

Rapport provisoire

Les frontières contemporaines du constitutionnalisme vu par l'Italie

Rapport italien à la XL^e Table internationale de justice constitutionnelle sur
Les nouvelles frontières du constitutionnalisme

Ines Ciolli
Università La Sapienza di Roma

Part I). Les frontières du constitutionnalisme contemporain

1. Introduction 2. Le constitutionnalisme d'aujourd'hui et la délégitimation des Chartes constitutionnelles

Part II) La régression du constitutionnalisme et le dépassement du principe de séparation des pouvoirs

1. Le constitutionnalisme face à la faiblesse parlementaire 2. La concentration maximale du moindre pouvoir dans l'Exécutif 3. Le dépassement de la séparation des pouvoirs entendu comme surmonter la distinction fondamentale entre le législatif et le judiciaire.

Part III) Les garanties des droits

1. Les catalogues des droits 2. La création des droits par la voie de la constitutionnalisation 3. Les générations futures et leurs intérêts 4. L'élaboration des droits par les juges (notamment constitutionnels) 5. Le constitutionnalisme des devoirs.

I. LES FRONTIÈRES DU CONSTITUTIONNALISME CONTEMPORAINES

1. Introduction

La relation introductive de M. Luciani explique que l'on peut parler des frontières du constitutionnalisme seulement « si on connaît son point de départ et la position dans laquelle on se trouve ». Il faut donc définir le constitutionnalisme du passé pour lire ce qu'il est et pourra devenir.

Cela offre de nombreuses pistes de réflexion sur ce qu'est le constitutionnalisme aujourd'hui, si l'on peut parler d'une crise du constitutionnalisme, et sur ses limites.¹

Le constitutionnalisme sur lequel je vais concentrer mon attention est celui de la « régression » qui me semble caractériser la phase actuelle.

La régression est dans les garanties (je pense à l'insuffisance des instruments de la limitation du pouvoir, aujourd'hui) et dans l'incapacité du constitutionnalisme actuel de fournir des réponses exhaustives pour ce qui concerne la question de la participation aux institutions, à l'égard de l'organisation du pouvoir et aussi à l'égard de la crise de la représentation politique.

¹ Il faut rappeler que la crise est un terme multiforme et qu'elle n'a pas forcément une signification négative ; le mot grec κρῖσις identifie la transition. Le même sens a été retenu par S. Romano dans sa *Prolusione pisana* del 1909 in ID., *La crisi dello Stato*, Milano, 1969, 23. R. Koselleck, *Kritik und Krise. Ein Beitrag zur pathogenese der bürgerlichen welt*, Freiburg-München, 1959 a souligné que la crise est un élément qui caractérise la modernité et qu'elle est donc toujours présente. C'est qui est nouveau, c'est la « polycrise », telle que définie par E. Morin, *Terre-Patrie*, Paris, Seuil, 2010 (I éd. 1993), 125, qui consiste en une imbrication de multiples crises de nature économique, sociale et maintenant écologiques qui souffrent également d'une absence de complexité, en particulier de complexité politique, devenant ainsi les crises causes et effets de régressions démocratiques articulées.

Cette régression intéresse aussi la façon de protéger les droits et de mettre en place des garanties pour les nouveaux droits sans qu'ils entrent en concurrence avec les droits déjà protégés et sans créer un marché des droits à cause du « *multilevel constitutionalism* ».

La régression se manifeste soit dans la vision partielle du monde que le constitutionnalisme peut offrir quand il substitue la grande idéologie par des visions partielles et partisans ; soit dans l'illusion d'un constitutionnalisme global (comme l'a clairement expliqué M. Luciani quand il parle de crépuscule des grandes idéologies). C'est pourquoi, lorsqu'on pense que le constitutionnalisme d'aujourd'hui se reconnaît dans le constitutionnalisme du féminisme ou le constitutionnalisme écologique, on oublie qu'il a été une idéologie visant à expliquer et à changer le monde, et que la version partielle que nous connaissons aujourd'hui est une sorte d'oxymore : s'il s'agit de constitutionnalisme, il ne peut pas être partiel et sectoriel. La fragmentation actuelle de la puissance publique oblige de penser exclusivement à des garanties partielles et sectorielles². D'autre part, on tente de remédier à la fragmentation en se faisant des illusions sur le fait que le constitutionnalisme mondial peut ressusciter cette unité perdue. Mais le constitutionnalisme mondial est une contradiction dans les termes, parce que ni la souveraineté mondiale ni un véritable peuple du monde n'ont été encore formés. Il ne peut exister car le peuple n'est pas une multitude et il a besoin d'une histoire commune, de principes partagés et d'un territoire de référence pour se manifester comme telle. À moins que l'on ait accepté un substitut qui consisterait à le remplacer par une *coetus multitudinis* sur échelle mondiale (masse indistincte ou bien le peuple du *web*) trahissant ainsi l'histoire de la notion de peuple qui est identifié par le *coetus unionis*³.

2.– *Le constitutionnalisme d'aujourd'hui et la délégitimation des Chartes constitutionnelles*

Les phases historiques du constitutionnalisme illustrées par Massimo Luciani reflètent les différentes priorités qui, de temps à autre, ont émergé en Europe en termes d'organisation constitutionnelle : initialement, le besoin d'organiser le pouvoir a prévalu, puis progressivement le besoin de le limiter ; aujourd'hui, je dirais que le besoin de le légitimer prévaut, compte tenu de la prolifération de multiples pouvoirs de différentes natures.

Aujourd'hui, la crise du constitutionnalisme voit aussi une délégitimation des Chartes constitutionnelles, et donc des fondements du constitutionnalisme qu'elles incarnent, à savoir la limitation du pouvoir et sa légitimation juridique, ainsi que la participation populaire, qui sont particulièrement menacés aujourd'hui. Cette délégitimation a une portée mondiale, mais pour paraphraser Tolstoï, bien que le phénomène soit commun, chaque État est malheureux à sa manière et les Constitutions subissent alors des répercussions internes différentes et particulières.

Les phases constitutionnelles, communes aux Nations occidentales, se sont produites dans chaque État de manière asynchrone : en Allemagne et en Italie, la désintégration territoriale a ralenti la formation de l'État absolu et la promulgation de Constitutions libérales et démocratiques⁴, et elles n'ont en fait pas connu de phases révolutionnaires incisives, à l'exception – en ce qui concerne l'Italie

² Qui H Heller, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto dello stato*, par P. Pasquino, Milano, 1987 avait déjà perçu les effets d'une atomisation de la souveraineté et ses conséquences. V. aussi B. Badie, *Un monde sans souveraineté. Les États entre ruse et responsabilité*, Fayard, Paris, 1999

³ CICERONE dans *De Republica* libro I, 41 parla di « *omnis civitas quae est constitutio populi, omnis res publica, quae (...) populi, res est* » et identifie la civitas comme la constitution même du peuple. V. G. LOBRANO, *Res publica, Res populi*, Torino, 1996 e ID., *La res publica romana, municipale, federativa, tribunitia : modello costituzionale attuale*, in *www.dirittoestoria.it*, n. 3, 2004, qui analyse la phrase de Cicerone « *Res publica id est res populi* ».

⁴ S. Rokkan, *Territories, Nations, parties : toward a geoeconomic-geopolitical Model for the exploration of variation within western Europe*, in R. Merritt, B. Russett (éd), *From national development to global community*, London, 1981, 70 e ss. Th Ertman, *The birth of Leviathan*, Cambridge, 2010.

– de celle liée à la République romaine, qui remonte toutefois à 1849, bien après le siècle des révolutions⁵.

C'est avec difficulté que l'Italie est devenue une Nation⁶ et que les fondements du constitutionnalisme libéral, déjà établis ailleurs, ont fait leurs premiers pas. Cela signifie que la crise constitutionnelle actuelle ne peut pas s'appuyer sur des anticorps robustes comme ailleurs. Une crise constitutionnelle qui se manifeste avant tout comme une crise de la Constitution ; parler de la Charte et de son évolution (ou involution) c'est donc rendre compte et évaluer le sort du constitutionnalisme lui-même.

Il faut y ajouter une crise du mouvement culturel qui soutient la Constitution et qui, comme le rappelle Zagrebelsky, constitue l'un des instruments appelés à la défendre et qui comprend également la classe des juristes ; c'est pourquoi le constitutionnaliste piémontais rappelle les mots de Carl Schmitt : « un peuple qui n'a pas sa propre classe de juristes n'a pas de Constitution »⁷, pour mettre en garde contre le manque d'intérêt et de soutien pour la Charte constitutionnelle, qui ne peut pas se légitimer seule⁸.

Aujourd'hui, la crise du constitutionnalisme se présente comme une crise de la limitation du pouvoir qui est complexe et multiforme parce que le pouvoir politique est confronté à d'autres pouvoirs antagonistes, qu'ils soient économiques ou technocratiques. Il est donc plus compliqué de trouver un équilibre, d'autant plus que le pouvoir politique est désormais le plus faible et que les autres tendent à s'imposer et leur limitation réciproque semble en voie de disparition.

Tous ces dysfonctionnements accumulés au fil du temps, combinés à une crise de la représentation politique, ont eu des effets perturbateurs sur les organes parlementaires, en particulier sur la primauté du Parlement et, par conséquent, sur le concept de loi, sur la relation entre le juge et le législateur, et enfin, faute d'une culture constitutionnelle solide, les transformations médiatiques ont créé un mouvement d'opinion visant à reconnaître la valeur du constitutionnalisme uniquement en tant que producteur de nouveaux droits, en occultant la centralité des pouvoirs et des devoirs constitutionnels. C'est aussi le concept même de citoyenneté politique qui a été manipulé, en pensant que le « constitutionnalisme global » pourrait conduire à une idée de citoyenneté globale, qui ne serait plus liée à une communauté politique, qui exigeait le respect de règles précises, de devoirs, le respect du pouvoir juridique et qui se fonde sur la sécurité juridique. En d'autres termes, nous assistons au dépassement de l'« *homme situé* » élaboré par le prof. Burdeau dans le XXe siècle qui donnait l'image d'un citoyen immergé dans une communauté politique historiquement identifiée. Il faut ajouter que la crise constitutionnelle et la mise en cause de la Constitution sont aussi dues à l'absence des « partis

⁵ La République romaine a été considérée à juste titre comme « la dernière et la plus avancée des expressions institutionnelles de l'Italie avant la Constitution de 1948 » par V. Crisafulli, *Profili costituzionali di una rivoluzione mancata*, in *Quaderni di Rinascita*, 1, 1948, 49-56. L'importance de la Constitution de la République romaine de 1849 est démontrée par la mention qu'en fit Meuccio Ruini à l'Assemblée constituante le 22 décembre 1947, lors du vote de la Charte constitutionnelle, lorsqu'il déclara que « c'était la première fois dans le cours millénaire de l'histoire italienne qu'une Italie unie se dotait d'une Constitution libre : il y a cent ans à peine, dans la Rome républicaine de Mazzini, on en avait eu une lueur ».

⁶ Sur la spécificité du concept historique de nation en Italie, F. Chabod, *L'idea di Nazione*, Laterza, Bari-Roma, 1961 (rist. 2006). Au contraire, E. Renan, *Qu'est-ce qu'une nation ?* considère que les différences ont été absorbées par l'idée d'unité qui est commune à toutes les Nations européennes.

A l'égard du concept constitutionnel de Nation, C. J. Friedrich, *The Nation : growth or artefact ?* In AA.VV., *L'idée de Nation, Annales de philosophie politique*, Institut international de philosophie politique, Presse Universitaire de France, Paris, 1969, 34 ss., qui reconnaît le fondement de la Nation non seulement dans les coutumes communes et le *ius sanguinis*, mais aussi dans les valeurs communes qui donnent naissance à un ordre politique.

⁷ C. Schmitt, *Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes* (1936), in *Gesammelte Schriften 1933–1936*, Berlin, 2021, 350 e ss.

⁸ G. Zagrebelsky, *Tempi difficili per la Costituzione*, Torino, 2022.

puissants et disciplinés »⁹. Autrefois, les partis avaient pour mission d'établir une relation étroite et solide entre les représentants et les représentés ; leur fluidité actuelle rend cette relation faible, nourrie uniquement au moment des élections, et donc extemporanée et instable¹⁰.

Ainsi, en l'absence des instruments qui concourent à la formation de la politique nationale, comme le prescrit l'article 49 de la Constitution italienne, la fragilité des processus de formation de la volonté générale apparaît dans toute sa dramaturgie, qui ne s'identifie plus qu'au moment précis de la décision. De plus, ces mêmes partis ont contribué à une involution du modèle démocratique lorsque leur influence sur les institutions est devenue prépondérante et envahissante, au point de configurer une « sorte de «principe d'identification» entre les partis et le peuple », favorisant ainsi la construction d'une « forme rationalisée de démocratie plébiscitaire »¹¹. Une conséquence directe de cette configuration politique et institutionnelle est l'involution plus récente de ces mêmes partis vers des formes de *leadership* qui ont vidé de son sens la participation des citoyens à la vie publique à travers eux, qui se limite désormais à quelques occasions, coïncidant souvent avec les élections primaires¹². Au sein même des partis, on assiste à une réduction des processus décisionnels et des moments de confrontation ; dans une logique technocratique, même les partis sont tenus de répondre instantanément aux demandes émanant du monde des affaires et de la société civile.

La particularité italienne est que de nombreux partis présents aujourd'hui ne se reconnaissent pas dans la Constitution de 1948 ni dans les événements politiques qui ont donné naissance à l'Assemblée constituante. Par conséquent, ces partis et leurs représentants au Parlement n'ont pas l'intention de poursuivre des objectifs conformes aux principes constitutionnels, mais plutôt de les modifier.

Le texte constitutionnel est ainsi continuellement remis en cause et soumis à des révisions. Cette attitude démontre la tendance à délégitimer la Charte constitutionnelle, considérée comme dépassée et inadéquate. Et surtout, le texte a désormais perdu sa fonction de source suprême et de phare car chaque majorité parlementaire entend se l'approprier et renoncer à la fonction unificatrice que ses principes ont été depuis la Seconde Guerre mondiale. La Charte constitutionnelle n'est plus l'« instrument » par excellence de l'unité d'une communauté politique, mais devient un point de discorde entre la majorité et l'opposition¹³. En réalité, cette particularité italienne, qui voit de nouveaux partis aliénés par le processus constitutionnel de 1948 et réticents à reconnaître la *primauté* de la Constitution, fait partie d'un phénomène plus général de « démocratie in retreat »¹⁴, également appelé « democratic backsliding »¹⁵. Balkin a parlé de « constitutional rot » (pourriture constitutionnelle) et il souligne, parmi les symptômes qui caractérisent ce dysfonctionnement, un processus de dégradation de la valeur des normes constitutionnelles, qui affecte particulièrement les

⁹ Sur l'importance de partis puissants, stables et organisés et leur rôle dans les démocraties pluralistes, B. Mirkin Guetzévith, *L'échec du parlementarisme « rationalisé*, *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1954, 112 considérant cette condition comme beaucoup plus importante et nécessaire que tout autre instrument de rationalisation du parlement. Sur les ambiguïtés et l'inefficacité de l'article 49 de la Constitution, qui conduiront plus tard à une crise du modèle des partis dans la Constituante. V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, II, Firenze, 1969, p. 111.

¹⁰ Une analyse approfondie de la relation entre la prise de décision et le modèle schmittien de la démocratie identitaire se trouve dans G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari, 2005, 42-63.

¹¹ P. RIDOLA, *Partiti politici, democrazia, parlamentarismo*, in *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011, p. 11.

¹² C. DE FIORES, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in *Democrazia e diritto*, 1, 2018, p. 15.

¹³ T. Martines, *Indirizzo politico*, in Enc. dir., XXI, Milano 1971, 134 ss.

¹⁴ J Kourlantsiz, *Democracy on retreat : the revolt of the middle class and the worldwide decline of the representative government*, Yale University Press, New Haven, 2014.

¹⁵ Democratic backsliding “meaning the state-led debilitation or elimination of the political institutions sustaining an existing democracy, N. Bermeo, *On democratic backsliding*, *Journal of democracy*, 2016, 5 e ss.

démocraties consolidées, qui sont une cible convoitée parce qu'elles ont été conçues pour assurer de solides protections et une bonne répartition du pouvoir ; parce qu'elles sont capables de réagir aux tensions économiques et aux conflits sociaux ; parce qu'elles sont capables de résister aux modèles économiques du capitalisme tardif, annonciateurs d'inégalité.¹⁶

C'est dans ce contexte qu'intervient la conquête « partisane » de la Constitution qui, avec chaque nouvelle majorité, subit une tentative constante de délégitimation qui peut se faire par des amendements tacites à la Charte¹⁷, ou par des révisions constitutionnelles continues, comme cela s'est produit ces dernières années. Tout type de modification constitutionnelle, qu'elle soit tacite ou expresse, si elle est fréquente délégitime le pacte constitutionnel, mais aussi déverse sur lui la crise du système politique¹⁸.

Comme nous le verrons, cela affecte surtout les droits, qui ne sont considérés comme tels que s'ils ne sont pas inclus dans le texte de la Constitution ou s'ils ne sont pas élaborés par la jurisprudence, qu'elle soit constitutionnelle ou supranationale, manquant ainsi complètement le processus de médiation politique qui mène à l'équilibre des principes et des droits et que seul le parlement peut réaliser efficacement. Ainsi, les droits sont imposés par un vote à la majorité dans le texte constitutionnel, comme si cela pouvait automatiquement leur conférer une force irréductible, qui s'estompe, au contraire, lorsque la majorité suivante se met en place. L'inclusion dans la Constitution n'est pas sans conséquences : les droits inscrits dans la Constitution dans les différentes et alternatives majorités les rendent plus faibles et fragiles si bien que leur défense et leur balancement avec les autres droits demande forcément une médiation politique difficile, parfois impossible à obtenir par des forces politiques antagonistes.

Les réformes constitutionnelles continues que l'Italie a connues ces derniers temps ont également eu pour effet secondaire d'affaiblir les assemblées parlementaires, qui – même si elles sont en mesure d'obtenir la majorité absolue, nécessaire pour adopter la révision constitutionnelle – ne semblent pas en mesure d'adopter des lois ordinaires pour mettre en œuvre le texte, même de manière évolutive et conforme à l'air du temps, parce que les forts contrastes ne permettent pas un dialogue entre la majorité et l'opposition. Cela signifie qu'il est plus facile de procéder à une révision pour introduire un droit pléonastique à l'environnement, qui était d'ailleurs déjà présent dans la Constitution, que d'adopter une loi sur l'euthanasie ou une loi qui modifierait les règles relatives à la citoyenneté dans un sens plus inclusif.

¹⁶ J. M. Balkin, *Constitutional crisis and constitutional rot*, in M. A. Graber, S. Levinson, M. Tushnet (éd.), *Constitutional democracy in crisis ?* Oxford university Press, New York, 2018, 16 e ss.

¹⁷ Il rend compte d'une longue liste de révisions tacites apportées à la Constitution et montre comment ils visent aujourd'hui simultanément à affaiblir l'autorité et le fonctionnement des Chambres et à renforcer (au moins formellement) le gouvernement., M. MANETTI, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, *Quaderni costituzionali*, 3, 2021, 540-544. Une illustration minutieuse des différentes opérations mises en place pour réduire le pouvoir et les activités des assemblées parlementaires, M. PODETTA, *Governare le Camere. Tendenze e miti delle riforme regolamentari*, Bari, 2020. Sur l'actualité des révisions tacites également Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Diritto e società*, 2014, p. 269 ss. ; E. OLIVITO, *La retorica delle modifiche tacite e il diritto costituzionale esistenziale. Un'ipotesi di studio preliminare*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2023, p. 26 ss.

La tendance à réduire les espaces et les moments de confrontation, qui ne semblent pas non plus affecter les règles, mais plutôt la régularité des processus démocratiques et en particulier des processus législatifs, est également analysée par M. TUSHNET, *Constitutional hardball*, cit., p. 52 ss. Et par J. M. BALKIN, S. LEVINSON, *Understanding the Constitutional Revolution*, in *Virginia Law Review*, 1045, 2001, p. 1045 ss.

L. Diamond, *Facing up to the democratic recession*, in *Journal of democracy*, 2015, p. 141 et ss. souligne comment une période de croissance des démocraties occidentales à partir des années 1970 a connu un coup d'arrêt et rappelle comment est intervenue ensuite une période de « résurgence autoritaire », également bien mise en évidence par S. Levitsky, L. A. Way, *Competitive Authoritarianism : Hybrid Regimes After the Cold War*, New York, 2010.

¹⁸ E. Cheli, *Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali*, Bologna, 2023.

Cet état de fait conduit à prendre en compte d'autres aspects corrélés à l'état de stress auquel sont soumises nos démocraties aujourd'hui : la faiblesse des parlements, la verticalisation du pouvoir exécutif, l'expansion des modèles technocratiques de gouvernement et l'éternelle instantanéité à laquelle sont soumises les institutions. Cette dernière condition est le signe de plusieurs phénomènes, désormais bien connus et que l'on ne peut que mentionner ici : l'ancrage de la politique dans les phénomènes financiers, liés à des temps extrêmement rapides ; le vide laissé par les instruments de la démocratie représentative, que l'on s'illusionne de pouvoir compenser par des décisions rapides¹⁹. La condition de l'instantanéité éternelle mérite plus d'espace de réflexion, car c'est précisément à cause de la conception modifiée du temps (après les transfigurations déjà subies par la catégorie de l'espace et du territoire) que le droit constitutionnel subit des torsions d'époque. La volonté d'imposer des décisions toujours plus rapides a souvent permis d'utiliser – et très souvent d'abuser – des sources d'urgence en invoquant simplement des conditions fictives de nécessité et d'urgence²⁰.

Tout cela conduit à une nouvelle forme de constitutionnalisme que l'on pourrait qualifier de « technocratique », qui tend à éluder la complexité, en antithèse avec ce qui caractérise plutôt le constitutionnalisme démocratique, caractérisé par un degré élevé de pluralisme et de complexité dans les garanties, la prise de décision et l'équilibre des pouvoirs et des contrepoids considérables.

La technocratie préfère les institutions monocratiques et souvent autocratiques, capables de prendre des décisions rapides sans trop se soucier de leurs lacunes en termes de représentativité et de partage avec le corps électoral²¹. D'autre part, la tentative de légitimer, y compris par le droit, une pensée juridique néolibérale, moins attentive aux performances en termes de droits et de répartition du pouvoir et plus conciliante avec les contraintes budgétaires, la protection des marchés financiers et la concentration des richesses, n'est pas inconnue. De même que le modèle économique de l'État-providence avait trouvé dans les démocraties représentatives sa légitimité et la structure juridique nécessaire à la diffusion des idéaux d'égalité et de liberté, le modèle néolibéral trouve dans les démocraties immédiates sa concrétisation.

On assiste ainsi à une dégradation progressive des coordonnées démocratiques forgées au XXe siècle et à un contournement des principes de participation des minorités aux délibérations communes et de respect du pluralisme politique, pierres angulaires des démocraties et du constitutionnalisme démocratique²².

II) *La régression du constitutionnalisme et le dépassement du principe de séparation des pouvoirs*

¹⁹ Sur la relation impétueuse entre le contexte économique-financier et la déconstruction démocratique, nous nous référons – entre autres – à la réflexion de M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, p. 227-230 qui compare les positions de Spengler, concernant la déstructuration et le désordre, qui ont frappé après la Seconde Guerre mondiale et qui se manifeste dans le contexte actuel avec des similitudes inquiétantes.

²⁰ Sur le rapport entre le droit et le temps, on se reportera à I. CIOLLI, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito. Riflessioni sul tema*, in *Bilancio, Comunità, Persona*, 1, 2021, p. 51-55. Sur la notion d'instantanéité et l'influence qu'elle exerce sur l'immédiateté des décisions, voir les réflexions de A. CAMPATI, *La « democrazia immediata : prospettive a confronto*, in *Teoria politica*, 10, 2020, p. 298 ss.

²¹ Il met en lumière la relation entre les technocraties et le gouvernement, M. VOLPI, *Tecnocrazia e crisi della democrazia*, in ID. (éd.), *Governi tecnici e tecnici al Governo*, Torino, 2017, p. 1 ss. ; C. DE FIORES, *Tendenze sistemiche e aporie costituzionali dei governi tecnocratici in Italia*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2021, p. 36 ss.

²² Sur le pluralisme politique et le rapport avec le système politique italien, A. PIZZORNO, *Isoggetti del pluralismo : classi, partiti, sindacati*, Bologna, 1980 ; P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associativa*, Milano, 1987, p. 88 ss. ; A. CIANCIO, *Gruppi parlamentari : studio intorno a una manifestazione del pluralismo*, Milano, 2008.

Je vais maintenant rendre compte de certaines involutions qui sont mises en évidence par la régression constitutionnelle. Alors que les différentes phases historiques ont donné lieu à des instruments qui se sont progressivement ajoutés et complétés au cours des phases d'évolution du constitutionnalisme, la période la plus récente a connu non pas un changement mais un renversement des garanties qu'elle offrait dans le passé : celles de l'article 16 de la DDHC semblent souffrir d'importants déficits. L'analyse n'est pas exhaustive, mais prend en considération les garanties classiques du constitutionnalisme, en laissant de côté d'autres aspects non moins importants.

1. Le constitutionnalisme face à la faiblesse parlementaire.

Un trait caractéristique du « constitutionnalisme de régression » est la perte de centralité des parlements, qui ont représenté pour la forme démocratique un avant-poste précieux non seulement pour la défense de la culture de la confrontation et du dialogue, mais aussi pour la qualité de l'activité législative, pour l'enquête préliminaire, pour la fonction de contrôle, pour l'acquisition de la connaissance des phénomènes sociaux et juridiques à travers les auditions, le travail des commissions, l'activité et la haute qualité de leurs bureaux²³.

Le phénomène revêt là encore une dimension mondiale. Mais je l'analyse du point de vue de l'Italie.

Depuis les années Soixante-dix et plus encore depuis la première moitié des années quatre-vingt-dix, lorsque l'Italie s'est tournée vers une démocratie majoritaire, les tentatives de réforme ont toujours eu pour objectif commun de réduire l'espace et le temps consacrés à la participation des chambres et de leurs membres au processus législatif et, de manière spéculaire, d'accroître les pouvoirs de l'exécutif. Il y a eu de nombreuses tentatives pour circonscrire le champ réservé à la loi, ainsi que des artifices techniques pour favoriser le gouvernement. L'abus du décret-loi est désormais un refrain pour la doctrine, l'utilisation de la question de confiance sur les maxi-amendements présenté par l'Exécutif est l'une des pratiques ayant le plus d'impact sur le Parlement parce qu'elle viole la protection des minorités, à tel point qu'une partie de la doctrine considère que de nombreuses pratiques du gouvernement au Parlement sont en violation flagrante de l'article 72 de la Constitution²⁴.

Malgré le spectre d'une activité en violation continue du texte et de l'esprit de la Charte fondamentale, d'autres instruments d'altération du prestige, des fonctions et de la représentation parlementaire elle-même ont été ajoutés, renversant ainsi l'équilibre des pouvoirs entre le Parlement et le Gouvernement, en faveur de ce dernier. Des techniques encore plus sophistiquées ont été introduites pour favoriser la gouvernance consistant en des voies rapides par lesquelles, paradoxalement, les chambres elles-mêmes permettent à la majorité d'adopter des projets de loi sans l'intervention de la minorité parlementaire²⁵. La nécessité, réelle ou supposée, d'adopter une série de projets de loi dans un délai très court a entraîné l'introduction de pratiques qui éloignent le pouvoir législatif du bicamérisme parfait et l'orientent vers des formes de monocamérisme dit alternatif, cela implique une poursuite de la réduction du pouvoir et de l'autorité des chambres.

2. La concentration *maximale* du *moindre* pouvoir dans l'Exécutif

²³ La qualité des activités parlementaires fait l'objet d'une réflexion de la part de G. RIZZONI, *Parliamentarism and Encyclopaedism: Parliamentary Democracy in an Age of Fragmentation*, London, 2024.

²⁴ De nombreuses activités du gouvernement au sein du parlement ont été considérées comme une violation de l'article 72 de la Constitution italienne. Voir M. MANETTI, *La Corte costituzionale ridefinisce l'autonomia delle Camere (ben oltre i regolamenti parlamentari e l'autodichia)*, Giur. cost., 2014, n. 3, p. 21103 ss.

²⁵ L. CIAURRO, *L'emendamento premissivo omnibus: un nuovo modo di legiferare?* in *Osservatorio costituzionale*, marzo 2015, p. 1 ss.

Le contournement de la séparation des pouvoirs mais aussi de l'équilibre entre eux se poursuit également à un rythme soutenu par une forte verticalisation au sein du gouvernement, un phénomène largement répandu et qui représente un facteur important de stress pour le constitutionnalisme classique. On a également parlé de « *Executive agrandizement* », un terme qui exprime à la fois (principalement) le phénomène d'expansion des pouvoirs du dirigeant et l'expansion des pouvoirs de l'exécutif²⁶. Les deux moments se chevauchent et coexistent souvent, et produisent ensemble un effet multiplicateur en ce qui concerne la centralisation des fonctions au sein de l'exécutif et les transformations de l'équilibre des pouvoirs entre les organes constitutionnels.

C'est dans ce contexte que la question de la centralité du Premier ministre émerge aujourd'hui dans toute sa complexité. La gestion de la pandémie et la mise en œuvre du plan Next Generation EU ont contribué à consolider sa position de primauté en Italie, même si les phénomènes de centralisation en temps de crise sont courants et, dans une certaine mesure, envisagés par la Charte constitutionnelle²⁷. Mais c'est une chose d'utiliser les pouvoirs d'urgence en cas de pandémie, cela en est une autre chose d'inscrire une modification tacite de la Constitution qui revient à imposer le phénomène de la centralité de l'exécutif comme une norme non écrite, mais désormais acquise dans les rapports entre l'exécutif et le législatif et qui affecte également le système des sources, aujourd'hui subverti. Cela conduit à ce que la loi du Parlement soit régulièrement remplacée au mieux par le décret-loi²⁸ et au pire par des sources réglementaires ou par des décrets du Premier ministre²⁹, bien que pour ces derniers la Cour constitutionnelle a retenu que l'utilisation pendant la pandémie n'était pas inconstitutionnelle³⁰ et que la gestion de part de l'exécutif avait été compatible avec les conditions d'urgence³¹.

En revanche, l'élaboration et la gestion du Next Génération EU a été plus difficile à soutenir et le rôle du président du Conseil a été presque exclusif grâce à des dispositions *ad hoc* qui l'ont placé au centre

²⁶ N. Bermeo, *On democratic backsliding*, cit., 6 qui considère que l'« agrandissement de l'exécutif » doit être compris comme le phénomène qui décrit l'expansion du pouvoir d'un dirigeant au-delà des « checks and balances ». Un pouvoir qui tire un surplus de légitimité démocratique de l'élection, mais qui remet en cause les fondements mêmes du constitutionnalisme, à savoir l'équilibre des pouvoirs. Sr la verticalisation du pouvoir exécutif v. aussi P. Jensei-Monge, A. Vidal, *Propos introductif*, in EAED. (Éd.), *Du pouvoir exécutif au pouvoir gouvernante. Réflexion sur la notion de pouvoir exécutif à partir de la Ve République*, Paris, 2019.

²⁷ I. Ciolli, *La questione del vertice di Palazzo Chigi*, Napoli, 2017.

²⁸ P. Camevale, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2021, p. 42.

²⁹ Qui souvent échappent au régime ordinaire des contrôles sur les normes réglementaires, v. L. Castelli, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, Napoli, 2021.

³⁰ L'utilisation excessive des DPCM en cas de pandémie a suscité une certaine perplexité. La Cour constitutionnelle a déclaré dans l'arrêt n° 37 de 2021 : « à la suite de la propagation du COVID-19 qui, en raison de la rapidité et de l'imprévisibilité avec lesquelles la contagion se propage, a exigé l'utilisation d'instruments capables de s'adapter aux plis d'une situation de crise en constante évolution ». Dans l'arrêt n° 198 de 2021, la Cour considère les DPCM comme des « actes administratifs suffisamment typés ».

³¹ M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 109 ss. M. RUBECCHI, *I decreti del Presidente. Studio su d.P.C.m, atti normativi del governo e dinamiche decisionali*, Torino, 2022, p. 25 qui, à propos de l'imbrication des sources primaires et secondaires et du décret du Premier ministre, affirme qu'il s'agit d'une « imbrication qui met également en évidence un processus d'accompagnement lent, à la dynamique d'opposition entre la volonté de deux organes distincts tels que le gouvernement et le parlement, de modalités intégrées caractérisées par un dialogue entre la majorité et le gouvernement dont elle est l'expression, d'une part, et l'opposition, d'autre part ». Certes, la chaîne réglementaire met en évidence une relation entre les organes, même si, à mon avis, ce n'est pas une question de modalités intégrées et d'accompagnement, mais plutôt d'oppositions entre le Parlement et le gouvernement et même au sein de la majorité que le décret du Premier ministre « résout » en ce sens qu'il centralise (sans le résoudre) le conflit sur une seule figure.

des décisions³². Cette centralisation spécifique du pouvoir au sein de l'exécutif est un phénomène commun à de nombreuses démocraties représentatives et résulte d'une série de conditions politiques et juridiques. D'une part, le renforcement du sommet a été favorisé par une centralité déjà consolidée du gouvernement, constitué toutefois de majorités de plus en plus fracturées et peu cohésives qui, incapables de prendre des décisions collégiales, s'en remettent au chef. D'autre part, l'ascension du sommet est légitimée par une série de dispositions de premier rang qui réglementent et accroissent les pouvoirs de l'exécutif³³. À la prolifération des sources propres du Premier ministre – qui dépassent largement le périmètre de la pandémie et augmentent son pouvoir d'intervention dans des domaines qui étaient auparavant régis par la loi ou les règlements gouvernementaux – s'ajoute l'intervention de plus en plus fréquente du Premier ministre dans les sources gouvernementales, enlevant ainsi de l'espace collégial au Conseil des ministres³⁴.

3. *Le dépassement de la séparation des pouvoirs entendu comme surmonter la distinction fondamentale entre le législatif et le judiciaire.*

Les constitutions modernes avaient introduit la séparation des pouvoirs à la fois pour se défendre contre le pouvoir du roi et pour garantir au pouvoir judiciaire une autonomie qui le distingue de la justice divine rendue par le roi lui-même. Aujourd'hui, la situation semble s'être inversée, du moins en ce qui concerne le pouvoir judiciaire, qui est de plus en plus intrusif surtout à l'égard dans la création des normes et des règles. Non seulement le pouvoir judiciaire empiète sur le pouvoir législatif, mais une culture de la justice substantielle prévaut, que l'on croyait écartée avec l'avènement du constitutionnalisme moderne. En réalité, la justice matérielle qui opère dans le cas concret est très éloignée des garanties constitutionnelles, elle les élude même car elle efface le principe le plus fondamental sur lequel repose le droit lui-même : la sécurité juridique. Si le juge « crée » le droit, ses décisions ne sont pas prévisibles et ne remplissent pas cette fonction d'ordre qui est l'une des finalités du Nomos lui-même. Ce système d'équité a été légitimé par une référence erronée à la *Common Law*, alors qu'en réalité, même en Angleterre, les tribunaux d'équité constituent une exception aux tribunaux de *Common Law* et à l'application de la règle de droit³⁵.³⁶ Même dans

³² Le décret-loi n° 13 de 2023 a encore centralisé les compétences au sein de la cabine de contrôle. En effet, il a créé une Inspection générale du PNR à la Comptabilité générale, ce qui atténue la relation directe entre le Premier ministre et le MEF et qui pourrait s'avérer, sur le papier, tout à l'avantage du premier. Mais ce qui est important, c'est le remplacement d'un organe politique (le MEF) par un organe technique, la Comptabilité générale de l'État, même si celle-ci possède des caractéristiques très particulières et a montré à maintes reprises qu'elle était capable de résister même aux influences du Premier ministre lui-même. L'article 1, c. 4 lett. 2 et 2 bis du décret-loi 13/2023 prévoit également que l'Inspection générale du PNR peut bénéficier du soutien d'entreprises dans lesquelles l'État a une participation, ouvrant ainsi la participation également à des sujets non institutionnels.

³³ G. Zampetti, *Le attribuzioni del Presidente del Consiglio dei ministri in materia di esecuzione delle pronunce della Corte EDU : relazioni bendo-governative e rapporti con il Parlamento*, in *Politica del diritto*, 1, 2013, p. 109 ss. ; E. Catelani, *Poteri e organizzazione del governo nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei*, Pisa, 2017.

³⁴ Sur la collégialité comme élément qui caractérise l'art. 95 Cost. A. Ruggeri, *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, Milano, 1981 ; P. Ciarlo, *Commento all'art. 95*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1987 ; E. Catelani, *Commento all'art. 95*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2008.

³⁵ M. Bussani, Fiorentini, *The many faces of equity. A comparative survey of the European civil law tradition*, in *AA.VV., The concept of equity. An interdisciplinary assessment*, (éd. D. Carpi), Heidelberg, 2007, Heidelberg, 2007 affirment que « l'équité se prête à être utilisée comme miroir du rôle joué par les juristes dans le processus d'élaboration du droit », et que le système d'équité a des racines dans la Grèce et la Rome antiques et est ensuite devenu l'un des instruments du *ius commune*.

³⁶ A. Zamboni, *L'aequitas in Cicerone*, *Archivio Giuridico Fiippo Serafini*, 1966, 167-203

l'Antiquité, l'ἐπιείχεια (*epieikeia*)³⁷ et l'*aequitas* intervenaient dans des cas particuliers, toujours en opposition et à la place de l'application des règles générales³⁸. Jamais la justice matérielle et le critère de l'équité n'ont été élevés au rang de critère général.

Part III) Les garanties des droits

1. Les catalogues des droits

Je traiterai encore des rapports entre législatif et judiciaire mais cette fois en référence aux droits, dans la perspective de la « juristocracy » qui prend des proportions générales et complexes ; à la fois parce que parler des droits n'est pas différent d'une analyse des pouvoirs et parce que l'expansion des droits offre un point de vue privilégié sur l'expansion des pouvoirs de la jurisprudence, précisément sur un sujet qui est si central et si prééminent dans le constitutionnalisme contemporain³⁹.

En ce qui concerne les « nouveaux » droits et leur classification éventuelle, je pense que la subdivision en droits de première, deuxième et troisième génération est appropriée pour mettre en évidence les facteurs historiques qui ont favorisé la reconnaissance et la protection. La subdivision en quatre pour la distinction des droits proposée par le professeur Luciani et également empruntée à Schneider⁴⁰ est, à mon avis, utile pour leur analyse structurelle, mais je reste fidèle à la subdivision historique des droits qui explique le mieux, à mon avis, le rôle qu'ils ont joué dans le développement du constitutionnalisme moderne.

L'invention du droit de propriété fixe le passage du constitutionnalisme de Hobbes à celui de Locke : d'un simple contrat de défense de la sécurité du plus faible (Hobbes parle d'*homo homini lupus*) à un contrat de défense de sa propriété.

Aujourd'hui, le constitutionnalisme actuel devrait se concentrer non sur la création de nouveaux droits mais plutôt sur l'extension des droits classiques et sur l'égalité de jouissance des droits : je me réfère au droit de participation et à l'extension du droit de vote aux immigrés de la deuxième génération, qui résident sur le territoire italien, parlent notre langue et appartiennent pleinement à la communauté sociale dans laquelle ils travaillent et apportent leur contribution, même s'ils ne font pas partie de la communauté politique⁴¹. Le droit de vote doit être adapté non seulement en le leur accordant dans les élections administratives, car il s'agit d'un vote qui n'interfère pas avec la souveraineté, mais aussi pour les élections politiques, sans renoncer au binôme citoyenneté/vote, mais plutôt en s'accordant sur ce point avec des procédures plus simples de l'octroi de la citoyenneté, étant donné que de nombreux immigrés remplissent déjà certains devoirs qui renforcent la vie collective : les devoirs fiscaux et le devoir de travailler.

37 Platone, *Politico* 294 a-301 a, e *Leggi*, VI, 757 et ss. Qui distingue l'égalité matérielle, celle qui relève de la loi, et l'égalité proportionnelle, celle qui relève de la justice substantielle rendue dans les cas concrets ; pour Aristote *epieikeia* et justice ne sont pas la même chose bien qu'elles appartiennent à la même espèce, *Ética Nicomachea* Livre V, 1137 a-31-1138 a 3 et *Rhetorica* Livre I, 1374 a-1375 b.

38 Considéré, le cas échéant, comme un correctif du droit général et abstrait et non comme un canon général, V. Frosini, *La nozione di equità*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XV, Milan 1966, p. 69-70.

39 M. Luciani, *La « 'Costituzione dei diritti » e la « 'Costituzione dei poteri »*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova, 1985, p. 497 ss

40 H. P. Schneider, *Carattere e funzione dei diritti fondamentali nello Stato costituzionale democratico*, in *Dir. soc.*, 1979, 230

41 La réforme de la loi sur l'acquisition de la citoyenneté, qui en Italie est basée sur le *ius sanguinis*, a été tentée au cours de la 17^e législature lorsqu'un projet de loi a été approuvé par la Chambre des députés mais pas par le Sénat de la République (le bicamérisme parfait est en vigueur) et visait à introduire le *ius soli* tempéré et l'acquisition de la citoyenneté après un parcours éducatif et scolaire (*ius culturae*) (Sénat de la République, 17^e législature, projet de loi du 13 octobre 2015, Modifications de la loi n° 91 du 5 février 1992, Dispositions sur la question de la citoyenneté.

Je pense également au droit de propriété qui, dans la Constitution italienne, revêt une signification avancée qui tient compte de la fonction sociale de la propriété en tant que limite⁴². L'évolution des droits nationaux, qui suivent le cours de leur propre histoire, est souvent en contradiction avec la protection de la Cour européenne des droits de l'homme, qui, précisément dans le domaine de la propriété, a une vision plus protectrice à l'égard des propriétaires et n'a pas de contrainte à l'égard de l'intérêt général de la nation, reconnu au contraire par le dernier paragraphe de l'article 42 de la Constitution. Cela est ce que je voulais dire lorsque j'ai parlé du marché des droits.

Ce sont les droits sociaux qui souffrent le plus du climat de restrictions budgétaires, surtout en ce qui concerne le droit à la santé et le droit à l'éducation. Dans ces deux droits, les dysfonctionnements se manifestent surtout par une inégalité dans l'exercice de ces droits. Sur le caractère inclusif du droit à l'éducation, sur lequel c'était déjà prononcé Condorcet, aujourd'hui, ce droit représente un instrument de citoyenneté. Le droit à la santé, quant à lui, est une conquête de l'après-Seconde Guerre mondiale grâce à l'instauration de l'État de preuves et du système de santé de Beveridge, alors que les droits sociaux avaient déjà été reconnus à Weimar⁴³.

Aujourd'hui, ces droits sont remis en cause par l'idée qu'ils sont conditionnés par les ressources. La réponse à cette croyance erronée a déjà été donnée dans le rapport introductif, je dirais simplement qu'en Italie, le problème a été surmonté par l'interprétation de la Cour constitutionnelle, qui, après des périodes de décisions ambiguës et en dents de scie, a décidé d'accorder la priorité à la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales en reconnaissant finalement dans la sentence n° 275 de 2016 que les droits prévalent sur les besoins budgétaires et doivent donc être pleinement mis en œuvre.

Au cours des dernières décennies, cependant, la Cour constitutionnelle a interprété à plusieurs reprises les droits sociaux dans un sens minoré en appliquant le principe du gradualisme, lorsqu'elle doit trouver un équilibre entre la mise en œuvre des droits sociaux et la rareté des ressources financières disponibles. Il s'agit de l'un des principes les plus débattus dans le domaine de la théorie des droits sociaux.

J'observe toutefois une césure structurelle entre ces droits sociaux et de liberté et les « nouveaux » droits⁴⁴. Pensez au droit à l'eau et à l'alimentation, qui n'ont pas été formalisés dans la législation italienne, pensez plutôt aux droits reproductifs qui font l'objet d'une grande effervescence, aux droits au climat et à l'environnement, et au droit au sport, récemment inscrit dans la Constitution par la loi constitutionnelle n° 1/2023. Il s'agit de droits qui cherchent leur réalisation dans la Constitution en contournant le législateur ordinaire ou qui sont reconstruits par la jurisprudence, qui peut consister (rarement) en une interprétation du juge constitutionnel, parfois assisté par la Cour de cassation (je pense à la construction jurisprudentielle du droit à l'environnement depuis 1981 et 1987). Plus souvent, ces droits résultent d'une jurisprudence créative du juge constitutionnel ou, dans certains cas, des cours supranationales, en particulier la Cour de justice de l'Union européenne, mais aussi, dans certains cas, la Cour européenne des droits de l'homme.

2. La création des droits par la voie constitutionnelle

Dans le cas de la protection de l'environnement et de l'écosystème, l'inclusion dans la Constitution avait déjà eu lieu avec la réforme du titre V (l'article 117, paragraphe 2, lettre s) de la Constitution

⁴² L'affaire Scordino et les décisions n. 348 et 349 de la Cour constitutionnelle ont tenté de trouver une solution à une antinomie qui reste cependant un classique de la relation entre le droit national et les droits consacrés par la CEDH (Scordino v. Italie Grande Chambre 29 mars 2006 et Scordino v. Italie déc. 6 mars 2007).

⁴³ Sur les droits conditionnés par les ressources économiques, M. Midiri, *Diritti sociali e vincoli di bilancio nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in Studi Modugno, Naples, ESI, 2011, III, p. 2235-2275.

⁴⁴ S. Scagliarini, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in Rivista del Gruppo di Pisa, 2012, 22 e ss.

qui imposait au pouvoir législatif de l'État la protection de l'environnement et de l'écosystème. De plus, même avant la réforme de 2001, la jurisprudence constitutionnelle avait méritoirement reconstruit le droit à l'environnement avec la reconnaissance d'un environnement sain par le biais de l'interprétation, sur la base de la protection consacrée par l'article 9 Const. (Protection du paysage) et par l'article 32 de la Constitution (droit à la santé). Pourquoi alors une réforme adoptant de nouvelles mesures sur l'environnement alors que la jurisprudence constitutionnelle, une précédente révision en 2001 et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne avaient déjà fourni un cadre exhaustif de protection ?

La *raison*, à mon avis, réside dans l'opportunité d'avilir le texte constitutionnel. La révision constitutionnelle touche pour la première fois à l'un des principes fondamentaux, l'article 9 de la Constitution, considéré jusqu'à présent comme non révisable, car les articles 1 à 12 de la Constitution sont ceux qui précisent la forme de la République, dont l'article 139 de la Constitution stipule qu'elle ne peut faire l'objet d'une révision constitutionnelle⁴⁵. Il s'agit d'une nouvelle atteinte à la rigidité constitutionnelle, cette fois-ci d'une ampleur considérable⁴⁶. Un autre risque de cette réforme est de créer une sorte de super-principe « tyran » qui échappe au balancement avec les autres droits constitutionnels et qui est destiné à prévaloir en tout état de cause, c'est-à-dire à devenir une valeur constitutionnelle.

3. Les générations futures et leurs intérêts

De plus, la révision insère dans la Constitution « l'intérêt des générations futures », générant ainsi une catégorie totalement incohérente sur le plan juridique⁴⁷. Le choix est donc fait d'insérer dans la Constitution une expression qui ne correspond pas à un sujet de droit, ce qui contribue également à affaiblir la normativité de la Charte constitutionnelle, ouverte à des formules vagues et éloignées du droit positif, étant donné qu'elle se réfère à des sujets qui n'existent pas encore et ne sont pas juridiquement identifiables. Il aurait été plus approprié de laisser au législateur ordinaire la possibilité d'insérer un devoir pour les générations présentes. L'insistance sur les générations futures est également un expédient pour déplacer l'attention vers une catégorie de sujets qui ne peuvent pas revendiquer leurs droits politiquement et dans les forums parlementaires, désabusant ainsi le public de la nécessité de donner la priorité à la participation politique comme moyen de revendiquer des droits, suggérant que ceux-ci peuvent plutôt être accordés d'en haut au nom d'un intérêt commun pour la protection de l'environnement.

La révision constitutionnelle la plus récente a inclus dans l'article 33 de la Constitution, consacré à la liberté de l'enseignement, de l'art et de la science, également « la valeur éducative, sociale et la promotion du bien-être psychophysique de l'activité sportive sous toutes ses formes ». Le placement à l'article 33 de la Constitution semble anormal et même dans ce cas, je ferais simplement remarquer que le bien-être psychophysique est protégé par l'article 32 de la Constitution et qu'un éventuel droit au sport pourrait trouver une protection dans cet article par le biais d'une interprétation. Cette dernière révision constitutionnelle confirme cette tendance à la prolifération des droits dont parlait Massimo Luciani et qui ne profite pas au constitutionnalisme, en déplaçant de surcroît l'attention sur le cône

⁴⁵ I. Ciolli, *La riforma costituzionale e l'introduzione della tutela dell'ambiente e delle generazioni future in Costituzione*, in A. Saccoccio (ed.), *Medio ambiente y desarrollo sostenible : protección de los bienes comunes en la era de la globalización*, Modena, 2023, 135 ss.

⁴⁶ Sur la priorité du droit à l'environnement, G. Grasso, *La révision de la Constitution italienne sur la protection de l'environnement : qu'est-ce qui pourra changer pour les questions climatiques ?* in *Italian Papers on Federalism*, 3, 2022, 53 ff. Il semble vouloir renoncer à tout équilibre en faveur des droits du climat et de la nature, M. Carducci, *Natura (diritti della)*, in *Digesto disc Pubbl. Agg.*, VII, Milan, 2017, 516.

⁴⁷ M. Luciani, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali in Diritto e società*, 2008, 145-167. V. aussi I. Ciolli, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito. Riflessioni sul tema, Bilancio comunità Persona*, 1, 2021.

des pouvoirs et des devoirs qui, dans la Constitution, constituent un entrelacement indissoluble aujourd'hui fortement déséquilibré.

D'ailleurs, en France aussi, la constitutionnalisation du droit à l'avortement (loi constitutionnelle n° 2024-200 8 mars 2024) va dans ce sens⁴⁸. Même dans le cas français, il y avait déjà non seulement la loi Veil, mais aussi une interprétation constitutionnelle claire (dès la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975) et ensuite la décision n° 2001-446 DC qui articulait l'avortement sur l'article 16 de la DDHC et le respect de la dignité humaine. Le durcissement du droit dans la Constitution ne garantit pas nécessairement une meilleure application.

En fait, il retire le droit au débat parlementaire et à une mise en balance des intérêts qui doit être politique et non juridictionnelle.

De ce point de vue, l'argument de Massimo Luciani, qui opte pour la continuation du catalogue des droits élaboré par l'Assemblée constituante et donc par le pouvoir constituant, sans aucune possibilité de l'augmenter sauf, si nécessaire, par l'interprétation constitutionnelle sans affecter le texte de la Constitution, semble répondre aussi de manière provocatrice aux révisions constitutionnelles continues qui attaquent la supériorité de la source constitutionnelle pour l'assimiler presque au droit commun (lui aussi en forte régression). Il me semble que cela s'inscrit dans une tendance plus générale de simplification du système des sources qui voit aussi la dévolution de certains domaines au droit privé. Je ne serais pas aussi radicale, mais il conviendrait certainement de limiter l'accès à la Constitution en créant un mouvement culturel chez les juristes voué à éviter qu'un nouveau constitutionnalisme ne se concentre sur la destruction d'un système de sources qui peut être amélioré et non démolé.

4. L'élaboration des droits par les juges (notamment constitutionnels) : la relation entre la législation et la juridiction

Ces dernières années, le rôle des tribunaux – en particulier des cours constitutionnelles – a été particulièrement central dans l'énucléation de (nouveaux) droits, qui est stimulée par une inertie flagrante du législateur et une multiplication des garanties de nouvelles situations juridiques subjectives⁴⁹.

En Italie, l'absence de loi sur l'euthanasie a multiplié les interventions de la Cour constitutionnelle, parfois malgré elle, mais elle a surtout mis en évidence le rôle de plus en plus actif qu'elle joue dans la forme de gouvernement, très débattue en doctrine.

⁴⁸ "Pour améliorer l'effectivité du droit à l'IVG en France, c'est sur la loi que l'effort doit porter, pas sur la Constitution qui, non seulement, le consacre déjà dans le droit à la liberté invoqué en 2001 à propos des avortements tardifs (Décision no 2001-446 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la Contraception* [dite IVG II], cons. 5), mais encore, qui est déjà irréversible par le jeu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans la mesure où la Haute instance a jugé : "Il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions. Il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles. En particulier, il méconnaîtrait la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 à la dignité humaine s'il portait aux situations légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant" (Décision n° 2005-530 DC, *Loi de finances de 2005*, 29 décembre 2005, cons. 45.) E. Zoller, » *La fin du droit national à l'interruption volontaire de grossesse aux États-Unis : Quels enseignements pour l'Étude comparative des droits ?* », *Revue française de droit constitutionnel*, 2024, 245 - 256.

⁴⁹ A. Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig und Wien, 1929, 423 qui se réfère à un droit jurisprudentiel faisant partie du système des sources. Le sujet a été récemment repris en ces termes par G. Silvestri, *op. cit.* 1127 et 1137, qui définit le pouvoir judiciaire comme un « tiers » parce que, par rapport aux pouvoirs législatif et exécutif, il recompose, retranche, clarifie et, en définitive, crée de nouvelles normes.

D'autre part, on ne peut nier que dans un contexte social en constante évolution et dans un contexte politique où le parlement perd de sa centralité, la Cour joue un rôle d'accompagnement et, dans les cas les plus frappants, supplante ou concurrence le pouvoir législatif.

La question ne concerne pas seulement les Cours constitutionnelles, qui sont certainement plus exposées au débat aujourd'hui en raison de l'espace qu'elles ont conquis sur la scène mondiale, mais l'ensemble de la fonction juridictionnelle, à tel point qu'en 1929 Alf Ross avait déjà souligné comment toute l'activité juridictionnelle peut se résumer à un « prononcé de jugements » et comment cette activité ne s'identifie généralement pas à une simple application de la loi, mais peut également contenir des éléments de nouveauté et de créativité et, dans certaines circonstances, prendre inévitablement la forme d'une création de nouvelles normes...⁵⁰. Ce n'est pas nouveau sur le front occidental, comme cela a été rappelé récemment lors d'un séminaire organisé par la Cour constitutionnelle italienne, où il a également été souligné que la relation naturelle entre la Cour et le législateur s'exprime dans des coordonnées spécifiques : d'une part, le suivi législatif des décisions du juge constitutionnel et, d'autre part, les limites que le contrôle de constitutionnalité rencontre dans le pouvoir d'appréciation du législateur. Dans le débat récent, on considère qu'il est tout à fait naturel que la Cour adapte les règles du législateur aux équilibres, aux limites et aux ajustements constitutionnels en exerçant une activité beaucoup plus nuancée et complexe que celle qui semble émerger des principes constitutionnels et qui vise à combler les interstices laissés par la norme législative au point d'en étendre et d'en préciser le champ d'application.

Il s'agit là de déséquilibres évidents dans la forme de gouvernement qui démontrent plus que jamais la relation très étroite entre les pouvoirs et les droits, entre la séparation des pouvoirs et la protection des droits : plus le Parlement jouera un rôle incisif et central et parviendra à établir un véritable dialogue, notamment avec les juges constitutionnels, qui consiste à prendre en compte et à suivre les arrêts, les ordonnances et les avertissements qu'ils adressent au législateur, plus le rôle de la Cour restera circonscrit.

En d'autres termes, la prééminence des tribunaux n'est pas toujours justifiée par un activisme juridique en soi, mais plutôt par un renoncement plus ou moins volontaire de la part des assemblées parlementaires à interpréter les besoins du corps électoral et à suivre la dynamique et l'évolution de la société. Et la crise de la représentation politique est l'une des causes les plus anciennes de cet état de fait⁵¹.

La question peut également être posée de manière classique, c'est-à-dire en se demandant dans quelle mesure l'activité de la Cour est une « rime obligatoire » et donc limitée par le législateur, et

⁵⁰ P. Carnevale, *Tre variazioni sul tema dei rapporti Corte costituzionale-legislature rappresentativo*, *Nomos*, 3, 2023, 1 ff. Le rapport entre le législateur et le juge est l'un des *topoi* de la science constitutionnelle, parmi les classiques, voir les volumes de P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana*, Bologne, 1982 et C. Mezzanotte, *Cour constitutionnelle et légitimité politique*, 1984, Naples, 2014.

⁵¹ Sur les « rime obligate », V. Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, I, 1707 ff. Le sujet est débattu depuis longtemps en doctrine et n'est donc pas d'origine récente. Dans le passé, il était principalement lié au rôle et à l'opportunité des décisions de manipulation et ce n'est que récemment qu'il a été lié à la question de l'énucléation de nouveaux droits. Dans ce dernier cas, il ne s'agit plus de l'extension d'un droit déjà conquis et réglementé par le législateur ordinaire ou constitutionnel à de nouvelles catégories de sujets, mais de la construction de nouveaux droits par le juge constitutionnel, ce qui fonde un rôle beaucoup plus incisif du juge. La doctrine est inépuisable en la matière, je me bornerai à rappeler au sujet des rapports entre juge constitutionnel et législateur ID, *Le sentenze additive et la plus récente jurisprudence de la Cour constitutionnelle (octobre 1981 – juillet 1985)*, in AA.VV, *Ecrits sur la justice constitutionnelle en l'honneur de Vezio Crisafulli*, I, Padoue, 1985, 299 ss, C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Il Foro italiano*, 1970, 153 ss, A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Foro italiano*, V, 1980, 103, ss. G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, 1684 ss, F. MODUGNO - P. CARNEVALE, *Sentenze additive, "soluzione costituzionalmente obbligata" e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del "verso" della richiesta addizione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, I, 519 ss.

dans quelle mesure le juge peut se lancer dans une opération créative qui n'est pas médiatisée par le législateur ordinaire⁵². L'avertissement de Veziro Crisafulli est aujourd'hui resté lettre morte et a été remplacé, surtout au cours des dernières décennies, par une tendance, comme l'a souligné Diletta Tega, à l'utilisation par la Cour de « rimes libres »⁵³. Cela va bien au-delà du concept des « rimes possibles » que la Cour a adoptées en d'autres occasions, dans une optique plus attentive aux espaces du législateur, mais aussi, à mon avis, au-delà du rôle assigné à la Cour constitutionnelle, surtout lorsqu'il s'agit de décisions en matière pénale, où le principe de légalité et la réserve de la loi auraient dû suggérer la plus grande prudence de la part du juge constitutionnel en matière d'interprétation, qui s'est aventuré sur un terrain impraticable, s'éloignant des solutions obligatoires pour proposer des solutions, indiquées par les juges *a quibus* comme appropriées au cas concret, congruentes et cohérentes avec les principes constitutionnels, mais qui ne se présentaient pas comme les seules possibles⁵⁴. Si les rimes obligatoires exigeaient un « détricotage des normes déjà présentes dans le système » afin de ne pas affecter le pouvoir discrétionnaire du législateur, aujourd'hui le détachement de ce modèle, qui reste néanmoins une référence indispensable, est dû à divers facteurs, dont une législation pléthorique, peu claire et pas toujours organisée qui rend difficile la reconstruction de l'identification des prescriptions législatives. Les hypothèses et les causes de l'activisme juridique de la Cour sont multiples et sont toutes imputables à la difficulté qu'éprouve la Cour à tisser un dialogue fructueux avec le législateur. En effet, celui-ci ne suit pas ou peu les suggestions plus canoniques des juges sous forme d'avertissements ou d'ajouts de principes. Ceux-ci restent le plus souvent lettre morte et laissent sans suite des demandes d'intervention sur des sujets pour lesquels le vide réglementaire est ensuite comblé par les décisions des juges au cas par cas, écornant une fois de plus le principe de sécurité juridique. À ce propos, le droit pénal fait désormais l'objet d'une réflexion constante sur la base de ce que l'on appelle le dialogue avec les juridictions supranationales et internationales, avec toutes les difficultés et les limites que cela comporte.

Le phénomène de création juridictionnelle est plus évident dans le contre-interrogatoire où la protection des droits et la « création » de nouvelles garanties sont plus fréquentes – comme le montre d'ailleurs le modèle français après l'adoption de la *Question prioritaire de constitutionnalité* – en raison du caractère plus concret des questions posées par le juge *a quo*.

Il doit être clair qu'un vide juridique ne légitime pas automatiquement l'intervention de la Cour et qu'il n'appartient pas aux tribunaux de le combler par leur propre intervention dans le cas concret, ce qui offrirait une justice limitée au cas individuel.

De plus, comme l'a soutenu Nicolò Zanon, le silence ou l'inertie du législateur dans l'acceptation d'un nouveau droit relève de son pouvoir discrétionnaire, qui s'exerce non seulement dans l'expression de nouveaux choix réglementaires, mais aussi dans la préservation tacite, au fil du temps,

⁵² D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di riaccostamento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020,

⁵³ Sentences n° 156/2020, 152/2020, 242/2019, 99/2019, 40/2019, 233/2018, 222/2018, 236/2016, ordd. n° 132/2020 et 207/2018. Plus généralement sur la question du dépassement des « rimes obligatoires » et du rapport juge-législateur, avec les notes de A. Ruggeri, *Supprimée sans délai la limite du pouvoir d'appréciation du législateur; la Cour constitutionnelle donne naissance à la réglementation préannoncée du suicide assisté (en première lecture de la Corte cost. n° 242 de 2019)*, in www.giustiziainsieme.it, 2019, 3 ss. M. D'Amico, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista Aic*, 4/2016; D. Martire, *Dalle "rimes obligatoires" alle soluzioni costituzionalmente "adeguate", albeit not "obbligate". Notes en marge de l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 40 de 2019*, in *Giur. cost.* 2/2019, 696 ss.,

⁵⁴ Ainsi, A. Vignudelli, *Il fantasma della legalità. Faits et méfaits de la Cour constitutionnelle entre le droit et la Constitution*, in *Lo Stato*, 7, 2016, 124.

des options réglementaires déjà affirmées dans le système et même dans les lacunes, et ne légitime donc pas l'innovation jurisprudentielle, même *praeter legem*⁵⁵.

Le phénomène est si répandu qu'il existe désormais un terme pour le désigner dans un sens concerné, voire négatif. Il est souvent évoqué avec les tendances les plus récentes du néo-constitutionnalisme, c'est-à-dire ce mouvement qui, à propos du thème des droits fondamentaux, considère que ceux-ci ne sont plus seulement « ceux qui sont inscrits dans la Constitution formelle », mais « tous ceux qui sont déclarés comme tels par la communauté ouverte des interprètes, à qui l'on reconnaît le pouvoir de créer, à travers une "position", de nature intellectuelle et morale, prise par l'interprète devant la règle de principe », la règle de droit objectif dont l'absence empêcherait – selon le canon positiviste qui configure un droit subjectif comme le reflet de règles de droit objectif – la reconnaissance du droit lui-même »⁵⁶. Ainsi le néo-constitutionnalisme considère que l'intervention du juge n'implique pas une création jurisprudentielle véritable et propre mais une opération normale de concrétisation interprétative de termes constitutionnels indéterminés, et qu'il s'agit toujours d'une « extraction » du système juridique d'une norme non exprimée, avec un cas fermé, qui concrétise le principe.

En outre, dans des domaines désormais sortis de la sphère des relations privées, comme la mort, la famille sous toutes ses formes et la parentalité, l'intervention publique est requise et le Parlement rencontre de sérieuses difficultés dans la médiation politique, nécessaire pour peser les différentes positions sur des questions d'une telle importance, et c'est dans ces interstices qu'un organe de garantie trouve une marge de manœuvre plus large que celle qui est attribuée par la Constitution. À cela s'ajoutent des droits nouvellement inventés comme le climat, l'accès à l'internet, la régulation de l'intelligence artificielle, sur lesquels la législation de l'Union européenne rejoint la jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour constitutionnelle, contribuant ainsi à la construction d'un *corpus* para-législatif destiné à combler le vide national.

Il y a ensuite des droits déjà connus et déjà inclus dans le texte constitutionnel qui prennent cependant de nouvelles formes et sont soumis à des changements dans le contexte historique et économique. Dans ce cas, la Cour constitutionnelle se charge de leur donner un nouvel élan. C'est le cas du droit budgétaire sur lequel l'intervention de la jurisprudence constitutionnelle a été précieuse et indispensable car elle a permis d'harmoniser ce droit – tel que révisé par la réforme constitutionnelle n° 1 de 2012 et le traité international Fiscal Compact – avec l'ensemble du texte constitutionnel.

Dans les deux cas, l'intervention du juge constitutionnel reste très rudimentaire et incomplète : alors que le législateur – bien que le sujet soit encore très débattu – est libre dans son propos, inscrivant les disciplines dans une vision politique plus large, la Cour ne peut que rester sur les traces de la décision individuelle, appréciant tout au plus les effets de l'application ultérieure de ses décisions. L'exemple de l'intervention ponctuelle de la Cour est précisément celui du droit budgétaire, dans lequel elle a fait preuve jusqu'à un certain point d'une jurisprudence contradictoire, si l'on considère qu'en l'espace d'un an, l'arrêt n° 10 de 2015 et l'arrêt n° 275 de 2016 ont fourni des interprétations

⁵⁵ N. Zanon, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 91 et seq.

⁵⁶ M. Dogliani, *(Neo)costituzionalismo : un'altra rinascita del diritto naturale ? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2010. Sur la relation entre le juge et le législateur dans une clé problématique et dans un sens critique par rapport au néo-constitutionnalisme, voir également A. Vignudelli, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, 2011 ; O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014 ; M. Luciani, *Garanzie ed efficienza della tutela giurisdizionale*, in *Diritto e società*, 2014, 433 e ss. Sur la question de la suprématie des juges R. Hirschl, *Toward Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge (Mass.) & London, 2004.

contrastées, voire opposées. L'arrêt de 2016 a clos la question de manière positive, en soulignant ce qui aurait dû être une conclusion évidente, à savoir que la protection des droits prévaut sur les contraintes budgétaires. Un autre exemple de l'inadéquation de la jurisprudence pour protéger les droits est donné dans ce cas par un droit à des prestations : le professeur de soutien dans les écoles, que le Conseil d'État a récemment et malgré la décision 275 de 2016 estimé être lié à des contraintes budgétaires⁵⁷.

La « latitude » du législateur, en effet, permet au juge de ne pas rester inerte face aux demandes des juges *a quibus* et de ceux qui font appel pour obtenir au moins une certaine justice, qui ne se limite pas à la dispenser au cas concret car la frontière entre les réponses que le juge constitutionnel offre au cas concret et celles qui innovent le système est ténue. La sentence n° 242 de 2019 est un exemple de la difficulté de trouver un équilibre, même s'il est dynamique. L'ordonnance n° 207 de 2018 avait tenté de persuader le législateur d'intervenir sur les questions de suicide assisté par le biais d'un avertissement « limité dans le temps »⁵⁸. Même cette nouvelle solution n'a pas réussi à persuader le Parlement, et la Cour a alors déclaré, avec la Sentence n° 242 de 2019, l'article 580 du Code pénal inconstitutionnel au regard de conditions qu'elle a discrétionnairement posées. Le juge constitutionnel, à nouveau sollicité (Sentence n° 135 de 2024), est ensuite revenu sur sa décision de fournir des spécifications supplémentaires et a en fait élargi la liste des candidats possibles à un traitement de fin de vie⁵⁹.

Le juge constitutionnel justifie ses actions « créatives » chaque fois qu'il considère que la protection des droits fondamentaux est en jeu, en rappelant que « (la Cour) *peut et doit* prendre en charge la nécessité de les éviter, en ne se limitant pas à une annulation "sèche" de la norme inconstitutionnelle, mais en puisant dans les coordonnées du système en vigueur les critères de remplissage constitutionnellement nécessaires, même s'ils ne sont pas constitutionnellement contraignants, tant que le Parlement n'intervient pas en la matière »⁶⁰. Il s'agit là d'une véritable substitution à ce dernier qui entraîne une certaine perplexité au regard de la séparation des pouvoirs. L'utilisation de la technique du « *monito* » au législateur comme une sorte de légitimation ultérieure pour intervenir au-delà des « *rime obbligate* », semble être la constante de ces décisions⁶¹.

Dans l'idée de s'ériger en défenseur des droits, le juge constitutionnel a soumis au contrôle de constitutionnalité l'acte politique par excellence qu'est la loi électorale, croyant même pouvoir franchir l'obstacle de l'absence de pertinence et éclaircir les zones d'ombre de la justice constitutionnelle afin de garantir une justice au sens concret du terme⁶².

Dans le même ordre d'idées, la question du droit au nom propose à nouveau une problématique entre le juge et le législateur au sujet de nouveaux droits ou du moins de la transformation du droit

⁵⁷ Conseil d'Etat, Sentenza no. 7089 du 12 août 2024, avec une note de F. Girelli, Inciampi estivi alla garanzia dell'assistenza scolastica per gli alunni con disabilità, *Consulta Online*, 3, 2024, 986 et ss.

⁵⁸ Comme déjà mentionné dans l'ordonnance de la cour constitutionnelle n° 207 de 2018, la conduite consistant à aider et à encourager le suicide d'une personne malade est considérée comme non condamnable dans le cas d'une « personne » (a) souffrant d'une pathologie irréversible et (b) d'une source de souffrance physique ou psychologique, qu'elle trouve absolument intolérable, qui est (c) maintenue en vie au moyen d'un traitement de maintien en vie, mais qui reste (d) capable de prendre des décisions libres et conscientes ».

⁵⁹ Dans la sentence n° 135 de 2024, la Cour constitutionnelle a précisé que les traitements de maintien en vie ne doivent pas nécessairement être instrumentaux ; il suffit qu'ils soient vitaux, c'est-à-dire qu'ils ne permettent pas au patient de survivre.

⁶⁰ Décision n° 242 de 2019, point 4 des considérants en droit.

⁶¹ N. Zanon, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3, 2021, 86 ; A. Ruggeri, *La Costituzione sotto stress. La piramide rovesciata : ovvero sia le torsioni a carico della separazione dei poteri e del sistema degli atti espressivi di pubbliche funzioni (note minime su una spinosa questione)*, in *Consulta online*, 3, 2023, *passim*.

⁶² Décision n. 1 du 2014 et 35 de 2017.

de la famille⁶³. Dix-huit ans plus tard, dans son ordonnance n° 176 de 1988, cette Cour a réaffirmé que « le système actuel d'attribution du nom de famille est l'héritage d'une conception patriarcale de la famille, qui trouve ses racines dans le droit roman de la famille, et d'une puissance maritale dépassée, qui n'est plus conforme aux principes de l'ordre juridique et à la valeur constitutionnelle de l'égalité entre les hommes et les femmes ». La Cour a rappelé en 2006 et 2007 que le contraste avec l'égalité morale et juridique des parents nécessitait l'intervention du législateur et qu'à la suite des déclarations, leur droit de choisir d'un commun accord l'attribution du nom maternel en plus du nom paternel était déjà consacré. Après un délai raisonnable, cependant, la Cour a décidé de trouver une solution puisqu'un « critère différent, plus respectueux de l'autonomie des époux, [n'avait] pas encore été introduit » (arrêt n° 286 de 2016). Ainsi, avec la sentence n° 131 de 2022, la Cour constitutionnelle affirme que « dans l'attente d'une intervention législative urgente, destinée à régler organiquement la matière, selon des critères enfin conformes au principe d'égalité » il convient d'accepter les questions de constitutionnalité qui lui avaient été soumises, « *dans les strictes limites tracées par le petitum* ». Aussi respectueuse qu'elle soit du législateur et aussi limitée que soit son intervention à l'application de l'article 3 de la Constitution, la solution dégagée par la Cour modifie le système de manière claire et nette, puisqu'à partir du seul nom paternel, les enfants sont désormais automatiquement assurés d'un double nom de famille.

Il existe également une autre manière de renforcer le rôle créatif de la Cour, qui consiste à créer un « dialogue » avec les deux cours européennes. Le fait est, cependant, que l'énucléation par l'aide ou le renvoi aux juridictions supranationales est discrétionnaire.

Comme l'a affirmé Chiara Tripolina, ce *modus operandi* met en péril la forme de l'État et du gouvernement ainsi que l'équilibre des pouvoirs⁶⁴. Bien que d'autres chercheurs affirment que la Cour ne parvient à des « rimes moins obligate » que lorsque le Parlement ne prévoit aucune forme de protection et qu'elle procède pour « compléter » ou « remplacer » la disposition déclarée illégitime en trouvant des « points de référence précis » dans le système, qui lui permettent d'envisager des solutions « déjà existantes », même si elles ne sont pas constitutionnellement obligatoires, la Cour n'est pas obligée d'adopter des « rime obligate. »

L'autre conséquence est que le jugement de constitutionnalité se transforme en jugement d'équité. Il s'agit d'une tendance qui imprègne les systèmes de justice constitutionnelle et qui s'identifie à des formes plus ou moins intenses de néo-constitutionnalisme, qui – comme l'a soutenu Susanna Pozzolo – se fonde sur la culture des droits, laissant à l'arrière-plan la limitation légale du pouvoir⁶⁵. La controverse sur le suprématisme judiciaire, qui est étroitement liée au néo-constitutionnalisme, est désormais bien connue et a suscité un débat animé dans la doctrine⁶⁶.

Il y a aussi des signes d'une tendance au retour de la Cour constitutionnelle dans ses rangs. C'est le cas du délit de diffamation par voie de presse où la Cour, dans l'ordonnance n° 132 de 2020, consciente que plusieurs projets de loi étaient déjà devant le Parlement, a décidé, dans « l'esprit d'une coopération institutionnelle loyale et dans le respect des limites de ses propres compétences », de reporter la décision sur les questions afin de permettre au législateur de régler la question.

⁶³ La sentence n° 61 de 2006, reprise par l'ordonnance n° 145 de 2007, avait mis en évidence le conflit entre le système de règles régissant l'attribution du nom de famille aux enfants et les principes constitutionnels de l'égalité morale et juridique des époux, et avait exhorté le législateur à intervenir par le biais d'une réglementation organique en la matière.

⁶⁴ C. Tripolina, *La « zone circonscrite » de non-punissabilité de l'aide au suicide. Chronique et commentaire d'un arrêt annoncé*, in *Cours suprêmes et santé*, 2, 2019

⁶⁵ S. Pozzolo, *Neoconstitutionalism and Legal Positivism*, Turin, 2001.

⁶⁶ A. Morrone, *Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2029, 251 e ss. E. Cheli, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, 4, 2019, 777 e ss. Qui rappelle comment le suprématisme est plus que volontaire en raison de l'inertie du législateur.

De même, dans la sentence n° 84 de 2006, elle avait déclaré irrecevable la question de constitutionnalité soulevée par la Cour de Florence concernant l'interdiction de l'utilisation d'embryons surnuméraires à des fins de recherche, parce qu'elle estimait que son intervention n'était pas opportune dans la mesure où il s'agit d'une question sur laquelle les oppositions au sein de la société civile sont tangibles et ne peuvent pas être atténuées par la Cour qui renvoie judicieusement à la médiation politique. C'est d'ailleurs ce qu'a souhaité la Cour constitutionnelle allemande dans son arrêt sur le climat, qui a certes déclaré la loi du Parlement insuffisante et inconstitutionnelle, mais a offert à l'assemblée un délai raisonnable pour intervenir.

Il convient également de rappeler que si le phénomène est global et que les nouveaux droits sont souvent le résultat d'une synergie entre législateurs, juges, juridictions nationales et supranationales, même à travers l'instrument de la comparaison, un nouveau mécanisme et un système d'influence circulaire se créent entre les différents pouvoirs et les différentes juridictions, ces dernières donnant naissance à ce que Fanny Jacquolot a appelé la « *dynamique universalisante de protection des droits environnementaux* »⁶⁷. Une innovation qui dépasse les schémas du constitutionnalisme classique et de la séparation des pouvoirs, augmentant une relation forte entre différents systèmes appartenant à des cultures juridiques différentes (la Cour européenne des droits de l'homme, par exemple). Le droit du climat est destiné à s'appuyer sur ce cadre et les résultats de cette nouvelle *relation* seront évalués au fil du temps.

Quant à la réglementation de l'intelligence artificielle, elle a, au contraire, été largement élaborée par la Cour de justice de l'Union européenne à travers un droit jurisprudentiel construit en interprétant les traités et les textes fondamentaux de l'Union au point de mettre en place une protection que ni le législateur européen ni le législateur national n'avaient pas préparée par voie législative⁶⁸.

Les nouveaux droits qui forment l'épine dorsale du *constitutionnalisme numérique* et qui comprennent également le droit à l'oubli et l'accès à l'internet semblent désormais être des domaines dans lesquels la décision politique a laissé le champ libre à la Cour de justice, croyant à tort qu'il s'agit de décisions techniques, alors que plus que jamais sur les nouveaux droits il est nécessaire de trouver un équilibre entre les droits et les devoirs, le rapport entre la sphère publique et la sphère privée et les limites de la puissance publique, en d'autres termes, de repenser l'État de droit et ses garanties. Bref, il s'agit de repenser le constitutionnalisme et de faire l'entrer dans le nouveau siècle, sans oublier la capacité transformatrice des garanties de l'État de droit qui peuvent encore être utilisées dans une clé post-moderne.

5. *Le constitutionnalisme des devoirs*

Depuis quelque temps, les devoirs ont été redécouverts par la doctrine italienne, même si la Constitution est très claire à cet égard et si, dans le sillage de la tradition révolutionnaire française et de la République romaine de 1849, elle considère les devoirs comme une déclinaison de la *qualité de citoyen* et non pas seulement comme une forme antagoniste des droits⁶⁹. C'est aussi en raison de cette autonomie et de leur centralité, parce qu'ils trouvent déjà leur place dans l'article 2 de la Constitution (devoirs *inderogabile* c'est à dire *indérogeables*, *impératifs*, de solidarité politique, économique et sociale) ou plutôt parmi les principes constitutionnels relatifs à la forme républicaine, qu'ils doivent être considérés comme un catalogue plutôt étroit qui peut être étendu, mais avec une prudence

⁶⁷ F. Jacquolot, *Lecture française de la révision constitutionnelle italienne en matière environnementale*, in *Cours suprêmes et santé*, 1/2022, 165.

⁶⁸ A. Pin, *The Rule of Law come problema*, Napoli, 2021 ; G. De Gregorio, *Digital Constitutionalism in Europe*, Cambridge, 2022. O. Pollicino, *Constitutional Democracy in the Age of Algorithms : The Implications of Digital Private Powers on the Rule of Law in Times of Pandemics*, in *MediaLaws*, 11 novembre 2020.

⁶⁹ G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milan, 1967, avait ouvert un débat qui s'est rapidement éteint et n'a repris qu'à une époque relativement récente.

particulière et par voie d'interprétation. En outre, le catalogue des devoirs contenus dans la Constitution italienne est détaillé et exhaustif : le canon général de l'article 2 de la Constitution est mieux précisé dans les articles 48 et 52-54 de la Constitution régis par le titre IV consacré aux relations politiques et envisage le devoir de défendre la patrie (article 52 de la Constitution), le devoir de payer les impôts (article 53 de la Constitution) et le devoir de loyauté envers la République (article 54 de la Constitution, paragraphe I) ainsi que le devoir d'exercer les fonctions publiques avec discipline et honneur (article 54, paragraphe II). La discipline constitutionnelle est précise parce qu'elle exige une prestation de la part du citoyen, et celle-ci, dans un régime démocratique, ne peut être encadrée que pour éviter qu'elle n'apparaisse comme un abus à son encontre. Les devoirs inscrits dans la Constitution italienne, issus d'une tradition constitutionnelle commune enracinée dans la fraternité, peuvent contribuer à la reconstruction d'une communauté politique unie non seulement par des droits et des revendications, mais par l'effort commun pour créer un espace politique partagé⁷⁰.

La redécouverte des devoirs implique donc l'ouverture d'une brèche dans le processus de dégradation et de régression du constitutionnalisme si bien décrit par certains constitutionnalistes et la redécouverte de principes qui, dans certaines phases historiques, ont été mis de côté mais qui peuvent être particulièrement utiles aujourd'hui pour projeter le constitutionnalisme dans l'avenir.

La régression constitutionnelle que j'ai tenté d'illustrer est telle qu'elle bouleverse les fondements du constitutionnalisme et n'en constitue pas une évolution. Les phases historiques que le rapport introductif avait illustrées ont toujours ajouté de nouveaux éléments aux fondamentaux du constitutionnalisme moderne, mais il y a ici un hiatus et une rupture qui ne peuvent pas être facilement réparés.

Il est vrai aussi que ces symptômes de la crise du constitutionnalisme, mais inhérents à sa construction même, Fraenkel les avait déjà identifiés dans les années 1970. En l'absence de correctifs, ces dérives constitutionnelles étaient vouées à la dissolution⁷¹.

Reste à savoir s'il est encore possible d'inverser la tendance. L'affaiblissement de la sphère politique empêche un mouvement fort capable d'animer le constitutionnalisme actuel, et la concurrence avec d'autres formes de pouvoir rend le défi difficile à relever. Il ne reste plus qu'à compter sur un mouvement intellectuel et culturel fort et sur la sphère des juristes qui, comme dans cette table ronde, sont convaincus de vouloir renforcer les garanties que le constitutionnalisme a apportées jusqu'à présent et d'essayer de limiter le pouvoir légitime. Cela ne suffira peut-être pas, mais cela donnera au moins un élan et une espérance aux constitutionnalistes, entendus dans le sens large donné par le professeur Massimo Luciani, que je remercie pour le stimulus que représente son riche introduction.

⁷⁰ E. Grosso, *I doveri costituzionali* in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Associazione italiana dei costituzionalisti XXIV Convegno, Napoli, 2010 ; F. Grandi, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014, 7 et seq. G. Bascherini, *Il dovere di fedeltà alla Repubblica*, Napoli, 2017.

⁷¹ E. Fraenkel., *Die repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat*, Mohr, 1958.