 : 67]. Mais dans l'interprétation de la Constitution dans son application par le législateur ou par la juridiction constitutionnelle et ordinaire, ces méthodes sont insuffisantes.

I.5. – *Du crépuscule des idéologies : le populisme ou la renaissance d'une vieille idéologie qui n'a jamais disparu.*

Dans le cadre de ce que le rapport introductif considère comme faisant partie du contexte des nouvelles frontières du constitutionnalisme, il se réfère au soi-disant crépuscule des idéologies pour nier ce fait. Ainsi, outre le féminisme et le néolibéralisme, il évoque des idéologies mineures liées à la défense de l'environnement, du genre, des animaux, traditionalistes, raciales, défenseurs de la vie opposés à l'avortement, etc. Ce sont des idéologies qui, bien que caractérisées par la défense d'intérêts particuliers, aspirent à une reconnaissance générale. Selon le rapport, cela constitue un défi pour le constitutionnalisme qui doit s'adapter aux nouveaux fondamentalismes idéologiques. Certes, c'est un bon diagnostic.

Il est cependant surprenant que le rapport ne fasse pas également référence à la réapparition ces dernières années d'une idéologie (plutôt, une stratégie politique) qui, en réalité, n'a jamais disparu : il s'agit, bien sûr, du *populisme* dans la vie politique. Et, logiquement, à son impact négatif sur les institutions de l'État de droit. À titre d'exemple, il convient de citer le comportement politique de Trump aux États-Unis, tant pendant la période présidentielle (2016-2020) qu'actuellement en tant que candidat aux élections de novembre prochain ; la campagne qui a mené au Brexit au Royaume-Uni (2016) ; ou la montée des partis populistes en Hongrie, Pologne, Italie, Espagne, France, Allemagne, Argentine, etc.

Les attitudes politiques du comportement politique du populisme sont bien connues. Elles ont été bien résumées par Y. MOUNK : les solutions politiques aux problèmes les plus urgents et les plus graves sont bien plus simples que celles proposées par les hommes politiques professionnels (les membres de ce qu'on appelle « *la caste* ») ; compte tenu de la complexité des problèmes, le peuple, les masses, ont un instinct naturel quant à ce qu'il convient de faire et, pour ce faire, ils ont besoin d'un leader qui sache interpréter le sens de la volonté populaire ; le recours à un ennemi extérieur est toujours une stratégie utile sur le plan politique, dans le but de regrouper les peuples sans nuances ni divergences en faveur d'une cause (par exemple, la menace d'émigration, l'État qui opprime les identités culturelles, la technocratie de l'Union européenne, etc.) ; de même, pour résoudre les

grandes controverses et les problèmes politiques qui suscitent des polémiques dans la société, il est nécessaire d'abolir les blocages institutionnels établis par la Constitution, qui empêchent l'expression de la volonté du peuple : une conséquence très dangereuse de cette stratégie est d'affirmer que le principe de légitimité démocratique prévaut toujours sur la Constitution et la loi (un bon exemple en ce sens ont été les attitudes des leaders sécessionnistes en Catalogne).

Par conséquent, dans l'imaginaire populiste, les systèmes de contrepoids des démocraties libérales ne peuvent pas servir d'intermédiaire entre la volonté du peuple. Comprise en ces termes, la démocratie présente une dimension hiérarchique qui doit permettre au leader politique d'interpréter et d'exécuter la volonté du peuple, indépendamment des limitations institutionnelles ou des droits des minorités (MOUNK, 2018 : 10-26). Voilà, un nouveau « *décisionisme* » politique inspiré dans C. Schmitt est apparu sur la scène politique.

Les appels au peuple conduisent à une idée organique du même, indépendamment des différences sociales et, par conséquent, des conflits sociaux. La logique issue de cette approche politique se réduit au binôme politique : « eux » et « nous ». En outre, la simplification de la vie politique conduit le populisme à soutenir une théorie de la démocratie basée sur l'exacerbation de la démocratie directe, polarisée et immédiate (ROSANVALLON 2020 : 39-48) comme moyen privilégié d'aborder les problèmes politiques.

Les conséquences juridiques de cette renaissance du populisme au niveau institutionnel dans les démocraties ont été importantes : la détérioration de la procédure législative, la modification de la forme de gouvernement et du système électoral pour institutionnaliser la prééminence du leader politique, l'assouplissement du contrôle parlementaire du Gouvernement, l'usage et l'abus des ordonnances de nécessité et du décret-loi, la neutralisation de l'exercice effectif des droits des étrangers, notamment le droit d'asile, la violation du principe d'indépendance judiciaire, l'instrumentalisation politique du Judiciaire et, même, de juridiction constitutionnelle, la limitation des garanties juridictionnelles du citoyen devant les tribunaux. Bref, la détérioration des fondements de l'État de droit.

II. – ***L'organisation du pouvoir : les formes de gouvernement.***

II.1. – *Tendances « décisionnistes » dans la forme de gouvernement.*

Ces dernières années, les relations entre le Parlement et le gouvernement ont connu une tendance très marquée vers la marginalisation du pouvoir législatif dans certains États de l'UE organisés sous la forme de gouvernement parlementaire. Tant dans sa fonction de régulation que dans sa fonction de contrôle. Par exemple, en ce qui concerne les dispositions réglementaires, les mesures adoptées pour faire face à la pandémie de COVID-19 ont favorisé la position institutionnelle de l'Exécutif. Le recours et l'abus des décrets-loi ou des ordonnances de nécessité ont été la réponse habituelle des États après la crise sanitaire. C'était sûrement une conséquence inévitable : des circonstances exceptionnelles exigeaient des réponses rapides à la crise sanitaire. Mais ce comportement institutionnel s'est maintenu après la crise sanitaire.

En outre, la pandémie a souligné la réglementation insuffisante du soi-disant droit d'exception dans les différentes constitutions (par exemple, celle de la France ou de l'Italie), à l'exception de l'Espagne. Mais même dans ce pays, la régulation constitutionnelle n'a pas été un obstacle pour que la décision du Gouvernement à travers le décret-loi soit devenue une réponse habituelle post-pandémie comme une voie habituelle de l'Exécutif parlementaire minoritaire.

Un autre exemple dans le même sens est l'utilisation perverse du droit d'amendement dans la procédure parlementaire, lorsque son contenu manque d'un minimum de relation causale avec l'objet de la loi modifiée.

Plus encore, une autre modalité de la dérive « décisionniste » du Gouvernement est l'usage habituel en France de l'arme dite « nucléaire » de l'article 49.3 de la Constitution (CF) de 1958. Comme il est bien connu, dans le cadre de la réglementation de la responsabilité politique du Gouvernement, l'article 49.3 CF établit un instrument efficace pour préserver la stabilité du Gouvernement dans les situations politiques de difficulté parlementaire pour le développement de certains projets liés aux aspects essentiels de politique

générale. Ce précepte établit que le Premier ministre (en accord, logiquement, avec le Président de la République) et après délibération en Conseil des ministres peut engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un projet de loi de Finances ou de financement de sécurité sociale. Dans ce cas, le projet sera considéré comme approuvé, à moins qu'une motion de censure, présentée dans les vingt-quatre heures qui suivent, ne soit votée à la majorité des membres de l'Assemblée (majorité absolue). C'est donc à la chambre basse qu'il incombe de prouver que le gouvernement a perdu sa confiance. D'un autre côté, la majorité parlementaire qui soutient le gouvernement ne peut pas oublier que son avenir politique est lié à celui du gouvernement en cas de succès de la motion (AVRIL, 2015 : 4).

Une fois que le Premier ministre décide de l'activer, trois hypothèses d'évolution institutionnelle sont présentées (FAVOREU et al., 2022 : 875), qui sont ensuite présentées, résumant avec quelques nuances celles évoquées dans un sens similaire par l'ancien professeur aixois. La première est celle qui se produit à la suite de la pression évidente exercée par l'initiative du gouvernement d'activer l'article 49.3 CF dont dispose le gouvernement et, cependant, les groupes de l'Assemblée nationale ne déposent aucune motion de censure : dans ce cas-là, le projet est adopté sans débat ni vote parlementaire. La seconde est lorsque la motion de censure est présentée dans les vingt-quatre heures qui suivent l'annonce du Gouvernement d'activer l'instrument constitutionnel susmentionné, après un délai de quarante-huit heures de réflexion : la motion est débattue et votée mais n'atteint finalement pas la majorité absolue requise à l'Assemblée nationale. Le texte du projet de loi peut être adopté sans autre débat ni vote. Toutefois, une fois la motion de censure rejetée, rien n'empêche le Gouvernement de décider, le cas échéant, de soumettre le projet au vote et de l'approuver formellement par le Parlement.

Ce n'est pas une nouveauté que l'article 49.3 soit un instrument supplémentaire qui, depuis 1958, a fait du gouvernement de la Ve République le pouvoir prédominant de l'État. Depuis lors, afin de faciliter l'efficacité et l'unité interne du travail de l'Exécutif, le Parlement est clairement subordonné. C'est l'héritage gaulliste. Même en cas de gouvernements de

cohabitation. Mais le contexte a changé : dans une forme de gouvernement semi-présidentiel comme celui français, le résultat des dernières élections législatives de juin-juillet 2024 a répondu à une logique politique différente. En fait, on peut dire qu'il répond davantage à un régime parlementaire classique, où la négociation politique est nécessaire pour former un gouvernement bénéficiant d'un soutien parlementaire suffisant. C'est un défi pour les institutions de la Ve République, notamment pour le Président. Car le nouveau contexte politique a changé la nature du régime constitutionnel : le Premier ministre ne pourra être plus un simple subordonné du chef de l'Etat. D'autre part, l'Assemblée nationale a cessé d'être un acteur politique secondaire.

En sens inverse, on peut évoquer le projet de réforme constitutionnelle en Italie proposé par le gouvernement Meloni. L'élection au suffrage universel du Président du Conseil des ministres, la modification du système électoral avec la création d'une prime du 55 % pour la liste liée au Président du Conseil et la redéfinition à la baisse des pouvoirs du Président de la République constituent un changement dans la forme de gouvernement en Italie (DELLAMORTE 2023 : 21-23). Il s'agit également de la construction d'un système constitutionnel basé sur un *leadership charismatique* (LUCIANI 9 : 2024), dont l'objectif répond à la logique d'efficacité politique d'un gouvernement fort face à l'instabilité parlementaire du passé. Autrement dit, face un modèle de forme de gouvernement parlementaire tel que celui conçu par la Constitution de 1948, un schéma institutionnel présidentiel est introduit. Le populisme constitutionnel a également été introduit dans la vie politique italienne.

II. 2. – *Le pouvoir judiciaire : le principe de l'indépendance judiciaire*

Le pouvoir judiciaire. Le rapport introductif accorde une attention particulière au pouvoir judiciaire et au principe de l'indépendance judiciaire ainsi qu'à la juridiction constitutionnelle, en tant que juge suprême de la validité de la loi. C'est une option appropriée, surtout, en raison des problèmes soulevés dans le cadre de l'Union européenne, en raison des

décisions législatives controversées adoptées en Pologne et en Hongrie sur l'organisation de leur pouvoir judiciaire respectif.

Ce sont deux cas dans lesquels le principe constitutionnel d'indépendance a été remis en question. Mais bien entendu, ils ne sont pas les seuls. Le respect de l'indépendance judiciaire a également été soulevé dans d'autres États membres de l'Union européenne (Italie, France et Espagne) à cause du déficit de politisation détecté dans le contrôle attribué aux Conseils de la Magistrature. Surtout compte tenu des plaintes soulevées dans certains pays (par exemple récemment en Espagne) concernant l'instrumentalisation politique des juges : ce qu'on appelle *la lawfare*.

De quoi parle-t-on lorsqu'on invoque le principe de l'indépendance judiciaire ? Il faut rappeler que l'indépendance signifie la soumission exclusive du juge à la loi approuvée par le Parlement. L'indépendance est l'épine dorsale du statut constitutionnel du juge. C'est un principe qui identifie la fonction juridictionnelle.

Dans les systèmes régis par le système *du Civil law*, l'indépendance judiciaire signifie l'absence de hiérarchie. C'est la garantie constitutionnelle attribuée au juge par laquelle il a la liberté d'interpréter le système juridique conformément à la Constitution et à la loi, sans restrictions venant d'autres pouvoirs publics (même les autres juges et tribunaux) ou organismes privés. La liberté disparaît et devient arbitraire si la fonction du juge est conditionnée par le pouvoir exécutif ou législatif.

Or, la liberté d'interprétation ne signifie pas que le juge puisse agir selon sa libre volonté. Son pouvoir de décision est libre mais dans le cadre du système juridique prévu par la Constitution. Par conséquent, il ne peut ignorer la jurisprudence des juridictions supérieures. En cas de désaccord, le juge doit motiver son désaccord en termes strictement juridiques. Bien entendu, ce désaccord exclut toute motivation idéologique du juge. La garantie de l'indépendance judiciaire exige également que les convictions morales et idéologiques du juge restent en dehors de la fonction juridictionnelle.

À cet égard, il faut souligner que dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, le juge manque de liberté d'expression. Dans la fonction

juridictionnelle, son action se limite à garantir le droit à la protection judiciaire, que signifie le droit de la personne à accéder à la justice, conformément à une procédure préalablement établie par la loi et, enfin, le droit à une décision judiciaire rendue conformément à droit.

Ainsi, dans le domaine de l'activité juridictionnelle, le juge représente l'État et la seule chose qu'on peut attendre de lui est l'extériorisation des arguments juridiques sur lesquels se fonde sa décision. Le juge interprète la loi conformément aux règles de droit qui fondent son indépendance. Au contraire, il ne peut pas porter de jugement de valeur ni exprimer des pensées ou une idéologie. Bien entendu, cela ne signifie pas qu'en tant que citoyen, le juge soit un être isolé du contexte social. Ce n'est pas un prêtre légal enfermé dans sa tour d'ivoire.

Le juge a donc une idéologie, il est dépositaire d'une formation culturelle et juridique, ainsi que de convictions politiques et sociales. Or, l'idéologie que possède tout juge ne peut pas être un obstacle ni servir de médiateur dans l'exercice de la fonction juridictionnelle. Le seul paramètre auquel il est soumis sont les principes de constitutionnalité et de légalité. Des principes qui lui obligent à résoudre les conflits juridiques conformément aux règles de droit. C'est la garantie de son indépendance et responsabilité. Et donc le crédit institutionnel de l'État en dépend.

Dans son activité privée de citoyen, le juge retrouve la liberté d'expression, mais avec la retenue nécessaire sur les questions dans lesquelles son impartialité peut être compromise.

Le principe de l'indépendance judiciaire s'applique aussi bien à tous les pouvoirs publics de l'État qu'aux particuliers. Les garanties constitutionnelles sont généralement les suivantes : 1) la réserve de loi pour régler le statut juridique des juges (droits et devoirs, règles d'incompatibilité, d'inamovibilité, etc.) ; et il est habituel que le statut soit réservé à une loi qualifiée ; 2) dans certains États de l'UE (France, Italie, Espagne, Portugal), la Constitution institue un organe directeur (le Conseil de la Magistrature) distinct du Parlement et du Gouvernement, qui doit décider de la formation juridique et des modalités de recrutement des juges, nomination pour accéder aux différents postes juridictionnels, au régime de sanctions, etc. ; et 3) en sa

qualité d'indépendant, le juge doit en même temps être responsable ; la responsabilité légale du juge peut être exigée dans la triple sphère civile, administrative et pénale.

La composition du Conseil de la magistrature a fait l'objet de controverses, notamment en raison de la nécessité d'empêcher que ses décisions soient adoptées sur la base de critères d'opportunité politique et en dehors de règles objectives sur le statut des juges. Par exemple, en Espagne, cet organisme a agi bien plus selon une logique « *parlementaire* » ; c'est-à-dire en suivant la logique des majorités et minorités politiques existantes à la Chambre des députés. Certes, la responsabilité de ce déficit institutionnel est partagée par les partis politiques. En outre, ces dernières années, le Conseil a été clairement utilisé et médiatisé par les partis conservateurs de droite, empêchant son renouvellement pendant cinq ans. Finalement, en juin 2024, il a été renouvelé avec l'accord des deux partis majoritaires au niveau de l'État (Parti socialiste et Parti populaire) et la médiation inhabituelle du commissaire européen à la Justice.

La question la plus controversée concernant des conseils des magistratures est de savoir si, dans sa composition, la majorité de ses membres doivent correspondre à ceux choisis par les juges eux-mêmes ou, alternativement, s'il doit y avoir un équilibre entre eux et ceux choisis par les représentants du Parlement. C'est un sujet qui a occupé le débat doctrinal en Espagne et aussi en Italie.

Le critère traditionnel considère que le gouvernement des juges concerne les juges eux-mêmes, pour éviter toute ingérence dans la gestion des questions liées à leur statut professionnel. Tandis que ceux qui défendent une composition plus équilibrée entre juges et représentants du Parlement, soutiennent que la garantie de l'indépendance du pouvoir judiciaire n'est pas une question qui doit être monopolisée par les juges, mais qui concerne avant tout également toute la société. Il s'agit d'éviter la tentation corporatiste. Il est donc logique que le Parlement, en tant que représentant de la souveraineté populaire, soit celui qui, outre les juges eux-mêmes, a également des représentants dans son organe de gouvernement.

Les cas de violation du principe d'indépendance en Pologne et en Hongrie mettent en évidence la nécessité que la rigidité de la Constitution, et non la loi du Parlement, soit la norme qui doit établir la réglementation des éléments fondamentaux du statut judiciaire et les garanties d'indépendance : le but ne peut être autre que d'empêcher, quand cela lui convient, une simple majorité parlementaire d'avoir les facilités de changer les règles du jeu institutionnel.

La condition de juge indépendant implique, à son tour, l'impartialité dans l'exercice de la fonction juridictionnelle : d'un point de vue objectif, le juge doit être un tiers à égale distance des parties ; d'un point de vue subjectif, le juge doit faire preuve d'une apparence de neutralité qui l'oblige à maintenir une dissociation totale avec les intérêts particuliers des parties (JIMÉNEZ ASENSIO 2022 : 57 et suiv., et. BACHMAIER WINTER 2008 : 19-42).

II. 3. – *Le principe de l'indépendance judiciaire dans l'Union européenne.*

Nous l'avons déjà évoqué précédemment : ces dernières années, la Hongrie (2010), la Pologne (2015) et certains autres États membres de l'UE ont été des protagonistes négatifs en raison de l'approbation de dispositions contraires à l'indépendance judiciaire. Cela a été le cas, au point que l'UE avait engagé la procédure visant à appliquer l'article 7 du TUE (Traité sur l'Union européenne) à la Pologne, pour violation grave des principes de l'article 2 du TUE qui concerne le respect du principe d'indépendance judiciaire, qui fait part essentielle de l'État de droit.

Cependant, après les récentes élections législatives qui ont permis au libéral Donald Tusk de devenir le Premier ministre polonais, la présidente de la Commission, Mme. Ursula von der Layen, a informé le nouveau chef du gouvernement de la décision de la Commission de retirer le dossier de sanctions. Le cas polonais comme le cas hongrois sont des exemples évidents de l'instrumentalisation du pouvoir judiciaire par le pouvoir politique.

Le principe de l'indépendance judiciaire intéresse l'Union européenne, même si elle ne dispose pas d'un pouvoir judiciaire propre et que, par conséquent, l'organisation du pouvoir judiciaire relève de la responsabilité des États membres. Il s'agit d'un principe qui a été inscrit dans l'acquis communautaire grâce au travail prétorien des juges européens eux-mêmes. Mais, sans doute, le principe de l'indépendance judiciaire est lié au discours constitutionnel européen (BUSTOS 2022 : 347). En ce sens, parmi les aspects fondamentaux qui font partie de son contenu et qui permettent de vérifier son respect, il convient de souligner : le régime disciplinaire, la qualité des décisions judiciaires, l'organisation de la carrière judiciaire, la présidence des tribunaux, le système d'attribution des affaires, le transfert des juges, la gestion des tribunaux, le trafic d'influences et le corporatisme (BUSTOS 2022 : 336).

Le juge national est également un juge de l'Union européenne. Du double statut de juge national et de juge européen, l'indépendance judiciaire est une condition essentielle pour mise en œuvre la procédure de la question préjudicielle. Ceci est mis en évidence par l'arrêt important de la Cour de justice de l'UE (CJUE) du 27 février 2018 (*Cas Union Association des juges portugais*) qui a établi la jurisprudence sur les garanties d'indépendance judiciaire que les États de l'UE doivent se conformer à l'égard de ses propres juges.

Ce principe est *une condition sine qua non* pour l'exercice du droit à la protection judiciaire reconnu à l'article 19.1 du TUE. De cette manière, ledit article du Traité de Lisbonne apparaît comme un double paramètre de contrôle des normes européennes et nationales, à condition que son invocation accrédite une relation directe avec le droit de l'UE. La conséquence est importante : la jurisprudence de la Cour de Luxembourg pénètre dans un domaine jusqu'ici réservé uniquement à l'autonomie institutionnelle des États membres (législation procédurale et régulation du système judiciaire).

Il s'agit d'un exemple important de l'évolution du droit constitutionnel au niveau de l'UE, qui affecte le fonctionnement de l'un des pouvoirs de l'État. Ainsi, les différents arrêts de la Cour de Luxembourg se référant à la Pologne, à la Hongrie, à la Roumanie ou celui déjà évoqué à propos du Portugal, ont examiné les dispositions nationales qui concernent le statut des juges

(nomination et révocation, salaire, retraite ou fonction judiciaire). L'organisation du pouvoir judiciaire [STJUE Land de Hesse, 9 juillet 2020] ; STJUE, Repubblica (Malte), 20 avril 2021], etc.).

Tous ces arrêts soulignent l'importance d'invoquer le principe d'indépendance judiciaire lié à l'article 19.2 du TUE : vraiment, il s'agit d'une interprétation audacieuse de la Cour de Luxembourg. En ce sens, ce n'est pas un hasard si, dans certains de ces cas, la Pologne et la Hongrie ont été menacées d'application de l'article 7 du TUE en raison de graves atteintes des principes de l'État de droit. Il est donc évident que l'article 19.2 du TUE a devenu une obligation pour les États membres afin de garantir le respect du principe d'indépendance judiciaire. En même temps, c'est une manière de rendre applicable l'article 47.2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE), qui reconnaît le droit à la protection judiciaire d'un juge qui doit être indépendant et impartial (TORRES PÉREZ 2020 : 105 --119).

II. 4. – *L'instrumentalisation du pouvoir judiciaire : ce qu'on appelle la « lawfare ».*

Comme indiqué précédemment, l'indépendance judiciaire est reconnue comme un principe essentiel de l'État de droit vis-à-vis de tous les pouvoirs de l'État, y compris le pouvoir judiciaire, mais également vis-à-vis des citoyens, qu'il s'agisse de particuliers ou de sociétés privées.

Prémisse importante : il est difficile qu'une question soumise au pouvoir juridictionnel des tribunaux reste à l'abri de l'influence extérieure des pouvoirs, publics ou privés. Les influences peuvent être morales, politiques ou idéologiques de la part des juges eux-mêmes. Un enjeu très différent concerne la capacité d'influencer de manière abusive ou forcée, une procédure judiciaire à des fins politiques. Il s'agit d'une pathologie institutionnelle qui existe dans les pays les plus divers et pas seulement dans ceux qui ne respectent pas les règles fondamentales de l'État de droit. C'est-à-dire ceux qui, selon JI HERNÁNDEZ (2023), pratiquent un constitutionnalisme abusif (COLLOT : 2023) ou autoritaire (TUSHNET 2015 : 391-462). Ce comportement est connu sous le nom de « lawfare ».

En droit pénal, cela s'identifie à un usage abusif de la procédure pénale pour contrôler le pouvoir politique. En Droit constitutionnel, il est assimilé à un abus de droit.

Mais, il ne s'agit pas d'un concept juridique : *il lawfare* manque de contenu juridique spécifique. Cette manière de mise en œuvre ce type de pratiques abusives peut provenir des partis politiques et d'autres entités privées ou encore du pouvoir judiciaire lui-même. Dans ce cas, par des actions procédurales infondées, qui répondent à des critères d'opportunité dépourvus de fondement juridique suffisant. D'un point de vue juridique, les pratiques de *lawfare* seront passibles de sanctions pénales lorsqu'elles constituent un délit de prévarication : c'est-à-dire lorsqu'un juge, en pleine connaissance du sens de sa décision, rend une résolution injuste. Par conséquent, s'il n'y a pas de prévarication, ce type de pratique judiciaire peut être remis en question ou même rejeté, mais il ne sera pas susceptible de sanction judiciaire (BACIGALUPO 2024 et HERNÁNDEZ 2024).

L'expérience de ce type de politisation de la justice en Espagne offre quelques exemples très significatifs : par exemple, le cas d'une enquête judiciaire que le juge compétent en la matière maintient inactive pendant des années et la réactive simultanément aux modifications législatives qui surviennent au cours du *íter legislativo* ; ou la création d'une commission parlementaire d'enquête sur les agissements des juges, avec l'obligation pour eux de comparaître devant l'organe parlementaire, ce qui est inapproprié étant donné que le contrôle disciplinaire des comportements des juges relève du Conseil de la Justice ; ou encore plus, la publication d'articles dans la presse par des juges de la Cour suprême sur des sujets qui font partie du débat public et qui pourraient même relever de leur compétence ; ou lorsqu'un groupe de magistrats manifeste leur opposition à une loi valablement approuvée par le Parlement (loi d'amnistie pour les indépendantistes catalans) ; ou les insultes proférées sur les réseaux sociaux par un magistrat à l'encontre du Président du gouvernement, lorsque, par contre, contraire la législation procédurale interdit aux juges d'adresser des expressions de flatterie ou de refus aux décisions prises par autres autorités de l'État.

II. 5. – *La juridiction constitutionnelle.*

Concernant l'importance du pouvoir judiciaire et la position des cours constitutionnelles, le rapport indique que le rôle prépondérant du pouvoir judiciaire a été l'une des caractéristiques des dernières décennies. Au point, affirme-t-il, qu'on parle de transition de l'État de droit à l'État judiciaire, de gouvernement par des juges, voire de jurisprudence qui a usurpé les fonctions du Parlement. De même, le rapport souligne qu'il existe une perte progressive de la pertinence normative du droit et « *l'intrusion de la normative internationale et (pour de nombreux pays) supranationales* ».

Ce diagnostic ne peut être généralisé. La relation entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif répond à des réalités diverses. Nous avons évoqué précédemment le cas du constitutionnalisme latino-américain où l'inactivité du législateur renvoie au juge et même aux Cours Suprêmes l'adoption de décisions qui ne lui correspondent pas. L'usurpation par le juge de fonctions qui appartiennent aux Parlements est une réalité. La conséquence n'est autre que de transformer le juge en un autre acteur politique (GARGARELLA 2014 : 309-346).

Dans le domaine spécifique de l'UE, il convient de prêter attention à ce que le rapport désigne comme une « intrusion » réglementaire des institutions internationales et supranationales. Le cas de l'Union européenne est particulièrement significatif. Comme on le sait, actuellement plus de 40 % des réglementations appliquées par les 27 États membres de l'UE ne proviennent plus d'institutions de l'État national mais d'institutions qui siègent à Bruxelles. Le constitutionnalisme dans l'UE est régi par une loi qui n'est pas seulement la loi de l'État mais aussi européenne. Et dans ce contexte, à travers la question préjudicielle de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), le juge, en sa double qualité de juge national et de juge européen, joue un rôle particulièrement pertinent.

Par le biais de questions préjudicielles sur la validité et l'interprétation du Droit dérivé de l'Union approuvé par les institutions et organes de l'UE, la CJUE doit appliquer les principes qui régissent les relations entre le droit national et le droit de l'Union : primauté, suppléance et autonomie institutionnelle. À travers la procédure préjudicielle, la CJUE a construit une

doctrine, notamment en matière de droits et libertés, qui a progressivement nuancé, conditionné, voire déplacé sur certains aspects, la fonction juridictionnelle des juridictions nationales. Cette procédure incidente devant la Cour de Luxembourg est devenue un instrument qui, en plus de contrôler le respect du droit de l'Union par les institutions de l'UE, est également un moyen de contrôle indirect de l'adaptation des États membres à la légalité européenne.

Mais, en outre, avec l'attribution à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) par l'article 6 du Traité de l'Union européenne (TUE), de la même valeur juridique que les Traités, la garantie juridictionnelle des droits qui découlent des questions préjudicielles soulevées par les organes judiciaires des États membres, lorsqu'ils appliquent le droit de l'Union (art. 53-1 CDFEU), elle devient un nouveau niveau de protection pour le citoyen. De cette manière, le Tribunal luxembourgeois peut déplacer *per saltum* aux juridictions de l'État elles-mêmes, notamment aux cours constitutionnelles. Surtout celles qui ont la compétence sur le recours extraordinaire individuel de garantie des droits fondamentaux (RFA et l'Espagne).

La question préjudicielle a conduit à une certaine décentralisation du système judiciaire de l'UE, puisqu'elle a donné aux juges nationaux la possibilité de participer au processus d'interprétation du droit européen en renvoyant des questions préjudicielles à la Cour de Luxembourg. Dans ce contexte, l'interprétation et l'application du droit de l'Union ont été décentralisées, étant essentiellement laissées aux mains des juges ordinaires, qui agissent conformément aux règles d'interprétation établies par la jurisprudence de la CJUE (FERRERES COMELLA 2011 : 183).

Utiliser l'incident procédural de l'article 267 TFUE est un pouvoir du juge mais, selon les cas, cela peut aussi être une obligation pour la juridiction nationale qui nourrit des doutes sur l'interprétation ou la validité du droit européen applicable à l'affaire. Il s'agit d'un pouvoir si la décision rendue dans la juridiction de l'État n'est pas définitive, mais ce sera une obligation si la décision judiciaire, conformément aux règles procédurales du droit interne, n'est plus susceptible de recours judiciaire.

Ainsi, par exemple, par rapport au système juridique espagnol, si la décision judiciaire ne peut faire l'objet d'un recours que par une procédure extraordinaire telle que le recours individuel (*amparo*) devant la Cour constitutionnelle nationale, la Cour de Luxembourg interprète que dans ces cas, un nouvel appel n'est plus possible et, par conséquent, la voie de la décision préjudicielle est ouverte.

Parfois, cependant, l'obligation de demander une décision préjudicielle au juge national diminue lorsque cela s'avère objectivement inutile. Ainsi, dans le contexte de ce que l'on a appelé le dialogue entre les tribunaux dans le système de garanties juridictionnelles à plusieurs niveaux (TORRES PÉREZ, 2009), tant étatiques que supra-étatiques, l'obligation de poser la question préjudicielle disparaît lorsque l'interprétation établie par Le Luxembourg dans des affaires similaires n'offre pas de doutes applicables au cas spécifique sur lequel le juge national doit se prononcer. Dans ces conditions, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a effectivement plus lieu de controverse sur l'interprétation de la norme européenne, mise en relation avec la norme étatique applicable en l'espèce, c'est lorsqu'il convient d'appliquer la doctrine de la *clarté de l'acte* contenu dans le jugement de l'affaire.

Bien entendu, la fonctionnalité dudit dialogue entre juridictions doit reposer sur les bons arguments que le juge national accompagne les questions qu'il décide d'adresser à la CJUE. Et c'est ici que sa fonction, à son tour, de juge de l'UE, peut revêtir une importance particulière pour interpréter les droits et libertés reconnus dans la Constitution nationale à la lumière du droit européen, à la fois par rapport à la Charte et, bien entendu, également en ce qui concerne le droit conventionnel de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 (CEDH). C'est un défi pour le constitutionnalisme de l'Union.

III. – **Droits et devoirs.**

Avec la division des pouvoirs, la reconnaissance des droits comme limite au pouvoir de l'État constitue un pilier essentiel pour définir le concept de Constitution normative. Également dans le constitutionnalisme du XXI^e siècle.

En effet, le respect des droits constitue une limite tant pour l'État que pour les individus et les corporations. De ce postulat, il faut souligner une approche conceptuelle fondamentale : au-delà de la classification doctrinale qui se réfère aux différentes générations de droits (droits à la liberté et à la vie privée, participation politique, droits aux prestations, droits de la quatrième génération, etc. .), les droits sont liés les uns aux autres. Je partage le critère du rapport introductif selon lequel la séparation des différents groupes de droits n'est pas absolue. Bien au contraire, à l'heure actuelle, dans le cadre de l'État de droit démocratique, les droits dans leur ensemble sont liés les uns aux autres, et l'État, avec son activité de protection et de fourniture, est la principale garantie de leur protection.

En réalité, certains des nouveaux droits sont une conséquence de droits préexistants. Par exemple, l'interruption de grossesse ou l'euthanasie doivent être comprises comme une conception plus large du droit à la vie et à la liberté personnelle reconnu par la tradition constitutionnelle libérale ; le droit à *l'habeas data* bien qu'elle ait sa propre identité fondée sur l'autodétermination personnelle des données, elle est une conséquence du droit à la vie privée ; le soi-disant droit à l'oubli peut trouver aussi sa justification dans les droits de la personnalité, etc.

La nature des droits fondamentaux.

Dans la perspective offerte par l'examen des aspects fondamentaux du régime juridique des droits et libertés, il convient de prêter attention, en premier lieu, à la nature constitutionnelle des droits et libertés. Parce qu'ils ne sont pas seulement des droits publics subjectifs qui obligent l'État et les citoyens, mais aussi des éléments objectifs de l'ordre juridique (BAÑO LEÓN 1988 : 155-179) : les droits fondamentaux constituent un élément structurel de l'État de droit démocratique, qui oblige l'État à développer une activité de provision pour éliminer les obstacles qui empêchent sa jouissance effective, comme le proclament certaines constitutions de l'UE (l'article 3.2 Constitution italienne de 1948 ou l'article 9.2 de la Constitution espagnole de 1978). Non seulement en termes de prestations, c'est-à-dire que la garantie des droits coûte de l'argent que la loi budgétaire doit prévoir (investissements dans les écoles ou la santé publique pour garantir le droit à l'accès universel à tous les citoyens ; ou encore dans la construction de

logements sociaux pour garantir le droit d'accès à un logement décent), etc. Mais également à travers des actions positives dans le domaine réglementaire afin d'apporter un soutien juridique à son exercice. Par exemple, le droit à la protection judiciaire doit s'accompagner d'une organisation judiciaire efficace sur tout le territoire de l'État qui garantisse le droit d'accès au juge et d'une législation procédurale agile qui puisse permettre des décisions rapides ; autre exemple, le droit à la vie privée est non seulement effectif avec la garantie contre les ingérences illégitimes dans la vie privée, mais il nécessite également dans la société des garanties réglementaires contre l'utilisation abusive des réseaux sociaux, etc.

La titularité des droits : la question des étrangers.

Un deuxième aspect concerne la propriété des droits, qui ne peuvent être monopolisés par les nationaux du pays. Dans le cadre d'une société globalisée, les étrangers ne peuvent être exclus des droits fondamentaux, à l'exception de ceux qui concernent la participation politique au niveau national et conformément aux règles relatives à l'acquisition de la nationalité et aux hypothèses de réciprocité.

La croissance progressive des mouvements migratoires en provenance notamment d'Asie et d'Afrique, la réalité de l'UE pose le grave problème de l'ineffectivité du droit d'asile dans les États d'accès au territoire de l'Union. La protection des réfugiés qui demandent l'asile face aux persécutions politiques et aux guerres dans leur pays d'origine est une hypothèque qui pèse sur le constitutionnalisme européen.

Dans un domaine comme l'espace de liberté, de justice et de sécurité, où l'efficacité de ses prescriptions doit reposer sur le principe de confiance mutuelle entre les États membres. Dans son arrêt du 21 décembre 2011, la Cour de Luxembourg s'est prononcée sur les questions préliminaires soulevées par la Court of Appeal (Angleterre et Pays de Galles, Civil Division, UK) et la High Court (Irlande), en relation avec l'art. 3, app. 2 du règlement n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003, fixant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande

d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers.

L'arrêt de la Cour interprète que l'État membre dans lequel se trouve le demandeur d'asile doit veiller à ne pas aggraver une situation de violation des droits fondamentaux de ce demandeur d'asile au moyen d'une procédure de détermination de l'État membre responsable qui dure au-delà du raisonnable. Le cas échéant, il lui appartiendra d'examiner la demande conformément aux dispositions de l'art. 3, app. 2 du règlement n° 343/2003. C'est-à-dire que la Cour appelle à une collaboration internationale et surtout à une répartition de la charge en matière d'asile entre les États membres afin d'assurer l'efficacité des garanties de réception d'une demande d'asile (CARRILLO, 2013 : 547-566).

Mais la réalité de l'application du droit d'asile par l'UE est bien différente. En fait, la politique habituelle a été l'externalisation de l'asile, c'est-à-dire l'exportation de l'accueil des flux migratoires vers des pays tiers (Turquie), y compris les demandeurs d'asile. Tout cela en échange d'une compensation financière. Le problème constitutionnel de l'UE est donc toujours présent.

L'effectivité des droits entre individus (drittwirkung). Le caractère normatif de la Constitution détermine sa double efficacité à l'égard des pouvoirs publics et des individus. Il s'agit d'une question d'une importance décisive, car la protection des droits fondamentaux ne se limite pas aux relations du citoyen avec l'État. Compte tenu des approches politiques qui tendent à réduire la présence de l'État dans les relations économiques et sociales, l'efficacité de la Constitution dans les contrats privés revêt une importance particulière, notamment dans les contrats de travail (BILBAO UBILLOS). Surtout compte tenu des abus constatés, par exemple, dans les nouvelles modalités de travail en ligne au domicile du travailleur ; le transport à domicile par des travailleurs (*riders*) considérés comme des entrepreneurs indépendants, alors qu'en réalité ils sont des ouvriers pour le compte de l'entreprise de distribution de marchandises, etc.

L'interprétation juridique des droits fondamentaux.

L'importance de l'interprétation constitutionnelle dans le cadre de la théorie de la Constitution a été évoquée dans la première partie. Sans aucun doute, l'interprétation des droits constitue la partie qui peut élever un niveau de litige plus élevé auprès des tribunaux, surtout lorsque le juge doit faire face à la pertinence des valeurs et principes constitutionnels qui accompagnent les normes substantielles.

Le choix sur l'application de critères herméneutiques fait partie de l'indépendance du juge dans l'application de la Constitution et de la loi. À cet égard, il est bien connu qu'il n'y a en aucun cas d'automatisme entre un litige juridique et une méthode interprétative spécifique. Le juge constitutionnel a toute liberté pour choisir la méthode la plus appropriée, bien entendu, dans le respect des règles de la logique juridique.

En ce sens, il est surprenant que seul le critère de l'interprétation littérale des normes ait été utilisé, par exemple, par la Cour suprême des États-Unis pour refuser aux femmes le droit à l'avortement. En 1973, l'arrêt 410 US 113 de la Cour suprême, du 22 janvier 1973, reconnaît la protection fédérale du droit des femmes enceintes à avorter, établissant que désormais les États de la Fédération ne peuvent plus interdire l'avortement avant que le fœtus puisse être considéré comme viable. Près de cinquante ans plus tard, en 2022, la Cour suprême, dans l'affaire *Dobbs c. Jackson Women's Health Organisation* (597 US [2022], 24 juin 2022), a annulé ladite décision. S'appuyant sur une interprétation littérale du texte de la Constitution de 1787, elle a interprété que l'avortement n'est pas un droit reconnu par le XIV^e Amendement. Avec cette interprétation, la Cour a reconnu la pleine liberté des États pour réglementer l'avortement, ce qui permet en même temps d'approuver des lois qui le reconnaissent et des lois très restrictives et même celles qui le nient, sauf dans les cas où la vie de la femme est en danger, le fœtus présente une malformation ou la grossesse est le résultat d'un viol. Cette décision régressive en faveur du droit des femmes à disposer de leur propre corps trouve son origine dans une interprétation littérale et *originaliste* de la Constitution.

Dans un sens différent, par rapport à *la loi du Parlement espagnol 13/2005 du 1er juillet, qui modifie le Code civil concernant le droit au mariage*, la Cour Constitutionnelle ne s'est pas limitée à l'interprétation

littérale et originale du texte de la Constitution qui reconnaît que « *l'homme et la femme ont le droit de se marier en pleine égalité juridique* » (art. 32.1 CE), ce qui pourrait conduire à l'inconstitutionnalité du mariage entre personnes du même sexe.

Certes, lorsque la Constitution de 1978 a été approuvée, la majorité de l'opinion publique considérait que le mariage ne pouvait avoir lieu qu'avec des personnes de sexe différent. Mais la société, les habitudes sociales après quarante ans ne sont plus les mêmes. Sur la base d'un critère herméneutique fondé sur une « interprétation évolutive » de la Constitution, la Cour est arrivée à la conclusion que : 1) la Constitution ne dit pas expressément que le mariage doit être entre un homme et une femme, mais seulement que les deux peuvent se marier ; 2) d'accord avec cette prémisse, l'évolution sociale admet ce type d'union.

Voici donc deux positions controversées sur la valeur de l'interprétation constitutionnelle des droits fondamentaux que le constitutionnalisme du XXI^e siècle doit affronter. D'une part, la littéralité de la norme et la volonté du constituant comme le seul paramètre herméneutique, et de l'autre, la position de l'interprète face à la concurrence des droits dans un contexte social différencié du moment fondateur de la Constitution.

Le droit à l'information et aux réseaux sociaux.

Un autre défi pour le constitutionnalisme concerne à l'impact que les réseaux sociaux ont sur l'exercice du droit à l'information et à la liberté d'expression et, par conséquent, sur d'autres droits fondamentaux, notamment les droits de la personnalité (réputation, vie privée, etc.).

Le Règlement (UE) 2024/1083 du Parlement européen et du Conseil du 11 avril 2024 établissant un cadre commun pour les services de médias dans le marché intérieur, modifiant la directive 2010/13/UE (Règlement européen sur la liberté des médias), établit une série de mesures visant à assurer la transparence permettant de connaître l'identité du soutien financier des médias.

À cet égard, la présence progressive et la menace pour le système démocratique de l'extrême droite sur les réseaux ne peuvent être ignorées.

L'objectif n'est donc autre que la garantie effective des droits fondamentaux qui opèrent dans le domaine des réseaux sociaux. Et pas seulement dans ce domaine de la communication, mais aussi dans la télévision publique conventionnelle : par exemple, en Italie, le contrôle politique du gouvernement Meloni qui a expulsé les professionnels insoumis aux orientations politiques de l'Exécutif, ou en Espagne, les réseaux sociaux en mains de groupes d'extrême droite pour la diffusion systématique de fausses informations.

Les devoirs fiscaux.

L'État social qui s'est construit surtout à partir du constitutionnalisme après 1945 repose, entre autres caractéristiques, sur le devoir des citoyens de contribuer au maintien des dépenses publiques en fonction de leur capacité économique. C'est la définition classique d'un système fiscal progressif, inspiré des principes d'égalité et de progressivité, mais qui n'aura en aucun cas d'effets confiscatoires.

Les devoirs fiscaux impliquent : une prestation fiscale ; il doit s'agir d'une prestation apportée à l'administration publique et non aux individus ; la prestation fiscale consiste en un transfert définitif de richesse par les citoyens dans leur condition de sujet tributaire ; l'objectif principal est de soutenir les dépenses publiques et, enfin, l'impôt doit être projeté sur un événement imposable qui révèle la capacité économique du citoyen (AGUALLO AVILÉS et BUENO GALLARDO 2018 : 1097-1098).

Il s'agit d'un nouveau défi pour le constitutionnalisme de l'État démocratique, surtout face à de nouvelles politiques (en réalité, il s'agit des anciennes propositions de Von Hayek, Friedman, etc.) qui, comme nous l'avons dit précédemment, cherchent à vider le secteur public en faveur de la logique des règles du marché.

Bibliographie.

AGUALLO AVILÉS, A. et BUENO GALLARDO, E. (2018). "Artículo 31". Comentarios a la Constitución española (Drs. M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer et M. E. Casas Baamonde). BOE, fundación Wolters Kluwer. Madrid, pp. 1097-1098.

AVRIL, P. (2015). Memento sur l'article 49.3. La BaseLextenso, n°52.

- BACHMAIER WINTER, L. (2008). Imparcialidad y libertad de expresión de Jueces y Magistrados. Thomson/Aranzadi. Cízur Menor. Navarra.
- BACIGALUPO SAGESSE, M. (2024). "Sobre el concepto de Lawfare y otras nociones emparentadas y su utilidad para el análisis jurídico y político". *Temas para el debate*, nº 352, p.24-26.
- BAÑO LEÓN, J.M^a (1988). La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española. *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 24, Madrid, p. 155-179.
- BILBAO UBILLOS, J.M^a. (1998). La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. BOE/CEPC. Madrid.
- BUSTOS GISBERT, R. (2022). *Independencia judicial e integración europea*. Tirant lo Blanch.
- CARRILLO, M. (2013) "El efecto de la integración sobre la tutela del derecho de asilo". En : *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de integración*. IVAP, Oñati 2013, pp. 547-566.
- CARRILLO, M. (2017). «Sobre el Tribunal de Luxemburgo y la tutela de derechos». *Teoría y Realidad Constitucional* nº 39. Madrid.
- COLLOT, P-A. (2023) [sous la direction]. *Le constitutionnalisme abusif en Europe*. Big Book. LGDJ. Paris.
- DELLA MORTE, M. (2023). "Uno vale tutti. Considerazioni critiche (A prima lettura) sul D.D.L. Premierato". *Diritto Pubblico Europeo*. Rassegna on line. Fascicolo 2/2023.
- FAVOREU, L. et al., (2022) . *Droit constitutionnel*. Dalloz, Paris.
- FERRERES COMELLA, V. (2007). *Justicia Constitucional y democracia*. 2ª ed. CEPC, Madrid.
- FERRERES COMELLA, V.(2011). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Marcial Pons. Madrid.
- GARGARELLA, R. (2024). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Katz, Capellades, Barcelona.
- GUASTINI, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Trotta. Madrid.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2014). «Particularidades de la interpretación constitucional». En : M. GASCÓN ABELLÁN (Coord.) *Argumentación jurídica*. Marcial Pons, Madrid.
- HERNÁNDEZ, J.I (2023) "Lawfare y constitucionalismo abusivo". *El Blog Revista de Derecho Publico*. 25/ XI/2023]
- HESSE, K. (1983). *Escritos de Derecho Constitucional*. CEC. Madrid (Traducción de Pedro Cruz Villalón).
- JÍMENEZ ASENSIO, Rafael, (2002). *Imparcialidad Judicial y Derecho al juez Imparcial*. Aranzadi- Thompson. Navarra.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. (2011). «Interpretación de la Constitución». En : M. ARAGÓN REYES, C. AGUADO RENEDO. *Temas básicos de Derecho Constitucional*. (Vol. I). Civitas. Madrid.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. (2011). «Interpretación conforme a la Constitución». En : M. ARAGÓN REYES, C. AGUADO RENEDO. *Temas básicos de Derecho Constitucional*. (Vol. I). Civitas. Madrid.
- LUCIANI, M. (2016). «Interpretazione conforme a Costituzione». *Annali IX*. *Eiclopedia del Diritto*. Giuffrè. Milano.
- LUCIANI, M. (2024). «Questioni generali della forma di governo italiana». *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nº 1/2024, pp. 1-25.
- MOUNK, Y. (2028) *Le peuple contre la démocratie*. Livre de Poche. Ed. de l'Observatoire (Traducción del inglés: *The people vs. Democracy. Why por freedom is in danger & How to save to it* . Harvard University Press. Cambridge, 2018.

ROSANVALLON, P. (2020). El siglo del populismo. Galaxia Gutemberg. Barcelona (Traducción de la edición original en francés : Le siècle du populisme. Ed. Du Seuil, 2020).

RUBIO LLORENTE, F. (2012) La forma del poder. Estudios sobre la Constitución. Vol. III. 3ª ed. CEPC. Madrid.

SÁINZ MORENO, F. (2011). «Interpretación jurídica». En : M. ARAGÓN REYES, C. AGUADO RENEDO. Temas básicos de Derecho Constitucional. (Vol. I). Civitas. Madrid.

SÁIZ ARNÁIZ, A. (1999). La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española. CGPJ. Madrid.

TORRES PÉREZ, A. (2009) Conflict of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication, Oxford University Press.

TORRES PÉREZ, A. (2020) "From Portugal to Poland. The Court of Justice of the European Union as watchdog of official independence". Maastrich Journal of European and Comparative law. Vol. 27, nº 1.

TUSHNET, M. (2015). "Authoritarian Constitutionalism". Cornell Law Review Volume, pp. 391-462.

