

MASSIMO LUCIANI
PROFESSEUR ÉMÉRITE DES INSTITUTIONS DE DROIT PUBLIC – FACULTÉ DE DROIT –
UNIVERSITÉ DES ÉTUDES DE ROME « LA SAPIENZA » –
ACADÉMICIEN DES LINCÉENS

*Les nouvelles frontières du constitutionnalisme**

Version provisoire

Sommaire

I. – Le contexte général

- I.1. – *Les cinq phases du constitutionnalisme.*
- I.2. – *Le constitutionnalisme et la « polycrise ».*
 - I.2.1. – *Le crépuscule des grandes idéologies.*
 - I.2.2. – *Les difficultés des partis et des corps intermédiaires.*
 - I.2.3. – *L'affaiblissement des identités personnelles.*
 - I.2.4. – *Le développement impétueux de la science et de la technique.*
 - I.2.5. – *La crise climatique, les migrations, les guerres.*
 - I.2.6. – *La mondialisation.*
 - I.2.7. – *L'exploration et l'exploitation de l'espace extraterrestre.*
 - I.2.8. – *La « cancel culture » et le discours « politically correct ».*

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

- II.1. – *La liberté de se donner une forme de gouvernement.*
- II.2. – *L'essentialité de la représentation politique.*
- II.3. – *Les difficultés de la représentation politique et les remèdes possibles.*
- II.4. – *Le protagonisme du pouvoir judiciaire et la position des tribunaux constitutionnels.*
- II.5. – *Les attaques à la magistrature et à son indépendance.*
- II.6. – *Les formes de gouvernement et les mutations dans les procédures de formation de l'opinion publique et du consensus politique.*

III. – Les droits

- III.1. – *Les « générations » des droits.*
- III.2. – *La classification des droits.*
- III.3. – *La multiplication des droits.*
- III.4. – *Les soi-disant droits des « générations futures ».*
- III.5. – *Les titulaires des droits.*
- III.6. – *Les nouvelles formes d'attentat aux droits fondamentaux.*
- III.7. – *Les garanties des droits.*

III.8. – *L'inégalité croissante.*

IV. – *Les devoirs*

IV.1. – *Le peu d'attention aux devoirs.*

IV.2. – *Le rapport entre droits et devoirs.*

IV.3. – *Plus de devoirs ou moins de devoirs ?*

IV.4. – *Les devoirs constitutionnels, le droit et la morale.*

IV.5. – *Les moyens pour assurer l'accomplissement des devoirs.*

V. – *En perspective*

*Rapport introductif à la XXXXe Table ronde internationale de justice constitutionnelle, Aix-en-Provence, 13 et 14 septembre 2024.

I. – *Le contexte général*

On ne découvre les « frontières » que si l'on connaît son point de départ et la position dans laquelle on se trouve. Essayons alors de définir ce que le constitutionnalisme a été et est. Et dans quel contexte général il se trouve aujourd'hui à travailler. Pour ce faire, nous devons jeter notre regard sur le passé, mais aussi sur le présent et – dans la mesure où cela a du sens d'en parler – sur l'avenir¹.

I.1. – *Les cinq phases du constitutionnalisme.*

La parabole historique du constitutionnalisme a connu quatre phases et semble en connaître, aujourd'hui, une cinquième.

i) La première, que j'appellerais du *proto-constitutionnalisme*, est celle de la pensée ancienne, à laquelle remonte déjà l'étude de deux thèmes typiquement constitutionnels tels que la forme de gouvernement et la condition naturelle commune des êtres humains (étape préliminaire pour la reconnaissance de l'égalité juridique et des droits). Le premier émerge dans le récit hérodoteen de ce que nous avons l'habitude d'appeler *lógos tripolitikós*, dans lequel Otane, Darius et Mégabyze s'interrogent sur le meilleur gouvernement pour les Perses après la mort de Cambyse². La doctrine classique des formes de gouvernement, qui allait ensuite connaître des développements fondamentaux chez Platon³, Aristote⁴ et Polybe⁵, a fait ses premiers pas à cette occasion. Le second est étudié dans la pensée stoïque romaine (qui postule la « dignité supérieure de chaque être humain »)⁶ : chez Cicéron, qui valorise l'idée d'une communion du genre humain en tant qu'uni par la raison et le langage⁷, et chez Sénèque, qui met en lumière la faiblesse commune des hommes⁸. Il apparaît ensuite dans les premiers écrivains chrétiens, qui notent que l'homme, créé à l'image de Dieu, n'est pas destiné à rester seul⁹, de sorte que

¹ Il vaut toujours, en ce qui concerne le futur, l'avertissement weberien : « der Prophet und der Demagoge nicht auf das Katheder eines Hörsaals gehören » – « le prophète et le démagogue n'ont rien à voir avec la cathèdre dans un amphithéâtre » (M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf*, éd. par W.J. Mommsen et W. Schluchter, avec B. Morgenbrod, Tübingen, Mohr – Siebeck, 1994 – 1^{re} éd. 1914).

² HÉRODOTE, *Histoires*, III, 80-83.

³ V., parmi les passages les plus importants, surtout *La République*, L. VIII, 546a ; *Le Politique*, 302, b-e ; *Les Lois*, 693 d.

⁴ Pour ne rappeler, même ici, que les passages les plus importants, *Éthique à Nicomaque*, Θ, 10, 1060 b ; *Politique*, II (Γ), 7, 1279 b . ; *Rhétorique*, I (A), 8, 1365b s.

⁵ V. surtout *Histoires*, L. VI, II, 9, 10.

⁶ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2022 (1^{re} éd. 2003), 102.

⁷ *De officiis*, I, 1, 50 : le lien qui unit les hommes « est ratio et oratio, quae docendo, discendo, communicando, disceptando, iudicando conciliat inter se homines coniungitque naturali quadam societate ».

⁸ *Ad Marciam de consolatione*, 11, 3 : « Quid est homo ? Imbecillum corpus et fragile, nudum, suapte natura inerme, alienae opis indigens, ad omnis fortunae contumelias proiectum [...] ».

⁹ AURÈLE AUGUSTIN D'HIPPONE, *De civitate Dei*, XII, 28.

la société est formée par des associés tous également portant l’empreinte de Dieu, mais tous également pécheurs.

ii) La seconde, que l’on peut nommer du pré-constitutionnalisme, est celle qui se développe dans un contexte très différent de l’ancien et plus proche de nous : phase où émergent les grandes questions de la souveraineté et de la légitimation du pouvoir.

La question de la souveraineté fait l’objet d’une longue réflexion, qui, se détachant le long du « cours naturel d’une évolution historique qui [...] n’a pas connu de fractures »¹⁰, prend le départ des grands juristes du Moyen Âge italien – Marino da Caramanico¹¹, Bartolo da Sassoferrato¹², Baldo degli Ubaldi¹³ –, désireux de garantir l’unité du pouvoir politique dans un monde de fidélités brisées, d’affirmer la suprématie du roi, en son règne (*in regno suo*), devant l’empereur, de revendiquer le droit des peuples à se donner un régime constitutionnel à leur goût, et aboutit aux *Six livres de la République* de Jean Bodin¹⁴ en ce qui concerne la réflexion sur la souveraineté intérieure et aux *De iure belli libri tres* d’Alberico Gentili en ce qui concerne la réflexion sur la souveraineté extérieure¹⁵.

La question de la légitimation du pouvoir fait l’objet des réflexions presque opposées de Machiavel (qui la résout en termes de séparation entre dimension politique et dimension morale) et des monarchomaques, comme Théodore de Bèze, Junius Brutus et

¹⁰ F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, 3^e éd., Milan, Giuffrè, 1957 (1^{re} éd. 1945), 20.

¹¹ Donner les lois pertient à l’empereur, « Sed in rege libero, qui nullius alterius potestati subiectus est, idem dicimus, scilicet ut rex ipse possit condere legem » : M. DA CARAMANICO, *Prooemium in Constitutiones Regni Siciliae*, en annexe à F. CALASSO, *I glossatori*, cit., 180.

¹² C’est chez Bartolo que nous trouvons l’affirmation de la nature artificielle de la communauté politique, affirmation qui constitue la prémisse de toute doctrine moderne de la souveraineté : « Tota civitas est una persona et unus homo artificialis » (*Tractatus de regimine civitatis*, II, r. 133).

¹³ « Suprema et absoluta potestas principis non est sub lege : unde lex ista habet respectum ad potestatem ordinariam, non ad potestatem absolutam^e ». Ainsi, commentant la constitution *Digna vox* de Théodose II, BALDO DEGLI UBALDI, *Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis libros*, in C. 1, 14, 4 *de legibus et constitutionibus*, 1. *Digna vox*, Venetiis 1572 (les *Commentaria* ont été évidemment écrits beaucoup avant, compte tenu du fait que Baldo naît en 1319 ou en 1327 et meurt en 1400), fol. 69 rb e 69 va.

¹⁴ « Il n’y a que les Princes souverains qui puissent donner loi à tous les sujets, sans exception, soit en général, soit en particulier » : J. BODIN, *Les six livres de la République*, Lyon, Jean de Tournes, 1579, L. I, Chap. X. Le lien entre souveraineté et législation, postulé déjà – comme nous l’avons vu – par Marino da Caramanico et définitivement affirmé par Bodin, est ensuite devenu un patrimoine commun du constitutionnalisme : v., par ex., J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, London, Aronsham Churchill, 1690, II, chap. X, § 132 (et aussi § 150) : « *the form of government depend[s] upon the placing the supreme power, which is the legislative* ».

¹⁵ A. GENTILI, *De iure belli libri tres*, éd. T. E. Holland, London, MacMillan, 1877 (1^{re} éd. 1598), 11 : les États sont tous « partes aequales » exactement en tant que souveraines au même titre.

François Hotman (qui la résolvait en termes de reconnaissance aux nations du droit de résistance au pouvoir tyrannique)¹⁶.

iii) La troisième est celle du *constitutionnalisme* proprement dit. Ses graines avaient déjà été plantées auparavant, mais cette phase ne parvient à s'ouvrir qu'en présence de conditions spécifiques, économiques, politiques et culturelles. Le développement de l'économie capitaliste et la naissance d'une bourgeoisie productive plus forte et émancipée réclament une organisation institutionnelle plus adaptée à la nouvelle réalité des rapports matériels de force : comme l'avait précisément entendu Weber¹⁷, l'indétermination du cadre institutionnel médiéval était incompatible avec la sécurité réglementaire nécessaire à l'investissement des capitaux.

Mais ce n'est pas – celui-là – le seul facteur décisif¹⁸. Le développement des États nationaux mobilise d'énormes énergies sociales et associe dans la vie des différents pays des groupes de plus en plus larges de la population (appelées au moins à combattre au nom du roi), qui finissent par prendre conscience d'avoir besoin de droits à opposer au même souverain, contre lequel ils doivent être revendiqués. La modernité, à son tour, est imprégnée d'une culture de la science et de la certitude qui, bien que liée à une aspiration à l'avancement de la pensée rationnelle déjà manifestée au Moyen Âge¹⁹, est portée à ses développements les plus cohérents par les Lumières. De cette culture émanait aussi la volonté de formaliser les rapports entre gouvernants et gouvernés par des pactes spéciaux, des chartes des droits, des véritables « constitutions », pour lesquelles le constitutionnalisme a lutté.

La quatrième étape est celle du *néo-constitutionnalisme*. Il est difficile de dire de quoi il s'agit, bien qu'il existe de nombreuses idées communes à divers auteurs (Ronald Dworkin ; Robert Alexy ; Gustavo Zagrebelsky ; Peter Häberle ; Carlos Nino ; Antonio Baldassarre, etc.) qui permettent de les unir sous cette étiquette²⁰. Certaines de ces idées, même si elles ne sont pas toutes partagées par tous, sont particulièrement emblématiques :

¹⁶ La limite du droit de résistance est néanmoins l'anarchie : on ne peut pas se révolter si on n'est pas capable de donner un ordre au Pays : T. DE BÈZE, *Du droit des magistrats sur leurs sujets*, s.l. e s.e., 1575, 80 ; F. HOTMAN, *Franco Gallia*, nouvelle éd. (1^{re} éd. 1573), Francofurti, Wecheli, 1586, 91 (l'édition française, très peu successive à la première, latine, date de 1574, et est publiée par la maison Hierome Bertulphe, à Cologne) ; STEPHANUS JUNIUS BRUTUS CELTA, *Vindiciae contra tyrannos*, Edimburgi, s.e., 1579, 32.

¹⁷ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, éd. critique Winkelmann, 1956, trad. it. coord. par P. Rossi, *Economia e società*, 2^{ème} éd. it., Milan, Comunità, 1968, I, 218 ; II, 85 ss.

¹⁸ En exalte l'importance N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Calcolabilità giuridica*, éd A. Carleo, Bologne, Il Mulino, 2017, 21 ss. La liaison entre sécurité juridique et capitalisme on la trouve aussi en F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, 424 ss., maintenant in *Discorsi intorno al diritto*, Padoue, Cedam, 1937, 179, et M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, 2^e éd., Milan, Giuffrè, 1979, 189 ss.

¹⁹ M. ASCHERI, *Spunti sulla certezza del diritto nel Medioevo*, in *Historia et ius*, n° 3/2013, 1 ss.

²⁰ Certains préfèrent parler, plutôt, de « néo-constitutionnalismes » au pluriel : v., par ex., L. PRIETO

a) l'avènement de l'État *constitutionnel* de droit, caractérisé par la rigidité de la constitution et le contrôle de constitutionnalité des lois, imposerait une révision des catégories traditionnelles du constitutionnalisme (élaborées dans la condition historique différente de l'État de droit) ;

b) il y aurait un lien intime entre droit et morale (d'où, par exemple, chez certains auteurs, la reprise de la prémoderne doctrine de la guerre juste)²¹ ;

c) il serait nécessaire de distinguer les principes et les règles et la distinction entre les uns et les autres conditionnerait leur application, car – comme le disent certains néo-constitutionnalistes – « aux règles on obéit, aux principes on adhère »²² ;

d) la juridiction ne devrait pas se contenter d'appliquer le droit positif, mais devrait rendre des prestations de justice substantielles et notamment trouver « la solution la mieux adaptée aux motifs de l'affaire »²³, en recherchant la « *norme régulatrice adaptée au cas et au droit* »²⁴ ;

e) les relations entre les sources seraient régies par des critères non seulement formels, comme dans Kelsen²⁵, Hart²⁶, Carré de Malberg²⁷, Orlando²⁸ et en général dans la doctrine positiviste, mais aussi substantiels²⁹ ;

SANCHÍS, *Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)*, in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010), 461 ss., trad. it. par L.M. Guzzo, *Neocostituzionalismi. Un catalogo di problemi e di argomenti*, Naples, ESI, 2017.

²¹ V. les positions paradigmatiques de M. WALZER, *Just and Unjust Wars : A Moral Argument with Historical Illustrations*, 5^e éd., New York, Basic, 1992 ; ID., *The Aftermath of War : Reflections on Jus Post Bellum*, in *Ethics beyond War's End*, éd. E. Patterson, Washington DC, Georgetown Univ. Press, 2012, trad. it. par G. Mattei, *Le conseguenze della guerra. Riflessioni sullo jus post bellum*, Sesto San Giovanni, Mimesis, 2017 ; B. OREND, *The Morality of War*, 2^e éd., Petersborough, Broadview Press, 2013.

Je me permets de renvoyer, pour une critique, à mon *Rapport italien* à la XXXIX^e Table ronde internationale de justice constitutionnelle, en cours de publication.

²² G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milan, Giuffrè, 1994, 186. Cette position est manifestement liée à la distinction entre principes et règles conçue par R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard Univ. Press, 1977, trad. it. par F. Orlandi, *I diritti presi sul serio*, Bologne, Il Mulino, 1982, spéc. 90 ss.

²³ A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del « sistema dei sistemi » come problema*, in *Rivista AIC*, n° 2/2014, 18.

²⁴ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologne, Il Mulino, 2009, 179 (italiques dans l'orig.).

²⁵ « Les principes logiques en général et le principe de non-contradiction en particulier peuvent être appliqués à des propositions qui décrivent les normes juridiques » : H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960, trad. it. par M. G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Turin, Einaudi, 1966, 232.

²⁶ « Dire qu'une norme est valide signifie reconnaître qu'elle a passé toutes les preuves établies par la norme de reconnaissance » (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, London, Oxford Univ. Press, 1961, trad. it. par M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Turin, Einaudi, 1965, 121).

²⁷ « Le droit public français [...] ne s'attache qu'à la forme. [...] une règle, quelle qu'elle soit, ne peut constituer une loi véritable et parfaite que si elle a été émise en forme législative » : R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1922, t. I, 331.

²⁸ V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Florence, Barbèra, 1889, 184 ; 221.

²⁹ Exemple la position de A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle*

f) le texte, plus qu'une contrainte infranchissable pour l'interprète, serait pour lui un pré-texte (dans le double sens qu'il vient avant le texte final énoncé justement par l'interprète et constitue seulement un des facteurs, avec beaucoup d'autres, qui permettent à l'interprète d'énoncer – ou plutôt de créer –, avec le texte final, la norme)³⁰ ;

g) les constitutions seraient des dépôts de valeurs qui, en tant que telles (et non en tant que principes constitutionnels, ce que, à mon avis, ils sont) devraient être traités par l'interprète³¹.

v) La cinquième (et souhaitable) étape, dont nous avons quelques signes, mais qui n'a pas encore été consolidée, est celle que l'on peut nommer du *constitutionnalisme reconstitutif*, dont la tâche est de récupérer, tout en les adaptant à la condition juridico-politique actuelle, les vénérables catégories du constitutionnalisme classique, si gravement compromises par la vague encore hégémonique du néo-constitutionnalisme³².

Le pas vers cette nouvelle phase est nécessaire parce que le néo-constitutionnalisme n'a rempli aucune des promesses qu'il avait faites. Il prétendait être un instrument analytique nouveau, apte à comprendre la contemporanéité et en particulier l'expérience de l'État constitutionnel de droit, mais il s'est révélé une réédition de la doctrine du droit naturel, en en reprenant presque tous ses traits caractéristiques (l'idée des droits détachés de l'histoire et immanents à la condition humaine ; l'équité ; la méfiance pour la loi positive et même pour la politique en général). Il prétendait être l'instrument adapté à la compréhension de l'État constitutionnel de droit, mais celui-ci, au moins dans l'expérience euro-continentale, s'est configuré comme la traduction juridique et politique du modèle social européen, caractérisé par une intention égalitaire et progressive qui, pour sa réalisation, fait appel précisément à cette politique visant le futur que le néo-constitutionnalisme sous-estime. Il voulait être un aboutissement de la spéculation juridique et politique, en répliquant – en substance – l'idée de la fin de l'histoire lancée au début des années 1990 par Francis Fukuyama³³, mais il a dû prendre acte que cette

fonti normative, Milan, Giuffrè, 1977, 240 et s., selon lequel le critère ordonnateur des rapports entre les sources serait aussi celui de la « qualité de préciosité [pregevolezza] normative » (Ruggeri lui-même, par ailleurs, nie que cette thèse puisse être encadrée dans une conception généralement substantialiste –« pansostanzialistica » –: *ibid.*, 308).

³⁰ Une critique analogue in N. IRTI, *Diritto incalcolabile*, Turin, Giappichelli, 2016, 85.

³¹ Le souteneur plus attentif de cette (non partageable) position est A. BALDASSARRE, *Idéologie costituzionali dei diritti di libertà*, in *Dem. dir.*, 1976, 296 ; ID., *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 658.

³² J'ai cherché d'argumenter les raisons de cette nouvelle phase in M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milan, Giuffrè – Francis Lefebvre, 2023, spéc. 3 et s.

Des exemples d'attention pour la récupération des principes traditionnels du constitutionnalisme sont parmi d'autres, dans la doctrine italienne, A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Turin, Giappichelli, 2011 (en ce qui concerne le rapport entre l'interprète et la loi) et O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Naples, Jovene, 2010 (en ce qui concerne la forme de gouvernement).

³³ F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, New York, The Free Press, 1992.

idée (déjà très faible à l'origine)³⁴ a été durement démentie par l'histoire, parce que l'histoire « implique l'avenir »³⁵. Il voulait élargir considérablement le patrimoine des droits, mais il ne s'est pas rendu compte que ce n'est pas une opération indolore : tous les droits coûtent, économiquement³⁶ et socialement (tous les citoyens n'apprécient pas tous les droits et l'élargissement du catalogue peut engendrer un malaise ou un conflit social) ; tout nouveau droit implique l'imposition – aux sujets qui y sont confrontés – d'une condition de sujétion³⁷ ; tout nouveau droit modifie la position relative des droits préexistants en déplaçant les termes de la comparaison en cas de conflit avec d'autres droits ou intérêts sociaux concurrents³⁸.

Le néo-constitutionnalisme s'est surtout révélé une tentative de revanche aristocratique, menée à travers la critique radicale de la normation démocratique et l'exaltation de la fonction juridictionnelle, en effaçant les frontières entre le « dire » (*iuris-dictio*) et le « faire » (*legis-latio*) la loi. Dans certaines des reconstructions les plus savantes (je pense à celle – très chanceuse surtout parmi les historiens du droit – de Paolo Grossi)³⁹, par ailleurs, la critique de la loi est présentée sous des formes même démocratiques, le droit n'étant pas conçu comme une création artificielle et volontariste du pouvoir constituant d'abord et du pouvoir constitué ensuite, mais comme un édifice construit progressivement et dans l'histoire, grâce à la force ordonnatrice de

³⁴ Dans cet écrit, bien que des considérations non triviales se développent sur certaines questions fondamentales de la théorie politique, il s'argumente sur la base d'un croisement pour le moins désinvolte entre la philosophie hégélienne de l'histoire, des doctrines anthropologiques, des hypothèses psychologiques non démontrées, etc.

³⁵ Ainsi, reprenant la pensée de Marx, H. ARENDT, *Denktagebuch. 1950-1973*, München, Piper, 2022, trad. it. par C. Marazia, *Nel deserto del pensiero. Quaderni e diari. 1950-1973*, Vicenza, Neri Pozza, 2007, Cahier XXV, 66.

³⁶ La thèse, bien connue à la doctrine italienne (v., par ex., M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi Mazziotti*, Padoue, Cedam, 1995, II, 121 ss. ; ID., *Laterna Magika. I diritti « finanziariamente condizionati »*, in *Riv. Corte conti*, n° 1-2/2018, 647 ; F. RIMOLI, *Retorica dei diritti e retorica dei doveri : qualche considerazione « scomoda »*, in *Lo Stato*, 2017, 71 ss., maintenant in ID., *Dei diritti e dei doveri. Percorsi controvento. Raccolta di saggi*, Naples, ES, 2022, 70 ss.), a obtenu écho international seulement avec l'écrit de S. HOLMES – C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York – London, W.W. Norton, 1999, *passim*.

³⁷ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte Generale*, Padoue, Cedam, 2003, 26 et s.

³⁸ M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione « conforme a »*, in *Foro amm.*, suppl. au n° 7-8/2007, *Il ruolo del giudice. Le magistrature supreme*, éd M.A. Sandulli, 87 ss. ; ID., *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. – Annali*, Vol. IX, Milan, Giuffrè, 2016, 458 ; R. BIN, *I diritti di chi non consuma*, in *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, éd. G. Cocco, Milan, 2010, 95 et s. ; ID., *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in *Studi in onore di Luigi Costato*, Naples, Jovene, 2014, vol. III, 78 s.

³⁹ V., en particulier, P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Rome – Bari, Laterza, 2015, *passim* ; v., aussi, pour le profil de l'interprétation juridique comme « invention » (découverte) de normes vivant dans le corps vivant de l'ordonnement, P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Rome – Bari, Laterza, 2017, spéc. 5 et s. ; ID., *Giustizia come legge o legge come giustizia ? Annotazioni di uno storico del diritto*, in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, 3^e éd., Milan, Giuffrè, 2007, 23.

l'autorégulation sociale⁴⁰. Mais, de cette façon, on néglige beaucoup de choses : a) dans une société complexe comme la nôtre, l'autorégulation ascendante est rendue difficile par les conditionnements insidieux et profonds que de multiples pouvoirs publics et (surtout) des pouvoirs privés difficilement contrôlables exercent sur les consciences et donc sur l'opinion publique ; b) les sources coutumières sont le fruit d'anciennes stratifications sociales et s'en remettre à elles ne signifie pas du tout « libérer » des énergies sociales réprimées, mais – au contraire – consolider d'anciennes positions de pouvoir ; c) les Lumières politiques et la modernité juridique aspiraient à remédier précisément à cette condition en remettant entre les mains des peuples leur destin ; d) l'instrument pour se réapproprier ce destin était la loi, en tant qu'expression de volonté démocratique ; e) contester le caractère prescriptif immédiat de la loi et postuler l'essentialité de l'intermédiation interprétative du juge signifie mortifier cette aspiration au gouvernement démocratique des rapports sociaux.

En réalité, l'exaltation de la *coutume*, de la *tradition*, du *law of the land* est un thème très ancien (à tel point qu'il était présumé par la structure aristocratique de la forme de gouvernement dessinée par Platon). Au-delà des bonnes intentions dont on peut être animé, exalter la prétendue naturalité des rapports juridico-sociaux est une attitude antimoderne et sert objectivement à la primauté de l'économie sur la politique, du marché (entendu comme *locus naturalis*) sur la politique (entendue comme *artificium*).

Ce n'est pas par hasard si Hotman, dans la *Franco-Gallia*, admirait les traditions des Germains et méprisait Rome⁴¹, tandis que les démocrates révolutionnaires français et états-uniens ont fait tout le contraire en se votant (dans le sillage de Rousseau et des *Founding Fathers*)⁴² au culte de Rome, que nos ancêtres voyaient mère du droit, d'un droit voulu et pas seulement subi. Le *nómos* s'était fait loi politique déjà à Athènes, peut-être déjà avec Solon, mais plus probablement avec Clisthène⁴³, libérant ainsi le droit

⁴⁰ Le véritable signe idéologique (aristocratique) de telles positions est mis en lumière par N. IRTI, *Un Maestro controrivoluzionario*, in *Riv. dir. civ.*, n° 1/2024, 1 et s.

⁴¹ Il faut par ailleurs rappeler que la doctrine française de l'époque était divisée quant à l'utilisabilité du droit romain : M. CARVALE, *Alle origini del diritto europeo*. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna, Bologne, Monduzzi, 2005, 135.

⁴² Il suffit de rappeler que pour Rousseau, Sparte et Rome avaient été les « Gouvernements les mieux constitués » (*Contrat social*, L. III, Cap. XI) et que pour Hamilton « the Roman republic attained to the pinnacle of human greatness » (*The Federalist Papers*, n. 34). Il est digne de note aussi le fait que Benjamin Franklin ait publié, en 1744, la traduction anglaise du *De senectute* de Cicéron, espérant que d'autres traductions de classiques suivront bientôt (on peut lire le texte en ligne : <https://quod.lib.umich.edu/cgi/t/text/text-index?c=evans;cc=evans;rgn=main;view=text;idno=N04335.0001.001#h4>).

⁴³ Dans le sens que l'autonomisation était déjà intervenue avec Solon, J. DE ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque. Des origines à Aristote*, Paris, Les Belles Lettres, 2001, trad. it. par E. Lana, *La legge nel pensiero greco. Dalle origini ad Aristotele*, Milan, Garzanti, 2005, 17 ss. Que celui de Solon fût encore *nómos* divin le dit – en revanche – M. GIGANTE, *NOMOS BASILAEYS. Con un'appendice*, Naples, Bibliopolis, 1993, 34.

humain de son substrat religieux et abandonnant cette condition archaïque – typique de toutes les cultures primitives – où « le religieux occupe toute la place »⁴⁴ et ne laisse aucun rôle autonome à la dimension proprement juridique. Ce n'est qu'à Rome, cependant, que cette dimension juridique s'étend démesurément, non pas en se limitant à des préceptes généraux de coexistence civile, mais en embrassant les espaces minuscules des rapports entre les particuliers et en accompagnant la vie des êtres humains de la naissance à la mort.

Comme l'a intelligemment écrit Riccardo Orestano à la fin des années 1930, ce n'est que « dans les trois derniers siècles de la république que se pose en termes précis la notion d'un *ius* fondé sur des normes de création humaine, dont la tutelle est également placée sous l'autorité de pouvoirs terrestres »⁴⁵, et même quand aujourd'hui on met en lumière le « fort substrat éthique » du droit romain⁴⁶ ou le fait que « le contenu de la même norme de production humaine ne pouvait pas être arbitraire, mais devait correspondre à des principes fondamentaux dictés par un élément supérieur dans l'âme de l'homme »⁴⁷ en considérant (dans une perspective franchement stoïcienne) que tant les dieux que les hommes sont également soumis à un « élément directeur rationnel »⁴⁸, on ne peut nier pour autant le processus de sécularisation du droit, ni la conquête de la législation par le genre humain, quoiqu'elle doit être exercée dans les limites dictées par la *ratio*. Les révolutionnaires français et américains s'adressaient donc à juste titre à l'idée de Rome, car ils étaient plongés dans la modernité et voulaient assurer aux êtres humains le contrôle de leur destin, en les libérant de la tradition, de l'usage, des pratiques sociales établies et en exaltant au contraire la capacité politique de faire des projets en tant qu'art de transformation du monde.

Le constitutionnalisme est né avec des aspirations précises, qui ne peuvent être trahies : fonder un pouvoir légitime ; limiter ce pouvoir, aussi légitime soit-il, afin d'en éviter l'arbitraire (la première chose – il faut faire attention – précède la seconde, et c'est pourquoi le constitutionnalisme est avant tout une science du *pouvoir* et seulement ensuite une science des *droits*).

Les instruments que le constitutionnalisme a élaborés pour atteindre ces objectifs sont multiples : la théorie du pouvoir constituant, qui récupérait certains concepts politiques

⁴⁴ M. GAUCHET, *Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, Paris, Gallimard, 1985, 22. Mais v., avant lui, L. DUMONT, *Essais sur l'individualisme*, Paris, Seuil, éd. rév., 1991 (1^{re} éd. 1983), 46.

⁴⁵ R. ORESTANO, *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, in *BIDR*, 46, 1939, 267.

⁴⁶ T. DALLA MASSARA, *Intervento*, in *Giudaismo e romanità. A partire dall'Herodias di Flaubert*, Milan, BookTime, 2022, 46.

⁴⁷ A. MANTELLO, « *Ius hominum* » in *Cicerone*, in *Studi Senesi*, 85, 1973, maintenant in A. MANTELLO, *Variae*, t. I, Lecce, Grifo, 2014, 215.

⁴⁸ A. MANTELLO, « *Ius hominum* » in *Cicerone*, cit., 224.

typiques de l'*ancien régime*⁴⁹, mais les renversait dans leur contraire (que l'on pense au passage de la légitimation du pouvoir par le Dieu dans les cieux à celle par le peuple qui s'est fait Dieu sur la terre) ; la séparation des pouvoirs, mécanisme nécessaire pour distinguer normativement les deux fonctions essentielles de l'État (produire la loi et l'appliquer)⁵⁰ et donc pour limiter le pouvoir de leurs titulaires respectifs ; les droits comme contenu principal⁵¹ du pacte entre gouvernants et gouvernés ; la constitution – surtout ! – en tant qu'instrument juridique et politique permettant de formaliser les acquis obtenus et de projeter dans l'avenir l'attente de nouveaux acquis. Tels étaient les instruments originaux et ceux-ci doivent rester *nos* instruments, si nous voulons récupérer la logique originelle du mouvement extraordinaire (à la fois politique et de pensée) dont nous devons nous sentir partie sans en disperser l'héritage.

I.2. – *Le constitutionnalisme et la « polycrise ».*

Le constitutionnalisme actuel opère dans un monde de risques globaux multiples, jamais expérimentés dans le passé dans cette mesure et dans cette complexité. Il y a déjà trente ans, Edgar Morin avait mis en lumière l'existence d'une « polycrise »⁵², c'est-à-dire d'un « ensemble polycrisique où sont entremêlées et enchevêtrées crise du développement, crise de la modernité, crise de toutes les sociétés [...] »⁵³. Un « ensemble » dans lequel aucune des différentes crises n'est hiérarchiquement plus importante que les autres, mais toutes – se superposant l'une à l'autre – s'alimentent réciproquement. La réflexion était clairvoyante, mais ce n'est qu'aujourd'hui que le concept de crise multiple se manifeste avec une plénitude de contours et a commencé à recueillir le succès, en particulier (mais pas seulement) dans le monde anglo-saxon⁵⁴. Même le *Global Risks Report 2023* – élaboré par le World Economic Forum – parle d'un « cluster of related global risks with compounding effects, such that the overall impact exceeds the sum of each part »⁵⁵ et propose une liste de 35 facteurs de risque, liste qui pêche néanmoins par défaut, puisqu'il manque – par exemple – le risque résultant des manipulations du génome humain et de l'enchevêtrement entre ces techniques manipulatrices et les apports de l'intelligence artificielle. Il s'agit de risques d'une

⁴⁹ B. DE JOUVENEL, *De la souveraineté*, Paris, Génin, 1955, trad. it. par E. Sciacca, *La sovranità*, Milan, Giuffrè, 1971, 212.

⁵⁰ Les fonctions de l'État sont *logiquement* deux (G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, Nicolaische Buchhandlung, 1821, §287) et seulement *historiquement*, là aussi grâce à une conquête du constitutionnalisme, elles deviennent trois (avec l'autonomisation de la juridiction de l'administration).

⁵¹ Mais pas le seul : nous dirons plus loin qu'il comprend également les devoirs

⁵² E. MORIN, *Terre-Patrie*, Paris, Seuil, 2010 (1^{re} éd 1993), 125.

⁵³ E. MORIN, *Terre-Patrie*, cit., 126.

⁵⁴ V., par ex., A. TOOZE, *Welcome to the world of the polycrisis*, in *Financial Times*, 28 octobre 2022.

⁵⁵ *Global Risks Report 2023*, 9 (on peut le lire en ligne : https://www3.weforum.org/docs/WEF_Global_Risks_Report_2023.pdf).

ampleur énorme, qui, en reprenant objectivement les inspirations d'Edgar Morin et d'Ulrich Beck (mais sans jamais les nommer, confirmant le désintérêt d'une certaine culture anglo-saxonne pour la culture européenne-continentale)⁵⁶ Nouriel Roubini a notamment défini *Megathreats*, en en identifiant (dans une perspective essentiellement économique) dix : la crise de la dette publique et privée⁵⁷ ; les faillites publiques et privées⁵⁸ ; le vieillissement de la population⁵⁹ ; les effets pervers du cycle économique et l'inadéquation des réactions publiques⁶⁰ ; la stagflation possible⁶¹ ; l'instabilité financière⁶² ; la déglobalisation⁶³ ; l'intelligence artificielle⁶⁴ ; la nouvelle guerre froide (entre les États-Unis et la Chine)⁶⁵ ; la crise climatique⁶⁶.

Des risques multiples se superposent donc et le seul fait de se superposer sert de multiplicateur, avec la conséquence que le risque total est beaucoup plus élevé que la simple somme des risques particuliers. Prenons l'exemple du changement climatique, dont nous parlerons plus loin : plus le changement climatique s'accentuerait, moins il serait possible de prévenir les grandes migrations induites par la désertification ; moins on prévoyait les grandes migrations, plus le problème social et économique de la cohabitation entre groupes s'aggraverait, mais malheureusement sans la solution du simple appel à la rationalité et à la tolérance ; plus cela se produirait moins la résistance des régimes démocratiques serait forte et plus il serait difficile d'empêcher les régressions autoritaires des systèmes politiques ; plus les tentations autoritaires se répandraient, plus les dangers liés aux nouvelles technologies s'aggravaient, technologies que les régimes non démocratiques pourraient utiliser à des fins de contrôle autoritaire ; plus cela se produirait, plus on multiplierait les possibilités de guerre, etc. On a engendré, en somme, une complexité systémique.

C'est dans cette complexité systémique que se trouve le constitutionnalisme contemporain, appelé à donner des réponses tout aussi complexes aux questions qui en sont posées. Mais voyons les principaux éléments du contexte à partir desquels la complexité systémique est caractérisée.

⁵⁶ La même idée de la superposition et du renforcement mutuel des menaces, qui fut celle de Morin, est reprise sans mentionner son œuvre bien connue : N. ROUBINI, *Megathreats. Our Ten Biggest Threats, and How to Survive Them*, London, John Murray, 2023 (1^{re} éd. 2022), 5.

⁵⁷ Que Roubini lui-même avait intelligemment prévu bien avant l'éclatement de la « bulle » de 2008. (N. ROUBINI, *Megathreats*, cit., 11 ss.).

⁵⁸ N. ROUBINI, *Megathreats*, cit., 30 et s.

⁵⁹ N. ROUBINI, *Megathreats*, cit., 59 et s.

⁶⁰ N. ROUBINI, *Megathreats*, cit., 30 et s.

⁶¹ N. ROUBINI, *Megathreats*, cit., 87 et s.

⁶² N. ROUBINI, *Megathreats*, cit., 113 et s.

⁶³ N. ROUBINI, *Megathreats*, cit., 144 et s.

⁶⁴ N. ROUBINI, *Megathreats*, cit., 167 et s.

⁶⁵ N. ROUBINI, *Megathreats*, cit., 189 et s.

⁶⁶ N. ROUBINI, *Megathreats*, cit., 216 et s.

I.2.1. – *Le crépuscule des grandes idéologies.*

Le thème est daté. Déjà en 1960, Daniel Bell publiait un livre dans lequel il proclamait la « fin de l'idéologie », enregistrant surtout la perte de charme du marxisme⁶⁷. Il s'agissait d'une analyse en partie discutable (comme lorsqu'il affirmait que « dans presque toutes les sociétés modernes [...] le pouvoir politique prend le dessus sur le pouvoir économique »)⁶⁸ et en partie viciée par une antipathie confessée à l'idéologie critiquée⁶⁹, mais elle entendait avec précision une tendance, une évolution des sociétés démocratiques de l'Occident développé. C'était une « prophétie prématurée »⁷⁰ bien sûr, mais bien que les choses n'étaient pas encore dans la condition décrite par Bell, elles s'y seraient rapidement trouvées.

Cette analyse peut donc être considérée comme plus ou moins convaincante, mais c'est un fait que le processus de sécularisation sur le plan religieux, amorcé avec l'avènement même de la modernité, et celui de désenchantement politique, accéléré avec la chute du Mur de Berlin, ont conduit à la disparition des grandes constructions idéologiques. Il s'agit alors de bien comprendre s'il y a vraiment des nouveautés et si oui quelles elles sont. Mais avec une précision préalable : que nous allons réfléchir sur la condition culturelle et politique spécifique de l'Occident, parce que dans d'autres parties du monde, les choses vont – visiblement – de manière très différente.

Le vocable « idéologie » est utilisé aujourd'hui de manière très différente de celui que proposait à l'origine Destutt de Tracy, qui en faisait coïncider substantiellement le concept avec la gnoséologie, vue du côté du sujet (« Idéologie me paraît le terme générique, parce que la science des idées renferme celle de leur expression et celle de leur déduction »)⁷¹. Les idéologies, aujourd'hui, sont entendues comme des croyances ou des visions générales du monde, des *Weltanschauungen* holistiques, car elles comportent « une vision globale de la réalité »⁷² conformément à laquelle nous nous orientons dans le monde lui-même, également dans le but de le changer (parce que « l'idéologie est la conversion des idées en leviers sociaux »)⁷³. L'idéologie en crise radicale semble la « grande » idéologie, et c'est une précision importante, car sinon la proclamation de la fin de l'idéologie finirait par être elle-même rien d'autre qu'idéologie. On pourrait

⁶⁷ D. BELL, *The End of Ideology. On the Exhaustion of Political Ideas in the Fifties*, 4^e éd, Harvard Univ. Press, 1988 (1^{re} éd. 1960), trad. it. par S. D'Amico, *La fine dell'ideologia. Il declino delle idee politiche dagli anni Cinquanta ad oggi*, Milan, SugarCo, 1991, 11 ; 462.

⁶⁸ D. BELL, *La fine dell'ideologia*, cit., 457.

⁶⁹ D. BELL, *La fine dell'ideologia*, cit., 457.

⁷⁰ Ainsi G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Milan, Rizzoli, 1993, 273.

⁷¹ A.-L.-C. DESTUTT DE TRACY, *Éléments d'idéologie*, I, *Idéologie proprement dite*, 3^e éd., Paris, Courcier, 1817 (1^{re} éd. 1804), 4 s., nt. 1.

⁷² En ce sens, F. VIOLA, *Fine dell'ideologia o nuove ideologie ?*, in *Ragion pratica*, 1996/7, 21.

⁷³ D. BELL, *La fine dell'ideologia*, cit., 459.

cependant objecter qu'au moins deux « grandes idéologies », le féminisme et le néolibéralisme, survivraient et auraient – même – une importance considérable dans le débat public⁷⁴. Cependant, le féminisme, au-delà de la possibilité d'en identifier « un » et non pas au moins « deux » (celui de l'égalité et celui de la différence), se distingue des grandes idéologies parce qu'il n'en a pas (et au contraire il en conteste) l'universalité⁷⁵, et à son tour le néo-libéralisme est idéologie en tant que « grand récit »⁷⁶, mais il ne l'est pas en tant que pensée prétendue absolue, en compétition avec aucune ; la seule partageable ; la seule imaginable⁷⁷.

D'autres et plus fragmentées « idéologies » mineures ont en revanche survécu, mais avec des traits caractéristiques très différents. Bell lui-même avait déjà très bien mis en évidence que le radicalisme des années 1960 ne démentit pas la thèse de la fin des (grandes !) idéologies : dans ce bouleversement, en effet, « il n'y avait pas d'idéologies, il n'y avait pas de programme. Ce qu'on voyait était une explosion de chagrin romantique qui réaffirmait les visions archaïques des générations précédentes. C'était une réaction contre la rationalité, contre l'autorité et la hiérarchie, et même contre la culture », mais à ce sursaut « moral et moraliste »⁷⁸ faisaient défaut la capacité d'élaborer des projets politiques et le caractère unitaire de la vision du monde, qui sont en revanche des traits caractéristiques de la grande idéologie⁷⁹. Et ce mouvement a même été fonctionnel à redessiner le monde dans la forme du néolibéralisme, une forme « fondée non pas sur la discipline et le principe de performance, mais sur la consommation »⁸⁰.

D'autres « idéologies mineures » proliféraient à l'époque et prospèrent encore mieux aujourd'hui grâce au déclin des grandes idéologies, mais il s'agit d'orientations sectorielles, limitées, toutes rassemblées autour d'axiologies simplifiées et monocolores, comprenant une valeur et une seule.

Les exemples pourraient se multiplier : les croyances animalistes, environmentalistes, traditionalistes, *gender*, raciales, *pro-life*, etc., deviennent souvent les seules dans lesquelles on se reconnaît et finissent par constituer les seuls points d'orientation dans le monde. Mais de telles croyances, précisément parce qu'elles sont particulières et non générales, n'ont rien à voir avec celles d'autrefois et, n'étant pas proprement

⁷⁴ Et comme des idéologies, en effet, elles sont traitées par C. GALLI, *Ideologia*, Bologne, Il Mulino, 2022, 124 ss. ; 131 et s.

⁷⁵ La chose est notée par le même C. GALLI, *Ideologia*, cit., 124.

⁷⁶ Les « grands Récits », en « décomposition » selon Lyotard (J. – F. LYOTARD, *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Paris, Minuit, 2022 – 1^{re} éd. 1979 –, 31) existent encore, mais ont changé de peau.

⁷⁷ Il s'agit d'une idéologie « présentée comme vérité qui met fin à toute idéologie » (C. GALLI, *Ideologia*, cit., 131), mais c'est précisément pour cela qu'elle est privée de certains des traits constitutifs de la grande idéologie.

⁷⁸ D. BELL, *La fine dell'ideologia*, cit., 19.

⁷⁹ D. BELL, *La fine dell'ideologia*, cit., 25.

⁸⁰ C. GALLI, *Ideologia*, cit., 123.

« politiques », elles alimentent un pluralisme manichéen et polarisé⁸¹, indisponible au dialogue et au compromis, car ce qui compte pour ce genre de « croyants » c'est uniquement l'affirmation de la seule valeur de reconnaissance : pour reprendre les catégories de Robert Putnam, elles ne sont jamais *bridging* (inclusives) et sont toujours *bonding* (excluantes)⁸².

Paradoxalement, cependant, les groupes à valeur unique, bien qu'animés par des intérêts particuliers, une fois entrés dans l'arène politique, aspirent à une reconnaissance générale et prétendent conformer toute la vie du groupe social, en visant « à une universalité pour laquelle ils ne sont pas suffisamment équipés. Les visions de la vie fragmentaires prennent l'aspect de la globalité et l'exigence d'obtenir l'accréditation sociale conduit à les présenter comme universelles, c'est-à-dire valables pour tout être humain »⁸³.

Or, tout cela constitue un sérieux problème pour le constitutionnalisme. C'est l'une de ses caractéristiques fondamentales, en effet, celle de la reconnaissance de la légitimité égale de tout être humain à participer au débat public et l'idée même de la représentation politique – qui lui est tout aussi propre – comporte la valorisation du débat libre, dans une sphère publique ouverte construite avec l'apport de tous et non segmentée et divisée en groupes. Un constitutionnalisme adapté aux fondamentalismes idéologiques doit encore être inventé⁸⁴.

1.2.2. – Les difficultés des partis et des corps intermédiaires.

Les grands partis de masse se sont regroupés autour d'intérêts sociaux et d'idées-forces qui les légitimaient et les soutenaient. Il était évident que le déclin des grandes idéologies devrait avoir de graves conséquences sur leur identité (pensons à l'extrême confusion d'idées que l'on enregistre aux États-Unis au sein même du parti républicain et du parti démocrate) et sur leur existence même (pensons à la disparition substantielle, dans toute l'Europe, des partis communistes et, en Italie, à celle d'un parti démocrate-chrétien qui fut un temps pivot du système politique).

⁸¹ Pour cette formule heureuse, v. E. SALMANN, *Intervista* (interview) publiée avec le titre *La tragedia dell'uomo democratico* in *L'Osservatore Romano* du 14 juin 2023. Le fait que cette observation inquiète vienne d'un théologien attentif est particulièrement significatif.

⁸² En discutant sur le concept de « capital social » Putnam observe que « Of all the dimensions along which forms of social capital vary, perhaps the most important is the distinction between *bridging* (or inclusive) and *bonding* (or exclusive) » : R. PUTNAM, *Bowling Alone. The Collapse and Revival of American Community*, éd. rév. et augm., New York et alii loci, Simon & Schuster, 2020, 22 (italiques dans l'orig.).

⁸³ En ce sens, exactement, F. VIOLA, *Fine dell'ideologia*, cit., 23.

⁸⁴ Je ne partage donc pas le jugement somme toute indulgent de C. GALLI, *Ideologia*, cit., 164, selon lequel les nouvelles micro-idéologies auraient au moins le mérite de contrer « le calme stagnant des marais, et le monde de glace des pouvoirs solidifiés ».

Plus généralement, l'avènement des technologies numériques et le développement du réseau ont déclenché un processus de désintermédiation écrasant, qui a investi toutes les relations sociales⁸⁵. Les relations politiques elles-mêmes en sont sorties contaminées, car la complexité des mécanismes de la représentation et du parlementarisme tend à être supplantée par la primitivité d'une « démocratie immédiate, centralisée et plébiscitaire »⁸⁶ avec une très forte personnalisation de la politique et l'utilisation d'instruments comme le *référendum* (qui seraient précieux si on les utilisait correctement) dans la perspective de la légitimation émotionnelle des élites.

Là aussi, la construction participative et rationnelle de la sphère publique, que le constitutionnalisme voudrait assurer, est fortement compromise.

I.2.3. – L'affaiblissement des identités personnelles.

Si la tendance à la désintermédiation détermine la crise des identités collectives, dépouillées de la forte base idéologique qui les caractérisait, les transformations culturelles sollicitées par le Soixante-huit (qui a entraîné le rejet des modèles sociaux alors consolidés) et le début, dès la seconde moitié des années 1970, d'un profond aménagement du mode de production capitaliste (qui a entraîné la réduction des protections du travail, la délocalisation, la financiarisation de l'économie) ont conduit à un grave affaiblissement des identités individuelles. Du reste, il est très difficile que des identités individuelles stables puissent se construire à défaut d'identités collectives solides, car la sociabilité de l'homme⁸⁷ le destine à l'orientation dans le monde aussi – et peut-être surtout – en raison de ses appartenances sociales.

La dissolution des liens sociaux et familiaux, la crise du principe d'autorité, la précarisation et la fragmentation du travail, la chute des idéologies, l'absorption défectueuse du processus de sécularisation : tout a contribué à faire perdre – surtout aux groupes les plus faibles de la population – le sens d'identité et d'appartenance qui caractérisait les positions des individus. S'ajoutant à la crise des idéologies et des corps intermédiaires, le phénomène a produit au moins deux effets : que la participation politique s'est réduite et qu'elle est en tout cas devenue moins motivée et moins consciente ; que, le représenté ayant perdu son identité, le représentant lui-même, ne sachant plus qui il représente, n'est pas en mesure de se définir lui-même et d'agir avec une logique politique conséquente. C'est pourquoi – comme je le soutiens depuis

⁸⁵ F. BASSANINI, *I corpi intermedi nella democrazia del XXI secolo : la sfida della disintermediazione*, in *Una società di persone?*, cit., 309 ss.

⁸⁶ F. BASSANINI – A. QUADRIO CURZIO, *Prefazione a Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, éd. F. Bassanini – F. Cerniglia – F. Pizzolato – A. Quadrio Curzio – L. Vandelli, Bologne, Il Mulino, 2019, 15.

⁸⁷ Le postulat aristotélicien semble désormais confirmé par l'éthologie et les neurosciences.

longtemps – la crise de la représentation est, avant même que crise du *représentant* (de sa capacité et de sa qualité), crise du *représenté*⁸⁸.

Le monde rationnel dans lequel opérait un mouvement fils des Lumières tel que le constitutionnalisme a ainsi subi de graves dommages.

1.2.4. – *Le développement impétueux de la science et de la technique.*

Jamais, pas même dans les années de la révolution industrielle ou dans celles du grand effort scientifique pendant la Seconde Guerre mondiale, le rythme des découvertes scientifiques et techniques n'a été aussi accéléré. Nous avons de grandes opportunités et de grands espoirs, mais aussi de grands risques et de grandes craintes. Déjà dans la seconde moitié des années 1980, Ulrich Beck théorisait la *Risikogesellschaft*, enregistrant le fait que « un monde de sécurités traditionnelles se couche »⁸⁹, et de cette société du risque le développement scientifique et technologique est à la fois l'une des causes et l'un des remèdes possibles. La recherche de Beck, déjà auparavant mûre, mais rendue plus urgente par la catastrophe de Tchernobyl⁹⁰, nous invite à réfléchir avec attention également dans la perspective du droit constitutionnel. Parmi les nombreux problèmes à résoudre, je ne mentionnerai ici, pour des besoins de synthèse évidents, que quelques-uns.

i) Celui de la liberté de la recherche scientifique. Certaines constitutions (ainsi que divers documents internationaux et supranationaux)⁹¹ comme, par exemple, l'italienne (art. 33, alinéa 1)⁹² et l'allemande (art. 5, alinéa 3)⁹³ la reconnaissent expressément. D'autres se limitent à imposer un engagement public (et parfois privé) à soutenir la recherche, comme par exemple l'espagnole (art. 44, alinéa 2)⁹⁴, la portugaise (art. 73,

⁸⁸ Je renvoie à mon *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milan, Giuffrè, 2001, 109 et s.

⁸⁹ U. BECK, *Kinder der Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997, maintenant, avec des autres essais, en traduction italienne par L. Burgazzoli, *I rischi della libertà*, Bologne, Il Mulino, 2000, 41.

⁹⁰ L'accident de la centrale nucléaire de Tchernobyl a eu lieu en avril 1986 et en mai Beck a fait précéder la préface de sa *Risikogesellschaft* de pages écrites « aus gegebenem Anlaß », qui ont été inspirées précisément par cette catastrophe : U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, 24^e éd., Frankfurt am Main, 2020 (1^{re} éd. 1986), Suhrkamp, 7.

⁹¹ V., par ex., l'art. 13 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁹² « *L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento* ».

⁹³ « *Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung* ».

⁹⁴ « *Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general* ».

alinéa 4)⁹⁵, la vénézuélienne (art. 110)⁹⁶, la chilienne (art. 19, par. 10)⁹⁷, la chinoise (art. 20)⁹⁸. Le rapport du droit (d'abord constitutionnel) avec la recherche scientifique n'est cependant pas simple, en raison de certaines caractéristiques structurelles de cette dernière.

Dans un passage fulgurant de *La rebelión de la masas*, José Ortega y Gasset observait déjà en 1929 que « vivimos en un tiempo que se siente fabuloamente capaz para realizar, mais no sabe qué qué qué realizar »⁹⁹. Il s'agissait d'une contestation évidente de la société technologique et massifiant, qui était l'objet de la recherche critique d'Ortega, mais l'observation saisissait une caractéristique objective de la recherche scientifique, qui procède parfois sans objectif précis ou atteint un aboutissement qu'elle n'avait pas prévu, étant souvent dominée par la loi de l'hétérogenèse des fins¹⁰⁰. Bien, que faire face à cette réalité ? Est-il permis de fixer des limites à la recherche scientifique ? Peut-on, au nom de la sécurité et de la prévention du risque, interdire non seulement les applications techniques dangereuses (ce qui est pacifique), mais aussi la recherche de base elle-même ? Ce sont des questions auxquelles le constitutionnalisme ne peut se soustraire¹⁰¹. Mais qu'il s'agisse de questions sérieuses et actuelles, c'est ce que démontre également la toute récente « Résolution du Parlement européen du 17 janvier 2024 contenant des

⁹⁵ « *A criação e a investigação científicas, bem como a inovação tecnológica, são incentivadas e apoiadas pelo Estado, por forma a assegurar a respetiva liberdade e autonomia, o reforço da competitividade e a articulação entre as instituições científicas e as empresas* ».

⁹⁶ « *El Estado reconocerá el interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones y los servicios de información necesarios por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, así como para la seguridad y soberanía nacional. Para el fomento y desarrollo de esas actividades, el Estado destinará recursos suficientes y creará el sistema nacional de ciencia y tecnología de acuerdo con la ley. El sector privado deberá aportar recursos para las mismas. El Estado garantizará el cumplimiento de los principios éticos y legales que deben regir las actividades de investigación científica, humanística y tecnológica. La ley determinará los modos y medios para dar cumplimiento a esta garantía* ».

⁹⁷ « *Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación* ».

⁹⁸ « *The state shall develop the natural and social sciences, disseminate scientific and technological knowledge, and commend and award research achievements and technological discoveries and inventions* ».

⁹⁹ J. ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de la masas*, ora in *Obras completas*, t. IV (1929 – 1933), 6^e éd., Madrid, Revista de Occidente, 1966, 167.

¹⁰⁰ Cette « loi » (« *Jedes nach Zwecken handelnde Wollen erreicht daher Zwecke, die nicht gewollt, weil nicht vorausgesehen waren* ») est énoncée avec le maximum de clarté par W. WUNDT, *System der Philosophie*, 2^e éd., Leipzig, Engelmann, 1897, 328.

¹⁰¹ Personnellement, je considère comme erronée et en tout cas velléitaire (parce que le droit est toujours fatalement en retard sur la science) toute tentative de limitation de la recherche scientifique : M. LUCIANI, *Può il diritto disciplinare l'Intelligenza Artificiale ? Una conversazione preliminare*, in *Bilancio Comunità Persona*, n° 2/2023, 10 ss. « Le signe le plus clair des sociétés qui aiment la liberté est la liberté de la science (et de l'art, bien sûr) et de la politique » a fort bien écrit G. ZAGREBELSKY, *Perché scienza e politica devono essere libere*, in *La Repubblica*, 14 novembre 2020.

recommandations à la Commission concernant la promotion de la liberté de la recherche scientifique dans l'UE (2023/2184 [INL]) », qui, d'un côté, affirme que « *La liberté de la recherche scientifique est un élément constitutif de la liberté académique et de l'intégrité scientifique en Europe ; elle a une valeur indépendante, comme en témoigne la référence spécifique à l'article 13 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* » (par. 1 de l'Annexe), mais, d'un autre côté, en ce qui concerne le contrôle sur son exercice, précise que « *Étant donné qu'il comporte des devoirs et des responsabilités, l'exercice de la liberté de recherche scientifique peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.*

La liberté de la recherche scientifique peut également être limitée en raison de circonstances de recherche particulières ou de contraintes opérationnelles. La liberté de la recherche scientifique doit être soigneusement mise en balance avec d'autres intérêts légitimes, tels que l'obtention d'avantages concurrentiels légitimes et la protection de la propriété intellectuelle. Ces limites ne doivent cependant pas s'opposer aux pratiques et principes éthiques reconnus, auxquels les chercheurs doivent adhérer » (par. 3 de l'Annexe).

ii) Celui de la brevetabilité. Le brevet a pour fonction d'encourager la recherche scientifique, en assurant une rémunération adéquate à ceux qui l'exercent¹⁰² et les droits y afférents sont reconnus même au niveau de la Déclaration universelle des droits de l'homme (« *Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur* » [art. 27, al. 2]). Ils bénéficient parfois d'une protection constitutionnelle directe [cf. art. 1, sect. 8, de la Constitution des États-Unis d'Amérique, qui attribue au Congrès fédéral le pouvoir « *to Promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries* »]. Par ailleurs, même lorsque la Constitution ne prévoit pas de protection explicite, la jurisprudence a considéré qu'elle était impliquée par l'ensemble des garanties constitutionnelles. En Italie, par exemple, la Cour constitutionnelle a déclaré l'illégitimité constitutionnelle de l'interdiction de breveter des médicaments, car elle lui faisait obstacle « *la nécessité de "promouvoir" la recherche [art. 9 Const.], c'est-à-dire de préparer pour l'avenir les conditions appropriées à son explication et à son*

¹⁰² V., par ex., R. BIN, *Freedom of Scientific Research in the Field of Genetics*, in *Biotech innovations and fundamental rights*, éd. R. Bin – S. Lorenzon – N. Lucchi, Springer Italia, 2012, 140.

développement ». Mais comme l'un des principes fondateurs du constitutionnalisme est l'égalité, nous devons nous demander si, dans des cas particuliers au moins [pensons aux découvertes dans le domaine médical] il est possible d'imaginer des limites à la brevetabilité ou des interventions publiques visant à la socialisation des découvertes.

iii) Celui du changement de paradigme qui est impliqué par les révolutions scientifiques. Il s'agit de véritables révolutions, qui déterminent des ruptures avec le passé et après lesquelles celui qui vit le présent sent qu'il se trouve dans un monde « incommensurable avec celui dans lequel il avait vécu auparavant »¹⁰³. Là aussi, le constitutionnalisme est appelé – même indirectement – en cause, parce que les révolutions scientifiques entraînent une incertitude sociale diffuse, tandis que la certitude est l'un de ses objectifs fondamentaux¹⁰⁴.

iv) Celui de la subjectivité. L'intelligence artificielle et l'intervention sur le génome humain ouvrent la voie à des changements radicaux dans la subjectivité humaine. L'universalisation de la subjectivité a été un paradigme du constitutionnalisme, auquel répugne conceptuellement l'idée de nier la subjectivité aux êtres humains (et en effet ceux qui ont cherché à justifier l'esclavage n'ont pas pu se prévaloir des arguments classiques du constitutionnalisme). Comment devons-nous raisonner si, en utilisant à la fois l'intelligence artificielle et la manipulation du génome, se réaliseront des surhommes (peut-être pour les destiner à la guerre) et des sous-hommes (peut-être pour les destiner aux travaux plus lourds et moins gratifiants) ? Le constitutionnalisme devra-t-il maintenir ses paradigmes ou les adapter à la nouvelle réalité ? Ou, plus simplement, devra-t-il contester en racine la légitimité de telles pratiques ? Personnellement, je ne doute pas d'une attitude de rigueur, mais il serait naïf de penser que le problème n'existe pas.

Je me limiterai ensuite à mentionner l'aspect en vérité le plus insidieux du développement écrasant de l'intelligence artificielle générative et des systèmes du type ChatGPT. Alimentés par les mêmes utilisateurs, ils finissent par enregistrer des informations et des opinions moyennes, décourageant – sinon empêchant – la construction de convictions originales et alternatives. Le même recours à la machine lors de la recherche (imaginons : bibliographique) en vue de la construction d'un produit intellectuel est limitatif, car les ressources d'information marginales peuvent être négligées ou être dépassées par les ressources moyennes, de sorte que lors de l'élaboration du produit (et parfois on le fait seulement formellement) le conformisme est encouragé et sollicité. Une *entropie de la pensée* semble nous attendre, pour nous embrasser dans un monde glacé de banalisations.

¹⁰³ T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, The University of Chicago, 1962, trad. it. par A. Carugo, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Milan, Mondadori, 2008, 510.

¹⁰⁴ Je me permets de renvoyer à mon *Ogni cosa al suo posto*, cit., 41 s.

v) Celui de la production et de l'application du droit. La question se pose sur le plan de la législation (on parle déjà de législation automatisée) ; sur le plan de la juridiction (l'arrêt robotisé est déjà une réalité dans certains ordonnancements juridiques) ; sur le plan de l'administration (certaines décisions publiques sont déjà prises sur la base d'algorithmes). Ici aussi, on serait naïf si l'on niait le problème, mais il ne semble pas compatible avec le constitutionnalisme ni une législation détachée du rapport représentatif ni une jurisprudence robotisée, soit parce que si on l'admet le processus décisionnel devient impénétrable (du moins pour le juriste) soit parce que le juge-robot agit sur la base d'un patrimoine de précédents dont l'étendue est arbitraire (je ne fais que l'exemple de l'Italie, de l'Espagne et du Portugal : les précédents jurisprudentiels remontant aux régimes fascistes que ces pays ont connus devraient-ils également figurer dans ce patrimoine ?)¹⁰⁵.

Assez différente est la question de l'utilisation d'algorithmes pour la prise de décisions administratives, une question sur laquelle le Conseil d'État français s'est prononcé dans le vaste document – adopté le 31 mars 2022 – intitulé « Intelligence artificielle et action publique : construire la confiance, servir la performance ». Comme il l'a fait remarquer, à son tour, le Conseil d'État italien, « *Dans de nombreux domaines, les algorithmes promettent de devenir l'outil permettant de corriger les déformations et les imperfections qui caractérisent typiquement les processus cognitifs et les choix des êtres humains [...]. Dans ce contexte, les décisions prises par l'algorithme prennent ainsi une aura de neutralité, fruit de calculs rationnels aseptiques basés sur des données* »¹⁰⁶. Le problème est ici surtout celui de la transparence et du contrôle. Comme l'a toujours statué le Conseil d'État italien, l'acte administratif informatisé est de toute façon un acte administratif et : a) « *le mécanisme par lequel se concrétise la décision robotisée (c'est-à-dire l'algorithme) doit être "connaissable", selon une déclinaison renforcée du principe de transparence ; qui implique aussi la pleine connaissance d'une règle exprimée dans un langage autre que juridique* »¹⁰⁷ ; b) il faut garantir « *l'imputabilité de la décision à l'organe de décision, qui doit pouvoir effectuer la vérification nécessaire de la logique et de la légitimité du choix et des résultats confiés à l'algorithme* »¹⁰⁸ ; c) « *la règle algorithmique doit être non seulement reconnaissable en soi, mais aussi soumise à la pleine connaissance et au plein contrôle du juge administratif* »¹⁰⁹. Certes, il s'agit de principes simples à énoncer, mais complexes à appliquer, tant parce que la « pleine » connaissance des algorithmes est techniquement de réalisation douteuse, soit parce que

¹⁰⁵ Sur cette problématique, M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Nuovo Dir. Civ.*, n° 1/2018, 5 ss.

¹⁰⁶ Cons. Stato, Sect. VII, 28 mars 2024, n. 2953.

¹⁰⁷ Cons. Stato, Sect. VI, 8 avril 2019, n. 2270.

¹⁰⁸ Cons. Stato, Sect. VI, 4 février 2020, n. 881.

¹⁰⁹ Cons. Stato, Sect. VI, 8 avril 2019, n. 2270, cit.

la prévision du *human oversight* ne garantit pas que l'être humain se réapproprie effectivement la capacité décisionnelle une fois que la machine est intervenue : si elle est précédée d'un *dictum* machinal, la décision humaine est largement pré-jugée.

I.2.5. – La crise climatique, les migrations, les guerres.

L'enchevêtrement des risques découlant de la superposition de la crise climatique, des migrations et des guerres a déjà été mis en évidence. Et cet enchevêtrement exige un engagement sérieux de la part du constitutionnalisme, appelé à faire un usage précis et attentif de ses catégories. La crise climatique pose le problème de la régulation et – en même temps – de l'utilisation de la science, respectivement pour prévenir et pour combattre les conséquences dévastatrices d'un changement de conditions de la planète qui entraînera (et entraîne déjà) des changements profonds dans nos habitudes et dans notre qualité de vie. Les migrations de masse, déjà commencées, mais encore très limitées, qui pourront aboutir à la fuite de populations entières de la faim et de la soif poseront le problème du gouvernement de ces phénomènes, sans doute insoluble en invoquant l'instrument classique des droits de l'homme et du droit à la vie, parce que l'insoutenabilité économique et culturelle de véritables entrées de masse (c'est-à-dire de dizaines et dizaines de millions de personnes) dans les pays les plus favorisés rendra ces instruments des armes inutilisables¹¹⁰. Enfin, les guerres locales ou régionales risquent et de plus en plus risqueront de déclencher la guerre générale et définitive, menée avec l'arme nucléaire.

Surtout cette dernière observation fait comprendre les graves responsabilités que le constitutionnalisme assume lorsqu'il abandonne ses racines (plongées dans la modernité) et ne parvient pas à comprendre le contexte réel dans lequel il opère. La doctrine de la guerre juste, qui s'est répandue au cours des dernières décennies (ce n'est pas par hasard !) aux États-Unis¹¹¹, reprend une logique et une conception prémoderne, oubliant complètement l'impact que sur la théorie de la guerre juste a la possibilité de l'holocauste nucléaire, qui rend impossible toute idée d'une « justice » de la guerre¹¹².

I.2.6. – La mondialisation.

Des fleuves d'encre ont été versés sur le thème de la mondialisation et il ne faut certainement pas en dire trop. Je me contente de proposer cinq réflexions générales.

¹¹⁰ Les difficultés d'utilisation de cet instrument, déjà aujourd'hui, sont démontrées par la doctrine qui a essayé de l'utiliser : v., par ex., S. VILLANI, *Migrazioni e ambiente : verso un regime di tutela basato sui diritti umani*, in *Crisi climatica, migrazioni e questioni di genere*, éd. O. Makimov Pallotta, Naples, ES, 2022, 159 et s.

¹¹¹ La pensée va – évidemment – surtout aux écrits de Walzer et de Orend cités à la note 21.

¹¹² J'ai traité cette problématique dans mon *Dalla guerra giusta alla guerra legale ?* in *Teoria Politica*. Nuova Serie, Annali XII 2022, 97 ss., et dans le *Rapport italien* à la XXXIX^e Table ronde internationale de justice constitutionnelle, en cours de publication.

i) L'évaluation de la mondialisation. Les apologistes et les détracteurs de la mondialisation lisent en noir et blanc un phénomène qui a plusieurs nuances de couleurs : si dans le monde globalisé beaucoup de réalités auparavant déprimées (même si pas toutes) ont réussi à sortir de la pauvreté absolue, certaines grandes réalisations sociales ont été remises en cause dans les pays les plus avancés.

ii) L'impact de la mondialisation sur le droit des États. L'État n'a pas du tout disparu, mais la mondialisation a sérieusement mis en crise son pouvoir régulateur. Étant donné que le constitutionnalisme est né comme un mouvement de revendication de constitutions étatiques¹¹³ et que les constitutions actuelles sont toutes des *Staatsverfassungen*, la liaison État-constitution devrait toujours être prise en compte. C'est à mon avis une erreur théorique et une erreur politique, par exemple, de parler de « Constitution européenne », car elle ne pourrait exister qu'en présence de deux conditions qui – au contraire – font défaut : si l'Union avait la « disponibilité » de ses règles fondamentales ; s'il existait une véritable communauté politique européenne de référence.

iii) Le gouvernement démocratique du monde globalisé, en particulier, semble impossible. Je suis encore convaincu de ce que j'écrivais il y a presque trente ans, observant que les États souverains n'ont pas été remplacés par un nouveau souverain, mais ont été accompagnés d'un véritable *anti-souverain*, c'est-à-dire d'un ensemble de pouvoirs, publics et surtout privés, qui sont détachés des références territoriales et qui présentent des traits distinctifs opposés à ceux du souverain traditionnel. L'*anti-souverain* est en effet « un *quid* qui s'oppose en tout et pour tout au souverain que nous connaissons », parce que : a) il n'est pas un sujet unitaire, mais une pluralité de sujets ; b) il n'aspire pas à un exercice absolument discrétionnaire de son pouvoir ; c) il « ne réclame pas une légitimation transcendante [...] mais immanente » ; d) il « ne prétend pas ordonner un groupe social avec un *minimum* d'homogénéité, mais considère « une pluralité indistincte, ou mieux encore la totalité des groupes sociaux » ; et) il veut être l'expression non d'une volonté égale formée par le bas, mais d'une hiérarchie timocratique¹¹⁴.

iv) La mondialisation, en dessinant un monde où les lignes de commandement traditionnelles fonctionnent mal et où de nombreuses décisions importantes apparaissent privées d'un sujet capable de les assumer, semble porter à ses dernières conséquences le trait caractéristique de la seconde partie du XX^e siècle : l'insécurité. À l'insécurité initiale résultant de l'existence d'une arme nucléaire difficile à maîtriser par l'imprévoyant être

¹¹³ Pour le dire avec D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, dans la récolte d'essais publiée avec le même titre, 2^e éd., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994, 431, « Die moderne Verfassung bezieht sich auf den Staat ».

¹¹⁴ Les passages cités au texte sont tirés de mon *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, n° 1/1996, spéc. 165.

humain, si intelligemment étudiée par Günther Anders¹¹⁵, se sont ajoutés, au coucher des *Trente Glorieuses*¹¹⁶ à la fin des années 1970, l'incertitude économique (également relevée par ceux qui, comme Galbraith, avaient chanté les merveilles de la « société opulente »)¹¹⁷ puis, au début des années 1980, l'incertitude sur la possibilité de payer les coûts environnementaux induits par le bien-être économique¹¹⁸. La mondialisation n'a certainement pas amélioré ce cadre si préoccupant, car les organisations internationales ne parviennent qu'en partie à mettre de l'ordre dans un monde divisé et, en tout cas, n'étant pas organisées sur une base démocratique, ne garantissent aucune *accountability* et ne donnent pas de certitude – donc – sur les responsabilités. Dans le monde globalisé, des réglementations extrêmes (dans les domaines où les organisations internationales parviennent à élaborer une discipline partagée) et une déréglementation extrême (dans les domaines où les intérêts privés sont si forts qu'ils résistent à la régulation publique) se superposent, générant une organisation déséquilibrée et incertaine des rapports sociaux.

v) Dans ces conditions, on peut douter que la mondialisation ait construit les prémisses d'un *global constitutionalism*. Le constitutionnalisme, j'insiste, a été non seulement un mouvement culturel et de pensée, mais aussi un mouvement politique, soutenu par des forces sociales spécifiques qui, de temps en temps, en ont appuyé les revendications. Parler d'un constitutionnalisme global avec la prétention de faire valoir à l'échelle globale les principes du constitutionnalisme signifie échanger le dialogue mondial entre tous les constitutionnalistes (qui est souhaitable et qui est même une réalité) pour un mouvement aussi politique et ordonnateur du monde, qu'au contraire (faute de forces sociales pour supporter sa perspective) n'existe pas. Il n'y a donc pas de « moment constitutionnel » global¹¹⁹, aussi décevant que cela puisse être.

¹¹⁵ G. ANDERS, *Die Antiquiertheit des Menschen, I : Über die Seele im Zeitalter der zweiten industriellen Revolution*, München, Beck, 1980 (1^{re} éd. 1956), trad. it. par L. Dallapiccola, *L'uomo è antiquato. I. Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, Turin, Bollati Boringhieri, 2021 (1^{re} éd. 2003) ; ID., *Die Antiquiertheit des Menschen, II. Über die Zerstörung des Lebens im Zeitalter der dritten industriellen Revolution*, München, Beck, 1995 (1^{re} éd. 1980), trad. it. par M.A. Mori, *L'uomo è antiquato. II. Sulla distruzione della vita nell'epoca della terza rivoluzione industriale*, Turin, Bollati Boringhieri, 2021 (1^{re} éd. 2003).

¹¹⁶ L'heureuse formule, comme on le sait, remonte à J. FOURASTIÉ, *Les Trente Glorieuses, ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, Paris, Fayard, 1979.

¹¹⁷ J.K. GALBRAITH, *The Age of Uncertainty*, Boston, Houghton Mifflin, 1977. Le livre fut accompagné par une série télévisée de succès, que Galbraith lui-même a curé pour la BBC. Toujours Galbraith avait écrit, dans les années 1950, *The Affluent Society*, Boston, Houghton Mifflin, 1958, trad. it. par G. Badiali e S. Cotta, *La società opulenta*, Milan, ETAS KOMPASS, 3^e éd., 1968.

¹¹⁸ H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt a. M., Insel, 1979, trad. it. par P.P. Portinaro, *Il principio responsabilità. Un'etica per la società tecnologica*, Turin, UTET, 2009 (1^{re} éd. 1990).

¹¹⁹ Le note E. CANNIZZARO, *La sovranità oltre lo Stato*, Bologna, Il Mulino, 2020, 88.

C'est pour cette raison que l'ambitieuse proposition de Luigi Ferrajoli, qui envisage depuis longtemps l'idée d'une « Constitution de la terre »¹²⁰, ne peut être partagée. Pour Ferrajoli, « Il ne s'agit pas d'une hypothèse utopique »¹²¹, mais rien qu'utopique il me semble une proposition affirmant que « La première garantie élémentaire contre le cauchemar de la guerre – mais aussi contre le terrorisme et la grande criminalité –, pour protéger les droits à la paix et à la vie, devrait consister à interdire strictement toutes les armes en tant que biens illicites et donc l'interdiction sans dérogation aucune, comme crimes, de leur détention et, avant cela, de leur commerce et de leur production »¹²². Au-delà de son caractère utopique, en tout cas, la proposition se fonde sur une analyse non convaincante.

Si, comme nous venons de le voir, le constitutionnalisme en tant que projet politique (et pas seulement culturel) a besoin de sujets sociaux, économiques et politiques qui soutiennent ses revendications, il a encore plus besoin d'« un » peuple¹²³. Dire que « l'humanité forme déjà un seul peuple »¹²⁴ n'est qu'un *wishful thinking*, parce que, s'il est vrai que tous les peuples de la terre partagent l'intérêt pour la conservation de la planète, il n'est pas moins vrai que : seule une minorité de cet hypothétique peuple planétaire perçoit cet intérêt comme vraiment commun ; il manque une sphère publique mondiale ; pour le construire, le *world wide web* ne suffit pas, car il faudrait des sujets planétaires du pluralisme, qui n'existent pas ; il n'y a pas les conditions culturelles, économiques, sociales et politiques nécessaires – pour le dire avec Cicéron – afin que la masse des êtres humains de la planète ne soit pas un simple *coetus multitudinis* (masse indistincte), mais un vrai *coetus unionis* (peuple)¹²⁵. Les mouvements pour les constitutions ont proclamé depuis le dix-huitième siècle des doctrines philosophiques et juridiques qui se prétendaient universelles, mais elles n'ont réussi que parce qu'elles ont été soutenues par des pressions sociales et politiques liées à des intérêts spécifiques : le rappel générique à l'« humanité » n'a jamais suffi et on ne comprend pas pourquoi il devrait jamais suffire au constitutionnalisme de nos jours. Quand la « global constitutionalization » est entendue comme quelque chose qui « refers to the continuing,

¹²⁰ V., par ex., L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della terra*, in *Teoria politica*, n° 10/2020, 39 et s. ; ID., *Pacifismo e costituzionalismo globale*, in *Questione giustizia*, n° 1/2022, spéc. 110 s. ; ID., *Perché una Costituzione della Terra ?*, Turin, Giappichelli, 2021 ; ID., *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Milan, Feltrinelli, 2022.

¹²¹ L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della terra*, cit., 41.

¹²² L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della terra*, cit., 49 (italiques dans l'orig.).

¹²³ C'est aussi un des arguments qui peuvent s'opposer à l'idée de l'existence, aujourd'hui déjà, d'une « Constitution européenne » (v. la désormais classique contribution de D. GRIMM, *Braucht Europa eine Verfassung ?*, München, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1995, 30 et s.).

¹²⁴ L. FERRAJOLI, *Pacifismo e costituzionalismo globale*, cit., 111.

¹²⁵ Le peuple, écrit Cicéron, n'est pas « *omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus* » (« une masse quelconque réunie n'importe comme, mais un groupe uni par un droit et des utilités communes ») : *De re publica*, I, 39.

but not linear, process of the gradual emergence and deliberate creation of constitutionalist elements in the international legal order by political and judicial actors, bolstered by an academic discourse in which these elements are identified and further developed »¹²⁶, il est évident que l'élément politique est indûment assimilé à l'élément judiciaire et à l'élément académique, tandis que l'élément social, c'est-à-dire celui des acteurs, porteurs d'intérêts concrets, qui devraient soutenir le processus, est totalement oublié. Le constitutionnalisme, né et développé dans la dimension territoriale de l'État moderne, a donc du mal à se mesurer à la dimension planétaire des problèmes politiques, économiques, sociaux, institutionnels.

La question est désormais connue et (d'ailleurs reprenant certaines de ses réflexions antérieures)¹²⁷ a été posée déjà en 1950 par Carl Schmitt, quand, s'interrogeant sur le rapport entre puissances terrestres et puissances marines, il avait écrit que dans le monde sorti de la tragédie de la Seconde Guerre mondiale la question fondamentale était, plus encore qu'elle l'avait été auparavant, celle du rapport entre terre et mer, entre appropriation de l'une et domination de l'autre, entre ordre et localisation (« denn ist hier von festem Land und freiem Meer die Rede, von Landnahmen und Senahmen, von Ordnung und Ortung »)¹²⁸. Les difficultés de l'État en tant qu'entité politico-institutionnelle implantée sur un territoire sont donc aussi les difficultés du constitutionnalisme, précisément parce qu'il est né en liaison étroite avec l'avènement et le développement de l'État moderne. Difficulté ne signifie pas – cependant – disparition, ni de l'État ni du constitutionnalisme.

Il a été soutenu que « le droit a besoin du “où” »¹²⁹. Dans cette perspective, la perte de ce « où », entraînée par la mondialisation, serait à la fois perte du droit, incapable même de trouver des formes linguistiques adaptées pour exprimer ses préceptes en l'absence d'un *Da-Sein* (au sens heideggérien d'*être présent, esser-ci, there-being*, etc.) défini spatialement¹³⁰. L'existence d'ordonnements juridiques détachés du territoire montre cependant qu'il s'agit d'une conclusion trop extrême : le droit des populations nomades, le droit canonique, le droit international n'ont pas de territoire de référence, mais ils sont

¹²⁶ A. PETERS *The Merits of Global Constitutionalism*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*: vol. 16 : Iss. 2 (2009), 397 s.

¹²⁷ C. SCHMITT, *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, 8^e éd., Stuttgart, Klett-Cotta, 16 (1^{re} éd. 1942), 16.

¹²⁸ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, 4^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1997 (1^{re} éd. 1950). On notera l'accompagnement habile de *Ordnung* et de *Ortung*, que l'on ne peut pas traduire dans des autres langues sans perdre son effet « esthétique ».

¹²⁹ N. IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Rome – Bari, Laterza, 2001, 3. La question de l'importance du territoire dans la même construction de la représentation politique est analysée par I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Naples, Jovene, 2010.

¹³⁰ N. IRTI, *Norme e luoghi*, loc. cit. : « Le langage juridique est tout imprégné de références spatiales ».

néanmoins des droits¹³¹. Ce que nous traversons est donc une crise qui (quoiqu'elle concerne l'ensemble du phénomène juridique en raison de l'enchevêtrement entre réglementation extrême et déréglementation extrême induite par la mondialisation) frappe surtout le droit spécifique de l'État, sa législation, son administration, sa juridiction. Sans aucun doute, « la loi de l'État, dans laquelle l'ère moderne voit la source exclusive du droit, est la loi du territoire »¹³², mais le ternissement de la loi étatique déterminée par la liquéfaction du territoire ne submerge pas tout le phénomène juridique. Non seulement. Ternissement ne signifie pas disparition de la loi de l'État et encore moins de l'État tout entier, parce qu'aujourd'hui les États conservent encore leurs pouvoirs de contrôle social et continuent à être les monopolistes de l'usage légitime de la force (à l'intérieur) et les protagonistes de l'utilisation de la force extrême des armes (à l'extérieur). La mondialisation elle-même est un résultat que les États les plus puissants ont voulu et que les plus petits ont partagé ou subi. Et la régulation même des grands pouvoirs privés transnationaux n'est pas impossible, quoiqu'elle soit rendue difficile par la dissension entre les États et l'absence d'une volonté normative commune.

Dans cette réalité politique et institutionnelle, le constitutionnalisme ne peut aspirer au gouvernement des processus complexes de transformation en cours qu'à la condition de rappeler son origine et – par conséquent – d'en utiliser les instruments une fois de plus dans la perspective des rapports entre les États, soit en gardant les acquis déjà obtenus dans les différents ordres, soit en promouvant les organisations internationales (qui sont toujours des organisations d'États) qui reconnaissent les valeurs du constitutionnalisme. Sans se livrer à la tentation de l'attente messianique d'un méga-État planétaire ou à l'idée que le constitutionnalisme puisse survivre si l'atmosphère dans laquelle il a commencé à respirer disparaît. Atmosphère qu'est celle de l'État moderne et des forces politico-sociales qu'y sont actives.

1.2.7. – L'exploration et l'exploitation de l'espace extraterrestre.

C'est dans cette même perspective qu'il faut aborder le problème, posé par le progrès de la science et de la technique, de l'exploration et de l'exploitation de l'espace extraterrestre. Cette question, autrefois réservée à la science-fiction, est aujourd'hui très actuelle et doit être abordée précisément dans la perspective de l'accord pacifique entre les États.

Depuis longtemps (depuis – c'est-à-dire – que l'exploration spatiale faisait ses premiers pas), le droit international s'y intéresse, mais il le fait selon une approche très différente de celle qu'au passé avait été suivie pour régler des problématiques semblables.

¹³¹ Le cas du droit des populations nomades, en vérité, est différent, car le territoire, plus qu'être absent, est mobile et changeant.

¹³² N. IRTI, *Norme e luoghi*, loc. cit.

Dans la modernité le thème s'était déjà présenté sous une forme analogue à deux reprises, lorsque – c'est-à-dire – s'ouvrirent d'abord les immenses espaces de l'Amérique du Sud, puis ceux de la frontière nord-américaine. Dans les deux cas, la logique était celle de l'appropriation. Le Traité de Tordesillas du 7 juin 1494, signé entre l'Espagne et le Portugal avec la sanction du Pape Jules II, partageait les nouvelles terres avec une ligne, passant (ainsi dit le texte espagnol) à « *trecentas e setenta leguas de las [...] islas del Cabo Verde hacia la parte del Poniente* », en attribuant les terres relatives aux deux royaumes, sans tenir aucun compte du sort des peuples indigènes. En Amérique du Nord, l'appropriation privée de terres indigènes a été justifiée par la référence au droit naturel et à l'expansion physiologique du droit de propriété. En ce qui concerne l'espace extraterrestre, les choses sont très différentes.

Déjà le 13 décembre 1963 l'Assemblée Générale des Nations Unies adoptait la « Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space », dans laquelle elle proclamait solennellement de reconnaître « *the common interest of all mankind in the progress of the exploration and use of outer space for peaceful purposes* ». Tous les accords internationaux successifs se sont orientés dans la même direction. Il faut rappeler :

a) le fondamental « Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies » de 1967, dont les prémisses réaffirmaient que l'exploration de l'espace extraterrestre est un « *common interest of all mankind* », en établissant après, à l'art I, que « *The exploration and use of outer space, including the Moon and other celestial bodies, shall be carried out for the benefit and in the interests of all countries, irrespective of their degree of economic or scientific development, and shall be the province of all mankind* ». Le Traité n'exclut pas l'activité privée, mais charge les États de la responsabilité (v. art. VI : « *States Parties to the Treaty shall bear international responsibility for national activities in outer space [...], whether such activities are carried on by governmental agencies or by non-governmental entities [...]. The activities of non-governmental entities in outer space [...] shall require authorization and continuing supervision by the appropriate State Party to the Treaty* ») ;

b) le « Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts and the Return of Objects Launched into Outer Space », qui à l'art. 6 prend pour acquis la possibilité qu'une mission spatiale soit également lancée par des particuliers ou des autorités non étatiques, mais charge de la responsabilité l'État où le lancement a eu lieu ;

c) la « Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects », laquelle maintient le principe de la responsabilité de l'État pour les objets projetés dans l'espace, en distinguant – cependant – entre responsabilité « absolue » quant aux

dommages causés sur la surface terrestre (art. II) et responsabilité pour faute quant aux dommages causés à l'extérieur (art. III) ;

d) la « Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space », qui établit une forme de contrôle international en introduisant un registre des objets lancés dans l'espace tenu par le Secrétaire général des Nations Unies, dans lequel doit également être indiquée (et constitue une information très significative) la fonction générale de l'objet spatial (art. IV, al. 1, lett. e) ;

e) le « Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies », dont l'art. 4, al. 1, première période, proclame que « *The exploration and use of the Moon shall be the province of all mankind and shall be carried out for the benefit and in the interests of all countries, irrespective of their degree of economic or scientific development* ».

Ni le constitutionnalisme naissant du XVI^e siècle ni le constitutionnalisme plus mûr de la fin du XVIII^e et du XIX^e siècle ne réussirent à faire valoir les principes de liberté et d'égalité face aux intérêts économiques et politiques écrasants des grandes puissances de l'époque. Compte tenu des enjeux actuels, le constitutionnalisme actuel doit nécessairement y parvenir.

1.2.8. – La « cancel culture » et le discours « politically correct ».

L'une des revendications essentielles du constitutionnalisme a été et est la liberté d'expression (fondée sur la liberté de conscience). À ses débuts, au XVII^e siècle, on a aussi beaucoup discuté de la question de savoir si la liberté par excellence des êtres humains était la liberté personnelle ou la liberté d'expression (les noms de Hobbes et de Spinoza ressortent dans ce débat), ce qui témoigne de l'importance de la question. Cette revendication est mise en danger par la diffusion de la culture de l'effacement et du discours politiquement correct. Ce thème a déjà été abordé dans certaines contributions à la Table ronde de 2022, de sorte que peu d'observations suffisent.

Il faut d'abord distinguer ce thème de celui du soi-disant discours de haine. La question du *hate speech* a une origine normative dans la « Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale », ouverte à la signature à New York le 7 mars 1966. Dans son Préambule les États signataires déclaraient d'être « *Alarmés par les manifestations de discrimination raciale qui existent encore dans certaines régions du monde et par les politiques gouvernementales fondées sur la supériorité ou la haine raciale, telles que les politiques d'apartheid, de ségrégation ou de séparation* », et, selon l'art. 4, « *Les États parties condamnent toute propagande et toutes organisations qui s'inspirent d'idées ou de théories fondées sur la supériorité d'une race ou d'un groupe de personnes d'une certaine couleur ou d'une certaine origine ethnique, ou qui prétendent justifier ou encourager toute forme de haine et de*

discrimination raciales ; ils s'engagent à adopter immédiatement des mesures positives destinées à éliminer toute incitation à une telle discrimination, ou tous actes de discrimination, et, à cette fin, tenant dûment compte des principes formulés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et des droits expressément énoncés à l'article 5 de la présente Convention, ils s'engagent notamment [...] ». Le même art. 4, puis, à la lettre *a*), engage les États à réprimer pénalement les « *idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale* », ainsi que d'autres actions caractérisées par la discrimination raciale.

L'interdiction du soi-disant *hate speech* ne concerne pas seulement le discours visant à inciter directement à commettre des crimes, mais aussi ce qui se traduit par la création indirecte d'un « environnement », d'une « atmosphère » culturelle, objectivement favorables à la commission de crimes contre les membres d'un groupe social ou racial. Le discours de haine est donc caractérisé par un préjugé de groupe et il suffit que ce préjugé constitue une incitation *potentielle* à commettre des crimes de haine pour qu'il soit également qualifiable comme tel. À ce propos, le « Guide pratique » de l'OCDE intitulé « Comprendre les crimes de haine antisémites et répondre aux besoins des communautés juives en matière de sécurité »¹³³ définit les soi-disant « indicateurs de préjugé » comme « le ou les faits qui suggère (nt) qu'un crime a été motivé par une préconception ».

Malgré ces précisions, la frontière entre la libre expression d'une pensée critique et la manifestation d'un préjugé de groupe est très subtile. Pour éviter que la répression du discours de haine ne se transforme en répression de la liberté d'expression, il convient donc de tenir compte du *contexte*, précisément parce que la nature « haineuse » du « discours » est une réalité « context-dépendent »¹³⁴. Ainsi, pour ne citer que deux seuls exemples, quant à l'expérience française on a écrit que « les juridictions françaises rappellent fréquemment que l'appréciation du caractère injurieux d'un propos relève du pouvoir du juge et qu'elle doit être effectuée en fonction du contexte, en tenant compte des éléments intrinsèques comme extrinsèques au message, et de manière objective, sans se fonder sur la perception personnelle de la victime »¹³⁵, tandis que, quant à l'expérience italienne, la Cour de cassation a dit que « *l'interprétation des éléments normatifs doit être effectuée par le juge en tenant compte du contexte dans lequel se situe le comportement individuel, de manière à assurer la conciliation des principes de dignité égale et de non-*

¹³³ OCDE – BIDDH, *Comprendre les crimes de haine antisémites et répondre aux besoins des communautés juives en matière de sécurité*, Varsovie, OCDE – BIDDH, 2017, 52.

¹³⁴ L. ANDERSON – M. BARNES, *Hate Speech*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford (CA), Stanford Univ., 2023.

¹³⁵ N. DROIN, *L'appréhension des discours de haine par les juridictions françaises : entre travail d'orfèvre et numéro d'équilibriste*, in *Rev. des droits de l'homme*, n° 14/2018, 11.

discrimination avec celui de liberté d'expression, et à valoriser par conséquent l'exigence de vérifier le danger concret du fait »¹³⁶.

Or, la culture de l'effacement et celle du politiquement correct n'ont rien à voir avec la répression raisonnable du discours de haine, mais visent – respectivement – à évaluer l'histoire passée avec les catégories morales d'aujourd'hui (mieux : avec celles partagées seulement par des groupes spécifiques) et à contraindre à pratiquer une modalité d'expression qui est considérée convenable par un certain milieu culturel, prêt à réprimer la pensée critique quand elle peut faire sentir *unsafe* celui qui en fait partie. Mais cela met sérieusement en danger la liberté d'expression, car la sensibilité est tout à fait subjective et le sentiment « d'insécurité » devant la manifestation de la pensée d'autrui est surtout signe (en plus de l'immaturation) d'intolérance. Il est donc paradoxal qu'il y ait des intellectuels – c'est-à-dire, en théorie, des adeptes de la libre pensée critique – prêts à alimenter de telles tendances illibérales.

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

Le thème des formes de gouvernement peut être abordé assez rapidement, car si les questions générales sont le patrimoine de l'ensemble du constitutionnalisme, les questions les plus ponctuelles (l'alternative – imaginons-le – entre présidentielisme et parlementarisme ; le choix du type de chef de l'État ; l'option pour le système électoral majoritaire ou proportionnel, etc.), concernent les cultures constitutionnelles de chaque pays (et cet écrit n'a pas l'ambition de tracer un cadre général de droit comparé).

II.1. – *La liberté de se donner une forme de gouvernement.*

Le constitutionnalisme a ce nom parce qu'il a été – et est – lutte pour les constitutions : pour leur promulgation, pour leur bon fonctionnement, pour leur défense. Bien que l'idée ait déjà été anticipée par la pensée antique et médiévale, elle est posée avec une force politique et culturelle inédite par le constitutionnalisme, qui est en cela une expression limpide de la modernité et du rationalisme des Lumières : le postulat sous-jacent est que les êtres humains soient maîtres de leur destin et qu'ils aient le droit et le pouvoir de l'écrire dans des chartes constitutionnelles destinées à durer. J'ai observé en d'autres occasions¹³⁷ que les constitutions aspirent à l'*éternité normative*. Même les lois et peut-être toutes les sources normatives sont conçues pour durer, mais seules les constitutions ont l'intention de déterminer les règles fondamentales d'un système, qui est tel (qui a –

¹³⁶ Cass. pen., Sect. III, 17 juillet 2019, n. 31314.

¹³⁷ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n° 1/2013, 1.

c'est-à-dire – une identité juridique spécifique) uniquement en vertu des règles *spécifiques* établies par cette *spécifique* constitution. Mais les constitutions veulent aussi beaucoup plus, car elles prétendent façonner l'avenir d'une communauté politique, en aspirant non seulement à leur propre éternité *dans l'ordonnement juridique*, mais aussi à l'éternité *de ce cet ordonnement*. La vocation prométhéenne du genre humain se manifeste pleinement dans la lutte pour les constitutions.

Cette vocation a été radicalement contestée par toute la pensée absolutiste et conservatrice, qui n'a jamais accepté l'idée que le destin d'un peuple pouvait être écrit par d'autres que par Dieu ou par la tradition : la légitimation des rois ne pouvait certainement pas être mise en danger par la prétention de la masse d'échapper à un destin marqué par des sources aussi inatteignables. Encore au moment où le constitutionnalisme moderne faisait ses premiers pas, Robert Filmer doutait que les hommes aient la « liberty to choose what form of government it please »¹³⁸, ainsi attirant la critique de Locke, lequel, au contraire, leur reconnaissait le droit de « make distinct commonwealths and other governments as they thought fit »¹³⁹. Et quand la vague révolutionnaire s'était déjà abattue sur l'ancien régime, mais celui-là semblait renaître de ses cendres, De Maistre proclamait que « Une des grandes erreurs d'un siècle, qui les professa toutes, fut de croire qu'une constitution politique pouvoit être écrite et créée *à priori* tandis que la raison et l'expérience se réunissent pour établir qu'une constitution est une œuvre divine et que ce qu'il y a précisément de plus fondamental et de plus essentiellement constitutionnel dans les lois d'une nation ne sauroit être écrit »¹⁴⁰. Personne, aujourd'hui, au moins dans un pays développé, n'oserait répéter de tels concepts.

Néanmoins, c'est le constitutionnalisme lui-même qui prétend – sinon comprimer – définir les contours de ce droit. À côté d'une acception *descriptive* de « constitution », il y en a en effet une *prescriptive*, qui est sculptée par l'art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (« *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* »).

Cette Déclaration n'a aujourd'hui aucune valeur contraignante (du moins hors de France, où elle est insérée dans le « bloc de constitutionnalité »), mais elle a néanmoins une grande valeur conceptuelle : l'idée moderne de « constitution » a été définie par de nombreuses sources (juridiques, politiques, culturelles) et une de ces sources est la Déclaration. Tout ordre politique a donc une « constitution » au sens descriptif, mais seuls les ordres politiques qui en ont une respectueuse des paradigmes minimaux du

¹³⁸ Droit dont l'origine est vue chez la scolastique et chez les « papistes » par R. FILMER, *Patriarcha ; or the Natural Power of Kings*, chap. I, par. 1.

¹³⁹ J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, II, chap. VIII, par. 115.

¹⁴⁰ J. DE MAISTRE, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines*, Paris, Société Typographique, 1814, 1.

constitutionnalisme peuvent dire qu'ils l'ont aussi au sens « prescriptif ». Cette conclusion a des conséquences importantes, qui apparaîtront dans les pages qui suivent.

II.2. – *L'essentialité de la représentation politique.*

Le placement du principe de la séparation des pouvoirs au centre de la notion même de constitution, opérée par la Déclaration de 1789, implique l'essentialité de la représentation politique pour le constitutionnalisme. Une forme de gouvernement démocratique au sens propre (c'est-à-dire une forme de gouvernement dans laquelle le pouvoir est conféré au peuple réuni dans la place publique, qu'elle soit physique ou virtuelle) n'est pas compatible avec les idéaux du constitutionnalisme, parce que cela implique une concentration inacceptable du pouvoir. On pourrait objecter qu'il s'agit toujours d'une concentration dans les mains du peuple, mais, au-delà de l'observation évidente que le pouvoir absolu de la majorité est incompatible avec la protection effective des droits (également) de la minorité, il y a au moins deux autres bonnes raisons de ne pas l'évaluer positivement : parce que la concentration agit en réalité en faveur de la seule majorité (en démocratie, la loi du plus grand nombre s'applique) ; parce que la majorité ne se forme pas en suivant des parcours linéaires et imperméables aux conditionnements extérieurs. On connaît bien le scepticisme de Max Weber : « des concepts tels que “la volonté du peuple”, “la vraie volonté du peuple”, etc. n'existent plus pour moi depuis longtemps. Ils sont des *fictions* »¹⁴¹ ; encore plus connu est celui de Kelsen, pour lequel le peuple n'est qu'un centre d'imputation de normes¹⁴². Constitutionnalisme et attribution d'un pouvoir absolu, fût-ce au peuple, ne sont pas des choses en harmonie réciproque.

On déduit de ces considérations que le principe représentatif est lui-même consubstantiel au constitutionnalisme, comme d'ailleurs avait très bien compris déjà Kant, en notant que tous les régimes qui ne sont pas représentatifs sont in-formes (« Alle Regierungsform nämlich, die nicht *repräsentativ* ist, ist eigentlich eine *Unform* »)¹⁴³. Cela ne signifie cependant pas que ce principe fonctionne dans la pureté absolue de ses connotations conceptuelles. Dans les démocraties représentatives¹⁴⁴ contemporaines, en effet, même les élections législatives ont depuis longtemps acquis des contours

¹⁴¹ M. WEBER *Brief an Robert Michels*, 4 août 1908, maintenant in *Gesamtausgabe*, Abt. II, *Briefe*, vol. 5, *Briefe 1906-1908*, 615 (italiques dans l'orig.).

¹⁴² H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, Mohr, 1929, trad. it. par G. Melloni, *Essenza e valore della democrazia*, in *La democrazia*, Bologne, Il Mulino, 5^e éd., 1984, 51.

¹⁴³ I. KANT, *Zum ewigen Frieden*, Leipzig, Meiner, 1919, 40 (1^{re} éd. Königsberg, Nicolovius, 1795), 15 (italiques dans l'orig.).

¹⁴⁴ J'ai à l'époque attiré l'attention sur le fait que cette expression est un véritable oxymore (une chose est la démocratie, une autre la représentation), mais elle est désormais entrée dans l'usage commun et quand nous l'utilisons nous savons très bien à quoi nous nous référons (v. M. LUCIANI, *Articolo 75 – Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, éd. G. Branca e A. Pizzorusso, Bologne – Rome, Zanichelli – Il Foro Italiano, 2005, 14).

plébiscitaires, autrefois à cause de l'identification de l'électeur dans le parti (de masse) de référence¹⁴⁵, maintenant à cause de son identification au *leader*, les grands partis étant désormais disparus. Le régime typique des communautés politiques actuelles est donc celui de la « forme de gouvernement démocratique mixte plébiscitaire-représentative » dont parlait déjà il y a plus de soixante ans Ernst Fraenkel¹⁴⁶, une forme de gouvernement dans laquelle les mécanismes de représentation et ceux de la capture plébiscitaire du consensus sont inextricablement liés.

II.3. – *Les difficultés de la représentation politique et les remèdes possibles.*

Nous avons déjà évoqué les difficultés de la représentation politique dues aux conditions de contexte (notamment aux §§ I.2.2. et I.2.3). Et ce ne sont pas des difficultés mineures. Étant donné que la réalité générale est celle de la « forme de gouvernement démocratique mixte plébiscitaire-représentative », il semble apparemment sage de chercher à résoudre ses problèmes en s'appuyant davantage sur sa jambe plébiscitaire. Mais ce n'est pas le cas.

L'introduction de l'élection directe au sommet de l'exécutif ou (où l'élection directe est déjà prévue) l'exaltation du *leader* directement élu est la première et la plus évidente hypothèse de solution. Évidente, mais aussi banale et inefficace. L'élection directe est conçue comme l'instrument pour renouveler et renforcer le consensus en faveur des institutions en puisant à la source ultime de la légitimation, c'est-à-dire à la volonté populaire. Mais il apparaît clairement paradoxal que l'on essaie ainsi de résoudre le problème en s'appuyant... sur le même problème que l'on veut résoudre. Les difficultés de la représentation – comme nous l'avons vu – découlent de l'affaiblissement de la base sociale des institutions, de plus en plus fragmentée et divisée, incapable de générer des identités individuelles et collectives solides. Une telle base sociale n'est pas en mesure de fournir des prestations stables de légitimation, car sa propre faiblesse l'empêche d'assurer un consensus permanent. Se renforcer en s'appuyant sur une faiblesse et étancher la soif de légitimation en puisant à une source desséchée est un authentique contresens. Il y a ensuite un autre contresens, un autre paradoxe. Dans un monde où non

¹⁴⁵ C'était le cadre qui, en élaborant la théorie de la nature essentiellement plébiscitaire des élections dans les démocraties contemporaines, considérait G. LEIBHOLZ, *Der Strukturwandel der modernen Demokratie*, maintenant in *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3^e éd., Karlsruhe, Müller, 1967, 93, 97 et 121 ; *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, Berlin, de Gruyter, 1966, publié en Italie avec le titre *Il mutamento strutturale della democrazia nel XX secolo* (il s'agit d'une sorte de condensé de *Der Strukturwandel*), maintenant in *La rappresentazione nella democrazia*, trad. it. par S. Forti, Milan, Giuffrè 1989, 321 ; *Parteienstaat und Repräsentative Demokratie*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, n° 1/1951, 1 ss., trad. it. *Stato dei partiti e democrazia rappresentativa. Considerazioni intorno all'articolo 21 e all'articolo 38 della legge fondamentale di Bonn*, maintenant in *La rappresentazione*, cit., 390.

¹⁴⁶ E. FRAENKEL, *Die repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat*, Tübingen, Mohr, 1958, 11.

seulement la mondialisation, mais aussi les processus d'intégration supranationale et internationale érodent constamment la souveraineté de l'État, la solution du renforcement du sommet du pouvoir exécutif est quelque peu velléitaire et cherche à obtenir le résultat inutile de la concentration *maximale* du *moindre* pouvoir¹⁴⁷.

Une autre voie est celle du renforcement des institutions de participation, à partir du *référéndum*. Il s'agit d'une solution complexe dont l'examen nécessiterait une reconstruction détaillée de l'institut référendaire, ce qui est impossible ici. Il suffira alors de dire que :

a) parmi les nombreuses fonctions que la doctrine a reconnues au *référéndum*, celle d'instrument de dynamisation des formes de gouvernement représentatives apparaît la plus plausible ;

b) les institutions représentatives ont une tendance à l'autoréférence et le *référéndum* les oblige à l'ouverture ;

c) cette capacité d'ouverture est maximale lorsque l'initiative référendaire est reconnue aussi à une fraction du corps électoral ;

d) le *référéndum* enrichit et ne pervertit la forme représentative que s'il entre dans un rapport dialectique fécond avec la loi, à laquelle il doit donc être permis d'en dépasser les résultats prescriptifs ;

e) une volonté populaire « authentique » n'existe pas, pour la simple raison que c'est la question (pour la manière, le temps et le contexte dans lequel elle est formulée) qui détermine la réponse¹⁴⁸.

Le *référéndum*, en définitive, devrait être analysé et utilisé laïquement, en trouvant un point d'équilibre entre ceux qui, comme à l'époque Esmein, critiquaient sa capacité perverse à évoquer les « préjugés populaires, si prompts à naître et si difficiles à détruire »¹⁴⁹, et ceux qui, comme la doctrine italienne des années 1990, qui s'est développée non par hasard au moment où s'effaçait le système des partis né avec la Constitution, a reconnu au référendum une « plus-value » politique *et* juridique qui, à mon avis, en ferait un danger et non une ressource pour la démocratie représentative¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Je renvoie, sur ce point, à mon *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in *Teoria politica*, 2015, n° 5, 113.

¹⁴⁸ J.-M. DENQUIN, *Référéndum et plébiscite*, Paris, LGDJ, Paris, 1976, 274, a correctement observé que « toute formulation est déformante justement parce que formulée ».

¹⁴⁹ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8^e éd., rév. par H. Nézard, Paris, Sirey, 1927, t. I, 442 s.

¹⁵⁰ V., en particulier, A. BALDASSARRE, *Il « referendum » costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1994, 258 s. ; ID., *Referendum e legislazione*, in *Referendum*, éd. M. Luciani e M. Volpi, Rome – Bari, Laterza, 1992, 35 s. ; C. MEZZANOTTE, *Le fonti tra legittimazione e legalità*, in *Queste Istituzioni*, 1991, 55 s. ; ID., *Referendum e legislazione*. Rapport au Colloque annuel de la « Associazione italiana dei costituzionalisti », Sienne, 3-4 décembre 1993, 14 du dactylographié ; R. NANIA, *Il giudizio di ammissibilità del referendum tra « eccezionalità » e « normalità » dei circuiti di democrazia diretta*, in *Il giudizio di ammissibilità del*

Une logique semblable à celle de la seconde solution est celle d'une troisième hypothèse, telle que la valorisation des nouvelles technologies. L'idée est de récupérer la décision populaire « immédiate » (dit-on) par le remplacement de la place *physique*, indisponible dans les démocraties des grands nombres et des grands espaces, par la place *virtuelle*. Cette « agora informationnelle »¹⁵¹, cependant, loin d'être comparable au véritable lieu civique de l'expression « immédiate » d'une prétendue « volonté populaire », est plus proprement proche d'une forêt où se cachent de nombreux prédateurs dangereux et où il est facile de se perdre. Ici aussi, cependant, un usage raisonnable de l'instrument est possible, de sorte que les attitudes manichéennes, qui voient tout blanc ou tout noir, sont hors de propos.

Toutes ces solutions, cependant, semblent être affectées par le même vice, car elles opposent à des problèmes complexes des réponses excessivement simples. En revanche, la tâche du constitutionnalisme des prochaines années devrait être celle de la lente et laborieuse reconstruction du tissu conjonctif des rapports entre société civile et société politique, action pour laquelle aucune recette de réalisation simple et rapide n'est disponible.

II.4. – *Le protagonisme du pouvoir judiciaire et la position des tribunaux constitutionnels.*

Le rôle prépondérant du pouvoir judiciaire semble être une caractéristique des dernières décennies d'expérience juridique, dans le monde entier : ce n'est pas par hasard que l'on parle de plus en plus de « juristocracy »¹⁵² de passage de l'État de droit (*Rechtsstaat*) à l'État judiciaire (*Richterstaat*)¹⁵³, de « gouvernement des juges »¹⁵⁴, de « jurisprudences usurpatives »¹⁵⁵ et ainsi de suite. Ce n'est pas une nouveauté et l'esprit va tout de suite à ce *Gouvernement des juges* qu'Édouard Lambert publia en 1921, comme étude sur le rapport entre législation et juridiction aux États-Unis¹⁵⁶, et qui a marqué le début de la discussion sur la « place » de la juridiction dans l'État de droit (d'abord) et dans l'État constitutionnel de droit (ensuite).

referendum abrogativo, Milan, Giuffrè, 1998, 215 ; S.P. PANUNZIO, *Osservazioni su alcuni problemi del giudizio di ammissibilità*, *ibidem*, 176 ss.

¹⁵¹ Le syntagme remonte à S. NORA – A. MINC, *L'informatisation de la société*, Paris, Seuil, 1978, 124 s.

¹⁵² R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.) & London, Harvard Univ. Press, 2004.

¹⁵³ B. RÜTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*, Tübingen, Mohr, 2014-2016, trad. it. par G. Stella, *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici*, Modène, Mucchi, 2018.

¹⁵⁴ S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Rome – Bari, Laterza, 2022.

¹⁵⁵ M. BARCELLONA, *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*, Modène, Mucchi, 2022, spéc. 16 ss.

¹⁵⁶ É. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1821.

Quand on aborde cette problématique délicate, il faut faire preuve d'un grand équilibre, car la diabolisation de l'intervention de la juridiction est aussi primitive que sa sanctification. Il faut cependant souligner avec force qu'une juridiction qui réclame des tâches de suppléance vis-à-vis du législateur (par exemple – nous le verrons – en introduisant dans l'ordre juridique des droits nouveaux qui n'étaient pas prévus, même implicitement, par la constitution) s'expose à la loi du parallélisme, en ce sens que la même responsabilité (politique) imputable au législateur pourrait lui être imputée avec la même cohérence, avec la conséquence que le bénéfice principal de la juridiction (un contrôle tiers et impartial, non contestable avec de simples arguments politiques) disparaîtrait et donnerait voix aux détracteurs de la juridiction, qui souhaitent reconnaître au pouvoir politique (et principalement exécutif) un arbitraire décisionnel incontrôlé. Le retour de la juridiction à sa mission institutionnelle (l'application de la loi, en entendant, par cette expression, aussi et avant tout la constitution) est donc une nécessité systémique et une exigence de la juridiction elle-même, qui ne doit pas prêter le flanc aux objections de ses critiques.

Il s'agit sans aucun doute d'un pas difficile, qui nécessite une réflexion culturelle renouvelée (en abandonnant la thèse répandue que la « norme » ne se trouverait pas dans la loi, mais serait « créée » par le juge) et une transformation institutionnelle (l'espace majeur acquis par la juridiction est manifestement imputable au recul de la loi), qui n'est pas simple à réaliser.

Cette réflexion culturelle renouvelée exigerait avant tout une conception plus exacte du concept et des limites de l'interprétation juridique, mais il n'est pas possible d'en parler dans l'économie de cet écrit¹⁵⁷. Il faudrait ensuite abandonner la reconstruction suggestive qui lie la centralité de la juridiction à l'avènement des nouvelles constitutions typiques de l'État social : le fait que le juge soit désormais en liaison directe avec la constitution, dans cette perspective, le libérerait de la simple tâche de l'exécution de la loi et lui donnerait la responsabilité de la mise en œuvre de la constitution, en brisant le monopole reconnu au législateur jusqu'à présent¹⁵⁸. Une thèse qui semble ne pas tenir suffisamment compte de la différence conceptuelle qui existe entre l'exécution et la mise en œuvre de la constitution : mettre en œuvre une constitution, c'est adopter des choix éminemment politiques quant au moment, aux modes et aux moyens, choix que personne ne sait – et la thèse en question ne l'explique pas – pourquoi ne devrait jamais être du ressort de la juridiction (et non de la législation)¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Je fais renvoi à deux de mes écrits déjà cités : *Interpretazione conforme a costituzione* et *Ogni cosa al suo posto*.

¹⁵⁸ Dans ce sens, par ex., M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milan, Giuffrè – Francis Lefebvre, 2018, spéc. 207.

¹⁵⁹ Ici aussi je me permets de faire renvoi à un de mes écrits : *Ermeneutica costituzionale e « massima*

Le recul de la loi est cependant un phénomène multicausal : les difficultés déjà signalées de la représentation ; la concentration du pouvoir dans les mains des exécutifs ; l'intrusion de la normation internationale et (pour beaucoup de pays) supranationale ; la fuite de nombreux parlements de la responsabilité politique, qui les a conduits à reporter à l'infini des choix législatifs socialement gênants ; l'incapacité de trouver le bon compromis politique (non seulement entre majorité et opposition, mais aussi à l'intérieur de la même majorité) ; l'investiture conséquente de pouvoir en faveur de l'administration et surtout de la juridiction, appelées à décider au lieu du législateur¹⁶⁰ ; l'attribution croissante d'importants pouvoirs normatifs aux autorités indépendantes, etc. Ce phénomène, cependant, au lieu d'autoriser la suppléance du juge, appelle à la recherche rigoureuse d'un rétablissement des prérogatives parlementaires, qui devrait être entrepris tant par les citoyens (en faisant valoir la responsabilité politique des membres des assemblées représentatives) que par les scientifiques (appelés à sauvegarder le bon fonctionnement d'un principe aussi central du constitutionnalisme qu'est celui de la séparation des pouvoirs). Le juge, bien sûr, a l'obligation de décider, car le principe du *non liquet* lui l'impose, mais la décision qu'il est appelé à prendre doit toujours être *secundum*, et non *praeter legem*. Face à l'« impossibilité de revenir à une centralité de la source législative ordinaire », il n'est donc pas nécessaire de bouleverser l'ordre des rapports entre législation et juridiction, mais il faut faire toutes les tentatives possibles pour la « valorisation de tous les sièges, mécanismes, tâches, pouvoirs susceptibles de redonner une place centrale au circuit démocratique représentatif »¹⁶¹.

Le rétablissement d'une relation correcte entre juridiction et législation met au centre de l'attention la question du contrôle de constitutionnalité des lois. Dans les nombreux systèmes à accès (aussi) incident à la justice constitutionnelle (comme on le sait, la France elle-même, qui avait longtemps résisté, vient de s'ajouter en introduisant la question prioritaire de constitutionnalité), le juge qui constate, par exemple, un défaut de protection législative d'un droit fondamental, loin de procéder à l'« invention »¹⁶² de la norme nécessaire, a le *devoir* de soulever la question de la constitutionnalité. Cette évolution physiologique du rapport juge – loi – constitution pose d'ailleurs lui-même un

attuazione della Costituzione », in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, éd. P. Perlingieri e S. Giova, Naples, ESI, 2018, 37 et s.

¹⁶⁰ Pour une énumération partiellement coïncidant avec celle du texte des différentes raisons de la crise de la loi, R. CALVANO, *Dalla centralità della legge alla centralità dei circuiti democratici rappresentativi nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n° 1/2024, 18.

¹⁶¹ Il s'agit de la suggestion correcte qui vient de R. CALVANO, *Dalla centralità della legge*, cit., 20.

¹⁶² On parle au texte de la bien connue thèse de Paolo Grossi, qui – s'appuyant sur l'ambiguïté du terme – parle d'« invention » judiciaire de la norme nécessaire, en ce sens que le juge aurait le pouvoir de *invenire*, c'est-à-dire (comme le suggère ce verbe latin) de « trouver » la norme dans la conscience sociale, dans le droit produit « par le bas ». V., sur ce point, P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Rome – Bari, Laterza, 2017, *passim*.

problème, en raison des doutes, malheureusement encore récurrents aujourd'hui en politique, sur la légitimation des tribunaux constitutionnels à déclarer invalides, pour violation de la constitution, des lois qui sont l'expression de la *volonté générale*. Il s'agit toutefois de doutes qui, bien qu'ils soient compréhensibles du point de vue politique, sont depuis longtemps juridiquement dépassés.

La question, vu le grand succès obtenu par le syntagme introduit par Alexander Bickel¹⁶³, est universellement connue comme *countermajoritarian difficulty* et consiste dans le défaut de légitimation démocratique des tribunaux constitutionnels (même lorsque leurs membres sont nommés en tout ou en partie par des organes politiques). Certains, en particulier, se demandent si, dans les régimes démocratiques, il est possible de tolérer qu'un pouvoir aristocratique invalide les décisions des pouvoirs démocratiquement légitimés. Question délicate, certes, mais – je le répète – dans la perspective du débat politique, pas dans celle de la théorie des formes de gouvernement. Un peu pour des raisons de fonctionnement pratique, un peu pour des raisons historico-sociales (pensons à la correspondance harmonieuse de la tripartition montesquivienne à l'organisation de la société française de l'époque), un peu pour la mémoire (plus ou moins consciente) de l'idéal de la forme de gouvernement mixte, diffusé par Polybe en analysant la constitution de la Rome républicaine, un peu pour tout cela, toutes les formes de gouvernement contemporaines mélangent des éléments démocratiques, aristocratiques et même monarchiques. D'origine monarchique c'est, par exemple, le pouvoir de grâce, largement reconnu aux chefs d'État ; d'origine démocratique c'est le principe de majorité ; d'origine aristocratique c'est dans une certaine mesure le même principe représentatif, que nous avons vu être chose bien différente du principe « purement » démocratique. Bien que l'empreinte générale soit évidemment donnée par les instituts juridiques cohérents avec le principe démocratique, il n'est donc pas surprenant qu'ils soient aujourd'hui accompagnés d'un (autre !) institut cohérent avec le principe aristocratique. Ce qui compte le plus, cependant, est que la rigidité des constitutions et le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois sont parfaitement compatibles avec le principe démocratique lui-même. Dans le pacte constitutionnel, en effet, une volonté purement démocratique s'est manifestée – et elle l'a fait au plus haut niveau – et le contrôle de constitutionnalité ne fait que préserver cette manifestation apicale de volonté démocratique des distorsions qui peuvent venir des manifestations contingentes de la volonté législative. Il s'agit donc de la primauté d'une volonté sur l'autre, oui, mais il s'agit toujours de volontés démocratiques. Et, dans ce cas, la volonté antérieure prévaut logiquement sur la successive (en dérogeant au principe général *lex posterior derogat*

¹⁶³ A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven – London, Yale Univ. Press, 1986 (1^{re} éd. 1962), 16 et s.

legi priori) parce que – comme nous l’avons vu – les constitutions ont une irrésistible aspiration à l’éternité.

Pour justifier le contrôle de constitutionnalité des lois il n’est donc pas nécessaire de lire la juridiction constitutionnelle comme un achèvement de la démocratie (comme le font ceux qui observent que ses conditions préalables – élections libres et libre débat public – doivent être assurées par les constitutions à travers la reconnaissance de droits fondamentaux spécifiques protégés par des tribunaux constitutionnels)¹⁶⁴. Et, surtout, il n’y a pas besoin de recourir à des arguments improbables tirés droit naturel (comme le font certains représentants influents du néo-constitutionnalisme)¹⁶⁵ : l’appel à l’histoire et à la réalité du fonctionnement des formes de gouvernement est tout à fait suffisant. Les arguments logiques ne manquent pas non plus : s’il y a une constitution et si on a voulu que cette constitution soit rigide, une fois qu’on enregistre un contraste entre la constitution et la loi il faut choisir si l’une ou l’autre prévaut, car il n’y a pas de solutions intermédiaires praticables. On le sait depuis plus de deux cents ans, du moins à partir de *Marbury v. Madison*, quand le *Chief Justice* Marshall écrivit que « between these alternatives there is no middle ground »¹⁶⁶. La seule objection plausible serait celle que – reprenant la position schmittienne – contesterait non pas tant le contrôle de constitutionnalité, mais son attribution à un juge. Mais cette opinion, d’une part, présupposait une conception du Président du *Reich* comme pôle politique alternatif au circuit Parlement – Gouvernement (et donc potentiellement destructeur de la forme de gouvernement parlementaire) ; de l’autre, il traduisait en exigence de politicalité absolue et immédiate ce qui – au contraire – est une exigence de rationalité du système.

II.5. – Les attaques à la magistrature et à son indépendance.

Bien pire qu’une magistrature qui se charge d’une tâche indue de suppléance du pouvoir politique est cependant une magistrature assujettie au pouvoir politique à défaut des garanties d’indépendance qui sont essentielles au bon déroulement de la fonction juridictionnelle. Il s’agit d’une condition totalement incompatible avec les principes de l’État de droit et à plus forte raison avec ceux de l’État constitutionnel de droit, mais nombreux sont les pays où l’on a enregistré des attaques frontales inquiétantes à l’indépendance de la magistrature, en général en correspondance avec leur involution manifestement ou tacitement autoritaire. Ce phénomène a également été observé dans l’espace du Conseil de l’Europe et même au sein même de l’Union européenne, et la Cour

¹⁶⁴ Il s’agit de l’observation de D. GRIMM, *Recht oder Politik ? Die Kelsen – Schmitt – Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage*, Berlin, Duncker & Humblot, 2020, 36.

¹⁶⁵ V., par ex., C. S. NINO, *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review*, in *Cardozo L. Rev.*, 1993, 811 ss.

¹⁶⁶ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, cit.

européenne des droits de l'homme et la Cour de justice ont eu l'occasion de se prononcer sur cette question.

En ce qui concerne l'expérience juridique qui a mûri dans le cadre de la CEDH, parmi les différents documents importants¹⁶⁷, il convient de signaler la « Magna Carta des juges (principes fondamentaux) » élaborée par le Conseil consultatif des juges européens (CCJE), dans laquelle il est affirmé, notamment que : c'est le rôle du pouvoir judiciaire « *garantir l'existence de l'État de droit* » (par. 1) ; l'indépendance et l'impartialité sont « *des conditions préalables indispensables au fonctionnement de la justice* » ; l'indépendance doit être garantie non pas seulement « *Par rapport aux autres pouvoirs de l'État* », mais aussi à l'égard de « *justiciables, [...] autres juges et [...] société en général* » (par. 2 et 3) : « *L'indépendance du juge doit être garantie dans le cadre de l'activité judiciaire, en particulier pour le recrutement, la nomination jusqu'à l'âge de la retraite, la promotion, l'inamovibilité, la formation, l'immunité judiciaire, la discipline, la rémunération et le financement du système judiciaire* » (par. 4).

La jurisprudence de la Cour de Strasbourg, par contre, a été rigoureuse dans l'affirmer que « *tant l'indépendance que l'impartialité constituent des éléments essentiels constitutifs de la notion de "tribunal", quel que soit l'article de la Convention qui la mentionne* » et que « *à la lumière du principe de l'État de droit inhérent au système de la Convention, la Cour estime qu'un "tribunal" doit toujours être "établi par la loi", faute de quoi il lui manquerait la légitimité requise dans une société démocratique pour entendre la cause des particuliers* »¹⁶⁸. Certains éléments, en particulier, sont essentiels afin de l'évaluation de l'indépendance de chaque office judiciaire : « *Pour établir si un organe peut passer pour "indépendant", il échet de prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance* »¹⁶⁹. Et la même stabilité dans la composition de l'organe judiciaire a de l'importance : par exemple, la cessation anticipée de la fonction de président de la Cour suprême hongroise imposée au requérant András Baka a été considérée comme une violation des articles 6 et 10 de la Charte, car « *La Cour considère [...] que le*

¹⁶⁷ V., en particulier, les opinions du Conseil consultatif des juges européens (CCJE) de 2001 et de 2007 et la Recommandation du 17 novembre 2010, adoptée par le Comité des Ministres, qui remplace la précédente Recommandation N°. R (94) 12 « *sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges* ».

¹⁶⁸ *Lavents c. Lettonie*, 28 novembre 2002, réc. n° 58442/00. V. aussi *Beaumartin c. France*, 24 novembre 1994, réc. n° 15287/89.

¹⁶⁹ *Langborger c. Suède*, 22 juin 1989, réc. n° 11179/84, par. 32. V. aussi *Kleyn et autres c. Pays Bas*, 6 mai 2003, récc. nn° 39343/98, 39651/98, 43147/98 et 46664/99, par. 190 ; *Agrokompleks c. Ukraine*, 6 octobre 2011, réc. n° 23465/03, par. 125. En particulier sur la question de l'apparence, v. la décision de la Commission *Sramek c. Autriche*, 22 octobre 1984, réc. n° 8790/79, par. 42 : « *Pour décider si un tribunal peut passer pour indépendant comme l'exige l'article 6 (art. 6), les apparences peuvent revêtir elles aussi de l'importance* ».

Gouvernement n'a pas démontré de façon convaincante que la mesure litigieuse fût le résultat de la suppression du poste et des fonctions du requérant dans le cadre de la réforme de l'autorité judiciaire suprême. En conséquence, elle estime comme le requérant que la cessation prématurée du mandat de l'intéressé était due aux opinions et aux critiques qu'il avait exprimées publiquement à titre professionnel »¹⁷⁰.

En ce qui concerne le droit de l'Union, la jurisprudence est particulièrement significative. Déjà dans l'arrêt 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, la Cour de justice avait mis en évidence une conception à juste titre très rigoureuse de l'indépendance de la magistrature (quoique sans parvenir à établir, en l'espèce, qu'une violation de la garantie de l'indépendance s'était déterminée à cause d'une réduction significative des salaires), en notant que :

a) « *Le principe de protection juridictionnelle effective des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union [...] constitue [...] un principe général du droit de l'Union qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres* » (par. 35) ;

b) « *L'existence même d'un contrôle juridictionnel effectif destiné à assurer le respect du droit de l'Union est inhérente à un État de droit* » (par. 36) ;

c) par conséquent, la protection juridictionnelle effective doit être assurée par la disponibilité de recours juridictionnels appropriés devant une « juridiction » (par. 37) ;

d) il est essentiel « *l'application, par l'organe [juridictionnel], des règles de droit ainsi que son indépendance* » (par. 38), attendu que « *la préservation de l'indépendance d'une telle instance est primordiale ainsi que le confirme l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte, qui mentionne l'accès à un tribunal "indépendant" parmi les exigences liées au droit fondamental à un recours effectif* » (par. 41) ;

e) « *La notion d'indépendance suppose, notamment, que l'instance concernée exerce ses fonctions juridictionnelles en toute autonomie, sans être soumise à aucun lien hiérarchique ou de subordination à l'égard de quiconque et sans recevoir d'ordres ou d'instructions de quelque origine que ce soit, et qu'elle soit ainsi protégée d'interventions ou de pressions extérieures susceptibles de porter atteinte à l'indépendance de jugement de ses membres et d'influencer leurs décisions* » (par. 44) ;

f) aussi « *la perception [...] d'un niveau de rémunération en adéquation avec l'importance des fonctions qu'ils exercent constitue une garantie inhérente à l'indépendance des juges* » (par. 45).

Dans la décision 5 novembre 2019, *Commission européenne c. République de Pologne*, C – 192/18, cependant, la Cour de Luxembourg a fait un pas en avant et, confirmant les assertions déjà bien établies sur la protection juridictionnelle effective et sur l'importance de l'indépendance du pouvoir judiciaire, a statué (cette fois en constatant

¹⁷⁰ *Baka c. Hongrie*, 23 juin 2016, réc. n° 20261/12.

la violation du droit de l'Union par certaines mesures polonaises concernant le statut des magistrats) que :

a) la garantie de l'indépendance interne et externe présuppose « l'existence de règles, notamment en ce qui concerne la composition de l'instance, la nomination, la durée des fonctions ainsi que les causes d'abstention, de récusation et de révocation de ses membres, qui permettent d'écarter tout doute légitime, dans l'esprit des justiciables, quant à l'imperméabilité de ladite instance à l'égard d'éléments extérieurs et à sa neutralité par rapport aux intérêts qui s'affrontent » (par. 111) ;

b) « Le principe d'inamovibilité exige, notamment, que les juges puissent demeurer en fonction tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge obligatoire du départ à la retraite ou jusqu'à l'expiration de leur mandat lorsque celui-ci revêt une durée déterminée » (par. 113) ;

c) « la circonstance qu'un organe tel que le ministre de la Justice soit investi du pouvoir de décider ou non d'accorder une prolongation éventuelle de l'exercice des fonctions juridictionnelles au-delà de l'âge normal du départ à la retraite n'est pas suffisante, à elle seule, pour conclure à l'existence d'une atteinte au principe d'indépendance des juges. Toutefois, il y a lieu de s'assurer que les conditions de fond et les modalités procédurales présidant à l'adoption de telles décisions soient telles qu'elles ne puissent pas faire naître, dans l'esprit des justiciables, des doutes légitimes quant à l'imperméabilité des juges concernés à l'égard d'éléments extérieurs et à leur neutralité par rapport aux intérêts qui s'affrontent » (par. 119). Par « jurisprudence constante », partant, « les garanties d'indépendance et d'impartialité requises en vertu du droit de l'Union postulent l'existence de règles, notamment en ce qui concerne la composition de l'instance, la nomination, la durée des fonctions ainsi que les causes d'abstention, de récusation et de révocation de ses membres, qui permettent d'écarter tout doute légitime, dans l'esprit des justiciables, quant à l'imperméabilité de cette instance à l'égard d'éléments extérieurs et à sa neutralité par rapport aux intérêts qui s'affrontent ». Dans cette perspective, les règles concernant la nomination et le statut des magistrats sur lesquelles – ce n'est pas par hasard – certains législateurs ont agi précisément afin de conditionner les autorités judiciaires, revêtent une importance particulière. Il est donc « nécessaire que les conditions de fond et les modalités procédurales présidant à l'adoption de décisions de nomination de juges soient telles qu'elles ne puissent pas faire naître, dans l'esprit des justiciables, des doutes légitimes quant à l'imperméabilité des juges concernés à l'égard d'éléments extérieurs et à leur neutralité par rapport aux intérêts qui s'affrontent, une fois les intéressés nommés. Il importe notamment, à cette fin, que lesdites conditions et modalités soient conçues de manière à satisfaire aux exigences rappelées au point précédent du présent arrêt »¹⁷¹.

¹⁷¹ Sent. 29 mars 2022, *Getin Noble Bank*, C-132/20, par. 94 ss. et, dans le même sens, sentt. 7 septembre

Il est facile de déduire de tout cela que la culture constitutionnelle doit surveiller attentivement le périmètre des garanties de la juridiction, en vérifiant (et stigmatisant) tous les cas où des mesures législatives ou administratives apparemment concernant la simple organisation du service-justice sont en réalité le cheval de Troie pour la réduction ou la compression de l'autonomie de la magistrature.

II.6. – *Les formes de gouvernement et les mutations dans les procédures de formation de l'opinion publique et du consensus politique.*

Les études qui, au XX^e siècle, s'étaient occupées de l'opinion publique et des procédés de sa formation, ainsi que des mécanismes de capture du consensus politique, regardaient un panorama complètement différent de celui qui se déploie devant nos yeux : les questions essentielles semblaient d'abord celles de la presse écrite et de la télévision, alors qu'aujourd'hui nous savons que le développement technologique a créé des canaux de formation de l'opinion publique pluriels et diversifiés, de très difficile régulation. Il était logique qu'aux années 1920, s'interrogeant sur l'avenir de l'opinion publique, Ferdinand Tönnies mettait au centre de l'attention la question de la réforme de la presse, en affirmant que « Reform und Zukunft der Öffentlichen Meinung unabtrennbar scheint von Reform und Zukunft der Zeitungen »¹⁷². Il était logique qu'à la fin du dernier millénaire, Anthony Giddens ait observé que surtout la télévision, avec les autres médias, « tend to destroy the very public space of dialogue they open up, through a relentless trivialising, and personalising, of political issues »¹⁷³. Il est beaucoup moins logique de développer des raisonnements similaires aujourd'hui : bien que l'attention portée au pluralisme des médias traditionnels ne doive en aucun cas diminuer (ils continuent à être de puissants facteurs de formation de l'opinion publique, en particulier aux plus hauts niveaux, et leur polycentrisme est « une conquête difficile et précaire »)¹⁷⁴, le regard doit nécessairement se tourner vers les nouveaux médias, en identifiant les modalités les plus correctes de leur régulation, en trouvant un équilibre entre l'occupation anarchique de l'espace virtuel et la définition impérative des contenus.

D'autres voies, cependant, devraient également être explorées, en s'appuyant non pas seulement sur les *moyens*, mais surtout sur les *modalités* de formation de l'opinion publique. Un terrain privilégié de réflexion devrait être celui de la démocratie délibérative, avec une double précision. La première : on appelle ainsi la « démocratie

2023, *Asociația « Forumul Judecătorilor din România »*, C-216/21, par. 57 et s. ; 16 février 2022, *Hongrie/Parlement et Conseil*, C-156/21 ; 16 février 2022, *Pologne/Parlement et Conseil*, C-157/21. Dans le même sens, sent. 2 mars 2021, *A. B. et autres*, C-824/18, par. 121 et s.

¹⁷² F. TÖNNIES, *Kritik der öffentlichen Meinung*, Berlin, Springer, 1922, 574.

¹⁷³ A. GIDDENS, *Runaway World. How Globalisation is Reshaping our Lives*, London, Profile, 1999, 78.

¹⁷⁴ G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Bologne, Il Mulino, 1987, 176.

discursive » au sens de Habermas et Rawls, mais il s'agit ici d'une acception différente et plus circonscrite du syntagme (c'est-à-dire d'une théorie et d'une pratique qui peuvent être encadrées, comme *species*, dans ce *genus* plus large). La deuxième : l'expression anglaise *délibérative democracy* – difficilement traduisible dans les langues (comme l'italien, le français et des autres) où « délibération » est synonyme de « décision » – n'utilise pas l'adjectif « délibérative », (cela va sans dire, mais en le disant ça va encore mieux, par souci de clarté) dans le sens de « prise de décision », et fait référence non pas à un processus décisionnel, mais à une discussion consciente et participative comme lieu (et résultat) de la formation de l'opinion publique.

Le théoricien le plus connu de la démocratie délibérative dans cette acception plus étroite (James Fishkin) suggère que pour résoudre des questions controversées, on procède par : a) identifier un « échantillon » représentatif de citoyens, des milieux sociaux et opinions politiques les plus divers ; b) organiser une réunion de quelques jours (à durée variable selon la difficulté de la question) ; c) y organiser une discussion ouverte et libre entre les différents participants ; d) assumer, en conclusion, une détermination partagée par la majorité des participants¹⁷⁵. L'idée d'un véritable *Deliberation Day*¹⁷⁶ est cohérente avec la conception rationnelle et communicative des processus démocratiques qui a en Jürgen Habermas son principal représentant et donc, contrairement à ce que Fishkin lui-même croit, son mécanisme n'est pas du tout apte à solliciter une sorte de restauration de la démocratie directe (même dans les formes praticables dans les grandes communautés politiques)¹⁷⁷.

Comme l'a observé un politologue italien attentif, en effet, la conception délibérative de la démocratie « s'oppose à toutes les visions qui, de diverses manières, impliquent un refus de la médiation. Une conception délibérative de la démocratie se situe donc aux antipodes, que ce soit d'une idée de démocratie "directe" (qui peut s'exercer sans aucune "délibération") ou d'une idée ou pratique "plébiscitaire" de la démocratie (à sa manière, elle aussi "directe" et "immédiate") ; soit, à l'extrême opposé, même de toute vision "technocratique", dans lesquelles on estime qu'il n'y a pas de place pour le choix et le dialogue, et qu'il n'y a que des décisions "obligées", techniquement "correctes" pour prendre lesquelles il suffit de choisir la personne la plus "appropriée" ou la plus "compétente". Mais cette idée de démocratie délibérative est également différente de ces idées ou versions de la démocratie "participative", pour lesquelles on devrait "directement" attribuer aux citoyens un certain "pouvoir" »¹⁷⁸.

¹⁷⁵ J.S. FISHKIN, *Democracy and Deliberation*, New Haven and London, Yale Univ. Press, 1991, 2 et s.

¹⁷⁶ B. ACKERMAN – J.S. FISHKIN, *Deliberation Day*, in *Debating Deliberative Democracy*, éd. J. S. Fishkin et P. Laslett, Malden and Oxford, Blackwell, 2003, 7 ss.

¹⁷⁷ J.S. FISHKIN, *Democracy and Deliberation*, cit., spéc. 54 ss.

¹⁷⁸ A. FLORIDIA, *Un'idea deliberativa della democrazia. Genealogia e principi*, Bologne, il Mulino, 2017, 12.

Cette longue citation visait à montrer que la *deliberative democracy* est un instrument utile pour récupérer, avec des modalités originales (qui retravaillent complètement la technique du sondage, développée aux années 1930 par George Horace Gallup), la logique de fonctionnement d'un système politique et institutionnel fondé sur les paradigmes de la représentation et de la médiation, c'est-à-dire précisément sur les paradigmes que le contexte général de la désintermédiation, auquel j'ai fait allusion, a mis en grave difficulté¹⁷⁹. Il ne faut pas se faire d'illusions excessives, mais expérimenter la démocratie délibérative (pas nécessairement seulement au niveau national, mais aussi – et peut-être plus fructueusement – aux niveaux locaux et régionaux) peut être utile, notamment parce qu'elle a des effets pédagogiques significatifs et stimule la construction de cette *enlightened citizenship* dont parlait lucidement Robert Dahl¹⁸⁰ et qui semble une condition essentielle pour que s'active le *plébiscite de tous les jours* – pour paraphraser l'expression heureuse utilisée par Ernest Renan en référence à la nation –¹⁸¹ qu'il faut gagner afin que la démocratie (qui n'est pas du tout une réalisation assurée pour toujours) puisse durer dans le temps.

III. – *Les droits*

Dans le langage du constitutionnalisme contemporain, il est habituel de définir « fondamentaux » certains droits. Il s'agit d'une qualification qui, à strictement parler, devrait être réservée non pas seulement aux droits *constitutionnels*, c'est-à-dire aux seuls droits qui sont prévus par des normes positives dans une constitution, mais aux seuls droits qui, dans cette constitution, sont *fondamentaux* en ce qu'ils assurent le *fondement* du pacte constitutionnel et, précisément en tant que tels, sont tellement essentiels qu'ils échappent à la révision constitutionnelle, dont ils représentent une limite absolue (en ce sens, si l'on ne reconnaît pas de limites absolues au pouvoir de révision, il a aussi peu de sens de parler de droits authentiquement « fondamentaux »)¹⁸². Malgré cela, un usage linguistique moins précis, qui qualifie de « fondamentaux » les droits considérés en général comme patrimoine commun du constitutionnalisme, s'est toutefois consolidé.

¹⁷⁹ Une description intéressante du débat concernant la démocratie délibérative se trouve en *Democracy as public Deliberation. New Perspectives*, éd. M. Passerin d'Entreves, Manchester – New York, Manchester Univ. Press, 2002.

¹⁸⁰ R. A. DAHL, *Democracy and its Critics*, New Haven, Yale Univ. Press, trad. it. par la Sciptum s.n.c., *La democrazia e i suoi critici*, Rome, Editori Riuniti, spéc. 168 et s.

¹⁸¹ E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, Paris, Calmann-Lévy, 1882, 26 : « Une nation est une âme, un principe spirituel. Deux choses qui, à vrai dire, n'en font qu'une, constituent cette âme, ce principe spirituel. L'une est dans le passé, l'autre dans le présent. L'une est la possession en commun d'un riche legs de souvenirs ; l'autre est le consentement actuel, le désir de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire valoir l'héritage qu'on a reçu indivis ».

¹⁸² L'existence de limites absolues à la révision est de plus en plus explicitement prévue par les constitutions et souvent, sur la base d'une interprétation systématique, elle est reconnue par la doctrine et la jurisprudence même en l'absence de données constitutionnelles explicites.

Des droits qu'aucune constitution, si elle veut rester dans le sillage de cette tradition politique et culturelle, ne devrait négliger. Bien que conscient du problème (qui n'est pas seulement linguistique, mais aussi) conceptuel et dogmatique que je viens de signaler, j'utiliserai moi aussi le syntagme « droits fondamentaux » dans cette acception fréquemment acceptée par la doctrine.

III.1. – Les « générations » des droits.

Le chemin du constitutionnalisme n'a pas été linéaire et les droits fondamentaux se sont développés différemment au cours de l'histoire, de sorte que nous pouvons en identifier au moins quatre générations. La première comprend le droit de propriété et les droits de liberté civile revendiqués par la bourgeoisie. La seconde comprend les droits de liberté politique dérivant du processus de démocratisation qui a traversé surtout le passage du XIXe au XXe siècle (Pierre Rosanvallon a souligné à juste titre la centralité politique prise alors par la lutte pour le suffrage universel)¹⁸³. La troisième comprend les droits sociaux, enfants des luttes du mouvement ouvrier et des partis qui l'ont représenté. La quatrième comprend les droits typiques de la postmodernité (au sens de Lyotard)¹⁸⁴, c'est-à-dire les droits qui sont liés au développement de la technique et à l'effondrement de certains piliers des structures sociales traditionnelles (pensons, par exemple, au droit à l'« identité informatique », au « droit à l'oubli », au « droit à l'identité sexuelle », etc.). Le positionnement le long de cette analyse temporelle n'est pas sans importance, car il est évident que les droits appartenant aux générations plus anciennes sont en quelque sorte considérés comme acquis, tandis que les plus récents rencontrent plus de difficultés.

L'affaire des droits sociaux est emblématique. Ce ne fut qu'un accident de l'histoire leur séparation des droits de liberté, car au moins dans l'expérience révolutionnaire française leurs destins auraient pu s'entremêler si les événements politiques de l'époque avaient suivi un autre cours¹⁸⁵. Et pourtant, cet accident a contribué à déterminer, par exemple, les graves difficultés des droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne, si bien que ce n'est qu'au cours des années les plus proches qu'ils ont obtenu une reconnaissance adéquate, d'abord avec le préambule du TUE (dans lequel les États confirment « leur attachement aux droits sociaux fondamentaux tels qu'ils sont définis dans la charte sociale européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961, et dans la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 »), puis avec

¹⁸³ V., en particulier, P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, 2000, spéc. 155 et s.

¹⁸⁴ J.-F. LYOTARD, *La condition postmoderne*, cit., spéc. 31 pour l'analyse de la position de l'individu dans le contexte de rapports sociaux qui ont changé.

¹⁸⁵ Dans ce sens vont les considérations pénétrantes de M. MAZZIOTTI, *Lo spirito del diritto sociale nelle costituzioni e nelle leggi della Francia rivoluzionaria*, in *Arch. giur. F. Serafini*, vol. CXLVII (1954), 50 et s.

le *Socle européen des droits sociaux*, proclamé par le Parlement européen, le Conseil et la Commission à la suite du sommet de Göteborg de 2017. Toutefois, malgré ces progrès, l'engagement social de l'Union reste entravé par le fait que les interventions matérielles en faveur des droits sociaux continuent d'être confiées aux États, avec un dénivellement entre le niveau supranational de leur proclamation et le niveau national de leur mise en œuvre qui conditionne négativement la cohérence du système.

III.2. – *La classification des droits.*

J'ai parlé jusqu'à présent de droits de liberté (civile et politique) et de droits sociaux, mais cette terminologie (et conceptologie) n'est pas précise et ne peut être utilisée qu'en première approximation et pour mettre en lumière l'*histoire* des droits fondamentaux, tandis qu'elle ne décrit pas correctement leur *contenu* et leur *structure*. Peter Häberle a souligné à juste titre, dès le début des années 1970, que la séparation entre ces groupes de droits n'est jamais absolue¹⁸⁶ et que chaque droit fondamental a en effet des traits typiques de l'un ou de l'autre groupe, comme historiquement (historiquement !) ils se sont développés. Par tradition historique, en effet, les droits de liberté ont été entendus comme des prétentions à l'abstention de la part des pouvoirs publics, tandis que les droits sociaux ont été entendus comme des prétentions à leur intervention, mais cette conception est fallacieuse.

Nous avons déjà mentionné que tous les droits coûtent, économiquement et socialement. Nous pouvons même dire que tous les droits sont des ressources *juridiquement* limitées (en ce sens que leur jouissance n'est pas sans bornes, n'existant pas un droit qui ne rencontre pas la limite d'autres droits ou d'un quelconque intérêt social)¹⁸⁷ et qui sont également subordonnés à la disponibilité de ressources *économiquement* limitées (en ce sens que les possibilités d'exercice effectif des droits dépendent des décisions budgétaires). Prenons deux exemples explicatifs, comme celui de la liberté de circulation et celui du droit à la santé. Le premier est habituellement classé comme droit de liberté, mais si celui-ci – indubitablement – se résout d'abord en la prétention de ne pas être entravé dans ses facultés de mouvement, sa jouissance serait préjugée en racine s'il ne se présentait pas également comme prétention à ce que les pouvoirs publics garantissent les conditions de son exploitation (en construisant des routes ou d'autres infrastructures et en assurant la sécurité publique). Le second est habituellement classé comme droit social, mais si celui-ci – sans doute – se résout d'abord

¹⁸⁶ Cf. P. HÄBERLE, *Das Bundesverfassungsgericht im Leistungsstaat. Die Numerus-clausus-Entscheidung vom 18.7.1972*, in *DöV*, 1972, où on dit qu'il existe une « leistungsstaatliche Seite der Grundrechte » (*ibidem*, 739) et que « Teilhabe ist ein Aspekt der Freiheit selbst » (*ibidem*, 739).

¹⁸⁷ « La notion de limite est inhérente à la notion de droit et [...] dans le cadre juridique, les différentes sphères juridiques doivent se limiter réciproquement pour qu'elles puissent coexister dans une vie civile ordonnée », écrit la Cour constitutionnelle italienne dans son tout premier arrêt (sent. n° 1 de 1956).

en la prétention à recevoir des soins (éventuellement gratuits), il se traduit aussi dans la liberté de choisir le médecin, le pharmacien ou le physiothérapeute, ainsi que dans la liberté de ne pas se faire soigner. Il ne faut pas non plus négliger le fait qu'aucun droit n'est en sécurité s'il n'est pas assisté par le droit de la défense en justice. Et le droit de la défense est à la fois un droit de liberté (liberté de se défendre, de choisir le défenseur technique, etc.) et un droit à prestation (si l'on n'investissait pas de ressources dans l'institution de tribunaux et l'on ne payait pas les salaires des magistrats, il n'y aurait pas de conditions pour l'exercer).

Dans ces conditions, bien plus que la distinction traditionnelle entre droits de liberté et droits sociaux, il semble convaincant de faire la distinction (proposée par une partie de la doctrine allemande et ici réélaborée)¹⁸⁸ entre droits de la défense (*Abwehrrechte*), droits à prestation (*Leistungsrechte*), droits à percevoir une partie d'un bénéfice social (*Teilnahmerechte*)¹⁸⁹, droits de participation (*Teilhaberechte*)¹⁹⁰. Plus que des *groupes* de droits, d'ailleurs, ceux-ci sont des *profils* de droits individuels, en ce sens qu'ils sont des traits caractéristiques capables de se manifester dans *chaque* droit, quoique dans une mesure et avec des proportions différentes. Les droits fondamentaux individuels dont nous discutons normalement devraient donc être analysés de manière unitaire dans une perspective historique, tandis que, dans une perspective dogmatique, ils devraient être divisés en leurs différentes composantes, dont chacune devrait être classée dans l'une des quatre catégories ci-dessus.

Une systématique, celle-ci, qui permet aussi de remédier à une erreur, conceptuelle et (pour autant qu'elle puisse intéresser le chercheur) politique à la fois, telle que celle de la conflictualité entre liberté et égalité. On comprend qu'à une autre époque historique, lorsque les revendications égalitaires du prolétariat se heurtaient aux revendications libertaires de la bourgeoisie, une telle position avait une explication historique, mais

¹⁸⁸ V., pour la thèse que l'on rappelle au texte, H. P. SCHNEIDER, *Carattere e funzione dei diritti fondamentali nello Stato costituzionale democratico*, in *Dir. soc.*, 1979, 230 et, en synthèse, H.-J. PAPIER – C. KRÖNKE, *Grundkurs öffentliches Recht 2, Grundrechte*, 2^e éd., Heidelberg, Müller, 2015, 16 et s. Ils ajoutent aux quatre catégories indiquées au texte celle des *Verfahrensrechte*, mais ces droits ne semblent pas jouir d'une autonomie conceptuelle, car (comme les Auteurs eux-mêmes le reconnaissent) ils sont des composantes du *status activus civitatis* autant que le sont les *Teilhaberechte* (*ibidem*, 21).

¹⁸⁹ *Leistungsrechte* et *Teilhaberechte* sont généralement entendus comme synonymes (en tant que prétentions à l'intervention des pouvoirs publics, c'est-à-dire à l'action de l'État pour satisfaire un besoin propre). Une nuance de diversité, cependant, peut être saisie si l'on considère que, face à la prétention – disons – d'utiliser un bien public (en jouissant donc de son utilité) il n'y pas, côté État, l'obligation à une véritable « prestation ».

¹⁹⁰ J'ai fait référence à cette systématique in M. LUCIANI, *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1985, 71, et dans autres écrits (aussi dans le *Rapport italien* à la Table Ronde sur « Constitution, libertés et numérique », in *Ann. Int. de Just. Const.*, 2022, Paris – Aix-en Provence, Economica – Presses Univ. d'Aix-Marseille, 2022, 390, nt. 37). Dans ce sens, dans la doctrine italienne, F. MODUGNO, *La tutela dei « nuovi diritti »*, in *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Milan, Giuffrè, 1991, 95.

même alors il s’agissait d’une thèse dépourvue de fondement théorique : liberté et égalité, bien qu’elles aient été *historiquement* divergentes, ne sont pas *conceptuellement* contradictoires. Comme l’a souligné Jürgen Habermas, les droits impliquent l’égalité, car « une division uniforme des droits ne se réalise que si ceux qui jouissent des droits se reconnaissent réciproquement comme libres et égaux »¹⁹¹ : on n’est pas un individu libre si on n’est pas reconnu comme tel par les autres partenaires, dans une relation de réciprocité et d’*anagnorisis* (reconnaissance réciproque).

Historiquement, la bourgeoisie (comme l’observa déjà en 1780 Gaetano Filangieri) visait à assigner à l’État, en substance, deux seules tâches : la *conservation* (la communauté politique devait exister et avoir une vie aisée) et la *tranquillité* (les citoyens devaient avoir confiance que les autres citoyens et les pouvoirs publics respecteraient leurs droits)¹⁹². Par conséquent, quand un siècle après Ferdinand Lassalle écrivait que l’État avait été conçu par la bourgeoisie comme un simple *Nachwächter*, avec la tâche de « protéger la liberté personnelle de l’individu et sa propriété » (« die persönliche Freiheit des einzelnen und sein Eigentum zu schützen »)¹⁹³ n’avait certes pas tort. Même dans une perspective historique, cependant, les choses ont été moins linéaires qu’il ne le paraît à première vue : l’État libéral bourgeois lui-même était né de la lutte contre le privilège et postulait – par conséquent – que la liberté de chacun devait être garantie comme liberté de tous, en opérant ainsi un lien très étroit entre le principe de liberté et le principe d’égalité. Pour se soustraire à une contradiction interne, l’État libéral (dans la pratique qu’il a suivie et à travers la théorie qui l’a soutenu) a opéré une réduction du concept d’égalité, en mettant en exergue le seul profil formel, mais le succès pratique – je le répète – de cette opération n’a pas pu cacher sa faiblesse théorique, puisque, comme l’avait déjà entendu Cicéron, la liberté, « si aequa non est, ne libertas quidem est »¹⁹⁴, de sorte que sa propre idée incorpore à l’évidence un élément de justice sociale. Admettre que les droits ne sont jamais *entièrement* fondés sur la liberté ou *entièrement* fondés sur l’égalité aide à comprendre ce point théorique fondamental (et, bien sûr, politique).

III.3. – La multiplication des droits.

L’élargissement du patrimoine constitutionnel des droits – nous l’avons vu – ne constitue pas nécessairement un phénomène positif, car le coût économique et social de

¹⁹¹ J. HABERMAS, *Reconciliation through the Public Use of Reason : Remarks on John Rawls’s Political Liberalism*, in *Journal of Philosophy*, 1995, vol. 92, 3, trad. it. in J. HABERMAS – J. RAWLS, *Dialogo sulla democrazia deliberativa*, éd. A. Ferrara, Milan, Società Aperta, 2023, 34.

¹⁹² G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Rome, Ist. Pol. e Zecca dello Stato, 1984 (1^{re} éd. 1780), t. I, 50.

¹⁹³ F. LASSALLE, *Arbeiter-Programm. Über den besonderen Zusammenhang der gegenwärtigen Geschichtsperiode mit der Idee des Arbeiterstandes* (1^{re} éd. 1862), éd. E. Bernstein, Berlin, Vorwärts, 1920, 42.

¹⁹⁴ *De re publica*, I, 31, 47.

la reconnaissance d'un nouveau droit peut dépasser le bénéfice qui en résulte. La question la plus importante, d'ailleurs, concerne la manière dont cet élargissement se réalise : si –c'est-à-dire –il se réalise à travers une loi de révision de la constitution ou à travers la maturation d'une nouvelle orientation jurisprudentielle. Dans les deux cas, il s'agit d'une question problématique.

L'hypothèse de la révision constitutionnelle est la plus linéaire, mais il faut en définir avec précision les contours. On a coutume d'affirmer, en effet, que lorsqu'un nouveau droit est introduit dans une constitution, le nombre de ses droits « fondamentaux » augmente, mais ce n'est pas le cas. Dans les systèmes où l'existence de limites absolues à la révision constitutionnelle est reconnue (chez d'autres, comme on l'a dit, il n'a même pas de sens de parler de droits authentiquement « fondamentaux » et pas simplement « constitutionnels »), les droits fondamentaux sont un exemple paradigmatique de ces limites absolues. Si tel est le cas, si le fait d'être « fondamental » est un caractère qui accède au droit dans la mesure où il est un élément essentiel du pacte constitutionnel, seul le pouvoir constituant originaire (pour utiliser une terminologie – en effet pas heureuse – chère à la doctrine française)¹⁹⁵ est habilité à ajouter ou à soustraire des droits fondamentaux à la liste précédente, alors que cette faculté est interdite au pouvoir constituant dérivé (c'est-à-dire au pouvoir de révision constitutionnelle). Étant donné que, comme nous l'avons vu, la survenance d'un nouveau droit modifie, en cas de conflit, la position dont les droits antérieurs jouissent, cette altération ne peut aller au-delà de ce qui est logiquement et juridiquement permis. Si, en effet, le nouveau venu recevait la qualification de « fondamental », il se trouverait exactement dans la même position que ceux qui existaient déjà, avec la conséquence qu'entre le nouveau et les anciens il faudrait balancer (en effet, la balance n'est logiquement possible qu'entre grandeurs égales). De cette manière, toutefois, le contenu du pacte constituant initial serait irrémédiablement modifié, en s'altérant l'une de ses composantes essentielles. Le nouveau droit, partant, s'il est sans doute *constitutionnel*, ne pourra jamais être *fondamental*, précisément parce qu'il n'est pas le fruit d'une décision constituante originaire. Par conséquent, son rapport avec les droits fondamentaux préexistants doit être régi (non pas par la technique de la balance, mais) par les principes communs de proportionnalité et de non-excessivité, car le « poids » des droits « purement constitutionnels » *newcomers* ne peut jamais être supérieur ni même égal à celui des droits originaires « fondamentaux ».

Quant à l'introduction de nouveaux droits par la voie jurisprudentielle, la prudence doit être encore majeure. L'idée d'une production jurisprudentielle de nouveaux droits repose sur l'hypothèse que les droits « nouveaux », non expressément mentionnés dans

¹⁹⁵ La terminologie est insatisfaisante parce que le pouvoir constituant et le pouvoir constitué sont des choses radicalement différentes, tandis que parler d'un « pouvoir constituant originaire » et d'un « pouvoir constituant dérivé » fait penser qu'il s'agit de deux espèces du même genre. Ce qui n'est pas le cas.

la constitution, devraient être reconnus par le juge lorsqu'ils sont assistés d'un sentiment social favorable à leur protection et correspondent (dans les différents moments historiques) à une conviction sociale profonde et diffuse. Mais il s'agit d'une opinion qui non seulement a une empreinte ouvertement inspirée au droit naturel, mais finit par confier aux juges une tâche qu'ils ne sont pas habilités à accomplir (et n'ont pas les moyens de le faire) : interpréter le sentiment social dominant et en tirer la protection de droits inconnus à la constitution est une action imprégnée de politique et d'une complexité difficilement gérable. Certains ont parlé d'un « processus de nature circulaire, qui lie texte constitutionnel, législation et interprétation judiciaire »¹⁹⁶, mais on n'a jamais expliqué avec la précision dogmatique nécessaire comment ce processus circulaire devrait fonctionner. Du reste, on ne pouvait pas non plus le faire, car il n'y a aucun processus circulaire, mais seulement un rapport entre l'interprète et le texte : les droits constitutionnels ne sont que ceux qui résultent des indications textuelles offertes par les différentes normes constitutionnelles.

Cela ne signifie pas – cependant – que les seuls droits *explicitement* prévus par les normes de la constitution puissent être reconnus comme constitutionnels, considérant que la même qualification peut être reconnue à ceux qui en sont déduits par voie d'une interprétation respectueuse du texte, mais conscient des exigences posées par le changement des rapports sociaux¹⁹⁷.

Un exemple éclairant peut être celui du droit à la *privacy* (en Italie à la « riservatezza » ; en France à la « vie privée », en Allemagne à la « Privatsphäre », en Espagne à la « privacidad », au Portugal à la « privacidade », etc.). Comme on le sait, il fait ses premiers pas aux États-Unis à la fin du XIX^e siècle, alors que le classique « right to be let alone », qui avait d'abord été dérivé des *property rights*, est maintenant lié à la personnalité humaine et à son inviolabilité¹⁹⁸ par l'essai fondamental publié par S.D. Warren et L. D. Brandeis dans la *Harvard Law Review*¹⁹⁹. Warren et Brandeis enregistraient un changement de conscience sociale, laquelle désormais comprenait que « only a part of the pain, pleasure, and profit of life lay in physical things »²⁰⁰, changement qui obligeait l'ordre juridique à prédisposer les garanties nécessaires aux nouveaux besoins. Dans cette perspective, cependant, le vieux « right to be alone » se

¹⁹⁶ M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Naples, ESI, 2009, 134.

¹⁹⁷ Il va de soi (mais il est bon de le préciser pour éviter les équivoques) que la compréhension de la survenance d'une nouvelle réalité économique et sociale est une activité intellectuelle bien moins exigeante que la compréhension des courants profonds qui traversent le corps social.

¹⁹⁸ V. l'intelligente observation de A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, Bulzoni, 1974, 33 s., reprise par C. CASONATO, *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori : un'indagine comparata*, Trento, Univ. degli Studi di Trento, 1995, 26.

¹⁹⁹ S.D. WARREN – L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, *Harv. L. Rev.*, 1890, 193 et s.

²⁰⁰ S.D. WARREN – L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, cit., 195.

transformait et s'élargissait, devenant un véritable droit à l'autodétermination²⁰¹, lié – justement – non plus à la propriété, mais à la liberté. La thèse ainsi énoncée, largement partagée en jurisprudence, ne prêtait pas une grande attention au texte de la Constitution américaine, mais cela se comprend, parce qu'il s'agit d'une constitution initialement très pauvre en droits fondamentaux et dont le même *bill of rights* (qui, à bien réfléchir, fut plus un exercice de pouvoir constituant que de pouvoir constitué) n'a enrichi le catalogue que dans une mesure limitée. D'où la tendance à une interprétation plutôt désinvolte du texte constitutionnel, comme le montrent d'ailleurs les événements les plus récents²⁰².

Dans d'autres traditions constitutionnelles, comme les européo-continrentales, si on considère le contenu bien plus riche de presque toutes les chartes fondamentales, la désinvolture vis-à-vis du texte devient beaucoup moins compréhensible. Prenons exactement le cas de la *privacy*. Beaucoup la déduisent de ce « droit général de la personnalité » (« *diritto generale della personalità* » ; « *allgemeines Persönlichkeitsrecht* ») que la doctrine civiliste italienne et allemande ont élaboré au XIXe siècle et que certains considèrent maintenant constitutionnalisés dans l'art. 2 Const. italienne²⁰³ et dans l'art. 2 GG²⁰⁴, mais (comme il le fait aussi une autre partie de la doctrine) il est plus correct de recourir à l'interprétation systématique du texte constitutionnel, en prenant comme référence – en tant que fondement implicite du « nouveau » droit – soit la liberté de manifestation de la pensée (art. 21, alinéa 1, Const. italienne et art. 5, alinéa 1, GG) soit la liberté personnelle (entendue comme liberté de son être physique), celle de domicile ou celle de la correspondance (art. 13, 14 et 15 Const. italienne et art. 104, 13 et 10 GG). Ce n'est que de cette façon, d'ailleurs, qu'on évite une conséquence paradoxale signalée par la doctrine : que les droits « inventés » par la voie jurisprudentielle seraient reconnus dans leur pure abstraction et ne rencontreraient pas les limites imposées aux droits expressément prévus dans la Constitution. Leur régime serait donc même « privilégié »²⁰⁵.

Des prévisions constitutionnelles telles que les artt. 2 Const. italienne et 2 GG ne sont donc pas des « normes ouvertes »²⁰⁶ dont on puisse extraire à volonté des droits

²⁰¹ S.D. WARREN – L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, cit., 198.

²⁰² V., en particulier, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

²⁰³ « *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale* ».

²⁰⁴ « *Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt* » (al. 1) et « *Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden* » (al. 2).

²⁰⁵ P. CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, 4^e éd., Turin, Giappichelli, 2017, 183.

²⁰⁶ En ce sens, au contraire, A. BARBERA, *Articolo 2*, in *Commentario della Costituzione*, éd. G. Branca, Bologna – Rome, Zanichelli – Il Foro Italiano, 1975, 80 ss.

constitutionnels « nouveaux » qui n'ont pas d'autre fondement dans le texte de la Constitution, mais des normes qui obligent à interpréter les autres normes constitutionnelles concernant les droits de manière à assurer à ceux-ci l'expansion la plus cohérente²⁰⁷. Mais toujours dans le respect du texte et sans confier au juge un pouvoir d'intégration de la Constitution qui ne peut pas lui revenir : penser autrement reviendrait à exhumer le droit naturel, et les droits fondamentaux « deviendraient tellement flous et subjectifs qu'ils disparaîtraient dans le brouillard de l'insécurité juridique »²⁰⁸. Lorsque, quoique avec une autorité scientifique reconnue, on approuve l'attitude des tribunaux constitutionnels (en l'espèce : du Conseil constitutionnel) « à se dégager des textes, et à constitutionnaliser des principes apparemment dénués de toute base formelle »²⁰⁹, on ne fait, à mon avis, qu'un pas en avant seulement apparent sur la voie de la protection des droits, car la décision sur le patrimoine des droits appartient au seul pouvoir constituant et doit nécessairement se formaliser (même implicitement) en normes du droit positif pour être reconnue comme telle.

III.4. – *Les soi-disant droits des « générations futures ».*

L'art. 28 de la Déclaration des droits de 1793 établissait que « *Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures* ». Il le faisait parce qu'il voulait affirmer avec force le droit du peuple à se donner la constitution qu'il préfère et, puisque la composition du peuple change continuellement, il entendait dire que la reconnaissance de la faculté d'exercer le pouvoir constituant devait être tout aussi continue. Il est facile de remarquer que – sagement – les révolutionnaires de la fin du XVIIIe siècle ont posé la question plus en termes d'une interdiction imposée à la génération présente que dans ceux d'un droit des générations futures. Mais les choses sont aujourd'hui différentes et l'on cède souvent et volontiers à la rhétorique de ce genre de droits²¹⁰. Alors que certaines chartes constitutionnelles ne prévoient que des responsabilités ou des engagements envers les générations futures²¹¹, d'autres reconnaissent leurs « intérêts » ou leurs « besoins » (ou

²⁰⁷ M. LUCIANI, *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 62 ss. ; F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Turin, Giappichelli, 1995, 4 ; P. CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, 184, et beaucoup d'autres.

²⁰⁸ Ainsi P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologne, Il Mulino, 1984, 55. Dans le même sens, P. CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, cit., 183.

²⁰⁹ J. RIVERO, *Fin d'un absolutisme*, in *Pouvoirs*, n° 13/1991, 14.

²¹⁰ La même Lettre Encyclique *Laudato si'* du Pape François mentionne les droits des générations futures (§109), mais elle le fait en passant, en réservant une attention bien plus attentive aux devoirs de la génération présente (« Chaque communauté peut prendre de la bonté de la terre ce dont elle a besoin pour sa propre survie, mais elle a aussi le devoir de la protéger et d'assurer la continuité de sa fertilité pour les générations futures » : §67).

²¹¹ V., par ex., l'art. 20 du *Grundgesetz* allemand ; l'art. 225 de la Const. brésilienne ; les art. P des principes fond., 38, al. 1, et 16 disp. finales de la Const. hongroise ; l'art. 59 de la Const. albanaise.

d'autres formules équivalentes)²¹² et d'autres encore reconnaissent même leurs « droits »²¹³. Sur cette problématique s'est développée une abondante littérature qui – cependant – ne saisit pas toujours la différence entre créer des droits des générations futures et imposer des devoirs à la génération présente. En résumé, on peut faire les considérations qui suivent²¹⁴.

Nous les juristes, nous raisonnons souvent par le biais de fictions (il suffit de penser à la personne morale, au rapport représentatif, etc.)²¹⁵. Comme l'a précisé le plus grand spécialiste des fictions dans une perspective philosophique, quand on utilise la fiction « un cas particulier est présenté sous un concept général, auquel, d'ailleurs, il ne correspond pas en fait »²¹⁶, mais justement cette observation permet d'affirmer que, surtout dans une discipline comme la science juridique, qui doit respecter des obligations pratiques évidentes, la fiction n'est autorisée que lorsque son utilisation n'entraîne pas de conséquences illogiques. En l'espèce, quand on parle de « droits » des générations futures, ce caractère illogique réside dans la parification entre le sujet en acte et le sujet en puissance, ce qui constitue (depuis Aristote !) une confusion induite²¹⁷.

Il y a d'autres difficultés :

a) on ne sait pas s'il existera un titulaire du droit, car la race humaine pourrait disparaître ;

b) le prétendu titulaire du droit n'est pas en mesure de l'exercer et la thèse selon laquelle, à sa place, les couples qui aspirent à être les futurs parents des enfants à venir pourraient le faire est très faible, soit parce qu'il n'y a aucune preuve légale de cette

²¹² V. par ex., art. 9, al. 3, de la Constitution italienne, en tant que modifié par la l. const. 11 février 2022, n. 1 ; art. 30, al. 3, de la Const. hongroise ; art. 48 et 49 de la Const. tunisienne ; art. 24 de la Const. sudafricaine ; art. 41 de la Const. argentine.

²¹³ V. art. 11 et 97 Const. japonaise. V. aussi, mais avec une formule pas tellement claire, l'art. 112 Const. norvégienne.

²¹⁴ J'ai traité ce thème in M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Diritto e società*, 2008, 145 ss., et je tire de cet écrit les considérations développées au texte.

²¹⁵ Sur l'importance spécifique des fictions dans le droit constitutionnel, E. OLIVITO, *Contributo allo studio delle finzioni giuridiche nel diritto costituzionale*, Naples, ES, 2012.

²¹⁶ H. VAHINGER, *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschen auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Leipzig, Meiner, 1923 (1^{re} éd. 1911), trad. it. par F. Voltaggio, *La filosofia del « come se ». Sistema delle finzioni scientifiche, etico-pratiche e religiose del genere umano*, Rome, Ubaldini, 1967, 44.

²¹⁷ *Physique*, 201 a 30 ; 201 b 1. Aristote lui-même avait soigneusement distingué ce qui peut être généré (*γενητός* : *Physique*, 201 a 15, selon l'interprétation offerte par H. Carteron dans la fameuse édition de « Les Belles Lettres »), ce qui est généré, c'est-à-dire les faits (*τα γινόμενα* : 196 b 17), la génération (*γένεσις* : 224 b 13), le genre (*γένος* : 189 a 14, b 26). Lorsque les juristes discutent des générations futures, ils devraient rappeler ces anciennes précisions conceptuelles.

aspiration, soit parce qu'ils agiraient de toute façon pour protéger leurs droits propres, et non pas ceux des générations futures²¹⁸ ;

c) si la race humaine continue d'exister, il n'y aura pas *une* génération future, mais il y en aura *n*, et il n'y a pas de critère pour savoir quels seront les intérêts de l'une ou de l'autre et – à plus forte raison – pour décider comment les concilier ou lequel faire éventuellement prévaloir.

Plus sage, donc, reprendre l'approche de 1793 et raisonner en termes de devoirs de la génération présente, devoirs qui n'ont pas comme bénéficiaires les impalpables générations futures, mais qui sont solidement fondés sur la nécessité de protéger les *intérêts de l'humanité*, c'est-à-dire sur les intérêts du sujet *en acte* à sa propre survie comme (partie d'un) genre (le genre transcende l'espace et le temps, c'est évident)²¹⁹. Au lieu de se perdre dans la vaine recherche des droits des générations futures, le constitutionnalisme devrait se consacrer à faire valoir ces devoirs de la génération présente par des moyens juridiques appropriés.

III.5. – *Les titulaires des droits.*

Nous avons déjà vu que l'universalisation de la subjectivité était une réalisation glorieuse du constitutionnalisme. Dans le droit ancien, même un être humain pouvait être considéré non comme personne, mais comme chose, comme *res*, et pouvait être – donc – l'objet de droits de propriété. Dans le droit romain, en particulier, on trouve « des personnes qui ne sont pas des individus humains, et il existe des hommes qui ne sont pas des personnes, c'est-à-dire des esclaves »²²⁰. Il est vrai, cependant, que la qualification de *chose* contredisait l'évidence du fait que même les esclaves étaient toujours, physiquement, des hommes, comme le montre le fait que dans le même droit romain classique (plus avancé que l'archaïque), parfois, le terme « personne » était étendu même aux esclaves (c'est un point qu'observait déjà Savigny)²²¹ et que, comme on le sait, on

²¹⁸ Quand, par ex., on écrit que « Future parents who are planning to have children are injured in two ways: (1) they may be deterred from having children for fear of an unstable climate — thereby threatening the survival of future generations; and (2) pregnant women may also suffer injuries from climate change, such as asthma due to poor air quality or lack of food security » (Y. NGUYEN, *Constitutional Protection for Future Generations from Climate Change*, in *Hastings Environmental Law Journal*, vol. 23, n° 1, 2017, 198), en définitive, on soutient que : a) un droit d'action devrait être reconnu à ceux qui ont simplement l'intention d'avoir des enfants ; b) l'action juridique des femmes enceintes pour protéger leur santé serait en réalité une action pour protéger les droits des générations futures. Une double erreur.

²¹⁹ V. aussi G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Turin, Einaudi, 2017, 94 s.

²²⁰ F. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio*, 7^e éd. (1^{re} éd. 1858), vol. I, Modène, Dir. Arch. Giur., 1899, 116.

²²¹ F.C. V. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, II, Berlin, Veit, 1840, 32 et s.

permettait aux esclaves d'être maîtres de leur *peculium* (et de se libérer en le versant au maître) et on leur reconnaissait la personnalité dans les pratiques religieuses²²².

Malgré l'esclavage fusse profondément répugnant pour la mentalité moderne du constitutionnalisme, et démontrant que sans forces politico-sociales de soutien le constitutionnalisme ne fonctionne pas, la lutte internationale contre l'esclavage ne s'est affirmée que lentement et difficilement, à cause de l'opposition des grands intérêts économiques impliqués : ce n'est qu'avec le Traité de Berlin de 1885 que la communauté internationale fit un pas décisif dans la direction de l'interdiction de la traite et de l'exploitation des êtres humains²²³.

Maintenant, après la Convention de Genève du 25 septembre 1926 et la Déclaration internationale approuvée et proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948 (« *Nul ne sera tenu en esclavage ni en servitude ; l'esclavage et la traite des esclaves sont interdits sous toutes leurs formes* »), la question est abstraitement close. Mais elle se représente sous la forme concrète des nouvelles formes de mise en esclavage, dans lesquelles, bien qu'il n'y ait pas de méconnaissance formelle de la personnalité juridique, il y a l'assujettissement intégral du dominé au dominant. C'est pourquoi, au niveau international, les pratiques « analogues » à l'esclavage ont également été interdites (voir, par exemple, l'art. 3, alinéa 1, lett. a), de la Convention OIT n° 182 de 1999, concernant « *l'interdiction et l'élimination des pires formes de travail des enfants* », où on établit l'interdiction de « *toutes les formes d'esclavage ou pratiques analogues, telles que la vente et la traite des enfants, la servitude pour dettes et le servage ainsi que le travail forcé ou obligatoire, y compris le recrutement forcé ou obligatoire des enfants en vue de leur utilisation dans des conflits armés* ») et, au niveau du droit interne, les lois pénales ont souvent décidé de dissocier la notion d'esclavage de la référence à la propriété, en valorisant la donnée de l'état de soumission²²⁴. La tâche du

²²² P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, réimp. de la 10^{ème} éd., Giappichelli, Turin, 1957 (1^{re} éd. 1896), 42.

²²³ Sur l'histoire de la lutte contre l'esclavage entre le XIX^e et les premières décennies du XX^e siècle, M. GIULIANO, *Schiavitù*, in *N.D.I.*, vol. XI, Turin, UTET, 1939, spéc. 1164 et s.

²²⁴ Il suffit de penser, pour ne faire que quelques exemples, à l'art. 104, al. 1, du Code pénal autrichien (« *Wer Sklavenhandel treibt oder sonst einer anderen Person in Form von Sklaverei oder einer sklavereiähnlichen Lage die persönliche Freiheit entzieht, ist mit Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren zu bestrafen* ») et à l'art. 224-1B du Code pénal français (« *L'exploitation d'une personne réduite en esclavage est le fait de commettre à l'encontre d'une personne dont la réduction en esclavage est apparente ou connue de l'auteur une agression sexuelle, de la séquestrer ou de la soumettre à du travail forcé ou du service forcé* »).

Particulièrement précis et avancés l'art. 600, al. 1, cod. pen. italien, dans le texte introduit par la l. 11 août 2003, n° 228 (« *Chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportino lo sfruttamento ovvero a sottoporsi al prelievo di organi, è punito con la reclusione da*

constitutionnalisme semble donc, aujourd'hui, défendre avec la plus grande efficacité la nouvelle extension que le concept de « esclavage » a connu.

Le fait que la subjectivité juridique et la capacité d'agir soient désormais reconnues de manière égale à tous les êtres humains n'épuise cependant pas la problématique de la titularité des droits fondamentaux. Subjectivité et capacité, en effet, bien qu'étant un attribut de tous les êtres humains, ne comportent pas la pleine égalité d'accès aux droits, comme le démontrent (pour des raisons très diverses) les conditions de l'enfant, de l'étranger et de la femme.

i) L'idée de limitations concernant les mineurs remonte au droit ancien et il n'est pas nécessaire de s'y attarder. Il convient au contraire de signaler l'incertitude qui pèse non tant sur la notion de « mineur » (qui est en effet simple, puisqu'il suffit de choisir conventionnellement un âge sous lequel on l'est) quant sur le rapport entre condition *de fait* et condition *de droit* des appartenant à la catégorie, étant donné qu'actuellement – sauf des cas particuliers – un enfant de cinq ans est soumis au même traitement juridique qu'un adolescent de quinze ans.

Le droit international ne nous aide pas beaucoup. La Convention sur les droits de l'enfant, faite à New York le 20 novembre 1989, en particulier, dans le texte français, parle presque exclusivement d'« enfant », de même que, dans le texte anglais, elle parle presque exclusivement de « child ». Seule exception l'art. 24, alinéa 2, lett. a), dans lequel on distingue entre les « enfants » ou « childs » et les « infants » (dans le texte anglais) ou « nourrissons » (dans le texte français). Bien, à l'art. 1 de la Convention, on établit que « *Au sens de la présente Convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable* », avec la conséquence qu'il est génériquement « enfant » ou « child » quiconque ait un été compris entre 0 et 18 ans. L'art. 54 de la Convention dispose que les textes qui sont également officiels sont ceux « en langue arabe, chinoise, française, anglaise, russe et espagnole », et dans toutes les langues européennes ainsi énumérées l'approche est la même : aussi dans la version espagnole on parle toujours de « niño » et dans la version russe on parle toujours de « ребенок »²²⁵, de façon telle que, s'il n'y a pas d'usage linguistique différent dans la langue arabe et dans

otto a venti anni » ; pour son interprétation, v. récemment, Cass. pen., Sect. I, 10 avril 2024, n° 14843) et l'art. 149 Cod. pen. brésilien (qui interdit l'action de « *Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto* »). On trouve encore la formule traditionnelle, en revanche, par ex., à l'art. 607, al. 2, cod. pen. espagnol : « *Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque* » (néanmoins, à l'art. 177-bis, al. 1, on rencontre la référence aux « *prácticas similares a la esclavitud* »).

²²⁵ Sauf qu'à l'art. 24, al. 1, lett. a), où on utilise le mot « младенец ».

la langue chinoise (dont je n'ai malheureusement aucune connaissance), cela signifie que la Convention fait en sorte que la qualification d'enfant s'applique aussi bien à un enfant de quelques mois qu'à un adolescent de dix-sept ans et onze mois.

Un affinement des définitions et des traitements connexes semble alors essentiel. Pensons au cas extrême de la discipline du suicide assisté d'un mineur souffrant d'une pathologie douloureuse et irréversible : comment penser que la volonté de l'enfant et celle de l'adolescent puissent avoir le même traitement et le même poids ?

ii) Un élément caractéristique du droit ancien est aussi le traitement différent pratiqué à l'*étranger* par rapport au citoyen, preuve en est que le droit romain, avec la traditionnelle formule « *civitas libertasque ex iure Quiritium* », reliait strictement citoyenneté (*civitas*) et liberté (*libertas*)²²⁶. Ici, cependant, le droit moderne, une fois de plus derrière la poussée du constitutionnalisme, s'avère être vraiment très différent.

Presque toutes les constitutions existantes reconnaissent un certain nombre de droits aux « citoyens ». Si initialement cette référence servait à distinguer la condition juridique du citoyen de celle de l'étranger, on considère aujourd'hui – sauf cas particulier – qu'elle est générique et équivaut à « personne » ou à « être humain ». La Cour constitutionnelle italienne, en particulier, a affirmé il y a plus d'un demi-siècle, avec clarté, que « *si l'art. 3 se réfère expressément aux seuls citoyens, il est également certain que le principe d'égalité vaut également pour l'étranger lorsqu'il s'agit de respecter [les] droits fondamentaux* »²²⁷.

Les droits constitutionnels sont donc en principe reconnus à tous et le principe de réciprocité ne peut plus être pleinement appliqué. Selon ce principe traditionnel du droit international on serait autorisés à ne pas reconnaître à l'étranger les droits qui, dans son pays, sont refusés à ceux qui y sont étrangers, mais la formulation large de l'art. 27, par. 2, de la Déclaration universelle des droits de l'homme, soit à l'alinéa 1 (« *Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ») soit à l'alinéa 2 (« *De plus, il ne sera fait aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, que ce pays ou territoire soit indépendant, sous tutelle, non autonome ou soumis à une limitation quelconque de souveraineté* »), donne à penser qu'il doit être considéré comme dépassé dans la plupart des cas.

²²⁶ Ainsi se manifestait une conception *substantielle* et non pas purement formelle de la citoyenneté : cf. G. CRIFÒ, *Cittadinanza, a) diritto romano*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milan, Giuffrè, 1960, 127.

²²⁷ Corte cost., sent. n° 120 de 1967.

Toutefois, le *Bundesverfassungsgericht* a récemment affirmé que ce principe avait encore une justification (ayant la fonction « *andere Staaten zu beeinflussen, internationalen Verträgen beizutreten oder Gegenseitigkeitsabkommen abzuschließen, welche Deutschen im Ausland einen erhöhten Schutz gewähren* » [« d'influencer d'autres États, d'adhérer à des traités internationaux ou de conclure des accords de réciprocité accordant aux Allemands une protection accrue à l'étranger »]²²⁸, mais la tendance à l'universalisation de la protection des droits fait préférer des conclusions plus prudentes, car l'exigence concrète de protection des droits de l'individu prévaut sur celle de système, mais abstraite, d'encourager le progrès de la civilisation juridique.

Il me semble correcte, partant, la position du Conseil constitutionnel français, par exemple, selon lequel « *les obligations nées de tels engagements s'imposent à chacun des États parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres États parties ; qu'ainsi, la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer* »²²⁹, et celle de la Cour constitutionnelle italienne, pour laquelle la Constitution garantit « *les droits fondamentaux de la personne indépendamment de l'appartenance à certaines entités politiques* »²³⁰. En somme, le principe de réciprocité devrait avoir un champ d'application externe au territoire des droits fondamentaux, dont la reconnaissance est caractérisée par le maximum de généralité. Nous sommes donc désormais au-delà de la doctrine soutenue en son temps par Verdross [et ensuite affirmée depuis longtemps en droit international] du soi-disant *standard minimum* ou *standard ordinaire des nations civilisées*²³¹, doctrine en vertu de laquelle « les États sont tenus par le droit des gens à traiter les étrangers d'après le standard normal des nations civilisées, à défaut de règles conventionnelles ou coutumières contenant des dispositions spéciales »²³².

Une question extrêmement délicate se pose cependant encore au constitutionnalisme d'aujourd'hui et plus encore à celui de demain. Si la conclusion qui vient d'être atteinte était absolutisée, les droits politiques devraient également être reconnus indistinctement à l'étranger [ne serait-ce que provisoirement résidant sur le territoire national], mais ce serait une conséquence difficilement acceptable. En effet, les constitutions réservent communément la souveraineté au « peuple »²³³, mais ce faisant – étant donné que le

²²⁸ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats, 7 février 2012.

²²⁹ V. la déc. 98-408 DC, 22 janvier 1999, cons. 12.

²³⁰ Corte cost., sent. n° 306 del 2008.

²³¹ cf. A. VERDROSS, *Les règles internationales concernant le traitement des étrangers*, in *Recueil des cours* (de l'Académie de droit international de la Haye), 1931, 327 et s.

²³² cf. A. VERDROSS, *Les règles internationales*, cit., 337.

²³³ V., par ex., art. 1, al. 2, Const. espagnole (« *La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado* ») ; 3, al 1, Const. française (« La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ») ; 2 Const. portugaise (« *A*

peuple n'est que l'ensemble des citoyens – excluent l'octroi aux étrangers des droits politiques qui comportent l'accomplissement d'actes de souveraineté. Si, ensuite, on se demande quels sont les actes qualifiés de « souverains », la réponse réside, une fois de plus, dans la reprise d'un principe traditionnel du constitutionnalisme [remontant aux juristes médiévaux italiens et à Bodin, je le répète], de façon telle qu'il faut qualifier comme tels tous les actes impliquant la participation à la fonction législative [vote aux élections législatives, vote aux *référendums* législatifs, vote aux *référendums* constitutionnels].

Une des frontières que le constitutionnalisme contemporain doit aujourd'hui et [face aux phénomènes migratoires] devra encore plus attentivement explorer demain est donc celle de la possibilité et de la limite d'une extension des droits politiques aux étrangers, considérant notamment qu'il existe des actes politiques [par exemple le vote aux élections locales] qui, n'impliquant pas l'exercice de la souveraineté, ne remettent pas en cause sa réserve au « peuple » s'ils sont accomplis par des étrangers.

iii) La question de la position constitutionnelle de la femme est entièrement différente, soit parce que le genre féminin ne peut certainement pas être traité comme s'il s'agissait d'une minorité, soit parce que ce n'est pas tant le traitement normatif qui est en cause (puisque les hommes et les femmes sont placés sur le même plan par toutes les constitutions libérales et démocratiques), que la réalité sociale (les sociétés sont encore caractérisées – plus ou moins – par de multiples formes de privilège masculin). Le constitutionnalisme a donc déjà atteint tout ou presque l'objectif de l'égalité formelle, mais l'égalité substantielle de l'homme et de la femme ne s'est pas encore réalisée en fait. La question se pose alors des instruments pour l'atteindre.

Le fait que le problème soit essentiellement social suggère de ne pas se leurrer sur la possibilité de le résoudre par les armes du droit plutôt que par celles de l'éducation et du progrès culturel, mais ce serait une grave erreur de penser que le droit est totalement inefficace²³⁴. Il est très difficile de trouver des normes véritablement discriminatoires entre les hommes et les femmes dans les systèmes démocratiques et libéraux, mais si l'élimination des traitements normatifs déterminant une discrimination formelle n'est pas une question à l'ordre du jour, il faut toujours lutter contre la discrimination de fait.

República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa ») ; 5 Const. vénézuélienne (« *La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos* ») ; 2 Const. chinoise (« *All power in the People's Republic of China belongs to the people* »).

²³⁴ Dans ce sens, G. CERRINA FERONI – T. GROPPI, *Introduzione à Procedure di nomina ed equilibri di genere. Una prospettiva italiana e comparata*, eds. les mêmes autrices, Bologne, Il Mulino, 2022, 20.

L'instrument juridique que le XX^e siècle nous a donné pour la combattre est celui des actions positives, entendues comme des prévisions normatives (et des pratiques administratives) favorables aux femmes (bien qu'initialement elles aient été conçues comme des interventions en faveur des groupes minoritaires, socialement défavorisés). Les mesures peuvent être de différents types : quotas ; voies préférentielles dans l'accès aux concours publics ; subventions à l'entrepreneuriat féminin ; modification de l'organisation du travail pour garantir les « temps des femmes » ; incitations économiques, etc.

La légitimité de ce type d'actions positives a rarement été mise en cause, se débattant – plutôt – de la conformité à la constitution du mécanisme des quotas féminins dans les assemblées représentatives, dans les conseils d'administration des entreprises, dans la fonction publique. Surtout la première forme de réserve a – à juste titre – laissé très perplexes, car le principe de l'universalité de la représentation *politique* n'est pas compatible avec une fragmentation de l'assemblée en fractions exponentielles de groupes individuels, d'intérêts ou de qualités personnelles, qui rappellerait de près le principe opposé de la représentation *corporative*. Comme dans ce modèle, le système des quotas fonctionne selon la logique de la représentation *juridique*, puisqu'il suppose que seul *un* profil de la personne humaine doit être représenté, en faisant référence à *un* intérêt spécifique ou à *une* qualité spécifique, alors qu'à la représentation politique est immanente un élément de représentation symbolique, une aspiration à considérer le représenté dans sa globalité et dans sa condition publique. La représentation est basée sur une fiction, rendant présent (*anwesend*) celui qui est absent (*abwesend*)²³⁵, mais si elle veut être proprement *politique* (c'est-à-dire : concernant la *pólis* tout entière), le représenté doit être le *polítes* dans son intégralité.

Au-delà de ces doutes sur le mécanisme des quotas dans les assemblées politiques, l'instrument des actions positives en faveur du genre féminin a reçu un vaste consensus, et on comprend bien pourquoi. Il s'agit apparemment de mesures qui enfreignent le principe d'égalité formelle, mais ce n'est pas le cas, car l'égalité formelle n'exige pas que le même traitement soit pratiqué à tous, mais seulement qu'à des situations égales on pratique un traitement égal et à des situations différentes un traitement différent²³⁶.

Or, si la situation de la femme, bien que reconnue *juridiquement* identique, est *factuellement* différente de celle de l'homme, chaque fois que le « fait » comporte une distorsion du « droit », l'intervention par des moyens juridiques apparaît possible et même nécessaire. Dans les constitutions où le principe d'égalité substantielle est explicitement reconnu (voir, par ex. art. 3, alinéa 2, Const. italienne ; art. 9, alinéa 2,

²³⁵ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 5^e éd., Berlin 1970, 243.

²³⁶ V. en ce sens déjà les pages classiques de G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, Berlin, Liebmann, 1925.

Const. espagnole ; art. 9, lett. d), Const. portugaise ; art. 13 Const. colombienne), cette conclusion est imposée directement par le droit positif, mais même dans les autres où il n’y a pas de reconnaissance explicite, elle apparaît imposée par la logique du principe même d’égalité formelle, correctement entendu. Par ailleurs, il semble important le cas (non pas de la constitution, mais) du droit de l’Union européenne, dans lequel la Cour de justice a dit clairement, à propos de la question difficile des différences de fait dans la rémunération des femmes et des hommes, que « *l’article 157 TFUE interdit toute discrimination en matière de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins quel que soit le mécanisme qui détermine cette inégalité* » (ainsi faisant référence aussi au cas des discriminations substantielles)²³⁷.

Cette conviction profondément enracinée, qui s’est traduite au niveau comparé par de nombreuses mesures prises dans les différents systèmes juridiques²³⁸, est aujourd’hui remise en cause par une récente et notoire décision de la Cour suprême des États-Unis²³⁹, qui, bien qu’il s’agisse d’un cas d’action positive en faveur des minorités raciales, pourrait sembler potentiellement contraire à toute forme d’action positive. Le raisonnement de la Cour part de la prémisse que « *Eliminating racial discrimination means eliminating all of it* » (p. 15). Dans cette perspective, « *Any exception to the Constitution’s demand for equal protection must survive a daunting two-step examination known in our cases as ‘strict scrutiny’ [...]. Under that standard we ask, first, whether the racial classification is used to ‘further compelling governmental interests’ [...]. Second, if so, we ask whether the government’s use of race is ‘narrowly tailored’ – meaning ‘necessary’ – to achieve that interest* » (v. encore p. 15). Les nombreuses années écoulées depuis les premières interventions de ce qu’une partie de la doctrine a appelé « *reverse discrimination* » semblent évidemment suspects à la Cour et elle précise que « *we have permitted race-based admissions only within the confines of narrow restrictions. University programs must comply with strict scrutiny, they may never use race as a stereotype or negative, an – at some point – they must end* » (p. 22). Aucun des avantages invoqués par l’Université de Harvard ne semble à la Cour justifier des programmes d’admission calibrés sur la race, notamment parce que la qualification des différents groupes raciaux (« *asiatiques* », « *hispaniques* », etc.) lui apparaît imprécise et inadéquate pour assurer une protection équitable même aux sous-groupes qui y sont inclus (p. 25). La conclusion est donc tout à fait négative.

Il ne me semble cependant pas que les affirmations développées dans cette décision puissent s’étendre à tout type d’action positive, car les arguments qui la soutiennent sont

²³⁷ CGUE, sent. 5 novembre 2019, *Commission européenne c. République de Pologne*, C – 192/18, par. 74.

²³⁸ Des vastes indications dans la perspective du droit comparé in *Procedure di nomina ed equilibri di genere*, cit., 79 et s.

²³⁹ Il s’agit de *Students for Fair Admissions, Inc., v. President and Fellows of Harvard College*, 600 U.S. 181 (2023).

étroitement liés à la question de la relevance de la race²⁴⁰ dans la construction d'interventions favorables aux groupes racialement minoritaires et ne s'étendent pas, en particulier, aux actions positives en faveur des femmes.

III.6. – *Les nouvelles formes d'attentat aux droits fondamentaux.*

L'ennemi des droits est toujours celui que nous connaissons bien : le pouvoir qui ne veut pas se plier à la limite que les droits imposent à sa prétention discrétionnaire : « l'essence du pouvoir », en fait, « est la possession de plus grandes occasions pour faire valoir sa volonté contre toute opposition de la volonté d'autrui »²⁴¹. Comme toujours, cependant, le pouvoir n'a pas seulement un visage démoniaque, mais aussi salvifique, et la *Dämonie* (pour reprendre le titre heureux du célèbre livre de Gerhard Ritter, écrit sous l'impulsion des horreurs du national-socialisme)²⁴² n'est pas le seul aspect du pouvoir. Ce caractère salvifique concerne les quatre profils des droits que j'ai indiqués précédemment et pour tous les quatre l'existence (et le bon fonctionnement) du pouvoir (public) apparaît comme une condition essentielle de la jouissance des droits. On le perçoit cependant différemment selon la perspective par laquelle on regarde.

Lorsque l'on considère les profils de droit à prestation (de *Leistungsrecht*) et de droit à prendre part à un bénéfice social (de *Teilnahmerecht*), en effet, cette condition se comprend aisément, car il est évident que ce n'est que grâce au pouvoir que les ressources nécessaires sont acquises et mises à disposition des droits. Lorsque, par contre, on considère les profils de droit de participation (de *Teilhaberecht*) et de droit de se défendre de la puissance publique (d'*Abwehrrecht*) le rapport est moins clair et on le voit seulement si on réfléchit au fait que – comme nous l'avons mentionné – là aussi il faut de ressources indispensables pour l'exercice des droits et il faut un pouvoir qui gouverne les conflits privés, qui empêcheraient les droits d'être respectés et d'être invoqués. Dans les deux cas, cependant, le pouvoir est à la fois ennemi et allié, il est risqué et opportunité. Et dans les deux cas nous avons besoin d'une puissance qui fonctionne bien, mais qui accepte la limite (tant en ce qui concerne le choix de la mesure dans laquelle elle affectera la sphère privée tant en ce qui concerne le choix sur l'acquisition et la distribution des ressources).

Ce sont des observations – celles-ci – très banales, mais je ne les crois pas inutiles, parce que le constitutionnalisme contemporain a la dangereuse tendance à se réduire à une science des *droits*, alors qu'il devrait se rappeler d'être aussi une science du *pouvoir*.

²⁴⁰ Une précision s'impose. Le concept de « race » est notoirement dépourvu de toute valeur scientifique. Il est donc utilisé, dans le texte, de la même manière dont en fait usage l'art. 3, alinéa 1, de la Constitution italienne, c'est-à-dire comme une formule, historiquement éclaircissant, qui synthétise la distinction entre groupes ethniques.

²⁴¹ G. RITTER, *Die Dämonie der Macht. Betrachtungen über Geschichte und Wesen des Machtproblems im politischen Denken der Neuzeit*, München, Oldenbourg, 1948 (1^{re} éd. 1940), trad. it. par E. Melandri, *Il volto demoniaco del potere*, Bologne, Il Mulino, 3^e éd., 1971 (1^{re} éd. 1958), 182.

²⁴² On fait allusion exactement à G. RITTER, *Die Dämonie der Macht*, cit. à la nt. préc.

Et il l'est même prioritairement : nous avons déjà vu qu'à ses origines le constitutionnalisme s'est donné *d'abord* la tâche de fonder un pouvoir légitime et seulement *ensuite* (au sens essentiellement logique, bien sûr) de construire les instruments juridico-politiques aptes à le limiter.

Rien n'a donc changé, au point de vue théorique²⁴³. Mais beaucoup a changé au point de vue pragmatique. En effet, les nouvelles technologies mettent entre les mains des pouvoirs publics des instruments d'atteinte aux droits fondamentaux (notamment aux droits de liberté) auparavant inconnus et particulièrement incisifs : l'acquisition et le traitement des données personnelles ; le contrôle facial ; l'interception de la correspondance, sous toutes ses formes, pour n'en citer que quelques-unes. Mais il y en a beaucoup d'autres et il y en aura surtout parce que – comme l'a écrit récemment un cofondateur de *Deep Mind* et de *Inflection AI* – « our appetite for invention is insatiable »²⁴⁴ et la réalité est que (l'observait justement Norberto Bobbio dès 1984) « Aucun despote de l'antiquité, aucun monarque absolu de l'époque moderne [...] n'a jamais réussi à avoir sur ses sujets toutes les informations que le plus démocratique des gouvernements peut puiser par l'utilisation des ordinateurs »²⁴⁵.

Ici aussi, il n'y a aucune raison de remettre en cause ou d'abandonner les catégories traditionnelles du constitutionnalisme (le changement, j'insiste, est pragmatique et non théorique), mais de les appliquer avec rigueur aux nouveaux phénomènes. Le problème, cependant, est le retard fatal du droit vis-à-vis de la technologie : retard *logique*, car la technologie se développe sans nécessairement poursuivre l'utilité générale, alors que c'est à l'utilité générale que le droit destine (devrait destiner) ses prévisions ; retard *chrono-logique*, car les temps du droit sont différents de ceux du processus inventif, qui le précède toujours (la régulation préventive de la science et de la technique n'est jamais en mesure d'en prévoir tous les développements possibles). L'attention des constitutionnalistes (et des juristes en général) devrait donc se porter sur l'individualisation juridique de méthodes et de protocoles qui, dans le respect de la liberté de la science, puissent assurer la protection des droits et de l'intérêt général.

III.7. – *Les garanties des droits.*

Je ne crois pas me tromper en affirmant que lorsque l'on entend parler de garanties des droits, le constitutionnaliste moyen pense immédiatement à leur garantie

²⁴³ Néanmoins, les contributions doctrinales sur les aspects juridico-constitutionnels de l'avènement des nouvelles technologies sont de plus en plus nombreuses. Pour ne citer qu'un exemple d'étude collective, voir, dans la doctrine italienne, *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, éd. P. Costanzo – P. Magarò – L. Trucco, Naples, ES.

²⁴⁴ M. SULEYMAN, *The Coming Wave*, New York, Crown, 2023, 41.

²⁴⁵ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, in *Nuova civiltà delle macchine*, n° 3/1984, 11 et s., maintenant in ID., *Etica e politica. Scritti di impegno civile*, Milan, Mondadori, 3^e éd., 2010 (1^{re} éd. 2009), 1095.

juridictionnelle, ayant en tête surtout la garantie assurée par le contrôle de constitutionnalité des lois, diffus ou centralisé qu'il soit. L'affrontement historique qui, comme déjà rappelé, entre les années 1920 et 1930 oppose Kelsen et Schmitt, partisans – respectivement – d'une garantie juridictionnelle²⁴⁶ et d'une garantie politique²⁴⁷ de la constitution et donc des droits, a vu le premier prévaloir sans réserve, avec la diffusion planétaire du *judicial review of the legislation*, mais sous la forme « européenne » du contrôle centralisé : y compris dans les cultures constitutionnelles moins prédisposées à l'acceptation de cet institut, la poussée objective des exigences sociales et le travail acharné de la doctrine (paradigmatique la contribution de Louis Favoreu en France)²⁴⁸ ont totalement changé le panorama. Considérer le juge (commun ou constitutionnel) comme garant des droits n'est donc pas du tout erroné. Mais c'est partiel. Et deux garanties essentielles des droits semblent aujourd'hui négligées par les constitutionnalistes.

La première remonte à la pensée ancienne et est celle assurée par les titulaires des droits eux-mêmes. C'est une évidence dans la culture classique que les premiers garants de la justice et des droits sont les citoyens eux-mêmes, auxquels il appartient de participer activement au gouvernement de la chose publique et de réagir à l'arbitraire éventuel des gouvernants. Il s'agit d'un enseignement intemporel et toujours actuel : les institutions sont faites (dans leur fonctionnement concret) par les hommes et les femmes qui les occupent et si ceux-ci les administrent dans leur propre intérêt et non dans l'intérêt général, il n'y a que la généralité des autres hommes et femmes qui puisse remédier, n'existant pas de recours juridique efficace contre un dysfonctionnement des institutions qui soit déterminé par leur corrosion interne. La *ré-publique*, en somme, est d'abord garantie par l'esprit *ré-publicain*, en ce sens que la *res* commune est entendue et protégée comme *res* de chacun (*publique*, exactement).

La deuxième garantie remonte à la modernité postrévolutionnaire et il s'agit de la loi. L'État de droit a placé la loi au centre du système en établissant trois principes qui ne doivent pas être confondus²⁴⁹ : le principe de la primauté de la loi (ce qui implique que les actes de l'administration publique contraires aux actes législatifs sont invalides) ; le principe de légalité (qui implique également l'invalidation des actes de l'administration publique qui – simplement – ont été adoptés sans base législative) ; le principe de la réserve de la loi (qui implique que certaines matières, particulièrement sensibles, doivent être réglées en tout ou en partie par la loi). Il est bon de noter qu'en passant de l'un à l'autre, il y a un *crescendo* du niveau de soumission des actes administratifs à la loi, mais

²⁴⁶ H. KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, in *RDV*, 1928.

²⁴⁷ C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, Mohr, 1931.

²⁴⁸ Je crois de ne pas me tromper si je dis que son écrit le plus influent a été, dans la perspective du texte, *La politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988.

²⁴⁹ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, I, 74, nt. 10.

du point de vue logique la réserve de la loi précède, ne suit pas, le principe de légalité. En effet, comme l'a observé Sergio Fois, l'origine historique du principe de légalité « semble se situer dans une “réserve” [...] en faveur de la loi du Parlement en matière d'imposition, de détermination des délits et des peines et d'approbation du budget [...] »²⁵⁰. Cette réserve s'est non seulement étendue à d'autres matières, mais elle a également suggéré, de manière plus générale, de ne pas admettre la légitimité des actes administratifs dépourvus de fondement normatif primaire.

Le principe de la préférence de la loi, le principe de légalité et le principe de la réserve de la loi sont au cœur même de l'État de droit et constituent un progrès décisif par rapport à la condition constitutionnelle prérévolutionnaire. L'idée de base est que la loi est faite par le Parlement, dans lequel siègent les représentants de la nation, et que la soumission de l'acte administratif à la loi n'est autre que la soumission du Gouvernement au Parlement, c'est-à-dire la garantie des droits vis-à-vis de l'Exécutif grâce à la loi. L'État *constitutionnel* de droit remet toutefois en cause la centralité de ces trois principes. D'une part, se développe la conscience de la possibilité qu'une atteinte aux droits peut provenir aussi de la loi elle-même, de sorte que se fait pressante la demande d'une garantie dont la loi n'est plus le *sujet*, mais l'*objet*. De l'autre, l'idée que la loi soit vraiment l'expression de la volonté générale commence à être mise en doute, tant pour une raison socio-économique que pour une raison politico-institutionnelle. Dans une perspective socioéconomique, on constate que si, dans l'État de droit bourgeois, la loi constituait vraiment l'expression de la volonté générale²⁵¹ en tant que manifestation de la volonté politique d'assemblées représentatives d'intérêts de classe homogènes, avec l'avènement de l'« État pluriclasse » (pour utiliser la formule chanceuse de Massimo Severo Giannini)²⁵² cette homogénéité politique, projection de l'homogénéité sociale, disparaît. D'un point de vue politico-institutionnel, on observe que le mécanisme réel de fonctionnement de la forme de gouvernement parlementaire n'est pas celui de l'assujettissement de l'Exécutif au Législatif : le rapport fiduciaire met le Gouvernement entre les mains du Parlement, mais il met aussi le Parlement entre les mains du Gouvernement, car la crise gouvernementale peut toujours aboutir à la dissolution des Chambres (un résultat que les parlementaires, qui ont tant lutté pour être élus, ne veulent jamais).

²⁵⁰ S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milan, Giuffrè, 1973, 662.

²⁵¹ On ne peut que renvoyer, sur ce point, à R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, *passim*.

²⁵² Pour Giannini, c'est « pluriclasse » l'État qui, au moins formellement détaché de la tradition censitaire, connaît une « participation au pouvoir » de « toutes les classes sociales » : M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milan, Giuffrè, 1970, 46.

Il est évident que, dans un tel contexte, l'idée de la loi comme garantie principale des droits des citoyens devait entrer en crise²⁵³, mais la dévaluation radicale qui s'en est faite ne peut être partagée. Bien que le Gouvernement puisse dominer le Parlement, le « passage » parlementaire constitue toujours un risque, tant pour la présence des oppositions que pour les éventuelles divisions internes à la majorité. La loi, bien que très différente de ce qu'elle était au XIXe siècle, reste donc la première tranchée de protection des droits fondamentaux. Le fait que cette tranchée puisse être inefficace ou que la loi elle-même puisse porter atteinte aux droits fait que l'avènement des constitutions rigides et du contrôle de constitutionnalité soit bienvenu, mais oublier la persistante fonction de garantie exercée par la loi constitue une erreur historique et théorique considérable.

III.8. – *L'inégalité croissante.*

La fonction de garantie de la loi se manifeste encore plus clairement lorsqu'il s'agit de remédier à l'inégalité, car dans ces cas la garantie « passive » offerte par l'intervention judiciaire est souvent inadéquate face à la nécessité d'interventions « positives » pour la combattre.

Que l'on vive dans un monde d'inégalité économique croissante est désormais évident. Ainsi qu'il ressort d'un document récent d'Oxfam Italie (mais des données identiques sont fournies par les autres sièges nationaux de cette organisation), « La richesse est fortement concentrée dans le Nord mondial, où vit seulement 21 % de l'humanité, mais où est localisé 69 % de la richesse nette privée et 74 % de la richesse milliardaire globale »²⁵⁴. Et au sein même du Nord mondial les processus de concentration des richesses sont puissants et rapides : « La richesse des cinq milliardaires les plus riches du monde a plus que doublé, en termes réels, depuis le début de cette décennie, alors que la richesse des 60 % les plus pauvres de l'humanité n'a enregistré aucune croissance »²⁵⁵. Il s'agit de chiffres vraiment intolérables pour la culture du constitutionnalisme, qui n'a jamais combattu le bien-être ni le confort, mais qui a toujours mis en exergue les risques énormes qui sont déterminés par la concentration du pouvoir économique, qui se traduit facilement par la conquête ou la neutralisation du pouvoir politique. Une méfiance qui lui vient de ses origines, c'est-à-dire de ce « proto-constitutionnalisme » et de ce « pré-constitutionnalisme » dont j'ai dit en ouverture : Platon conseillait de limiter les excès de richesse pour resserrer le lien entre les citoyens²⁵⁶ ; Aristote proposait l'interdiction de

²⁵³ Sur ce point, dans la doctrine italienne, V. CRISAFULLI, *Lezioni diritto costituzionale*, II, 5^e éd. rév., *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padoue, Cedam, 1984, II, 1, 60 ; S. FOIS, *La « riserva di legge »*. *Lineamenti storici e problemi attuali*, Milan, 1963, 88. Il s'agit, néanmoins, d'observations communes dans la production scientifique de tous les pays.

²⁵⁴ OXFAM, *Briefing Paper* janvier 2024 : *Disuguaglianza. Il potere al servizio di pochi*, 5.

²⁵⁵ *Ibidem*, 4.

²⁵⁶ *Les Lois*, 679 b ; 728e 737b.

ceux qui étaient trop puissants par excès de richesse (ou d'amitiés)²⁵⁷ ; saint Thomas qualifiait d'usure le simple prêt de l'argent contre intérêt et il le condamnait²⁵⁸.

À tout ça il faut ajouter la relativité des notions de pauvreté et de richesse une fois dépassé le seuil de survie : « la classe moyenne peut avoir des fruits et légumes frais que le plus riche des rois ne pouvait pas avoir au Moyen Âge, mais elle se sent l'objet de privations par rapport à la classe moyenne supérieure qui peut profiter de ces choses qui ne lui sont pas permises »²⁵⁹, a écrit Lester Thurow, et cette donnée socio-psychologique pose un très délicat problème de consensus et de formation d'une volonté démocratique cohérente, parce que la concentration extrême de la richesse augmente le sentiment de frustration des exclus et renforce la demande de politiques redistributives qui – pourtant – sont particulièrement difficiles à adopter précisément à cause de la concentration du pouvoir économique (et donc indirectement politique) dans les mains de quelques-uns.

On touche ici du doigt la naïveté de la position de ceux qui croient que créer une culture du constitutionnalisme global suffit à comprendre le problème et à le résoudre. Au contraire, la conscience de l'histoire du constitutionnalisme, qui – comme nous l'avons vu – nous montre combien il a été un mouvement non seulement de pensée, mais aussi politique, et combien il a dû au soutien de grandes forces sociales et de puissants intérêts matériels. Sur ces forces le constitutionnalisme contemporain ne peut pas compter au niveau global, parce qu'elles ne sont pas suffisamment développées et parce qu'au niveau global la relation entre les intérêts matériels est encore trop complexe et indistincte pour pouvoir en trouver une composition. Une fois de plus, les instruments du constitutionnalisme semblent se situer au niveau des États et de leur dialogue régi par le droit international, dialogue qui apparaît le seul instrument possible d'une opposition plus efficace à des pouvoirs privés désormais monstrueux.

IV. – *Les devoirs*

L'immense production scientifique consacrée aux droits fait défigurer celle beaucoup plus limitée consacrée aux devoirs, que les constitutionnalistes contemporains n'étudient évidemment pas trop volontiers. Essayons de comprendre (en résumé, puisque les prémisses du raisonnement que j'ai l'intention de faire ont été énoncées dans les pages précédentes) pourquoi.

IV.1. – *Le peu d'attention aux devoirs.*

²⁵⁷ *Politique*, V (E), 8, 1308 b ; III (Γ), 13, 1284 a.

²⁵⁸ THOMAS D'AQUIN, *Quaestiones disputatae, De malo. De vitiis capitalibus. Q. XIII, De avaritia*, a. 4, où l'on dit que l'usure est « contra iustitiam naturalem ».

²⁵⁹ L. THUROW, *The Zero Sum Society*, New York, Basic Books, 1980, trad. it. par D. Tirelli, *La società a somma zero*, Bologne, Il Mulino, 1981, 38.

On pourrait considérer que cette attitude de désintérêt (ou de moindre intérêt) est justifiée par le droit positif (les constitutions libérales-démocratiques contiennent généralement de longues listes de droits et des prévisions plus réduites de devoirs) et de la vocation originaire du constitutionnalisme (l'affirmation de la liberté à l'égard du pouvoir a été une préoccupation fondamentale de sa part), mais ce ne serait qu'une explication partiellement convaincante. Pour le constitutionnalisme, en effet, non moins important que l'affirmation des droits est la réalisation du passage de la condition de sujet à celle de citoyen, mais ce passage est possible non seulement si l'on rompt le pouvoir absolu du souverain, mais aussi à condition que le *status* de citoyen soit construit de manière cohérente. À cet égard, une fois de plus, l'exemple de Rome a eu son poids, avec sa conception d'une citoyenneté faite – oui – de partage d'intérêts matériels et de règles juridiques, mais aussi et surtout de devoirs²⁶⁰ : le citoyen était et se sentait tel parce qu'il avait des devoirs à remplir envers sa communauté politique²⁶¹. L'intérêt limité qui se prête aujourd'hui à la problématique n'est donc pas du tout justifié.

Il faut cependant reconnaître que, cette fois-ci, l'influence de la tradition romaine a été plus culturelle que politique, car, comme je l'ai dit, les constitutions du XVIIIe et du XIXe siècle ont porté peu d'attention aux devoirs. Il y a cependant (pas par hasard !) l'exception de la Constitution de la République romaine de 1849, très significative bien qu'elle ait duré l'espace d'un matin, renversée comme elle l'a été par l'invasion des forces armées d'une république qui aurait dû être sœur (c'est une mauvaise tache sur l'histoire politique d'Alexis de Tocqueville d'avoir justifié et même permis l'intervention française en faveur du pouvoir temporel des Papes)²⁶². En effet, dans cette Constitution, au-delà de la proclamation de certains devoirs de style classique (pensons au devoir de participer aux dépenses publiques : art. 14), s'affirmait le devoir civique par excellence : celui de défendre la République aussi par les armes. « *Tous les citoyens appartiennent à la Garde*

²⁶⁰ Dans ce sens aussi F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Naples, ES, 2014, 9 ; G. BASCHERINI, *I doveri costituzionali degli immigrati*, in *I doveri costituzionali : la prospettiva del giudice delle leggi*, éd. R. Balduzzi – M. Cavino – E. Grosso – J. Luther, Turin, Giappichelli, 2007, 90 ; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologne, Bononia Univ. Press, 2016, 149.

²⁶¹ Le note, parmi les autres, C. NICOLET, *Citoyenneté française et citoyenneté romaine : essai de mise en perspective*, in *La nozione di « Romano » tra cittadinanza e universalità*, Naples, ESI, 1984, 167.

²⁶² Tocqueville était à l'époque Ministre des Affaires étrangères et à la séance de l'Assemblée législative française du 18 octobre 1849 il chercha (sans succès...) à démontrer que le gouvernement français n'avait pas simplement remis Pie IX sur le trône, en lui rendant ses pouvoirs temporels, mais il avait agi équitablement, demandant au Pape de respecter certaines garanties libérales significatives : v. A. DE TOCQUEVILLE, *Souvenirs*, Paris, Gallimard, 1978 (1^{re} éd. 1850), 415.

À Tocqueville et à Falloux, également Ministre (de l'éducation et des cultes) dans le deuxième Gouvernement Barrot, Mazzini s'adressa avec dédain avec une *Lettre* dans laquelle – entre autres – il écrivit : « une chose que nous ne pourrons jamais pardonner : avoir pendant de longues années déshonoré le nom de la nation que nous considérons tous comme la nation émancipatrice » : V. G. MAZZINI, *Lettera ai Signori Tocqueville e Falloux, Ministri di Francia*, in ID., *Scritti politici*, éd. T. Grandi et A. Comba, Milan, Mondadori, 2009 (1^{re} éd. 1972), 661.

nationale dans les modalités et avec les exceptions fixées par la loi » établissait l'art. 12, et l'art. 57 ajoutait que « *l'armée se forme par l'enrôlement volontaire, ou de la manière que détermine la loi* », en précisant ainsi que le *civis* était avant tout un *miles*, tel que de son abnégation dans l'accomplissement du devoir de combattre pour la patrie dépendait le sort même de la communauté politique : une conception éminemment démocratique de la citoyenneté, celle-ci, qui était intimement liée à la tradition ancienne (et à la jacobine)²⁶³.

Ce n'est cependant qu'avec les constitutions de l'État social que l'attention aux devoirs devient plus marquée. Et la raison en est évidente : les constitutions du XVII^e et du XVIII^e siècle devaient d'abord briser le pouvoir absolu du roi et effacer le réseau dense des rapports d'asservissement déterminés par la permanence d'institutions juridiques et sociales d'origine médiévale ; mais maintenant, une fois les libertés conquises et consolidées, une fois démocratisé l'État, les devoirs pouvaient être introduits avec plus de générosité et moins de soucis. Les constitutions de ceux deux siècles étaient l'expression des intérêts matériels de la bourgeoisie ; celles du XX^e siècle interprétaient aussi les intérêts des grandes masses qui avaient accédé depuis peu de temps à la politique et elles devaient répondre à des besoins que seule l'accomplissement des devoirs de solidarité sociale pouvait satisfaire. Le paysage politico-social avait changé. Et les constitutions changeaient avec lui.

IV.2. – *Le rapport entre droits et devoirs.*

On affirme souvent que les devoirs constitutionnels « servent de limites générales à l'exercice des droits »²⁶⁴. Ce n'est pas une observation erronée, mais on ne doit pas ainsi perdre de vue le sens profond du rapport entre les droits et les devoirs²⁶⁵. Certes, les premiers sont des opportunités et les seconds sont des limites, mais *tous deux* concourent de manière égale à former le profil du *status* du citoyen et même – comme nous l'avons dit – ce sont peut-être précisément les devoirs qui en définissent le périmètre. Pensons au devoir de défense de la patrie que souvent les constitutions imposent (voir, par *ex.* art. 52 Const. italienne ; 30, alinéa 1, Const. espagnole ; 276, alinéa 1, Const. portugaise ; 55, alinéa 1, Const. chinoise) : il établit un lien si étroit entre l'individu et la communauté politique que le sens même de la citoyenneté se révèle plus clairement par son affirmation²⁶⁶. C'est pourquoi les devoirs constitutionnels sont aussi fondamentaux que

²⁶³ G. BASCHERINI, *Il dovere di difesa nell'esperienza costituzionale italiana*, Naples, Jovene, 2017, 6.

²⁶⁴ Ainsi, par *ex.*, P. CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, cit., 115.

²⁶⁵ Deux perspectives différentes (l'une plus attentive aux droits, l'autre plus attentive aux devoirs, comme il ressort clairement des titres) on les trouve in S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Rome-Bari, Laterza, 2012, et L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Turin, Einaudi, 2014.

²⁶⁶ La Cour constitutionnelle italienne s'est donc trompée quand, avec la sent. n° 172 de 1999, a considéré

les droits et que – là où l'on reconnaît l'existence de limites absolues à la révision constitutionnelle – on soutient à juste titre qu'eux aussi se soustraient à la révision en tant qu'« inviolables » (la Constitution italienne les qualifie de « non dérogeables », mais c'est exactement la même chose)²⁶⁷.

Et ce n'est pas tout. Les devoirs servent généralement à la jouissance des droits. La chose est évidente pour le devoir de défense de la patrie : s'il n'y avait pas de patrie, il n'y aurait pas de citoyens et il n'y aurait pas de droits reconnus à ces citoyens. Mais pensons aussi au devoir fiscal : ce devoir est essentiel pour la tenue même de la communauté politique et il est « préordonné au financement du système des droits constitutionnels »²⁶⁸, de sorte que son manquement est d'une gravité extraordinaire, ce qui n'est pas toujours perçu par des contribuables qui ne voient que l'aspect négatif de la privation de ressources personnelles.

La nature de « limite » qui est propre aux devoirs, au contraire, resurgit quand il s'agit d'interpréter les prévisions constitutionnelles qui les prévoient. Alors que, comme nous l'avons vu²⁶⁹, les règles générales de garantie des droits, tout en n'étant pas « ouvertes », signalent la nécessité d'une lecture extensive des normes spécifiques concernant les droits constitutionnels individuels, face aux devoirs le principe opposé s'applique : « Il n'y a dans la constitution que des devoirs énumérés »²⁷⁰, a-t-il été exactement écrit, et cette conclusion est en harmonie avec le *favor libertatis* qui inspire toutes les constitutions démocratiques contemporaines²⁷¹. Il faut donc se garder de passer d'une « rhétorique des droits » à une « rhétorique des devoirs » : les régimes fondés sur les devoirs sont des régimes autoritaires, c'est-à-dire des régimes non compatibles avec le constitutionnalisme²⁷². L'exaltation aveugle des droits ne doit pas laisser la place à une exaltation aveugle des devoirs, mais à une considération plus surveillée et mûre de la complexité de la figure du « citoyen » dans l'histoire et dans la pratique du constitutionnalisme moderne et contemporain.

comme constitutionnellement légitime l'imposition à l'apatride du devoir d'accomplir le service militaire de conscription, avec l'argument douteux que « *le silence de la règle constitutionnelle [c'est-à-dire de l'art. 52] ne comporte pas d'interdiction. C'est pourquoi il doit être considéré qu'il existe un vide de droit constitutionnel dans lequel le législateur peut user de son pouvoir discrétionnaire pour apprécier les raisons qui conduisent à étendre le cercle des personnes appelées à effectuer le service militaire* »).

²⁶⁷ Des considérations analogues in L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milan, Giuffrè, 1996, 184.

²⁶⁸ L. ANTONINI, *La felicità pubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili*, Modène, Mucchi, 2022, 36.

²⁶⁹ Au par. III.3.

²⁷⁰ P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 68.

²⁷¹ L'énumération *exhaustive* des différents devoirs a même été considérée elle-même comme une garantie (quoiqu'indirecte) des droits fondamentaux : G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milan, Giuffrè, 1967, spéc. 41.

²⁷² F. RIMOLI, *Retorica dei diritti e retorica dei doveri*, cit., 95.

IV.3. – *Plus de devoirs ou moins de devoirs ?*

La double caractérisation des devoirs (profils essentiels de la condition du citoyen ; limites des droits constitutionnels) pose au constitutionnalisme de nos jours une question difficile concernant l'appréciation juridique de la multiplication possible des devoirs. Le problème se pose parce que, étant entendu que les devoirs constitutionnels, en tant que fondamentaux, sont soustraits (au moins dans une grande partie des expériences juridiques actuelles) à la révision constitutionnelle, les constitutions prévoient souvent la possibilité d'imposer de nouveaux devoirs ou de nouvelles prestations en vertu de la loi (voir, par exemple, art. 23 Const. italienne ; art. 31, alinéa 3, Const. espagnole). Ces devoirs, en tant que simplement « législatifs », ne peuvent évidemment pas être qualifiés de « constitutionnels » et encore moins de « fondamentaux », mais il faut se demander dans quelle mesure il est permis au législateur de les introduire ou si le respect de la réserve de la loi suffit pour en augmenter le nombre ou la portée. Je me borne à offrir une piste de réflexion.

Dans des sociétés complexes, articulées et changeantes en raison des transformations technologiques continues, les exigences de la coexistence civile sont changeantes. Cela vaut dans le domaine des droits (et nous avons vu combien la question de l'avènement des « nouveaux droits » est délicate), mais aussi dans le domaine des devoirs, et pour la même raison : la nécessité d'une adaptation de la discipline normative à une réalité sociale modifiée. L'élargissement du patrimoine des droits, j'insiste, en raison de son coût économique et social, ne se révèle pas nécessairement un enrichissement général du patrimoine juridique des partenaires. Parallèlement, l'accroissement des devoirs ne se révèle pas nécessairement un appauvrissement : les devoirs de l'un servent à la jouissance des droits de l'autre, de façon telle que l'appréciation du « solde » du rapport entre les uns et les autres n'est pas simple. Le principe régulateur d'une politique des devoirs devrait, à mon avis, être précisément celui de la vérification de cette fonctionnalisation des devoirs : des devoirs sans aucun lien avec les droits, des obligations imposées exclusivement pour satisfaire aux intérêts politiques des contingents majorités parlementaires et gouvernementales, devraient être considérées avec une grande suspicion, parce que leur introduction rompt le rapport vertueux qui lie les devoirs et les droits en tant que profils essentiels de la citoyenneté. L'évaluation concrète des différentes opérations d'introduction de nouvelles obligations, cependant, dépend clairement du droit positif et varie selon le contenu normatif de chaque constitution.

IV.4. – *Les devoirs constitutionnels, le droit et la morale.*

Pour beaucoup, le rappel aux devoirs apparaît si empreint de valeur éthico-religieuse que la normativité juridique des dispositions constitutionnelles qui les prévoient est sous-estimée ou mise en doute. Il s'agit d'une erreur théorique et historique.

Erreur théorique, car toutes les règles constitutionnelles sont prescriptives, aussi génériques, orientées vers l'avenir ou liées à des convictions morales soient-elles : la dévaluation affichée par Carl Schmitt de nombreuses dispositions de la Constitution de Weimar en tant que *unechte* ou *Scheinkompromisse* (compromis « impurs » ou « apparents »)²⁷³, ainsi que son aspiration politique à un renversement du nouvel État social, libéral et démocratique, s'exposait à l'objection (qui trouvera dans les années 1950 la formulation la plus complète par Vezio Crisafulli)²⁷⁴ que le caractère générique ou la projection dans l'avenir des préceptes constitutionnels ne les rend pas pour autant moins normatifs.

Erreur historique, car ce n'est qu'en partie pour des raisons éthiques et religieuses que la constitutionnalisation des devoirs fut initialement réclamée. Cette question doit être considérée avec un minimum d'attention.

À l'origine de la problématique, après les tentatives seulement partiellement couronnées de succès à l'époque révolutionnaire, se trouve la contribution de Giuseppe Mazzini. Mazzini, qui au XIX^e siècle fut l'un des protagonistes de la vie politique européenne et eut une grande influence culturelle dans de nombreux pays du continent, « n'est pas devenu [...] un classique de la pensée politique »²⁷⁵. Et il ne l'est pas devenu précisément parce que « alors que Mazzini affirme la priorité des devoirs sur les droits, les théories libérales et démocratiques contemporaines les plus influentes proclament la priorité des droits sur les devoirs »²⁷⁶. Il était partant inactuel. On ne peut cependant pas ne pas revenir à sa pensée quand on parle de devoirs. Or, la position de Mazzini était profondément marquée par une impulsion éthique et religieuse (Dieu est l'origine même des devoirs)²⁷⁷, mais on se trompe si on lit la doctrine de Mazzini comme purement éthique-religieuse. Mazzini ne fut pas seulement un des penseurs les plus influents du XIX^e siècle, mais surtout un homme d'action, un révolutionnaire, un patriote, capable de faire dire au prince de Metternich que « niemand auf Erden hat mir grossere Schwierigkeiten bereitet » (« personne sur terre ne m'a causé plus de difficultés »)²⁷⁸. Le rappel aux devoirs, donc, était pour Mazzini non seulement éthique, mais aussi *politique*, car il faisait partie d'un projet précis de croissance humaine et sociale.

« Depuis cinquante ans, tout ce qui a été accompli pour le progrès et pour le bien contre les gouvernements absolus ou contre l'aristocratie de sang, s'est opéré au nom des Droits de l'homme », écrivait Mazzini, mais, se demandait-il, « la condition du *peuple* s'est

²⁷³ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 31.

²⁷⁴ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milan, Giuffrè, 1952, *passim*.

²⁷⁵ M. VIROLI, *Prefazione alla seconda edizione*, in G. MAZZINI, *Scritti politici*, cit., 19.

²⁷⁶ M. VIROLI, *Prefazione*, cit., 20.

²⁷⁷ G. MAZZINI, *I doveri dell'uomo*, in ID., *Scritti politici*, cit., 865.

²⁷⁸ Pour la citation complète de la phrase qui est normalement attribuée à Metternich, C. BUCHMÜLLER-CODONI, *Durch Nationalerziehung zu Demokratie und Frieden – Giuseppe Mazzini : Eine europäische Stimme aus dem 19. Jahrhundert*, Basel, Schwabe, 2020, 15.

améliorée ? »²⁷⁹. Sa réponse était « non » : le culte des droits avait permis de grands progrès et avait contribué à briser l'ancien ordre féodal, mais avait également stimulé l'égoïsme, parce que « chaque homme avait pris soin de ses droits »²⁸⁰ et ne se souciait pas – en revanche – d'autre chose. La théorie des droits en tant que théorie du bonheur avait échoué et il s'agissait de trouver un « principe supérieur à une théorie pareille, qui puisse guider les hommes au mieux [...] Et ce principe est le DEVOIR »²⁸¹. Cette affirmation drastique, cependant, ne signifiait pas l'annulation des droits, mais leur connexion (dans la perspective « romaine » de la citoyenneté) aux devoirs. Du reste, la pensée et l'action de Mazzini ont été, toute sa vie, tournées vers l'affirmation du premier et du plus essentiel de tous les droits : celui à l'indépendance nationale (une indépendance que Mazzini ne voulait pas seulement pour l'Italie, mais pour tous les peuples du monde, et pour laquelle il exhortait tout le monde à se battre)²⁸².

Exhumer toute la perspective théorique et pratique de Mazzini aujourd'hui, au troisième millénaire, aurait peu de sens : trop ont changé les rapports sociaux, les conditions matérielles, l'organisation des forces politiques. Il n'y a cependant pas de sens à mal interpréter sa pensée, en donnant une lecture erronée à cette culture des devoirs à la formation de laquelle Mazzini a apporté la contribution la plus décisive. La perspective des devoirs n'est pas seulement religieuse, elle n'est pas seulement éthique, mais elle est proprement *juridique* et spécifiquement *constitutionnelle*, car ils constituent une partie fondamentale de la condition du citoyen.

IV.5. – *Les moyens pour assurer l'accomplissement des devoirs.*

Les constitutions, qui prévoient et garantissent les droits, indiquent rarement avec précision (au-delà de certaines formules génériques) les moyens de leur exercice. On connaît bien, néanmoins, l'exception de la Constitution soviétique de 1936, laquelle reconnaissait à l'alinéa 1 de l'article 125 les libertés de manifestation de la pensée et de réunion et à l'alinéa 2 du même article disposait que « *Ces droits des citoyens sont assurés en mettant à la disposition des travailleurs et de leurs organisations les imprimeries, les stocks de papier, les bâtiments sociaux, les routes, les médias et les autres conditions matérielles nécessaires à leur exercice* ». Il s'agissait d'une attention méritoire pour les moyens et les conditions matérielles nécessaires à la jouissance concrète des droits, mais, malheureusement, il s'agissait aussi d'une attention quelque peu hypocrite, considérant que l'Union soviétique n'a pas été un exemple de protection

²⁷⁹ G. MAZZINI, *I doveri dell'uomo*, cit., 854 s.

²⁸⁰ G. MAZZINI, *I doveri dell'uomo*, cit., 857.

²⁸¹ G. MAZZINI, *I doveri dell'uomo*, cit., 861 (en majuscules dans l'orig.).

²⁸² « Où que vous soyez, au sein de n'importe quel peuple les circonstances vous chassent, combattez pour la liberté de ce peuple » : G. MAZZINI, *I doveri dell'uomo*, cit., 896. Il va sans dire que l'interprète le plus lumineux de cette prescription a été Giuseppe Garibaldi, pas par hasard « Héros des deux Mondes ».

attentive des libertés des citoyens. La vérité est que la question des moyens est si étroitement liée aux conditions historiques concrètes dans lesquelles les droits s'exercent que les constitutions ne sont pas en mesure de déterminer dans l'abstrait quels sont les instruments nécessaires, dont l'identification est donc inévitablement confiée à la loi.

Le raisonnement n'est pas différent en ce qui concerne les moyens nécessaires pour assurer l'accomplissement des devoirs. Il est toutefois raisonnable de se demander s'il n'est pas opportun que, compte tenu de l'imbrication des devoirs et des droits dont nous avons parlé, le constitutionnalisme contemporain exige que, dans l'exercice du pouvoir constituant ou de celui de révision constitutionnelle, on prête attention au moins à l'indication des sanctions visant à pousser vers l'accomplissement des devoirs, pour éviter que leur proclamation ne soit réduite de manière instrumentale à une incitation morale et que leur sens juridique profond ne s'évanouisse.

V. – *En perspective*

Le constitutionnalisme oppose aux défis complexes que nous avons rapidement rappelés la force de ses propres idées, mais il ne semble pas pouvoir opposer en même temps la force de mouvements politiques et sociaux solides et conscients capables de le soutenir. Né comme mouvement culturel, certes, mais aussi et surtout politique, le constitutionnalisme est aujourd'hui paralysé par l'absence des subjectivités politiques de soutien. Ne manquent pas les mouvements pacifistes, les associations de défense des droits, les initiatives en faveur de la démocratie et de sa diffusion dans le monde, mais les subjectivités politico-sociales qui permirent au constitutionnalisme de s'affirmer dans la réalité politique ont disparu.

La crise des corps intermédiaires et l'affaiblissement de la participation civique expliquent en partie cette situation, mais à son fond gît surtout le décalage entre la dimension nationale des sujets politico-sociaux et la dimension supranationale ou même planétaire des problèmes. Lorsque le problème se pose au niveau supranational, les choses sont (relativement) plus simples. Pensons à l'écart entre les objectifs sociaux énoncés au niveau de l'Union européenne et les moyens de mise en œuvre laissés au niveau des États membres. Dans ce cas, une volonté politique clairvoyante suffirait pour passer de la politique actuelle de la « fiscalité négative » à une politique fiscale correctement redistributive, sur le modèle de celle des États (plongée dans une perspective encore économiciste, l'Union utilise la discipline fiscale non pas tant pour redistribuer les ressources que pour prévenir les distorsions de la concurrence)²⁸³. Une volonté politique qui, cependant, n'est pas à la vue, car la nécessité d'une transformation

²⁸³ P. BORIA, *Il potere tributario. Politica e tributi nel corso dei secoli*, Bologne, Il Mulino, 2021, spéc. 455.

de l'Union dans la direction de l'établissement d'un lien politique plus fort ne semble pas partagée par tous et a été rendue plus complexe par l'élargissement des frontières de l'intégration européenne.

Au niveau planétaire, l'insuffisance du « constitutionnalisme global », qui prétend réduire le constitutionnalisme à un mouvement de pensée, est évidente. Et nous avons vu que le caractère utopique des poussées vers une véritable « Constitution de la terre » est indéniable. Pas seulement. Le cosmopolitisme a une évidente « racine individualiste », en ce sens qu'il postule un rapport direct entre citoyen et monde, en niant la nécessité que l'individu entre dans une « entité collective »²⁸⁴ spécifique. Ce qui le met en collision avec la tendance personnaliste (et non individualiste) du constitutionnalisme contemporain²⁸⁵ et avec l'idée qu'il y a un rapport inextricable entre la formation de l'identité individuelle et la communauté culturelle et politique d'appartenance, rapport déterminé par le fait que les liens sociaux constituent les coordonnées de notre positionnement dans le monde. Un cosmopolitisme sans implantation sociale et politique effective, un cosmopolitisme qu' imagine l'existence d'une *cosmo-pólis* sans des *cosmo-polítai*, ne résout pas, mais aggrave le problème d'un gouvernement (démocratique) du monde. Comme le comprenait clairement le génie absolu de Giacomo Leopardi dès le début du XIXe siècle, « la tendance de l'esprit moderne est de réduire le monde entier une nation, et toutes les nations une seule personne »²⁸⁶, mais, objectait le poète et philosophe, précisément le cosmopolitisme, en affaiblissant le lien communautaire qui lie les individus dans les anciennes nations, engendre l'égoïsme. Leopardi se rendait compte d'énoncer un paradoxe, mais aussi paradoxal qu'il soit, il était et reste une réalité : « alors que les nations à l'extérieur vont devenir toute une personne et qu'on ne se distingue plus l'homme de l'homme, chaque homme à l'intérieur est devenu une nation, c'est-à-dire qu'ils n'ont plus d'intérêt commun avec quiconque, ne forment plus de corps, n'ont plus de patrie, et l'égoïsme le resserre dans le seul cercle de ses propres intérêts, sans amour ni soin des autres, ni lien ni rapport aucun intérieur avec le reste des hommes »²⁸⁷. La critique de la *Constitutio Antoniniana* de l'an 212, par laquelle l'empereur Caracalla accorda la citoyenneté romaine à tous les habitants de l'Empire, est d'une intelligence sans égal : « Quand le monde entier fut citoyen Romain, Rome n'eut plus de citoyens ; et quand citoyen Romain fut le même que Cosmopolite, on n'aima ni Rome ni le monde : l'amour pour Rome comme patrie, devenue cosmopolite, devint

²⁸⁴ F. DE SANCTIS, *Nazione e cosmopolitismo*, Bologne, Il Mulino, 2023, 53.

²⁸⁵ Cette tendance est évidente dans les constitutions de l'après-guerre, à partir de la Constitution italienne : v., par ex., L. D'ANDREA, *Il dovere di cura della salute ed il c.d. « paradosso di Böckenförde »*, in *La doverosità dei diritti. Analisi di un ossimoro costituzionale ?*, éd. F. Marone, Naples, ES, 2019, 61.

²⁸⁶ *Zib.*, 147.

²⁸⁷ *Zib.*, 895. Depuis la lettre à Angelo Mai du 31 août 1816, Leopardi avait dit que « l'amour propre est très puissant, et il fait que l'on désire seulement pour soi ce qui devrait être employé pour le bien de tous ».

indifférent, inactif et nul : et quand Rome fut le même que le monde, elle ne fut plus la patrie de personne, et les citoyens romains, ayant pour patrie le monde, n'eurent aucune patrie, et le montrèrent par le fait »²⁸⁸. Rien, vraiment, ne peut être ajouté.

Ce n'est pas pour autant que l'espace pour le constitutionnalisme est absent. L'affaiblissement des souverainetés nationales (notamment de celles des pays qui ne sont pas des superpuissances mondiales) ne doit pas faire oublier que le gouvernement du monde passe encore par les accords interétatiques. La perspective me semble encore aujourd'hui la mazzinienne, de l'entente entre des nations libres : « Avant de s'associer à des nations qui composent l'humanité, il faut exister comme nation », c'est-à-dire comme communauté politique qui soit « point d'appui du levier que nous devons diriger au bénéfice commun »²⁸⁹. La tâche du constitutionnalisme d'aujourd'hui et des jours plus proches à venir (ce qui arrivera dans un futur plus loin personne ne peut le savoir) devrait alors être celle de la construction de ponts culturels et politiques pour garantir la coexistence civile, en commençant par assurer le bien essentiel de la paix. Le travail pour les « constitutionnalistes »²⁹⁰ ne manque donc pas. Et il n'est pas simple du tout.

²⁸⁸ *Zib.*, 458.

²⁸⁹ G. MAZZINI, *I doveri dell'uomo*, cit., 896 (en italiques dans l'orig.).

²⁹⁰ Cette qualification est généralement réservée aux intellectuels qui s'occupent de droit constitutionnel, mais si ce qui est dit dans le texte est vrai (que le constitutionnalisme est en même temps un mouvement de pensée et politique), peut-être devraient-ils être appelés « constitutionnalistes » aussi les acteurs politiques et sociaux du processus d'affirmation et de consolidation de nos valeurs.